HELENA CAMPOS REFOSCO

Ação coletiva e acesso à Justiça: uma análise da Reforma do Judiciário à luz de estudos de caso

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2017

HELENA CAMPOS REFOSCO

Ação coletiva e acesso à Justiça: uma análise da Reforma do Judiciário à luz de estudos de caso

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de Doutora em Direito.

Área de concentração: Direitos Humanos

Orientador: Professor Doutor Carlos Portugal Gouvêa

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2017

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Refosco, Helena Campos

Ação coletiva e acesso à Justiça: uma análise da Reforma do Judiciário à luz de estudos de caso / Helena Campos Refosco; Orientador: Professor Doutor Carlos Portugal Gouvêa – São Paulo, 2017.

320 p.

Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Acesso à Justiça. 2. Reforma do Judiciário. 3. Ação Coletiva. 4. Litigiosidade Repetitiva. 5. Direito Comparado. 6. Tarifa de Assinatura Básica de Telefonia. 7. Planos Econômicos Heterodoxos. 8. Educação Infantil. 9. Litigante Habitual. 10. Litigante Eventual. I. Portugal Gouvêa, Carlos, orient. II. Título.

Nome: REFOSCO, Helena Campos.

Título: Ação coletiva e acesso à Justiça: uma análise da Reforma do Judiciário à luz de estudos de caso. 2017. 320 p. Tese (Doutorado em Direitos Humanos) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Professor(a). Dr(a). _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Professor(a). Dr(a). _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Professor(a). Dr(a). _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Professor(a). Dr(a). _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Professor(a). Dr(a). _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Dedico esta tese à memória de meu pai,
Relino Refosco, e de meu avô, Ivan Campos.

AGRADECIMENTOS

A responsabilidade pela pesquisa é exclusivamente minha; ainda assim, tenho por importantes esses agradecimentos àqueles que contribuíram para que ela fosse possível ou melhor.

Agradeço ao meu orientador, Professor Carlos Portugal Gouvêa, pelo estímulo, paciência e dedicação. Foi um privilégio contar com sua atenta orientação e com sua imensa generosidade durante todo esse percurso. Agradeço-lhe, ainda, por me apresentar ao Professor David Kennedy, a quem sou grata pela inspiradora supervisão durante o período em que fui *Visiting Researcher* na Universidade de Harvard, onde também me beneficiei dos comentários críticos à minha pesquisa e das recomendações bibliográficas dos Professores Amartya Sen, Christine Desan, Duncan Kennedy, Martha Minow e William Rubenstein, aos quais agradeço por sua atenção.

As Professoras Maria Tereza Sadek e Daniela Monteiro Gabbay, no exame de qualificação, apresentaram valiosas críticas e sugestões que auxiliaram na definição dos contornos desta tese, garantindo maior consistência à pesquisa. Agradeço a elas, bem como aos Professores Carlos Alberto de Salles, Paulo Eduardo Alves da Silva e Susana Henriques da Costa, pelos debates travados em sala de aula e pelas recomendações bibliográficas – essenciais à seleção dos estudos de caso e à primeira versão de muitas ideias que, mais longamente desenvolvidas, eles saberão reconhecer como discutidas em primeira mão em suas aulas.

Ao Professor Yi Shin Tang sou grata pelo estímulo aos novos desafios, dos quais o doutorado foi um dos exemplos mais notáveis. Sem o apoio dele, nada disso jamais teria se concretizado.

Agradeço ao Ministro Ricardo Lewandowski pelas preciosas oportunidades que me concedeu, pela generosidade na transmissão de seu conhecimento e pelo exemplo de magistrado humanista.

O Desembargador Antonio Vilenilson, que sempre representou um modelo inspirador para mim, deu valioso apoio a este projeto e a tantos outros. Meu débito para com ele e para com a Doutora Maria Luíza Feitosa é eterno.

Agradeço o inestimável apoio institucional que me foi dado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, na pessoa dos Presidentes Paulo Dimas Mascaretti (biênio 2016-2017) e José Renato Nalini (biênio 2014-2015), e pela Escola Paulista da Magistratura, na pessoa dos Diretores Antonio Carlos Villen (biênio 2016-2017) e Fernando Antonio Maia da Cunha (biênio 2014-

2015), consistente no afastamento de minhas funções como juíza para desenvolvimento da pesquisa como *Visiting Researcher* na Faculdade de Direito de Harvard.

Ainda no âmbito do Tribunal de Justiça, agradeço à Vice-Presidência, nas pessoas do Vice-Presidente Ademir de Carvalho Benedito e do Juiz Assessor Daniel Issler, e à Coordenadoria da Infância e da Juventude, na pessoa do Desembargador Eduardo Freitas Gouvêa, pela autorização institucional que permitiu o aprofundamento do estudo de caso sobre a educação infantil em São Paulo.

Agradeço também aos magistrados Alexandre David Malfatti, Antonio Carlos Alves Braga Júnior, Bruno Ronchetti de Castro, Renato de Abreu Perine e Walter Godoy dos Santos Júnior pelo inestimável apoio a este projeto e por todas as nossas parcerias profissionais.

Amanda Guimarães, Bruno Megna, Clarissa Marcondes Macéa, Fernanda Vargas Terrazas, Gustavo Sampaio de Abreu Ribeiro, Henrique de Castilho Jacinto, Joanna Vieira Noronha, Lílian Cintra de Melo, Luiza Barros Rozas e Priscila Fialho Tsutsui fizeram contribuições inestimáveis à redação desta tese.

Agradeço aos magistrados, professores e pesquisadores que contribuíram, de variadas e relevantes formas, para que este projeto vingasse e, em especial, a Alexandra Fuchs de Araújo, Ana Rita Nery, André Rainho, Anna Tzanaki, Caio Yoshikawa, Daniel Levy, Heloisa Couto dos Santos, Humberto Caetano, Maria Fernanda Rodovalho, Mariana Pargendler, Marina Freire e Renata Martins de Carvalho.

Sou grata, finalmente, à minha família. Agradeço ao meu irmão, Paulo Thomas Campos Refosco, pelo auxílio na elaboração dos gráficos. Agradeço aos meus pais, Relino Refosco e Regina Helena Terra Campos Refosco, e ao meu marido, Jean-Paul Veiga da Rocha, pelo apoio incondicional a todos os meus projetos, planos e sonhos.

RESUMO

REFOSCO, Helena Campos. **Ação coletiva e acesso à Justiça**: uma análise da Reforma do Judiciário à luz de estudos de caso. 2017. 320 p. Tese (Doutorado em Direitos Humanos) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

Um dos principais objetivos anunciados da Reforma do Judiciário foi a ampliação do acesso à Justiça, que este trabalho define como o direito a uma prestação jurisdicional inclusiva, imparcial, célere, eficiente e que promova segurança jurídica. A pesquisa parte da hipótese de que a ineficácia da Reforma do Judiciário em ampliar significativamente o acesso à Justiça deriva da falta de aperfeiçoamento do processo coletivo brasileiro, subutilizado por conta de deficiências em sua regulamentação. Para testar esta hipótese, foram selecionados três importantes episódios de litigiosidade repetitiva, relativos a (i) cobrança de tarifa básica de assinatura de telefonia fixa, (ii) conversões de valores monetários por planos econômicos heterodoxos e (iii) oferta insuficiente de vagas em creches e pré-escolas para crianças em fase de educação infantil. Além da contraposição entre os resultados dos litígios individuais e coletivos relativos aos três casos, bem como sua análise sob a perspectiva do acesso à Justiça, também foi realizada uma comparação com *class actions* similares estadunidenses. O fato de os Estados Unidos possuírem semelhanças com o Brasil – sua dimensão continental e suas profundas desigualdades sociais – mas também uma diferença essencial – sua consolidada tradição jurídica de valorização das ações coletivas – foi sugestivo da utilidade da análise comparativa. Ao final, foi possível concluir que as ações coletivas brasileiras não conseguiram mitigar as vantagens estratégicas que beneficiam os litigantes habituais em detrimento dos eventuais. Verificou-se nos casos estudados a convivência de milhares de ações individuais ao lado de algumas ações coletivas sobre os mesmos temas. Estas ações coletivas não contribuíram de forma decisiva para a ampliação do acesso à Justiça. Há, portanto, espaço para a reforma e experimentação. Dessa conclusão, derivaram quatorze sugestões para aprimoramento legislativo. Concluiu-se ainda que a mera mudança legal, conquanto importante, não seria suficiente: os estudos de caso revelaram que, para além de deficiências legislativas, há uma cultura legal ultrapassada que desencoraja uma ação coletiva eficiente, reforçando o paradigma da participação individual no processo. Assim, os resultados apontaram para a premência de se promover, no plano da cultura jurídica, uma noção de acesso à Justiça compatível com a relevância da proteção de direitos das grandes coletividades. Os reflexos práticos do desenvolvimento desse novo paradigma se revelariam na forma como o sistema judiciário resolve os litígios individuais e coletivos e, mais profundamente, na legitimação de todo o sistema político perante a sociedade.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Reforma do Judiciário. Ação Coletiva. Litigiosidade Repetitiva. Direito Comparado. Tarifa de Assinatura Básica de Telefonia. Planos Econômicos Heterodoxos. Educação Infantil. Litigante Habitual. Litigante Eventual.

ABSTRACT

REFOSCO, Helena Campos. **Class action and access to Justice**: an analysis of Brazilian Judicial Reform in the light of case studies. 2017. 320 p. PhD Thesis, Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

One of the main goals of Brazil's 2003-2016 Judicial Reform was to significantly help historically excluded social strata gain increased access to justice, which I define as the universal right to an inclusive, impartial, speedy, efficient and trustworthy judicial system. My dissertation's hypothesis is that, unfortunately, this laudable reform effort fell short of its goal in part because legislators failed to improve the efficiency of Brazil's class-action structure. To test this hypothesis I examined three of the most important Brazilian repetitive-litigation cases involving (i) basic land-line phone subscription fees, (ii) currency conversions mandated by heterodox economic plans, and (iii) child pre-school education vacancies. All three presented a strange hybrid in which some people sued individually (and often sucessfully) and others filed class actions that faced serious difficulties. To shed more light on this seeming paradox, I looked at similar class actions in the U.S., which has a long history of more efficient use of this powerful juridical tool. Both the U.S. and Brazil of continental dimensions, saddled with gross inequality, suggesting that a comparative analysis could produce insight into the impacts of class action design. In any event, I verified that the Brazilian class actions failed to mitigate the strategic advantage that (to employ Marc Galanter's felicitous coinage) "repeat players" usually enjoy over "one-shotters." The case studies revealed to me serious limitations in the Brazilian use of class actions to guarantee access to justice, in contrast with what I found in the North American case. Thus the situation offers a space for reform and experimentation – in my paper I include a list of 14 suggestions to enhance our legislation in this regard. Essentially, I discovered that, as my working hypothesis proposed, the law is indeed faulty; nevertheless, even it weren't, its enforcement would still be hindered by an outmoded culture that discourages efficient collective action while, at the same time, reinforcing the paradigm of individual participation in court. Casting a harsh light on this problem, the case studies leave no doubt as to the urgency of stimulating a notion of access to justice compatible with the relevance of the protection of the rights of large collectives, a protection that may be guaranteed by a new socio-political paradigm that insists on full representation for common interests. The practical implications of this change would be revealed not only in how the judicial branch solves individual and collective litigation, but in the way Brazil's whole governing system legitimizes itself before society.

Keywords: Access to Justice. Brazilian Judicial Reform. Class Action. Repetitive Litigation. Comparative Law. Basic Land-line Phone Subscription Fee. Heterodox Economic Plans. Child Pre-school Education. Repeat Player. One-Shotter.

RÉSUMÉ

REFOSCO, Helena Campos. **Recours collectif et l'accès à la justice**: une analyse de la réforme judiciaire à la lumière de études de cas. 2017. 320 p. Thèse (PhD). Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2017.

L'un des principaux objectifs de la Réforme du Judiciaire brésilien a été l'élargissement de l'accès à la Justice que ce travail définit comme le droit à une prestation juridictionnelle inclusive, impartiale, rapide, efficace et qui puisse promouvoir la sécurité juridique. La recherche part de le l'hypothèse que l'inefficacité de la réforme judiciaire à élargir considérablement l'accès à la justice découle de l'absence d'amélioration du procès collectif brésilien, sous-utilisé en raison de défaillances dans sa réglementation. Pour tester cette hypothèse, nous avons sélectionné trois épisodes importants de contentieux répétitifs impliquant (i) perception des tarifs de base d'abonnement de téléphonie fixe, (ii) conversions de valeurs monétaires par des plans économiques hétérodoxes et (iii) offre insuffisante dans les écoles maternelles pour l'éducation des petits enfants. Outre le contraste entre les résultats des conflits individuels et collectifs concernant les trois cas et leur analyse du point de vue de l'accès à la justice, cette étude les a également comparés à des *class actions* américaines analogues. Les États-Unis ayant des similitudes avec le Brésil - sa dimension continentale et ses inégalités sociales profondes - mais aussi une différence essentielle - sa tradition juridique consolidée d'utilisation efficace de l'action collective - était suggestive de la pertinence de l'analyse comparative. La conclusion a été que les actions collectives brésiliennes ont échoué à atténuer les avantages stratégiques dont bénéficient les joueurs répétés (pour utiliser l'expression consacrée par Marc Galanter) au détriment des joueurs occasionnels de la justice. La recherche a constaté la coexistence de milliers d'actions individuelles à côté de recours collectifs sur les mêmes sujets. Ces recours collectif n'ont pas contribué de manière décisive à l'expansion de l'accès à la Justice. Il y a donc de la place pour la réforme et de l'expérimentation. Cette conclusion offre quatorze propositions de perfectionnement législatif. Au delà du simple changement juridique, bien qu'important, la recherche a révélé que il y a une culture de loi désuète qui décourage un recours collectif efficace, ce qui renforce le paradigme de la participation individuelle dans le processus. Ainsi, les résultats ont souligné le besoin de promouvoir, au niveau de la culture juridique, un sens de l'accès à la justice compatible avec l'importance de la protection des droits des grands collectifs. Le rôle du développement de ce nouveau paradigme - basé sur la qualité de la représentation des intérêts communs - se trouve directement sur le domaine universitaire, qui d'affiner et de transformer l'éducation juridique, il peut en produire une meilleure pratique. Les effets pratiques de ce changement se révèleraient à la manière dont le système judiciaire traite des conflits individuels et collectifs, mais aussi, plus profondément, à la légitimation de tout le système politique au près de la société.

Mots-clés: Accès à la Justice. Réforme du Judiciaire. Recours collectif. Contentieux répétitifs. Droit comparé. Tarifs de base d'abonnement de téléphonie fixe. Plans économiques hétérodoxes. Education de petits enfants. Joueur répété. Joueur occasionnel.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 2.1 - Série Histórica da Movimentação Processual..... 86
Gráfico 2.2 – Percentagem de pessoas que vivenciaram conflitos entre 2004 e 2009, mas não buscaram soluções, segundo a área da situação do conflito.....90
Gráfico 2.3 – Renda média mensal das pessoas que vivenciaram conflitos entre 2004 e 2009, segundo o espaço institucional em que buscaram soluções.....90
Gráfico 2.4 – Média de anos de estudo das pessoas que vivenciaram conflitos entre 2004 e 2009, segundo o espaço institucional em que buscaram soluções.....91
Gráfico 2.5 – Rendimento médio das pessoas que vivenciaram conflitos entre 2004 e 2009, segundo o motivo para não terem procurado a Justiça.....92
Gráfico 2.6 – Escolaridade média das pessoas que vivenciaram conflitos entre 2004 e 2009, segundo o motivo para não terem procurado a Justiça.....93
Gráfico 2.7 – Percentagem de pessoas que vivenciaram conflitos entre 2004 e 2009, segundo a área da situação de conflito e o principal responsável pela solução.....94
Gráfico 2.8 – Percentagem de pessoas que vivenciaram conflitos entre 2004 e 2009 e buscaram o Poder Judiciário, segundo a área da solução do conflito, e se houve ou não solução.....95
Gráfico 2.9 – Evolução do ICJBrasil (2º trimestre de 2009 – 1º semestre de 2016).....97
Gráfico 2.10 – Subíndice de Percepção, Subíndice de Comportamento e Índice de Confiança na Justiça, segundo a renda do entrevistado.....99
Gráfico 2.11 – Subíndice de Percepção, Subíndice de Comportamento e Índice de Confiança na Justiça, segundo a escolaridade do entrevistado.....99
Gráfico 2.12 – Perfil dos entrevistados que já consultaram um advogado.....101
Gráfico 3.1 – Evolução do Produto Interno Bruto Brasileiro.....106
Gráfico 3.2 – Percentual de processos dos 100 maiores litigantes nacionais por setor.....117
Gráfico 3.3 – Quantitativo do total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais com percentual entre os polos ativo e passivo.....117
Gráfico 3.4 - Percentual de processos dos 100 maiores litigantes da Justiça Estadual por setor.....119
Gráfico 3.5 – Quantitativo do total de processos dos 100 maiores litigantes da Justiça Estadual, com percentual entre os polos ativo e passivo.....120
Gráfico 3.6 – Reclamações Fundamentadas 2014.....121
Gráfico 6.1 – Matrículas em educação infantil na cidade de São Paulo: 1993-2016.....269

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações
CA – Conflito de Atribuições
CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CAFA – Class Action Fairnesse Act
CC – Conflito de Competência
CEI – Centro de Educação Infantil
CNI – Confederação Nacional da Indústria
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público
Consif – Confederação Nacional do Sistema Financeiro
CPC – Código de Processo Civil
CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito
EC – Emenda Constitucional
EC1 – Estudo de Caso 1
EC2 – Estudo de Caso 2
EC3 – Estudo de Caso 3
EMEI – Escola Municipal de Educação Infantil
EUA – Estados Unidos
FRCP – Federal Rules of Civil Procedure
Fundeb - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação
GTIEI – Grupo de Trabalho Interinstitucional sobre Educação Infantil
IAD – Índice de Atendimento à Demanda
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ICJ – Índice de Confiança na Justiça
Idec – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor
IDH – Índice de Desenvolvimento Humano
IDH-D – Índice de Desenvolvimento Humano Ajustado à Desigualdade
IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
LGT – Lei Geral de Telecomunicações
MJ – Ministério da Justiça
MP – Ministério Público
NAACP – National Association for the Advancement of Colored People
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico ou Econômico
PEC - Proposta de Emenda à Constituição
PIB – Produto Interno Bruto

PME – Plano Municipal de Educação de São Paulo
PNAD – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios
PNE - Plano Nacional de Educação
PPA – Plano Plurianual
RE – Recurso Extraordinário
REsp – Recurso Especial
SDE – Secretaria de Direito Econômico
SEC – Securities and Exchange Commision
SIC – Subíndice de Comportamento
SIESPJ - Sistema de Estatística do Poder Judiciário
SIP – Subíndice de Percepção
SRJ – Secretaria da Reforma do Judiciário
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TCU – Tribunal de Contas da União
TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TJSE – Tribunal de Justiça de Sergipe
TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **17**

1 REFORMA DO JUDICIÁRIO **22**

1.1 CONTEXTO INTERNACIONAL 23
1.2 CONTEXTO NACIONAL 34
1.3 A REFORMA E O ACESSO À JUSTIÇA 38
1.3.1 Acesso à Justiça: definição e características *45*
1.3.1.1 Inclusão 52
1.3.1.2 Imparcialidade 57
1.3.1.3 Celeridade 61
1.3.1.4 Eficiência 65
1.3.1.5 Segurança Jurídica 68
1.4 NOVO MARCO LEGAL DA AÇÃO COLETIVA 70

2 AVALIAÇÃO DA REFORMA SOB A ÓTICA DO ACESSO À JUSTIÇA **81**

2.1 DIFICULDADES METODOLÓGICAS 82
2.2 PESQUISAS SELECIONADAS 84
2.2.1 Relatórios "Justiça em Números" *84*
2.2.2 "Panorama do Acesso à Justiça no Brasil – 2004 a 2009" *89*
2.2.3 Relatórios "ICJBrasil" *96*
2.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS 101

3 ACESSO À JUSTIÇA: AÇÕES JUDICIAIS INDIVIDUAIS E COLETIVAS **105**

3.1 TRANSFORMAÇÕES ECONÔMICAS E SOCIAIS E SEUS REFLEXOS NA JUSTIÇA 105
3.2 DEMANDAS REPETITIVAS NO BRASIL E A REFORMA DO JUDICIÁRIO 107
3.3 OS PARADOXOS DA LITIGIOSIDADE BRASILEIRA 114
3.3.1 Litigiosidade e ineficiências regulatórias *123*
3.4 SEPARAÇÃO DE PODERES E VANTAGENS INSTITUCIONAIS DO PODER JUDICIÁRIO 125
3.5 MÉTODO 135
3.5.1 Estudos de caso *135*
3.5.2 Perspectiva Comparada: class actions *137*
3.6 BREVE APRESENTAÇÃO DO SISTEMA ESTADUNIDENSE DA *CLASS ACTION* 141

4 ESTUDO DE CASO 1: LITIGIOSIDADE REPETITIVA NO ÂMBITO DAS TELECOMUNICAÇÕES **150**

4.1 DESCRIÇÃO 151
4.2 IMPLICAÇÕES PARA O ACESSO À JUSTIÇA 157
4.2.1 Inclusão *157*
4.2.2 Imparcialidade *165*
4.2.3 Celeridade *168*
4.2.4 Eficiência *172*
4.2.5 Segurança Jurídica *173*
4.3 PERSPECTIVA COMPARADA 175
4.3.1 Notificação *178*
4.3.2 Honorários contingentes *178*
4.3.3 Alcance Subjetivo da Coisa Julgada na Ação Coletiva *180*
4.3.4 Aperfeiçoamento Regulatório *184*

4.3.5 Fase de Efetivação do Julgado *185*
4.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE O CASO 186
4.4.1 Sugestões Legislativas *190*

5 ESTUDO DE CASO 2: LITIGIOSIDADE REPETITIVA BANCÁRIA 193

5.1 DESCRIÇÃO 193
5.2 IMPLICAÇÕES PARA O ACESSO À JUSTIÇA 199
5.2.1 Inclusão *200*
5.2.2 Imparcialidade *205*
5.2.3 Celeridade *209*
5.2.4 Eficiência *213*
5.2.5 Segurança Jurídica *215*
5.3 PERSPECTIVA COMPARADA 217
5.3.1 Legitimidade Ativa *219*
5.3.2 Certificação da Classe *225*
5.3.3 Fase de Efetivação do Julgado *226*
5.3.4 Prescrição *227*
5.3.5 Produção Probatória *228*
5.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE O CASO 229
5.4.1 Sugestões Legislativas *235*

6 ESTUDO DE CASO 3: LITIGIOSIDADE REPETITIVA CONTRA O PODER PÚBLICO 239

6.1 DESCRIÇÃO 239
6.2 IMPLICAÇÕES PARA O ACESSO À JUSTIÇA 251
6.2.1 Inclusão *252*
6.2.2 Imparcialidade *259*
6.2.3 Celeridade *261*
6.2.4 Eficiência *263*
6.2.5 Segurança Jurídica *274*
6.3 PERSPECTIVA COMPARADA 278
6.3.1 Legitimidade Ativa *280*
6.3.2 Fase de Efetivação do Julgado *281*
6.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE O CASO 284
6.4.1 Sugestões Legislativas *287*

CONCLUSÃO 290

REFERÊNCIAS 297

INTRODUÇÃO

O objetivo desta tese é investigar uma das razões pelas quais, a despeito de toda a retórica envolvida, a Reforma do Judiciário não tornou plena realidade o desígnio de ampliar o acesso à Justiça no país. A hipótese deste trabalho é de que dita ineficácia da reforma resulta, dentre outros fatores, da falta de aperfeiçoamento do processo coletivo brasileiro, subutilizado por conta de deficiências em sua regulamentação.

No começo do século XXI, iniciou-se o ambicioso projeto de reforma, que almejava, dentre outros objetivos, ampliar o acesso à Justiça e, consequentemente, à prestação jurisdicional inclusiva, imparcial, célere, eficiente e segura. O principal ato normativo da Reforma do Judiciário foi a Emenda Constitucional (EC) 45/2004, à qual se seguiu profunda reforma infraconstitucional, sobretudo, da legislação processual. À luz do desafio da litigiosidade repetitiva brasileira, as lideranças fizeram inserir no "Segundo Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça Mais Acessível, Ágil e Efetivo"[1] – um dos principais textos a condensar as prioridades da Reforma do Judiciário – o item 3.2, que consagrava como prioritária a racionalização do processo coletivo brasileiro. Entretanto, não houve avanços legislativos significativos nessa área. As inovações processuais concentraram-se, sobretudo, no aprimoramento processo individual, principalmente no fortalecimento do sistema de precedentes. O Projeto de Lei 5.139/2009, resultado do esforço do Poder Executivo para sistematização do processo coletivo, foi rejeitado no âmbito do Poder Legislativo, como será visto no capítulo 1.

Apesar da retórica de ampliação do acesso à Justiça, estudos empíricos quantitativos e qualitativos voltados a retratar os avanços dessa garantia no Brasil revelam que os resultados não foram compatíveis com o progresso esperado, conforme será visto no capítulo 2.

Diante dessa constatação, no capítulo 3 serão apresentados dados que permitam compreender a configuração da litigiosidade brasileira da atualidade, a qual assume, frequentemente, um caráter repetitivo, por decorrer da massificação das relações econômicas e sociais. Essa litigiosidade contrapõe, majoritariamente, indivíduos a grandes organizações burocráticas que prestam serviços públicos ou regulados.

---

[1] Brasil, "Segundo Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo", abril de 2009, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm.

Em tal contexto, a ação coletiva deveria, em princípio, ser mais eficiente do que a ação individual, por, ao menos potencialmente,

(i) beneficiar todas as pessoas interessadas no resultado de um litígio, inclusive os grupos sistematicamente excluídos de direitos;

(ii) evitar a concorrência entre diferentes grupos sociais por recursos escassos;

(iii) produzir maior efeito dissuasório das condutas ilícitas;

(iv) permitir a economia de recursos públicos e julgamentos mais céleres, ao congregar demandas.

No plano teórico, deduz-se que a ação coletiva poderia contribuir para um maior e melhor acesso à Justiça, além de se apresentar como a ferramenta ideal para ampliar e reivindicar a realização de direitos. A ação judicial, numa perspectiva democrática, pode ser um dos trajetos para demandar a atuação do poder estatal por parte de populações sistematicamente excluídas de direitos, já que o Poder Judiciário tem se revelado permeável a certas demandas como aquelas de grupos que não se fazem ouvir na arena política. Sob essa ótica, o acesso à Justiça pode vir a se tornar um meio de promoção do desenvolvimento econômico e social. Para concretizar esse objetivo, o desenho institucional do Poder Judiciário deve tornar-se apto a reconhecer as desigualdades estruturais brasileiras, sem se deixar capturar por grupos privilegiados.

O termo "ação coletiva" deve ser compreendido, nesta tese, de forma ampla, para corresponder a toda ação judicial que permita a conjugação de esforços e saberes de litigantes eventuais, concentrando-se em um único processo o julgamento de direitos que interessam a uma multiplicidade de pessoas.[2] A ação coletiva poderia, na lição clássica de Marc Galanter,[3] aumentar os riscos dos litigantes habituais, reduzir suas economias de escala e sua capacidade de gerenciamento dos repetidos processos para, assim, equalizar os poderes das partes e minimizar as vantagens estratégicas que tradicionalmente beneficiam os litigantes habituais em detrimento dos eventuais. Embora certas barreiras organizacionais não possam ser eliminadas, tanto as ações coletivas comuns (cujo regramento se encontra primordialmente nas Leis 7.347/1985 e 8.078/1990) quanto as especiais (Ação Direta de Inconstitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Ação Declaratória de Constitucionalidade) podem, teoricamente, cumprir as funções descritas acima, equilibrando as forças dos atores nos

---

[2] A formulação da distinção entre litigantes habituais e eventuais, fundamental para esta tese e para o conceito de ação coletiva que se adotou, foi feita por Marc Galanter, "Why the 'Haves' Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", *Law & Society Review* 9, nº 1 (1974).

[3] Ibidem.

episódios de litigiosidade repetitiva típicos de sociedades cada vez mais massificadas e burocratizadas.[4]

Metodologicamente, afigura-se razoável e factível testar a hipótese mediante pesquisa empírica qualitativa, utilizando-se o método de estudo de caso e acrescentando-se, a título ilustrativo, comparações pontuais com o sistema da *class action* dos Estados Unidos da América (EUA).

Para compor a investigação empírica qualitativa, serão selecionados três estudos de caso exemplares em que se contrapõem os principais litigantes habituais brasileiros (bancos, empresas de telecomunicações e setor público) a litigantes eventuais. Em cada um dos três estudos de caso, a prestação jurisdicional resultante dos litígios individuais será comparada àquela resultante dos coletivos, à luz do ideal de acesso à Justiça. Dessa maneira, almeja-se submeter as expectativas depositadas no processo coletivo brasileiro à prova da realidade.

Em seguida, serão cotejados os estudos de caso brasileiros e seus similares estadunidenses. A escolha comparativa justifica-se, precipuamente, porque contribuições de pensadores dos EUA são fundamentais para a formulação da tese – esse país vivenciou antes do Brasil os principais processos sociais e econômicos que levaram à transformação do perfil dos litígios. O estudo comparativo justifica-se também pela existência de algumas semelhanças fundamentais entre o Brasil e os EUA, no que tange à dimensão territorial do país, à formação de seu povo e ao grau de desigualdade social interno. Além disso, a experiência das *class actions* estadunidenses tem sido adotada como referência globalmente, tratando-se de modelo em torno do qual os pensadores de todo o mundo dialogam.

Espera-se que, no exame dos casos concretos, as reais configurações das instituições fiquem evidenciadas, o que possibilitará, além do teste da hipótese, a formulação de sugestões legislativas consentâneas com a realidade institucional e cultural brasileira.

A estrutura das análises obedecerá à conceituação de acesso à Justiça sob a ótica da prestação jurisdicional, feita no capítulo 1. Assim, na análise dos estudos de caso objeto dos capítulos 4, 5 e 6, os resultados de litigiosidades que se manifestaram sob a forma individual e coletiva serão comparados sob os aspectos de inclusão, imparcialidade, celeridade, eficiência e segurança jurídica.

---

[4] A referência à burocracia é feita, aqui, no sentido weberiano do termo, utilizado por Owen Fiss para descrever sociedades ou organizações complexas, que se caracterizam pela impessoalidade, pela hierarquia e por regras de divisão de funções e responsabilidades. Nesse uso, o termo é despido da conotação pejorativa que eventualmente lhe é atribuída. Ver: Owen Fiss, *Um Novo Processo Civil: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*, trad. Carlos Alberto de Salles, Daniel Porto Godinho da Silva, e Melina de Medeiros Rós (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004), 166; Max Weber, *Ensaios de Sociologia*, trad. Waltensir Dutra e Fernando Henrique Cardoso (Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1979), 229.

Ao final, a hipótese inicial será confirmada com importantes limites e ressalvas. Os estudos de caso induzirão à constatação de transformações na sistemática de processamento de ações coletivas pelo Poder Judiciário durante o período da reforma e realçarão o potencial da ação coletiva para colaborar na ampliação do acesso à Justiça em todos os aspectos relevantes (inclusão, imparcialidade, celeridade, eficiência e segurança), mas, por outro lado, revelarão os obstáculos culturais que se apresentam para que este potencial possa concretizar-se. Tal componente cultural não pode ser menosprezado na análise do funcionamento concreto da ação coletiva brasileira.

Assim, a primeira conclusão normativa será a de que é preciso elaborar um desenho institucional de ação coletiva que proveja os melhores incentivos para resultados eficientes do ponto de vista do interesse público e da concretização dos valores públicos mais importantes de nossa sociedade. Na tentativa de contribuir para a consecução desse objetivo, esta pesquisa apresentará, ao final, propostas de reforma legislativa a partir dos estudos de caso, para que se incorporem ao modelo brasileiro, de forma seletiva, alguns elementos do desenho institucional das *class actions*.

A segunda conclusão normativa será a de que se deve refletir sobre como implementar na realidade brasileira um conceito de acesso à Justiça que se paute de forma primária pelo ideal de representação dos interesses, e apenas de forma secundária pelo de participação individual em juízo. Na raiz do modelo ora proposto reside o reconhecimento de que a atuação do Judiciário no tratamento da litigiosidade repetitiva, apegada que está no Brasil à ideia de participação individual, não apenas é ineficiente, mas também tende a reforçar a desigualdade. Sem desapegar-se de semelhante paradigma, o Poder Judiciário deixa de contribuir como poderia para o desenvolvimento econômico e social do país, além de ver enfraquecida sua legitimidade. No âmbito dessa necessária mudança cultural, o papel de protagonismo na construção do debate e no aperfeiçoamento do ensino jurídico cabe à academia. Esta tese objetiva contribuir para essa tarefa.

A ação coletiva – assim como o acesso à Justiça – não é fim em si mesma. Ela tem o potencial de constituir importante meio de participação pública e política do cidadão, por possibilitar a proteção coletiva de direitos e a discussão de políticas públicas e regulatórias que destoam do que preveem a lei e a Constituição. Assim, a ação coletiva faz parte do conceito de democracia brasileira e dela é inseparável. Nesse sentido, é simbólico o fato de que a Lei da Ação Civil Pública foi promulgada em 1985, quando renascia aqui a democracia.

A presente tese está estruturada da seguinte forma:

(i) o capítulo 1, ao discutir o conceito de acesso à Justiça, elabora um histórico da Reforma do Judiciário com especial atenção à movimentação política no sentido de aprimorar o processo coletivo;

(ii) o capítulo 2 empreende uma avaliação do progresso na ampliação do acesso à Justiça sob a égide da Reforma do Judiciário;

(iii) o capítulo 3 apresenta a configuração da litigiosidade brasileira e substratos teóricos que facilitam sua análise, além de detalhar a metodologia a ser empregada;

(iv) os capítulos 4, 5 e 6 constituem os estudos de caso de litigiosidade repetitiva;

(v) ao final, apresentam-se as conclusões da pesquisa.

1 REFORMA DO JUDICIÁRIO

A reforma do sistema de Justiça brasileiro, que ficou conhecida como "Reforma do Judiciário", modificou, significativamente, não apenas a estrutura do Poder Judiciário, mas também a legislação processual. Várias forças a animaram: membros dos três Poderes, juristas, órgãos internacionais e diversos atores sociais envolveram-se com o projeto dessa reforma, conforme será visto no decorrer deste capítulo. A longa trajetória da EC 45/2004 – conhecida como "Emenda da Reforma do Judiciário" – é evidência da complexidade do tema e das divergências que suscitava: nasceu como Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 96 em 1992 e foi aprovada em 2004. Nesse percurso, essa PEC foi apensada a projetos com orientações ideológicas distintas, revelando as diferentes preocupações que se fizeram sentir no seu trajeto.

Há muitas formas de contextualizar a reforma do Judiciário. Este capítulo perpassa os cenários internacional e nacional que a motivaram. Assim, descreve a ascensão da nova economia institucional e do segundo momento do movimento "Direito e Desenvolvimento", além dos projetos de reforma neoliberal, e analisa o discurso do Banco Mundial, devido à relevância de sua atuação no fomento a reformas jurídicas no mundo.[5] Busca-se compreender a atuação desse banco e a dos atores da reforma para, a partir de sua motivação, analisar o desempenho e os rumos da reforma aqui tratada.

O cenário nacional está retratado, em especial, por meio das discussões legislativas dos projetos que culminaram na promulgação da EC 45/2004. Embora não se desconheça que há um grande componente retórico nos discursos dos congressistas, muito pode ser apreendido por meio dos anais, seja em relação ao material legislativo que foi aprovado, seja em relação ao que não foi.

Os marcos temporais primordiais deste estudo são as datas de criação da Secretaria da Reforma do Judiciário (SRJ), em 2003, e de sua extinção, em 2016, que foram escolhidos porque a existência da SRJ representa a institucionalização do interesse político na consecução da reforma.

---

[5] Ver: Ibrahim F. I. Shihata, "Legal Framework for Development: Role of the World Bank in Legal Technical Assistance", *International Business Lawyer* 23 (1995): 360.

1.1 CONTEXTO INTERNACIONAL

O Brasil não foi o único país a vivenciar uma reforma judiciária abrangente; desde a década de 1980, vários outros investiram em projetos semelhantes.[6] Em comum, muitos tiveram o incentivo do Banco Mundial que, inspirado pelos discursos neoinstitucionalista e desenvolvimentista,[7] voltou-se ao Poder Judiciário. Diante disso, inicia-se este capítulo com uma explicação sobre o institucionalismo (e, após, sua derivação, o neoinstitucionalismo) e o desenvolvimentismo.

Os institucionalistas, segundo Carlos Portugal Gouvêa, voltaram-se a compreender as origens e os mecanismos de mudança institucional,[8] sobretudo à luz do direito de propriedade.[9] Esse autor divide o movimento institucionalista em dois momentos: o primeiro[10] perdurou do final do século XIX até o final da 2ª Guerra Mundial, e o segundo[11] foi marcado pelo ressurgimento da preocupação institucional a partir da década de 1970 e embasou as reformas neoliberais a partir da década de 1990 em países periféricos. Diferiu do primeiro, porém, pela pouca importância que seus maiores expoentes deram à desigualdade econômica e social e às consequentes diferenças em termos de poder de barganha nas sociedades.

Portugal Gouvêa explica que o primeiro movimento institucionalista, tendo origem filosófica no pragmatismo, que realça a importância dos propósitos para avaliar os fatos, esforçou-se para entender as transformações resultantes do capitalismo industrial para expor o uso meramente retórico de conceitos jurídicos e econômicos clássicos como um obstáculo para as reformas necessárias ao desenvolvimento.[12] Os autores institucionalistas eram contrários à

---

[6] Linn A. Hammergren, *Justice Reform and Development: Rethinking Donor Assistance to Developing and Transitional Countries* (Routledge, 2014).

[7] Neste sentido: Ibrahim F. I. Shihata, "The Role of Law in Business Development", *Fordham International Law Journal* 20 (1997 de 1996): 1578; Shihata, "Legal Framework for Development: Role of the World Bank in Legal Technical Assistance".

[8] Instituições, segundo Douglass North, são as "regras do jogo" em uma sociedade, ou seja, as regras formais, bem como os constrangimentos informais (convenções e códigos de comportamento), que moldam a interação humana, gerando incentivos políticos, econômicos ou sociais e provocando a evolução histórica das sociedades. Douglass C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, New York: Cambridge University Press, 1990, 3.

[9] Carlos Portugal Gouvêa, "Equity Cost Analysis: A Contribution to Institutional Theory in Face of Increasing Global Inequalities." (S.J.D. Dissertation, Harvard University, 2008).

[10] Os principais fundadores do Movimento Institucionalista são Thorsten Veblen, John Commons, Karl N. Llewellyn e Robert Hale.

[11] Cujos expoentes foram Friedrich A. Von Hayek, Frank Knight, Ronald Coase e Oliver E. Williamson.

[12] Portugal Gouvêa, "Equity Cost Analysis: A Contribution to Institutional Theory in Face of Increasing Global Inequalities."

desigualdade reinante. Criticavam a existência de uma classe improdutiva, cujo ócio[13] era remunerado mais do que o trabalho de outros, desestimulando a produção e a inovação. Com essa análise, defendiam a ampliação do acesso ao capital produtivo. O declínio deste movimento ocorreu a partir da década de 1930, com a ascensão do totalitarismo, a Grande Depressão, o advento do keynesianismo e, no pós-guerra, com a estigmatização dos institucionalistas como socialistas em um contexto de Guerra Fria.

Para o segundo movimento institucionalista, os custos de transação[14] eram o elemento central para a formulação de uma teoria de mudança institucional, o que embasou uma teoria política de liberalização econômica e o retorno ao formalismo jurídico.[15] O "Consenso de Washington" – como ficou conhecido o consenso neoinstitucionalista – preconizava a melhora institucional por meio da proteção da propriedade privada, do cumprimento dos contratos e da redução da corrupção. Assim, reformas neoliberais na América Latina e no leste da Europa tiveram influência significativa dessa corrente teórica, que associava a regulação estatal ao aumento dos custos de transação.

Foi a partir da década de 1980 que as grandes organizações multilaterais voltaram-se para o Direito como instrumento governamental capaz de produzir desenvolvimento econômico, por funcionar como um enquadre para o mercado.[16] Em fins da década de 1990, o Direito assumiu novas funções, até mesmo como componente e promotor do desenvolvimento.[17] As relações entre o direito e o desenvolvimento comportam várias nuances e pontos de vista diferentes, mas se pode dizer que os pensadores desta relação são conhecidos como integrantes do campo de estudos denominado Direito e Desenvolvimento. Apesar da falta de uniformidade entre as teorias de Direito e Desenvolvimento, houve momentos na história em que uma determinada ortodoxia cristalizou-se. Assim, no primeiro momento, nas décadas de 1950 e 1960, prevaleceu a importância do direito como instrumento de intervenção do Estado na economia. No segundo momento, a corrente uniu-se ao entendimento institucionalista em

---

[13] Thorstein Veblen assim explica o ócio: "As classes mais altas são costumeiramente excluídas de ocupações industriais, cingindo-se às funções inerentemente honoríficas". Thorstein Veblen, *A Teoria da Classe Ociosa: um Estudo Econômico das Instituições* (São Paulo: Nova Cultural, 1987), 5. Para ele, "[n]o curso da evolução cultural, o aparecimento de uma classe ociosa coincide com o início da propriedade". Ibidem, 15.

[14] Trata-se de custos relacionados às transações para além dos custos de produção, tais como os custos de negociação e redação de contratos. Ver: Ronald Harry Coase, "The Nature of the Firm", *Economica* 4, nº 16 (1º de novembro de 1937): 386–405, doi:10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x.

[15] Portugal Gouvêa, "Equity Cost Analysis: A Contribution to Institutional Theory in Face of Increasing Global Inequalities."

[16] David M. Trubek e Alvaro Santos, orgs., *The New Law and Economic Development: a Critical Appraisal* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011).

[17] Ibrahim F. I. Shihata, *Legal Framework for Development: Role of the World Bank in Legal Technical Assistance*, International Business Lawyer, v. 23, 1995, 361.

voga, relatado acima, no sentido de ser o direito um enquadre para o mercado. As reformas jurídicas integrantes desta fase foram formuladas para garantir direitos de propriedade e *enforcement* (cumprimento) dos contratos, cabendo ao Judiciário os papéis de previsibilidade, de contenção do Estado e de proteção ao mercado. Foi o auge do pensamento neoliberal, que movimentou bilhões em reformas patrocinadas pelas agências desenvolvimentistas, dentre as quais se sobressaiu o Banco Mundial.[18]

O formalismo jurídico, associado ao segundo movimento institucionalista, implicou uma agenda de transplante de instituições dos países centrais para os periféricos como política adotada pelas grandes organizações multilaterais a partir da década de 1990. Reformas legais formalistas e neoliberais, acompanhadas de assistência técnica, chegaram a ser condicionantes de empréstimos do Banco Mundial.[19] Contudo, na ausência de evidências de funcionalidade, desde 2000, esse discurso mudou e passou a abranger novos sentidos de desenvolvimento.[20] O Banco adotou o "*Comprehensive Legal and Judicial Reform Plan*",[21] inspirado em um conceito mais abrangente de Estado de Direito. Posteriormente, tampouco esse novo discurso convenceu, porque o argumento de maior participação foi visto como um disfarce para a continuidade da política de proteção a direitos de propriedade e contratos, com um controle ainda maior por parte das organizações financiadoras.[22]

Este é o contexto internacional no qual foi proposta, tramitou e vingou, ainda que muito modificada, a PEC 96/1992, origem da EC 45/2004, maior marco da reforma judiciária brasileira.

Antes, porém, de descrever a influência do Banco Mundial ao longo da reforma, deve-se ressaltar a ausência de um discurso uniforme dessa instituição ao longo do tempo, já que houve variações significativas no conceito de Estado de Direito (*rule of law*) empregado pelo Banco.[23]

---

[18] Hammergren, *Justice Reform and Development*, 2014.

[19] World Bank, *Initiatives in Legal and Judicial Reform*: 2004 Edition (The World Bank, 2004).

[20] Pode-se dizer que as novas concepções de desenvolvimento integram um Terceiro Momento do Direito e Desenvolvimento, que ainda se está a desenhar, como resultado da intersecção de ideias jurídicas, econômicas e de práticas das instituições desenvolvimentistas.

[21] World Bank, *Legal and Judicial Reform: Observations, Experiences, and Approach of the Legal Vice Presidency* (The World Bank, 2002).

[22] Portugal Gouvêa, "Equity Cost Analysis: A Contribution to Institutional Theory in Face of Increasing Global Inequalities.", 197.

[23] Alvaro Santos, "The World Bank's Uses of the 'Rule of Law' Promise in Economic Development", in *The New Law and Economic Development: a Critical Appraisal*, org. David M. Trubek e Alvaro Santos (Cambridge: Cambridge University Press, 2011).

Ao analisar a retórica do Banco Mundial no decorrer da década de 1990, Alvaro Santos identifica quatro conceitos de Estado de Direito:

(i) institucional: as leis atendem a requerimentos do sistema jurídico interno, independentemente de serem boas ou más;

(ii) substantivo: pressupõe os requisitos formais, mas considera indispensável que o sistema jurídico proteja determinados valores;

(iii) instrumental: o Estado de Direito é considerado um mecanismo eficiente para atingir outros objetivos;

(iv) intrínseco: o Estado de Direito é um objetivo por si próprio.[24]

A utilização desses conceitos pelo Banco expandiu-se progressivamente para albergar todas as concepções descritas, tornando-se um conceito chave para obter consenso em prol de reformas jurídicas com graves implicações políticas, sociais e econômicas, sob um manto de neutralidade.[25] Nesse sentido, Alvaro Santos situa os projetos de reforma jurídica do Banco Mundial em três diferentes períodos:

(i) ajuste estrutural: durante a década de 1980, que foi um período de liberalização econômica, no qual empréstimos foram concedidos à custa de ajustes macroeconômicos e financeiros, sem recurso à retórica do Estado de Direito;

(ii) governança: durante a década de 1990, em que houve severas crises de governança em países africanos e do leste europeu, o Banco introduziu a retórica do Estado de Direito, que se expandiu rapidamente, servindo de fundamento para a concessão de empréstimos independentes, ou seja, investimentos e assistência técnica que não eram objeto de condicionamentos;

(iii) desenvolvimento abrangente: a partir de 1999, como resposta a críticas de uma postura excessivamente neoliberal, o Banco Mundial adotou este conceito, que incluiu aspectos de desenvolvimento social e humano além dos meramente econômicos.[26]

Para Alvaro Santos, ao longo do tempo e da mudança de contexto, o discurso do Banco, e em especial de Ibrahim Shihata, notável figura em sua estrutura (conselheiro geral e vice-presidente de 1983 a 1998) tornou-se mais político, embora negasse explicitamente esta

---

[24] Trubek e Santos, *The New Law and Economic Development: a Critical Appraisal*.
[25] Santos, "The World Bank's Uses of the 'Rule of Law' Promise in Economic Development".
[26] James D. Wolfensohn, "A Proposal for a Comprehensive Development Framework", 21 de janeiro de 1999.

característica.[27] O estudo de Alvaro Santos denuncia, em suma, os vários usos de *rule of law* como forma de escudo às críticas, o que levou à aprovação de projetos sem méritos que os justificassem, bem como facilitou seu uso por políticos que se valeram da vagueza dos conceitos envolvidos para evitar a confrontação com seus críticos.[28]

Ante a maleabilidade do conceito de *rule of law*, convém atentar para a descrição específica de objetivos em documentos do Banco Mundial e de seus pesquisadores e representantes, para compreender sua influência sobre a reforma judiciária brasileira. A análise que se fará será um esforço de comparação entre documentos oriundos do Banco Mundial, bem como de seus principais representantes e pesquisadores, e documentos oficiais brasileiros referentes à mencionada reforma.

Considerando-se que o impulso para reformas jurídicas dava-se, na prática do Banco, por meio de assistência técnica atrelada a contratos de empréstimo, elabora-se, a seguir, uma breve análise dos Projetos P073192[29] e P083533[30], firmados entre o Brasil e o Banco Mundial em 2001 e 2003 e, portanto, situados temporalmente na mesma época da ascensão da reforma como prioridade da agenda política do governo, para compreender se havia, atrelada ao empréstimo, a sugestão de reforma jurídica.

Em 2001, foi assinado o contrato de empréstimo P073192 de US$14.46 milhões para fins de assistência a reformas no setor financeiro brasileiro. A preocupação com a reforma jurídica fica clara no relatório 22603-BR,[31] a ele referente. Para maior acesso ao crédito, o objetivo seria reduzir o *spread* bancário.[32] O Banco Mundial sugere, como soluções, o aprimoramento do sistema de taxação financeira, da transparência, da qualidade de informação sobre os devedores, reforma da legislação falimentar (atribuindo-se prioridade aos credores

---

[27] Neste sentido: Ibrahim F. I. Shihata, "World Bank and Human Rights: An Analysis of the Legal Issues and the Record of Achievements, The", *Denver Journal of International Law and Policy* 17 (1989 de 1988): 39.

[28] Crítica semelhante pode ser vista em: Oscar Vilhena Vieira, "A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito", in *Estado de Direito e o Desafio do Desenvolvimento*, org. Dimitri Dimoulis e Oscar Vilhena Vieira, Coleção Direito, Desenvolvimento e Justiça. Série Produção Científica (São Paulo: Saraiva, 2011), 209.

[29] Todos os documentos disponíveis em: http://www.worldbank.org/projects/P073192/financial-sector-technical-assistance-loan-project?lang=en&tab=overview . Acesso: 10 jul. 2014.

[30] O referido relatório encontra-se disponibilizado no site do Banco Mundial. Ver: http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/LCR/2006/01/26/CE2842083DD4C3F1852570A800728A51/2_0/Rendered/PDF/L72531BR0CONFORMED.pdf . Acesso: 10 jul. 2014.

[31] O referido relatório encontra-se disponibilizado no site do Banco Mundial. Ver: http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2001/09/01/000094946_01081704011868/Rendered/PDF/multi0page.pdf. Acesso: 10 jul. 2014.

[32] O *spread* consiste na diferença entre o custo do dinheiro captado e do emprestado. Uma comparação internacional do *spread* bancário pode ser encontrada em: http://data.worldbank.org/indicator/FR.INR.LNDP.

com garantia real), mais flexibilidade na recuperação de empresas, maior garantia dos direitos dos credores (com ênfase no respeito aos contratos) e maior eficiência nos processos judiciais.

Em 2003, foi firmado o contrato de empréstimo P083533, de U$ 12.12 milhões. O relatório 1874[33] do Projeto de Assistência Técnica para Crescimento Sustentável e Equitativo revela que o Ministério da Justiça figurou como beneficiário de parte dos recursos (ao lado dos Ministérios de Planejamento, Finanças e Transporte). Do total do financiamento,[34] o setor "Direito e Justiça" obteve 15%, e, quanto à divisão temática, 13% das verbas foram destinadas a "Instituições Jurídicas para Economia de Mercado", conforme ênfase no decorrer do texto, em direito falimentar e econômico, incluindo, nesse aspecto, treinamento de juízes e integrantes dos tribunais.[35]

Este contrato é importante porque no ano em que foi firmado, 2003, havia tomado posse o novo Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, que se esforçava para demonstrar o alinhamento do governo com projetos de interesses dos investidores e para reduzir a desconfiança e a volatilidade do mercado.[36]

Também em 2003, foi criada a SRJ, situada no Ministério da Justiça, demonstrando o ingresso da reforma, inequivocamente, na agenda do novo governo. A SRJ constou expressamente do relatório como uma das beneficiárias do empréstimo, ao lado da Secretaria de Direito Econômico (SDE) e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), e foi destinatária de U$ 0.24 milhão. Esse empréstimo destinou-se a ajudar a aprimorar o sistema jurídico para a resolução de disputas econômicas nos setores público e privado (em especial nas execuções de dívidas) e a fortalecer direitos de propriedade e contratos, tendo por objetivo central a consolidação de um ambiente jurídico mais confiável, capaz de promover as transações econômicas de forma mais eficiente.[37] O relatório reconheceu os avanços havidos na reforma judicial – em especial no tocante a legislação falimentar, regulação corporativa, acesso

---

[33] O referido relatório encontra-se disponibilizado no site do Banco Mundial. Ver: http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2011/11/07/000333037_20111107002958/Rendered/PDF/ICR18740P083530C0disclosed011030110.pdf . Acesso: 10 jul. 2014

[34] O relatório informa que não houve necessidade de disponibilização de todo o valor contratado, ante o crescimento econômico do PIB do Estado brasileiro no decorrer da execução do contrato.

[35] Ver: Banco Mundial, "Report ICR 1874 - Implementation Completion and Results Report (IBRD-72530) on a loan in the amount of US$12.12 million to the Federative Republic of Brazil for a Sustainable and Equitable Growth Technical Assistance Project in support of the First Phase of the Sustainable and Equitable Growth Technical Assistance Program", 3 de junho de 2011, http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2011/11/07/000333037_20111107002958/Rendered/PDF/ICR18740P083530C0disclosed011030110.pdf.

[36] Nesse sentido, veja-se a Carta ao Povo Brasileiro, do então candidato à Presidência da República Luiz Inácio Lula da Silva, em 2002.

[37] Ibid, 7-8.

a crédito, antitruste, *performance* judicial nos casos econômicos, dentre outros – e apostou na sua continuidade com recursos próprios. Esse relatório não fez menção à ampliação do acesso à Justiça e a outros objetivos mais sociais e menos econômicos.[38]

Nesse período, o já citado Ibrahim Shihata, que foi um dos mentores do Banco Mundial durante o período que antecedeu a reforma, afirmou haver ampla comprovação de que o Estado de Direito atrai investimentos privados e cria uma sensação de estabilidade e previsibilidade, em que os riscos dos negócios podem ser avaliados e os direitos de proprietários e contratantes respeitados, além de reduzir os custos de transação e trazer credibilidade para compromissos do Poder Público.[39] Shihata enfatizou a importância de o Judiciário ser eficiente ("*well-functioning judiciary*"), previsível, economicamente acessível e célere, como parte de um sistema legal funcional e defendeu ser útil, no bojo de reformas jurídicas, valer-se da utilização da experiência jurídica comparada (mas não do transplante de institutos) e da criação de uma unidade central responsável pela reforma, que se reportasse à cúpula governamental e efetivamente coordenasse as demandas dos setores internos e externos.[40]

Shihata asseverou que a relevância do Poder Judiciário para a afirmação do Estado de Direito decorria do fato de o direito não ser apenas o conjunto de leis existentes, mas também a forma de sua aplicação e interpretação pelos juízes, aos quais cabia aplicar a lei de forma justa, previsível e independente, sem atrasos e custos excessivos, criando uma atmosfera de paz na qual o desenvolvimento floresceria. Shihata preocupou-se, ainda, com o aperfeiçoamento de magistrados e demais atores do sistema jurídico.[41]

Constata-se que o discurso de Shihata era também o dos contratos de empréstimo narrados acima: defesa de contratos, da propriedade privada e das garantias dos direitos dos credores, que devem ter, à sua disposição, um Judiciário eficiente que lhes permita executar os contratos inadimplidos. O desenvolvimento inicial da reforma do Judiciário deu-se de acordo com essas diretrizes.

---

[38] Ibid, 20.
[39] Shihata, "The Role of Law in Business Development".
[40] Ibidem.
[41] Ver: Shihata, "Legal Framework for Development: Role of the World Bank in Legal Technical Assistance", 361.

O primeiro eco do discurso do Banco Mundial na experiência brasileira consistiu na criação da SRJ, no bojo do Poder Executivo, pelo Decreto 4.685/2003.[42] Na redação original, conforme artigo 23,

> "[à] Secretaria de Reforma do Judiciário compete: I - formular, promover, supervisionar e coordenar os processos de modernização da administração da justiça brasileira, por intermédio da articulação com os demais órgãos federais, do Poder Judiciário, do Poder Legislativo, do Ministério Público, dos Governos estaduais, agências internacionais e organizações da sociedade civil; II - orientar e coordenar ações com vistas à adoção de medidas de melhoria dos serviços judiciários prestados aos cidadãos; III - propor medidas e examinar as propostas de reforma do setor judiciário brasileiro; e IV - dirigir, negociar e coordenar os estudos relativos às atividades de reforma da justiça brasileira."

A inspiração no discurso de Shihata, acima referido, quando sugeriu "a criação de uma unidade central responsável pela reforma, que se reporte à cúpula governamental e efetivamente coordene as demandas dos setores internos e externos",[43] é evidente.

A aprovação da EC 45/2004 respondeu, também, à parte dos objetivos descritos acima. Diante de atrasos na prestação jurisdicional:

(i) previu a razoável duração do processo como princípio constitucional e, para este fim, dispôs ser a atividade jurisdicional ininterrupta;[44]

(ii) determinou a proporcionalidade do número de juízes na unidade jurisdicional à efetiva demanda judicial e à respectiva população;

(iii) obrigou a imediata distribuição de processos em todos os graus de jurisdição;

(iv) permitiu que servidores recebam delegação para a prática de atos de administração e de mero expediente sem caráter decisório;

(v) criou a súmula vinculante.

---

[42] Posteriormente houve modificações das competências da Secretaria da Reforma do Judiciário pelo Decreto 6.061/2007, e sua extinção pelo Decreto 8.668/2016. A respeito da extinção da Secretaria da Reforma do Judiciário, ver: Pierpaolo Cruz Bottini, Sérgio Rabello Tamm Renault, e Maria Tereza Sadek, "O fim da Secretaria de Reforma do Judiciário - Opinião", *Estadão*, 29 de março de 2016, http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,o-fim-da-secretaria-de-reforma-do-judiciario,10000023604.

[43] "Quite often, it has also been useful to establish a central legal reform unit which reports to the head of government and thus, effectively coordinates the varied demands of various internal sectors and external donors." Shihata, "The Role of Law in Business Development", 1587, tradução nossa.

[44] Artigo 93, XII, da Constituição: "a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente".

Diante do desiderato de aperfeiçoamento profissional e de maior produtividade dos magistrados, a EC 45/2004 previu a existência de:

(i) critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento para aferição do merecimento dos juízes;

(ii) vedação da promoção ao juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal;

(iii) cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados;

(iv) Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados.

Além disso, a EC 45/2004 cuidou da administração dos tribunais, como forma de redução de seu custo e aumento de sua eficiência, e criou o Conselho da Justiça Federal, ao qual cabe exercer a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema e com poderes correicionais, cujas decisões terão caráter vinculante.

A EC 45/2004 instituiu, ainda, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao qual compete o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, com a correspondente criação do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) para exercer as mesmas funções em relação ao Ministério Público.

Houve, também, uma forte ênfase na mudança da legislação falimentar. No início de 2005, logo após a aprovação da EC 45/2004, foi aprovada a Lei 11.101, importante parte da reforma. O teor da lei revela sua elaboração em perfeita consonância com o discurso do Banco Mundial, em especial com o contido no relatório 22603-BR referente ao empréstimo P073192: os credores com garantia real passaram a uma posição muito privilegiada na classificação dos créditos na falência, como forma de concessão ao setor financeiro visando à redução dos *spreads* bancários; a recuperação judicial substituiu a concordata e adotou um procedimento mais célere e flexível, que previu maior participação dos credores, enfatizou o princípio da preservação da empresa e facilitou a venda de ativos. O relatório 1874, como visto acima, expressamente reconheceu os avanços do Brasil na área falimentar. Assim como a EC 45/2004,

o Projeto de Lei 4.376/1993, que deu origem à Lei 11.101/2005, teve longa tramitação, mas foi aprovado quando a reforma se tornou prioridade para o governo.[45]

No mesmo ano de 2005, foi aprovada a Lei 11.232, que modificou substancialmente o processo de execução de títulos judiciais, em especial ao prever a fase do cumprimento de sentença, tornando desnecessário o ingresso com ação própria para a execução destes títulos. Pouco tempo depois, em 2006, a Lei 11.382 alterou profundamente o Código de Processo Civil (CPC) de 1973, facilitando a execução das dívidas, em especial quanto à penhora de dinheiro, que passa a ser possível por meio eletrônico. Ambas as leis transformaram o processo de execução brasileiro, em prol de maior efetividade.

Não obstante a ênfase na eficiência do Poder Judiciário como ferramenta de mercado, no decorrer do tempo, objetivos com caráter mais social incorporaram-se ao projeto da reforma. Neste sentido, Sri-Ram Aiyer enfatizou como funções da reforma jurídica a racionalização do processo, a melhoria na administração do Judiciário e na qualidade da educação judicial, o equilíbrio nos custos da Justiça, a expansão de formas alternativas de resolução de conflitos e a promoção do acesso à Justiça[46] e apontou haver, na América Latina e no Caribe, evidências de ineficiência administrativa do Judiciário, acesso limitado à Justiça, falta de transparência, de previsibilidade e de confiança nas decisões judiciais.

No Documento Técnico 319 do Banco Mundial, elaborado para fins de assistência aos países em desenvolvimento, constaram os elementos básicos das reformas jurídicas. Segundo esse documento, seria prioritário garantir a independência orçamentária do Judiciário; aprimorar a gestão judicial; reformar as leis processuais; prever meios alternativos para solução de disputas e instituir programas de aperfeiçoamento para juízes, advogados e estudantes. Esse estudo ressaltou também a importância de reformas jurídicas para o desenvolvimento econômico dos países latino-americanos.[47]

A influência do Banco Mundial sobre a reforma foi objeto de reflexão durante os debates parlamentares que precederam a sua aprovação, levando membros do Parlamento a

---

[45] Não vingou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.934-2-DF, proposta contra diversos dispositivos da lei.

[46] Malcolm Rowat, Waleed Malik, e Maria Dakolias, *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean*, World Bank Technical Note 280 (Washington, D.C.: World Bank, 1995).

[47] Maria Dakolias, *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean: Elements of Reform*, World Bank Technical Note 319 (Washington DC: World Bank, 1996).

questionarem quais objetivos moveriam o Banco Mundial nesta empreitada de financiamento de reformas judiciárias em países latino-americanos.[48]

A avaliação do contexto internacional permite inferir que, apesar do protagonismo dos atores nacionais, houve influência do Banco Mundial e dos compromissos assumidos internacionalmente pelo Brasil na reforma. Hoje é possível afirmar que o discurso de priorização da eficiência do Judiciário para o desenvolvimento econômico produziu resultados concretos durante a reforma, destacando-se a introdução em nosso ordenamento de ferramentas gerenciais e de fortalecimento dos precedentes. Esse instrumental, embora em tese concretize o ideário de acesso à Justiça, pode, na prática, restringi-lo, por reduzir o espaço de diálogo argumentativo do juiz e das partes. Paradoxalmente, embora a eficiência deva integrar o conceito de acesso à Justiça, a busca desmedida de eficiência pode comprometer sua realização.[49]

É relevante notar que essa ingerência do Banco Mundiak, que se estendeu no tempo,[50] deu-se não apenas por meio de financiamento em instituições, mas também por meio de

---

[48] Neste sentido, o Deputado José Roberto Batochio assim resumiu sua reserva quanto a esta ascendência do Banco Mundial sobre a reforma: "O Banco Mundial, Sr. Presidente, abriu uma linha de crédito para a reforma do Poder Judiciário em países da América Latina – Venezuela, Peru, Colômbia. Que interesse teria o Banco Mundial ou o Primeiro Mundo, que se localiza acima do Equador, em reformular as nossas Justiças? Qual é o interesse? Será que eles querem que o nosso miserável, o nosso pobre tenha mais acesso à Justiça? Ou outros interesses estarão animando essas forças do capital? Está na Internet, Sr. Presidente: Programas de Auxílio Financeiro para a Reforma do Poder Judiciário em Países de Economia Emergente. Já aderiram vários países da América do Sul. O que eles querem, Sr Presidente? Eles querem concentrar numa Justiça de primeira classe as grandes decisões econômicas, e encontraram uma forte parceria, que é o Governo, que deseja editar medidas provisórias a mancheias, violando e desconhecendo direitos, para simplesmente ter uma interlocução possível com os Tribunais Superiores. E relembro que os Ministros dos Tribunais Superiores são sempre nomeados pelo Presidente da República, sem questionar, absolutamente, a honorabilidade, a correção e a imparcialidade desses eminentes magistrados. Fala-se que existe bancada do Governo no tribunal x, bancada do Governo no tribunal etc. O que se verifica é que estamos construindo com esses mecanismos de súmula vinculante, avocatórias disfarçadas de incidentes, a arguição de relevância, mal disfarçada, sob o codinome de repercussão geral. O que se quer é fazer uma Justiça de primeira classe, a Justiça das causas importantes, a Justiça do Governo, dos banqueiros, do capital internacional. Decide-se nos Tribunais Superiores com força de lei para toda a pirâmide judiciária, para toda a administração e para todo o povo brasileiro. E onde é que fica o princípio do juiz natural, aquele da base da pirâmide do Poder Judiciário, que deveria ter cognição plena e poder interpretar a regra para solucionar o conflito de interesse colocado ao seu exame, à sua decisão? [...] O que resolve problema de volume de processos é a multiplicação de juízes; não é fechamento do acesso à Justiça para o povo; não é o estreitamento da porta dos tribunais e dos pretórios para que o povo não possa ali penetrar." "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados - Suplemento, Brasília, DF, 141-236." (Câmara dos Deputados, dez 1999).

[49] Como ressalta Asperti, faltam critérios para seleção do caso paradigma e "a sistemática de padronização decisória e de julgamento por amostragem pode conduzir a uma ressignificação restritiva da noção de acesso à Justiça, à medida que legitima práticas gerenciais de reprodução de julgados e de aplicação de entendimentos consolidados em um caso paradigma sem que os argumentos fáticos do caso afetado sejam analisados e que a estes seja dada uma resposta individualizada". Maria Cecília de Araujo Asperti, "Litigiosidade Repetitiva e a Padronização Decisória: entre o Acesso à Justiça e a Eficiência do Judiciário", *Revista de Processo* 263, nº 42 (janeiro de 2017): 245.

[50] Note-se que se mantém presente a influência do Banco Mundial em temas ligados ao Poder Judiciário brasileiro, especialmente por meio de parcerias com os principais órgãos encarregados da Reforma. Neste sentido:

incentivo à pesquisa, inclusive sobre ações coletivas – como se verá no capítulo 4, uma das principais pesquisas empíricas que serviu de base para um dos estudos de caso desta tese foi promovida pelo Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento, que integra o Banco Mundial.[51]

Infelizmente, constata-se que mesmo com a introdução da temática das ações coletivas no período reformador, inclusive pela atuação dos atores internacionais, não houve avanços legislativos na área. As deficiências do processo coletivo brasileiro e a ausência de iniciativas efetivas para o seu aprimoramento despertaram a atenção para a realização da pesquisa que deu origem à presente tese.

1.2 CONTEXTO NACIONAL

Antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, já havia uma preocupação com a reforma do sistema jurídico. Em 1975, o Supremo Tribunal Federal, a pedido do Presidente Ernesto Geisel, preparou um diagnóstico do Poder Judiciário, que embasou uma proposta de reforma. O projeto não foi aprovado no Congresso Nacional. O Presidente, valendo-se dos poderes que lhe foram atribuídos pelo Ato Institucional 5/1968, decretou o recesso do Congresso Nacional e promulgou a EC 7/1977, conhecida como "Pacote de Abril". Dentre as mudanças, destacam-se a criação da avocatória, do Conselho Nacional da Magistratura e a determinação de edição da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

"Depois de quase três anos entre planejamento e execução, o projeto Diagnóstico e Fortalecimento dos Judiciários Estaduais, fruto de parceria entre Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Banco Mundial, chegou ao fim propondo um novo modelo colaborativo de alocação de recursos humanos e orçamentários, com foco no redesenho e otimização de procedimentos e rotinas, tendo como objetivo principal a melhoria do acesso à Justiça. Os resultados do projeto foram apresentados pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) do CNJ e pela consultoria Elogroup em reunião na última quarta-feira (19/8). 'O Banco Mundial apoiou esse projeto, que é uma iniciativa endógena do Judiciário desenvolvida pelo CNJ de forma muito satisfatória', disse Isabella Micali Drossos, advogada sênior do Banco Mundial e gerente do projeto. De acordo com ela, o principal ganho com a otimização da gestão é a possibilidade de investir em mais acesso à Justiça" (Deborah Zampier, "Parceria entre CNJ e Banco Mundial otimiza gestão de tribunais estaduais", acessado 5 de setembro de 2015, http://www.cnj.jus.br/index.php.). E ainda: "[o] Projeto de Diagnóstico e Fortalecimento dos Judiciários Estaduais, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em parceria com o Banco Mundial (Bird), vai ajudar o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso (TJMT) a poupar cerca de R$ 1 milhão em recursos orçamentários. O projeto viabilizou a contratação de uma consultoria que elaborou diagnóstico e propôs um modelo de gestão de recursos humanos e orçamentários." Manuel Carlos Montenegro, "Projeto do CNJ e Bird ajudará a reduzir gasto anual do TJMT em R$ 1 milhão", acessado 11 de setembro de 2015, http://www.cnj.jus.br/index.php."

[51] Kazuo Watanabe et al., "Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas" (Brasília: Secretaria de Reforma do Judiciário; Cebepej; Banco Mundial, 2007), 15.

Durante o processo de transição para a democracia, a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) promoveu mudanças importantes no sistema jurídico, passando a permitir a defesa coletiva de direitos de massa.[52] O sistema de processos coletivos que ela inaugurou foi posteriormente complementado pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990).

Inovações relevantes para o reconhecimento coletivo de direitos foram trazidas pela Constituição Federal de 1988. Conforme Barbosa Moreira,

> "[...] o fenômeno das ações coletivas, que nesta Constituição assume dimensões até então desconhecidas do Direito Constitucional brasileiro, se manifesta, na verdade, sob duas formas. De um lado, temos figuras processuais específicas de ações coletivas: o mandado de segurança coletivo, previsto no art. 5º, LXIX; a ação popular, prevista no mesmo art. 5º, LXXIII, e a ação civil pública, objeto da disposição do artigo 129, III, e de seu § 1º. De outro lado, temos também a manifestação desse fenômeno em termos genéricos, por assim dizer, para qualquer ação, como se infere do art. 5º, XXI, que legitima entidades associativas , mediante autorização expressa, a litigar, em Juízo, por direitos de seus associados; e ainda no art. 8º, VI, que cuida da possibilidade de os sindicatos litigarem, em Juízo, em prol dos direitos e interesses das categorias profissionais que representam direitos e interesses gerais ou mesmo individuais."[53]

A Constituição incorporou novos direitos, muitos de natureza coletiva, e inovadoras formas de tutela destes direitos, tais como o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, afora haver ampliado o âmbito de cabimento da ação popular. Além disso, a Constituição de 1988 trouxe mudanças na estrutura do Poder Judiciário, com parcial reformulação na cúpula (criação do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho da Justiça Federal e concentração no Supremo Tribunal Federal de funções eminentente constitucionais) e na base (com a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas e da Justiça de Paz). O Judiciário passou a ter autonomia administrativa e financeira e maiores responsabilidades, sobressaindo a de mediação política dos Poderes Executivo e Legislativo.[54]

---

[52] Antes da referida lei, Barbosa Moreira defendia um âmbito amplo de aplicação da ação popular para tutela de interesses difusos: José Carlos Barbosa Moreira, "A Ação Popular do Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados 'Interesses Difusos'", in *Processo Coletivo: do Surgimento à Atualidade*, org. Ada Pellegrini Grinover et al. (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014).

[53] José Carlos Barbosa Moreira, "Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988", *Revista de Processo*, março de 1991, 190.

[54] Ver: Maria Tereza Sadek, "Judiciário: Mudanças e Reformas", *Estudos Avançados* 18, nº 51 (maio/ago de 2004): 80.

O contexto nacional de ressurgimento da preocupação com a reforma do Judiciário foi o de revisão constitucional.[55] Isto pode ser afirmado porque o principal ato legislativo ligado à reforma foi a EC 45/2004, cujo projeto, de iniciativa do Senador Hélio Bicudo, teve início em 1992 (PEC 96/1992), época da revisão constitucional.[56]

Apesar das deficiências identificadas na atuação do Poder Judiciário à época, no processo de revisão constitucional nenhuma emenda referente à reforma foi aprovada; as discussões a seu respeito, porém, aprofundaram-se[57] e passaram a sinalizar uma ampla alteração institucional com o apensamento à PEC original de outras igualmente fundamentais: PEC 112-A, PEC 127-A, PEC 368-A e PEC 500-A.[58]

À importância da reforma no debate público correspondia a dificuldade de construção do consenso a seu respeito, em grande parte devido à nova forma de atuação do Poder Judiciário após a constitucionalização de direitos econômicos e sociais.[59] Os projetos de emenda constitucional apresentados, bem como os respectivos substitutivos e emendas, revelavam objetivos muito díspares e visões de mundo contrapostas. Diferentes vertentes ideológicas disputavam hegemonia no processo de reforma. A título ilustrativo dessa afirmação, veja-se o recurso 140, por meio do qual o Deputado Jarbas Lima sustentou que o Substitutivo apresentado pelo Deputado-Relator Jairo Carneiro às Propostas de Emenda Constitucional 96-A/92 e 112-A/95, "desbordou enormemente" dos projetos originais, caracterizando projeto inteiramente novo, que estaria viciado por inconstitucionalidades formais e materiais.[60]

---

[55] Art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT): "A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral."

[56] Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Bottini relatam que a PEC 96 surgiu em um contexto de reavaliação da nova ordem constitucional, e seu escopo era limitado a alterações pontuais ligadas à carreira da Magistratura. Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Bottini, "Primeiro Passo", in *Reforma do Judiciário*, org. Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini (São Paulo: Saraiva, 2005), 1–28. Para uma exposição mais abrangente do contexto da reforma, ver: Maria Fernanda de Toledo Rodovalho, "A Reforma do Estado após a Emenda Constitucional 45/04: a Reforma do Poder Judiciário" 2012; Felipe Benaduce Seligman, André Luís César Ramos Ramos, e Secretaria de Reforma do Judiciário, orgs., *10 anos de Transformação: os Bastidores, os Desafios e o Futuro da Reforma do Judiciário* (Brasília: Ministério da Justiça, 2014); Joaquim Falcão, "Breve História Inicial do Conselho Nacional de Justiça", *Revista do Advogado: 10 Anos do CNJ*, 2015.

[57] Maria Tereza Sadek, *Reforma do Judiciário* (São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung, 2001).

[58] Relativas, respectivamente, ao controle externo do Judidicário; idade para aposentadoria compulsória dos juízes; federalização de crimes contra direitos humanos; e efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal.

[59] Sadek, *Reforma do Judiciário*, 7.

[60] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Recurso 140. Recurso contra a Decisão de Indeferimento, pelo Presidente da Comissão Especial da Reforma de Estrutura do Poder Judiciário, de Questão de Ordem Apresentada em Relação ao Substitutivo Oferecido pelo Deputado-Relator Jairo Carneiro às Propostas de Emenda Constitucional 96-A/92 e 112-A/95. Constituição (1988). Proposta de Emenda à Constituição 96-B, de 1992. Volume I. Autor: Hélio Bicudo. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 8017-8037, 26 mar. 1997."

Apesar dessas dificuldades, a reforma firmou-se na pauta política pela instalação da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Judiciário,[61] que resultou de escândalos envolvendo esse Poder,[62] quando o então presidente do Supremo Tribunal Federal manifestou-se no sentido de busca conjunta de uma solução para o grande problema do Judiciário: a lentidão. A oposição a esta ideia levou diversos setores da Justiça a se preocuparem com a retomada da reforma. As dificuldades prosseguiram e evidenciaram-se, inclusive, na nomeação da relatoria, que ao final foi repartida entre vários relatores-adjuntos. Em 1999, Aloysio Nunes Ferreira e Zulaiê Cobra Ribeiro apresentaram relatórios separados, e ambos foram criticados. Ainda assim, esses dois relatórios formaram a base do consenso em torno do projeto. Em 2000, o projeto foi aprovado, com modificações significativas, e foi remetido ao Senado, onde se tornou a PEC 29/2000, que viria a ser prioritária no governo Lula, empossado em 2003.

No início desse governo, o Presidente Lula clamou por maior transparência no Poder Judiciário, referindo-se à "caixa-preta" deste Poder, reclamando de que a justiça não era igual para todos: "como dizia Lampião, em 1927, neste país, quem tiver 30 contos de réis não vai para a cadeia. Ainda em muitos casos prevalece exatamente isso".[63] O então Presidente deixou clara sua prioridade na reforma - o controle externo do Judiciário.

O Ministro da Justiça à época, Márcio Thomaz Bastos, criou a SRJ, cujo papel foi crucial na aprovação da reforma,[64] ao contribuir para a articulação política entre o Legislativo e o Executivo e ao consolidá-la como política pública prioritária do governo.[65]

Com a adesão da mídia (graças, sobretudo, a estratégias bem-sucedidas de comunicação social lideradas pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Nelson Jobim, que via a reforma

---

[61] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados. Brasília, DF, 16634."

[62] Nesse sentido, foi o teor do requerimento da Deputada Zulaiê Cobra, que cobrou a reinstalação da Comissão Especial de Reforma do Poder Judiciário: "Diante dos fatos, hoje em evidência, sobre a criação, pelo Senado Federal, de uma Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar irregularidades no Poder Judiciário e diante da imprescindível manifestação de apoio desta Casa, é que requeiro a reinstalação da Comissão Especial de Reforma do Poder Judiciário, que teve sua instalação no início de 1995 e sua paralisação em novembro de 1996. E, consequentemente, a participação explícita da Câmara Federal, sob seu comando, na questão da Reforma do Poder Judiciário." "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados. Brasília, DF, 16634." Ver também: Sadek, *Reforma do Judiciário*.

[63] "Lula Critica 'Caixa-Preta' do Judiciário e Defende Controle," abr 2003, http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2304200302.htm.

[64] Joaquim Falcão, "Estratégias para a Reforma do Judiciário," in Reforma do Judiciário, ed. Sérgio Rabello Tamm Renault and Pierpaolo Bottini (São Paulo: Saraiva, 2005).

[65] Renault e Bottini, "Primeiro Passo", 4. Entende-se por política pública "um programa ou quadro de ação governamental" consistente "num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimento à máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito." Maria Paula Dallari Bucci, "O Conceito de Política Pública em Direito", in *Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico*, org. Maria Paula Dallari Bucci (São Paulo: Saraiva, 2006), 14.

como necessária)[66] e sob a hábil relatoria do Senador José Jorge de Vasconcelos, em 2004, foi aprovada a EC 45 – a reforma constitucional do Judiciário –, após a qual seguiu-se a reforma infraconstitucional.[67]

1.3 A REFORMA E O ACESSO À JUSTIÇA

É natural que muitos motivos e objetivos tenham impulsionado a reforma. Primeiramente, ela foi resultado da tomada de decisões por múltiplos atores, com compromissos e interesses diversos.[68] Em segundo lugar, quando os atores políticos encampam projetos políticos como este, agrupar objetivos variados facilita o consenso positivo sobre o projeto legislativo e reduz as críticas em caso de insucesso, pois, se um dos objetivos falhar, outros podem ser invocados como bem-sucedidos.[69]

Sérgio Renault e Pierpaolo Bottini – respectivamente, o primeiro e o segundo juristas a ocupar o cargo de Secretário de Reforma do Judiciário – assim sintetizam os quatro grandes objetivos da EC 45/2004:

(i) contribuir para a democratização do Judiciário (em especial pela criação do controle externo);

(ii) aumentar a celeridade da prestação jurisdicional (respondem a este apelo, exemplificativamente, a criação da repercussão geral e da súmula vinculante);

---

[66] Falcão, "Breve História Inicial do Conselho Nacional de Justiça", 46–47.

[67] Sérgio Renault e Pierpaolo Bottini corroboram a afimação de que a Reforma do Judiciário é um processo, pois o ordenamento precisa ser ajustado às novas diretrizes, em especial à previsão de razoável duração do processo. Renault e Bottini, "Primeiro Passo".

[68] E, neste sentido, assim manifestou-se o Deputado Fernando Coruja: "[...] essa reforma tem também um grande componente ideológico, no que se refere ao País que queremos hoje e ao que ele era há vinte anos. As pessoas hoje têm uma visão mais liberal, mais socialista, e isso está implícito no bojo da própria reforma e faz com que haja divergência. Existem também interesses os mais conflitantes na reforma. Há grandes conflitos entre os tribunais superiores e os juízes de primeiro grau, entre o posicionamento dos advogados e do Poder Judiciário. São conflitos inerentes ao processo, têm de ser debatidos aqui, e temos de achar uma solução.""Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão Especial, Destinada a Proferir Parecer à Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992, que 'introduz Modificações na Estrutura do Poder Judiciário' e Apensadas. (Estrutura do Poder Judiciário). Ata da 18ª Reunião, de 17 de junho de 1999. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 28878-28893, 18 jun. 1999."

[69] Como já mencionado acima, Alvaro Santos demonstra que o Banco Mundial faz uso de múltiplos sentidos do conceito de *rule of law* na justificativa de reformas jurídicas que apoia, e que este uso simultâneo de concepções sobrepostas funciona como um escudo. Ver: Santos, "The World Bank's Uses of the 'Rule of Law' Promise in Economic Development". A mesma crítica aplica-se a atores internos, que tinham interesses diversos na reforma.

(iii) aperfeiçoar as carreiras da magistratura, do Ministério Público (neste sentido, estabelece-se a quarentena[70] de juízes e promotores e o tempo mínimo para ingresso nas carreiras) e da Defensoria Pública (cuja autonomia passa a ter assento constitucional);

(iv) ampliar a proteção de direitos humanos (os crimes que atentarem contra estes direitos tornaram-se passíveis de federalização e os acordos e tratados internacionais que tratam do tema passaram, em determinadas condições de aprovação pelo Congresso Nacional, a ostentar o *status* de emenda constitucional).[71]

Maria Fernanda Rodovalho reforça o ponto de vista de que variados motivos impulsionaram a reforma.[72] Valendo-se do modelo teórico dos múltiplos fluxos (*multiple streams*) proposto por Kingdon,[73] a autora explica que a análise retrospectiva das causas da reforma pode encobrir o contexto de profunda ambiguidade de sua aprovação, para a qual contribuíram elementos diversos e até mesmo contrastantes. Para ela, a reforma vingou pela convergência de vários fatores, tais como a influência do Banco Mundial, as deficiências do Poder Judiciário no Brasil e os resultados da CPI instalada para averiguá-las, o custo do Judiciário e o apoio do Executivo.[74]

Para a Comissão Especial da Reforma na Câmara, estava claro que havia um feixe de razões a justificar a reforma:

> "São de variada ordem as causas da crise do Poder Judiciário e de todos conhecidas, destacando-se o número insuficiente de juízes, o despreparo dos magistrados iniciantes na carreira, a falta de recursos materiais, a má administração de tribunais, o excesso de recursos, a morosidade de prestação jurisdicional, o funcionamento precário das Defensorias Públicas em várias unidades da federação, entre outras. [...] Há unanimidade nesta Comissão quanto aos objetivos de nossos trabalhos. Pretendemos todos encontrar soluções para o estado de decadência em que se encontra o Poder Judiciário brasileiro, que se revela principalmente na demora da entrega de prestação jurisdicional, no acúmulo de recursos nos tribunais superiores e na

[70] A quarentena é o período mínimo de três anos contado do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração e o início do exercício da advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou.

[71] Renault e Bottini, "Primeiro Passo".

[72] Rodovalho, "A Reforma do Estado após a Emenda Constitucional 45/04: a Reforma do Poder Judiciário".

[73] Nas palavras da autora: "O processo de decisão política envolve múltiplos atores, múltiplos interesses, além de valores morais, religiosos, sociais. Nessas disputas, nem sempre é claro aos próprios participantes todos os interesses envolvidos. Assim, entender essa complexidade envolve a aplicação de modelos que simplifiquem os dados reais e possam estruturar o entendimento do fenômeno da decisão política. Muito embora todo modelo seja uma simplificação da realidade e, como tal, sempre represente risco de perda de detalhes, o uso de modelos é necessário para que se entenda o processo de formação de agenda e de implementação de uma dada política pública. [...] No modelo de Kingdon, os fluxos se combinam para que o resultado seja alcançado. Depois de consolidada a medida, olhando-se retrospectivamente o processo que a formou, a impressão que se tem é que todos fatores se compuseram pretendendo exatamente aquele objetivo. O resultado final acaba por satisfazer a todos os interesses envolvidos. Ibid., 19.

[74] Rodovalho, "A Reforma do Estado após a Emenda Constitucional 45/04: a Reforma do Poder Judiciário", 83.

> dificuldade de acesso do cidadão à justiça. Queremos, portanto, uma justiça célere, sem olvidar a segurança jurídica. Buscamos um Judiciário forte e independente, imprescindível no Estado Democrático de Direito, sem esquecer o controle social dessa Instituição."[75]

Dentre os muitos motivos e desideratos que impulsionaram a reforma, interessa prioritariamente a este trabalho o objetivo de ampliação do acesso à Justiça, dada a sua importância, enquanto garantia indispensável para o exercício de outros direitos, para a conformação do Estado de Direito. Mais do que isso, o acesso à Justiça é componente fundamental do desenvolvimento social do país. Neste sentido, o acesso à Justiça pode ser visto como um critério de definição da democracia, já que pode influenciar na construção de uma sociedade mais igualitária – o Estado de Direito Social – e prevenir, bem como corrigir, as duas degenerações da estrutura política e econômica das sociedades modernas: o capitalismo opressor das grandes empresas e o socialismo concentrador do Estado.[76]

Digno de nota é o entendimento de Amartya Sen, que considera a democracia não só um meio, mas, também, um fim para o desenvolvimento.[77] Para o prêmio Nobel de Economia, a democracia é um meio de prevenção de fomes coletivas e outros desastres porque provê os incentivos para que governantes tomem as medidas preventivas cabíveis para evitá-los. A democracia é vista por ele como um fim em si mesmo na medida em que as liberdades públicas também o são – as pessoas devem ter o poder de conduzir suas vidas e de participar de decisões cruciais sobre políticas públicas.[78] Depreende-se, assim, que a garantia de acesso à Justiça, enquanto caminho de reivindicação da atuação estatal, é necessária à democracia e, consequentemente, do desenvolvimento social.

---

[75] Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados - Suplemento, Brasília, DF, 841.

[76] Mauro Cappelletti, "Access to Justice as a Theoretical Approach to Law and a Practical Programme for Reform", *South African Law Journal* 109 (1992): 22.

[77] Amartya Sen, *Development as Freedom*, Reprint edition (Anchor, 2000).

[78] Ibidem, 16–17. Embora crítico de correntes que vislumbram o Poder Judiciário como o caminho ideal para reivindicação de direitos, Roberto Mangabeira Unger, ao tratar das alternativas que devem ser trabalhadas para o desenvolvimento, considera que um dos eixos mais importantes é o estabelecimento de uma democracia em que o engajamento e participação popular sejam altos, auxiliados por meio de instituições que canalizem esta energia produtivamente, sobretudo por meio do empoderamento do indivíduo. Para Unger, uma democracia forte permite que mudanças sejam feitas gradualmente, evitando que apenas por meio de crises as mudanças necessárias sejam implementadas. Roberto Mangabeira Unger, *What Should the Left Propose?* (London ; New York: Verso, 2005), 78–80. Até mesmo teóricos que questionam o conceito de desenvolvimento defendem que mobilização social é fundamental para o funcionamento do modelo vigente. J. Salvador Peralta, *Encountering Development: The Making and Unmaking of the Third World* (Princeton University Press, 2001).

A importância do acesso à Justiça como motivação para a reforma ficou evidenciada no curso dos debates parlamentares.[79] Ainda que os anais devam ser lidos com alguma reserva devido às estratégias retóricas de que os congressistas naturalmente se valem, a leitura deles faz observar a emoção e as convicções que impulsionaram sua realização e transmite com eloquência o momento histórico vivido:

> "Outrossim, mediante a análise da tramitação de uma proposição, podem ser obtidos elementos fundamentais para o conhecimento de determinada circunstância de nossa história: as visões de mundo em questão, o atendimento de reclamos do momento, em detrimento de outros preteridos por outras tantas e diversas razões. O processo de maturação de uma lei, suscetível a essas injunções sociais, pode desenvolver-se ao longo de muitos anos, ou, por outro modo, dar-se em poucos dias, dependendo, sobretudo, da conjugação de inúmeros fatores que vão muito além do âmbito político. Afinal, é no Congresso Nacional que deságuam as expectativas da população, que para cá envia seus representantes com a sua diversidade cultural, social, econômica e ideológica. É no seio do Congresso Nacional que se desenvolvem as discussões; que as escolhas são formalizadas em lei ou em fiscalização dos outros Poderes; que são delineadas as alternativas para o presente e para o futuro do país."[80]

A leitura dos anais legislativos demonstra que a ampliação de acesso à Justiça teve grande importância para a reforma. Transcrevem-se abaixo trechos interessantes, que exemplificam o que se quer demonstrar:

> "Forçoso, entretanto, reconhecer a justificada ansiedade nacional pela superação dos entraves e obstáculos que retardam, de maneira insuportável, a Reforma do Judiciário. Reforma que, fiel ao matiz democrático, venha facilitar, afinal, a ampliação do acesso à Justiça como forma de aproximação ao ideal/sentimento de uma ordem jurídica mais justa, fundada nos valores constitucionais e éticos de liberdade, igualdade, fraternidade, solidariedade e diversidade."[81]
>
> "Do acesso à Justiça: um dos nossos objetivos centrais na Reforma do Poder Judiciário é a universalização da jurisdição, criando condições para que todos, notadamente os excluídos, tenham acesso à justiça."[82]
>
> "Creio que a preocupação fundamental é de haver mais celeridade nos processos, e as pessoas terem um maior acesso à Justiça. [...] Temos de possibilitar que o brasileiro tenha acesso a uma Justiça imparcial nas questões macro. [...]. Temos de avançar para ter mecanismos que permitam que o acesso à Justiça não se dê apenas pelo acesso

---

[79] O movimento de acesso à Justiça é impulsionador de reformas jurídicas. Ver: Mauro Cappelletti, "Access to Justice as a Theoretical Approach to Law and a Practical Programme for Reform", *South African Law Journal* 109 (1992): 22, 26.

[80] Menck, *Código Civil brasileiro no debate parlamentar*.

[81] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados - Suplemento, Brasília, DF, 395."

[82] Justificativa apresentada à Emenda 44 CE/99, subscrita pelos deputados federais do Partido dos Trabalhadores (PT) José Dirceu, Antônio Carlos Biscaia, Marcelo Déda e Waldir Pires. Ibidem, 816–17.

> individual das pessoas, mas o acesso a um País mais justo, e que o Judiciário consiga fazer justiça."[83]

Quando da promulgação da EC 45/2004, assim se manifestou o Presidente do Congresso Nacional, Senador José Sarney:

> "Os diversos segmentos sociais exigiam a democratização do acesso ao Judiciário ao mesmo tempo em que cobravam uma Justiça mais célere e mais próxima da população. São exatamente esses os objetivos perseguidos nos dispositivos da emenda à Constituição que nós hoje promulgamos.
> O acesso à Justiça é uma preocupação visível do constituinte reformador. O fortalecimento das Defensorias Públicas Estaduais possibilitará que as populações mais carentes do nosso País disponham de assistência judiciária de qualidade. Ao mesmo tempo, a ampliação das competências da Justiça do Trabalho garantirá uma maior eficiência em sua atuação. Também os Juizados Especiais e os juízos arbitrais receberam forte estímulo. A experiência da Justiça Itinerante, que se revelou de grande sucesso, alcançou status constitucional.
> Assim, consolidadas as mudanças, o povo brasileiro disporá, independentemente de classe social, de meios jurídicos idôneos para obter do Poder Judiciário uma solução para seus conflitos.
> Não haveria, contudo, progresso sensível para a sociedade se as mudanças acima enumeradas não viessem acompanhadas de outras medidas que municiassem o Poder Judiciário de meios para que suas decisões, não somente justas e corretas, sejam céleres e eficazes.
> Para tanto, de grande serventia serão os Conselhos Nacional de Justiça e do Ministério Público, compostos majoritariamente por membros da carreira, mas igualmente integrados por pessoas que não pertencem aos seus quadros, ansiosos para contribuir para a construção de um Poder Judiciário transparente e moderno.
> Além disso, haverá intensa valorização dos juízes de primeira instância, que somente ingressarão na carreira se demonstrarem prévia experiência forense. Suas promoções estarão ainda condicionadas à realização de cursos de aperfeiçoamento e demonstração de índices de eficiência e de produtividade.
> A chamada súmula vinculante, por sua vez, será responsável por desafogar os tribunais e garantir a uniformidade das decisões proferidas pelo órgão máximo do Judiciário sem que se impeça a natural evolução do Direito.
> A reforma do Judiciário ainda avança em muitos outros aspectos, tendo sempre em mira o princípio de que o Poder Judiciário deve manter sua independência, assim como a harmonia com as outras funções estatais."[84]

Na mesma ocasião, disse o Senador Edison Lobão, então presidente da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal:

---

[83] Deputado Fernando Coruja. "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão Especial, Destinada a Proferir Parecer à Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992, que 'introduz Modificações na Estrutura do Poder Judiciário' e Apensadas. (Estrutura do Poder Judiciário). Ata da 18ª Reunião, de 17 de junho de 1999. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 28878-28893, 18 jun. 1999."

[84] "Brasil. Congresso Nacional. Ata da 16ª Sessão Conjunta (Solene) em 8 de dezembro de 2004. 2ª Sessão Legislativa Ordinária da 52ª Legislatura. Diário do Congresso Nacional - Sessão Conjunta, Brasília, DF, 2583, 9 dez. 2004".

> "Não se pense que apenas no Brasil, atualmente, há tal processo de aprimoramento e revisão de estruturas judiciárias. Em todo o mundo democrático, sociedades, parlamentos e governos empenham-se em discutir e implementar medidas que, de alguma forma, ampliem o acesso à Justiça e assegurem a efetividade da prestação jurisdicional.[...] O amplo acesso à Justiça, nesse sentido, é um direito fundamental que balizou qualquer reforma e haverá de fazê-lo sempre."[85]

Da leitura dos anais, depreende-se que acesso à Justiça difere do mero acesso formal ao Judiciário. Os debates parlamentares revelam o desejo de garantir o acesso a uma ordem jurídica justa e democrática. O então Deputado Federal José Dirceu defendeu o dever do Parlamento de debater o conteúdo da reforma e de "mostrar para o povo que vamos mudar a Justiça, a fim de que ela se torne gratuita ou acessível do ponto de vista dos recursos da maioria da sociedade, além de rápida e mais justa".[86] Ele também enfatizou que, sem a reforma, o Poder Judiciário corria sério risco de deslegitimação.[87]

Pode-se demonstrar que a ampliação do acesso à Justiça foi um dos importantes fundamentos da reforma também por outras fontes, além dos debates parlamentares. Neste sentido, citem-se, inicialmente, os Pactos Republicanos de 2004 e 2009, os quais constituem compromissos públicos, firmados com base no consenso dos chefes dos Três Poderes, que estabeleceram as prioridades dos Poderes na reforma judiciária.[88]

---

[85] Ibidem, 2586.

[86] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão Especial, destinada a Proferir Parecer à Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992, que '[i]ntroduz modificações na estrutura do Poder Judiciário' e Apensadas. (Estrutura do Poder Judiciário). Atas da 25ª Reunião, de 21 de setembro de 1999; 26ª, de 22 de setembro de 1999; 27ª, de 23 de setembro de 1999; 28ª, de 28 de setembro de 1999; 29ª, de 29 de setembro de 1999; 30ª, de 19 de outubro de 1999; 31ª, de 20 de outubro de 1999; 32ª, de 21 de outubro de 1999 e 33ª, de 26 de outubro de 1999. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 55912-56099."

[87] Neste sentido, a fala do Deputado José Dirceu: "Há insatisfação e um estado de espírito que tende a deslegitimar o Poder Judiciário, se não fizermos uma ampla, geral e irrestrita reforma nele. [...] O que aconteceu no Mato Grosso, o que tem acontecido no Poder Judiciário revela que ele precisa ser controlado e democratizado. [...] Não interessa a ninguém um Poder Judiciário que perde a autoridade. Imaginemos um Poder Judiciário que vai perder a legitimidade. Como é que ficamos? Sem justiça, como pode haver democracia? É lógico que o país vai caminhar para um conflito social impossível de se resolver dentro dos marcos democráticos." "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão Especial, destinada a Proferir Parecer à Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992, que 'introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário' e Apensadas. (Estrutura do Poder Judiciário). Atas da 25ª Reunião, de 21 de setembro de 1999; 26ª, de 22 de setembro de 1999; 27ª, de 23 de setembro de 1999; 28ª, de 28 de setembro de 1999; 29ª, de 29 de setembro de 1999; 30ª, de 19 de outubro de 1999; 31ª, de 20 de outubro de 1999; 32ª, de 21 de outubro de 1999 e 33ª, de 26 de outubro de 1999. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 55912-56099."

[88] A importância dos pactos no processo da reforma foi enfatizada pelo Presidente da República à época, Lula: "Segundo o presidente, o Segundo Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo já trouxe mudanças significativas para o judiciário e a sociedade brasileira, como a aprovação de 13 projetos de lei e uma emenda constitucional pelo Congresso Nacional. 'Isso só ocorreu, e é preciso enfatizar esse ponto, porque o Parlamento fez questão de priorizar a tramitação das propostas importantes do pacto'. O presidente citou exemplos bem sucedidos de medidas adotadas a partir do Pacto Republicano, como a criação de 230 varas da Justiça federal, que amplia o acesso à Justiça ao interior do país; a criação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública em estados e municípios, para que a população tenha onde recorrer contra lançamentos fiscais indevidos; e a lei que fortalece a Defensoria Pública e a transforma em instituição

Foram dois os Pactos Republicanos. O primeiro, o "Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano", foi firmado em 2004. Nele afirmou-se que:

> "Poucos problemas nacionais possuem tanto consenso no tocante aos diagnósticos quanto a questão judiciária. A morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático."[89]

Em 2009, foi firmado o "Segundo Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo".[90] Nos seus "considerandos", lê-se ser a "prioridade do Poder Executivo, desde a criação da Secretaria de Reforma do Judiciário no Ministério da Justiça", "articular e sistematizar propostas de aperfeiçoamento normativo e acesso à Justiça", e que visava a "fortalecer a proteção aos direitos humanos, a efetividade da prestação jurisdicional, o acesso universal à Justiça e também o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e das instituições do Sistema de Justiça". Seus objetivos são garantir, em primeiro lugar, "acesso universal à Justiça, especialmente dos mais necessitados"; em segundo lugar, "aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos"; em terceiro e último lugar, "aperfeiçoamento e fortalecimento das instituições de Estado para uma maior efetividade do sistema penal no combate à violência e criminalidade, por meio de políticas de segurança pública combinadas com ações sociais e proteção à dignidade da pessoa humana". A ênfase ao acesso à Justiça percorreu, portanto, todo o documento.

Outros documentos governamentais também corroboram a importância do acesso à Justiça. O relatório "Reformas Microeconômicas e Crescimento de Longo Prazo", do Ministério da Fazenda, apresentou a reforma como essencial para a redução do custo do crédito e para a expansão do mercado produtivo, e apontou a lentidão como problema maior da Justiça. A reforma constitucional era vista como importante para fins de transparência e de eficiência, mas a reforma infraconstitucional se fazia imprescindível para fins de celeridade da prestação jurisdicional.

---

permanente, com prioridade 'para regiões com maior exclusão social e densidade populacional.'" "Presidente Lula enfatiza Importância do Pacto Republicano durante Abertura do Ano Judiciário de 2010 - Nacional - Âmbito Jurídico," acesso em 5 de outubro de 2014.

[89] Brasil, "Primeiro Pacto Pelo Judiciário - Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano," de dezembro 2004.

[90] Brasil, "Segundo Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo," de abril de 2009.

A dificuldade para o acesso à Justiça foi também duramente criticada por José Murilo de Carvalho pouco tempo antes da reforma:

> "O Judiciário também não cumpre seu papel. O acesso à justiça é limitado a pequena parcela da população. A maioria ou desconhece seus direitos, ou, se os conhece, não tem condições de os fazer valer. Os poucos que dão queixa à polícia têm que enfrentar depois os custos e a demora do processo judicial. Os custos dos serviços de um bom advogado estão além da capacidade da grande maioria da população. Apesar de ser dever constitucional do Estado prestar assistência jurídica gratuita aos pobres, os defensores públicos são em número insuficiente para atender à demanda. Uma vez instaurado o processo, há o problema da demora. Os tribunais estão sempre sobrecarregados de processos, tanto nas varas cíveis como nas criminais. Uma causa leva anos para ser decidida. O único setor do Judiciário que funciona um pouco melhor é o da justiça do trabalho. No entanto, essa justiça só funciona para os trabalhadores do mercado formal, possuidores de carteira de trabalho. Os outros, que são cada vez mais numerosos, ficam excluídos. Entende-se, então, a descrença da população na justiça e o sentimento de que ela funciona apenas para os ricos, ou antes, de que ela não funciona, pois os ricos não são punidos e os pobres não são protegidos."[91]

Pretende-se, doravante, conceituar o acesso à Justiça e compreender seu alcance, pois é sob sua ótica que este trabalho refletirá sobre a reforma, bem como formulará propostas para o seu avanço.

1.3.1 Acesso à Justiça: definição e características

O conteúdo do acesso à Justiça tem evoluído rapidamente ao longo do século XX e do atual, o que também tem ocorrido com os direitos em geral e com as "gerações" ou "dimensões" de direitos. Esta evolução é relatada por Mauro Cappelletti,[92] segundo o qual o acesso à justiça dos séculos XVIII e XIX refletia a concepção individualista e formalista de direitos então prevalente, abrangendo apenas o direito formal (e não efetivo) de litigar. A realidade do universo jurídico – as diferenças concretas entre litigantes e entre disponibilidade de recursos jurídicos – não era objeto de reflexão. Com o crescimento das sociedades, em tamanho e em complexidade, as relações passaram a ostentar um caráter coletivo, o que gradualmente levou ao reconhecimento de direitos coletivos e de deveres sociais, que almejavam, acima de tudo, tornar efetivos (verdadeiramente acessíveis a todos) os direitos proclamados antes.

---

[91] José Murilo de Carvalho, *Cidadania no Brasil: o Longo Caminho*, 15º ed (Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012), 214–15.

[92] Mauro Cappelletti, Bryant G. Garth, e Nicolò Trocker, *Access to Justice: Comparative General Report* (J.C.B. Mohr, 1976).

Para Cappelletti, o direito ao efetivo acesso à Justiça emergiu com os novos direitos sociais. De liberdade pública que era (direito de primeira geração), o acesso à Justiça tornou-se um verdadeiro direito social (direito de segunda geração), dependente da atuação positiva do Estado para se concretizar plenamente. Sobretudo, ele passou a ser visto como de capital importância, já que o gozo de direitos pressupõe mecanismos para sua efetiva proteção. Esta nova compreensão levou à revisão do processo civil, cujo funcionamento passou a ser visto como inseparável da realidade social que o subjaz.[93]

Essa evolução já estava consumada quando da promulgação da Constituição Federal de 1988 – uma Constituição transformadora que é "típica do reencontro entre constitucionalismo e desenvolvimento no sentido coletivo social do termo"[94] – e da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil em 1992.[95] Por isso não pode haver dúvida de que o direito de acesso à Justiça, tal qual garantido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas também implica acesso efetivo à Justiça.[96]

Como bem nota Cappelletti,[97] a efetividade do acesso à Justiça é ainda uma noção vaga. Ele explica que a efetividade ótima seria equivalente à completa igualdade de armas, ou seja, a certeza de que o resultado final de um litígio residiria na força da razão dos oponentes. Atingir este grau de efetividade seria utópico, mas identificar as dificuldades para que esta utopia se concretize é importante passo em prol de maior efetividade. As barreiras gerais que o

---

[93] Ibidem.

[94] Oscar Vilhena Vieira e Dimitri Dimoulis, "Constituição e Desenvolvimento", in *Agenda Contemporânea. Direito e Economia: 30 anos de Brasil*, org. Maria Lúcia L. M. Padua Lima, GVLaw (São Paulo: Saraiva, 2012), 392. Note-se ainda que o preâmbulo da Constituição e também artigo 3º, que lista como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil "garantir o desenvolvimento nacional" (inciso II) e "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (inciso III). Ver, a respeito dos significados do desenvolvimento nas Constituições transformadoras, Vieira e Dimoulis, "Constituição e Desenvolvimento".

[95] O artigo 8º, 1, da Convenção, dispõe que "Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza."

[96] No artigo "A Defensoria Pública", José Augusto Garcia de Sousa explica que "[é] a perspectiva da efetividade que assoma quando Norberto Bobbio (1992:24) proclama: 'O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los'. Pois bem, é exatamente aí que surge o movimento universal pelo acesso à justiça, empenhado ao máximo na remoção ou na mitigação das principais barreiras à efetivação da justiça, considerada esta de maneira ampla, não se tratando de simples acesso ao Judiciário." José Augusto Garcia de Sousa, "A Defensoria Pública", in *Caminhos da Cidadania*, org. Alzira Alves de Abreu (FGV, 2009).

[97] Cappelletti, Garth, e Trocker, *Access to Justice*.

coordenador do Projeto Florença[98] identifica ao pleno acesso à Justiça, sem prejuízo das barreiras específicas do contexto de cada época e país, são:

(i) custo de litigar: o custo é uma barreira seja para os casos em que a parte não dispõe de recursos financeiros para fazer frente às despesas do processo, seja nos casos em que não compensa financeiramente fazê-lo, como muitas vezes ocorre com pequenas causas. A demora nos julgamentos é também um custo porque impede a parte de dispor de recursos a que teria direito durante longos períodos, o que prejudica com mais intensidade os mais pobres. Em outras palavras, a Justiça é cara demais se é lenta;

(ii) capacidade das partes: sob esta denominação, proposta por Marc Galanter, Cappelletti refere-se a todas as vantagens estratégicas das partes, tais como: (a) recursos financeiros para contratar melhores advogados e produzir melhor a prova, apresentando assim suas razões de forma mais convincente para o julgador, (b) competência para demandar, seja por conhecimento técnico ou por nível educacional e social e (c) as vantagens do grande litigante sobre o litigante eventual;

(iii) interesses difusos: sua tutela é difícil porque geralmente não pertencem à esfera jurídica exclusiva de alguém ou porque a lesão a interesses difusos pode ser insignificante no plano individual, e essas circunstâncias podem fazer com que eles deixem de ser tutelados judicialmente.

Como se vê, a conceituação de acesso à Justiça é complexa, e uma breve revisão bibliográfica da doutrina brasileira, que será feita a seguir, pode demonstrar que não há conceito pacífico e uniforme. A preocupação em qualificar o acesso à Justiça é precaução importante para que não se torne conceito vago e de pouca utilidade.[99]

---

[98] O Projeto Florença foi coordenado por Cappelletti e Garth e resultou no relatório *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective*", marco teórico fundamental no estudo do acesso à Justiça: "Inserido no contexto mundial pós-guerra de expansão de dirsne remédios legais e judiciais, o movimento de acesso à Justiça buscava ampliar os caminhos e as instituições (judiciais ou não), perante as quais um indivíduo poderia buscar justiça. O marco histórico desse movimento é o conhecido projeto Florença, financiado pela Fundação Ford, pelo Conselho Italiano de Pesquisa e pelo Ministério de Educação da Itália. O projeto, dirigido por Cappelletti, resultou na edição de inúmeros volumes de pesquisa comparativa e consolidou uma visão mais ampla de acesso à Justiça que a anteriormente limitada ao simples ingresso no Poder Judiciário". Susana Henriques da Costa, "Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade? Uma Análise do Litígio sobre Creche e Pré-Escola no Município de São Paulo", in *Direito Processual Constitucional*, org. José Carlos Baptista Puoli, Marcelo José Magalhães Bonizzio, e Ricardo Barros Leonel (Brasília: Gazeta Jurídica, 2016), 257.

[99] "Tornou-se lugar comum afirmar que sem uma Justiça acessível e eficiente coloca-se em risco o Estado de Direito. O que poucos ousam sustentar, complementando a primeira afirmação, é que, muitas vezes, é necessário que se qualifique de que acesso se fala. Pois a excessiva facilidade para certo tipo de litigante ou o estímulo à litigiosidade podem transformar a Justiça em uma Justiça não apenas seletiva, mas sobretudo inchada. Isto é, repleta de demandas que pouco tem a ver com a garantia de direitos – isso sim uma condição indispensável ao Estado Democrático de Direito e às liberdades individuais. Desse ponto de vista, qualquer

Eliane Junqueira explica que a sociologia jurídica no Brasil surgiu com as pesquisas sobre acesso à Justiça, que se preocupavam com a "necessidade de se expandirem para o conjunto da população direitos básicos aos quais a maioria não tinha acesso"[100] em razão da tradição liberal-individualista do nosso ordenamento e de sua exclusão sócio-econômica e político-jurídica. Ela aponta que no Brasil não houve um movimento equiparável às três metafóricas ondas de acesso à justiça de Cappelletti e Garth, e que apenas com a abertura política o tema assume relevância, sobretudo graças a Boaventura de Souza Santos, que expõe o pluralismo jurídico da sociedade brasileira, e à "Escola do Recife", cujo expoente, Joaquim Falcão, defende que a ampliação do acesso à Justiça sob o viés coletivo implica o aperfeiçoamento democrático dos processos decisórios do Poder Executivo. Quanto à questão da conceituação, a autora assim se posiciona:

> "O próprio termo acesso à justiça pode ser objeto de discussão. Trata-se de acesso ao Poder Judiciário, às instâncias legais e estatais de resolução de conflitos, ou de garantir que todos possam ter seus conflitos jurídicos resolvidos justamente (e, nesse caso, justiça é tomada como um valor, e não como um órgão estatal)? Na verdade, a referência sempre foi ao acesso às instâncias oficiais (estatais ou não, já que se incluem as experiências societais de resolução de conflitos), e não ao valor justiça."[101]

Trata-se, como se vê, de uma conceituação formalista. Kazuo Watanabe, por outro lado, sustenta que o direito em questão corresponde ao acesso à ordem jurídica justa, sendo dados elementares deste direito:

> "(1) Direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial, bem como à organização de pesquisas permanentes a cargo de especialistas e orientadas à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país. (2) Direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa. (3) Direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos. (4) Direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à justiça com tais características."[102]

---

proposta de reforma do Judiciário deve levar em conta que temos hoje uma Justiça muito receptiva a um certo tipo de demandas, mas pouco atenta aos pleitos da cidadania". Maria Tereza Sadek, José Renato de Campos Araújo, e Fernão Dias de Lima, "O Judiciário e a prestação de justiça," in Acesso à Justiça, ed. Maria Tereza Sadek (São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2001), 13–41.

[100] Eliane Botelho Junqueira, "Acesso à Justiça: um Olhar Retrospectivo," Revista Estudos Históricos, 1996, 390.

[101] Junqueira, "Acesso à Justiça: um Olhar Retrospectivo".

[102] Kazuo Watanabe, "Acesso à Justiça e Sociedade Moderna," in Participação e processo, ed. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, e Cândido Rangel Dinamarco (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988), 135.

O ponto de vista de Watanabe é bem aceito pela doutrina brasileira, que entende a efetividade como componente essencial do acesso à Justiça.[103] Esse ponto de vista não difere significativamente do de Dinamarco, para quem a garantia do acesso à justiça é mais do que meramente ingressar em juízo, mas "significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade".[104]

Já Antonio Herman Benjamin confere ao acesso à Justiça três diferentes enfoques, implicando acesso (i) à tutela jurisdicional de direitos, (ii) à tutela de direitos de modo amplo, o que inclui mecanismos não judiciais e (iii) ao Direito, em sentido compatível com o defendido por Watanabe ao se referir ao acesso à ordem jurídica justa.[105]

Por sua vez, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro trata dos princípios que orientam o acesso à Justiça, destacando a acessibilidade, a operosidade, a utilidade e a proporcionalidade. Para o autor, a acessibilidade pressupõe o direito à informação, a legitimação adequada para a defesa de direitos em juízo e custos razoáveis para litigar, de forma a permitir que o sujeito de direito possa valer-se dos meios legais judiciais e extrajudiciais para a efetivação dos seus direitos. A operosidade implica a atuação ética de todos os atores processuais e a utilização mais produtiva possível dos instrumentos processuais à luz de suas finalidades. A utilidade implica assegurar ao vencedor o direito que lhe pertence da forma mais rápida e proveitosa, com menor prejuízo para o devedor. A proporcionalidade recomenda sopesar interesses e direitos em prol da melhor prestação jurisdicional.[106]

De seu turno, Leslie Shérida Ferraz, em sua obra de análise dos Juizados Especiais Cíveis,[107] delimita o acesso à justiça qualificado ao trinômio "adequação-efetividade-duração razoável". Ela, porém, ressalta a polivalência semântica da expressão,[108] razão pela qual expressamente deixa de defini-la. A autora ainda expressa sua perplexidade diante da coexistência, no Brasil, de fenômenos que aparentemente seriam contraditórios: litigiosidade

---

[103] Assim, Ludmila Ribeiro conceitua o acesso à Justiça como não apenas a possibilidade de recurso ao Poder Judiciário, mas também o direito à solução no menor tempo e ao menor custo social possíveis. Ludmila Ribeiro, "The Constitutional Amendment 45 and the Acess to the Justice," Revista Direito GV 4, 2 (Dez. 2008). Em sentido semelhante, ver: Fernandos Pagani Mattos, "Aspectos e Espectros do Acesso à Justiça: um Princípio Constitucional em Busca de Efetivação" (Univali - Universidade do Vale do Itajaí, 2007).

[104] Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processo Civil*, 6º ed, vol. 1 (São Paulo, 2009), 63.

[105] Antonio Herman Benjamin, "A Insurreição da Aldeia Global Contra o Processo Civil Clássico: Apontamentos sobre a Opressão e a Libertação Judiciais do Meio Ambiente e do Consumidor", in *Processo Coletivo: do Surgimento à Atualidade*, org. Ada Pellegrini Grinover et al. (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014).

[106] Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública : uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*, 2º ed (Editora Forense, 2003).

[107] Ferraz, *Acesso à Justiça*.

[108] Ibidem, 83.

latente, litigiosidade contida e explosão da litigiosidade, e atribui este plexo de problemas a desigualdades sociais que fragmentam a sociedade brasileira.[109]

Independentemente do conceito adotado, o diagnóstico mais recorrente é de que o Brasil ainda não venceu o desafio de concretizar o direito à prestação jurisdicional efetiva, que assegure acesso às portas de entrada (correspondentes ao ingresso em juízo) e de saída (correspondentes à efetivação do direito) do sistema de justiça para todos.[110]

No que tange ao acesso enquanto porta de entrada, cabe ressaltar que, em uma sociedade desigual como a brasileira, a igualdade formal "não se converte em acesso igualitário ao Estado de Direito ou à aplicação imparcial das leis e dos direitos".[111] Como no processo de formação de disputas os mais favorecidos educacional e financeiramente têm mais condições de identificar as ofensas a seus direitos,[112] eles usufruirão com maior facilidade, por meio do Poder Judiciário, de direitos que devem ser usufruídos por todos em igualdade de condições. Diante desta realidade, o desenho institucional do sistema de disputas deve ser o mais adequado possível para reconhecer desigualdades estruturais e sistêmicas e para lidar com elas da melhor forma possível. Sob o ponto de vista desta tese, considerando a natureza coletiva de muitos dos conflitos jurídicos com os quais se deparam as pessoas – vale dizer que o então Deputado Federal José Genoíno, na justificativa da PEC 112-A, fez constar que "os conflitos de interesse não se restringem mais a conflitos individuais, mas a conflitos coletivos e transgressões de massa envolvendo grupos e coletividades" [113] –, a ação coletiva seria o meio mais adequado para resolvê-los, por beneficiar não apenas as pessoas que gozem das condições necessárias para ir a juízo.[114] Evita-se assim que, paradoxalmente, o acesso à Justiça venha a ampliar desigualdades, em vez de corrigi-las.[115]

---

[109] Ibidem, 88. Ressalte-se que a expressão litigiosidade latente é empregada pela autora com sentido diverso de litigiosidade contida: a primeira decorre do desconhecimento de direitos; a segunda, da renúncia ao direito de litigiar por razões outras, tais como descrença na Justiça.

[110] Ver: Maria Tereza Sadek, "Acesso à Justiça: um Direito e seus Obstáculos", *Revista USP*, nº 101 (30 de maio de 2014): 55–66.

[111] Vieira, "A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito", 2011, 215.

[112] Para uma explicação sociológica do processo de formação das disputas, ver William L.F. Felstiner, Richard L. Abel, e Austin Sarat, "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming . . .", Law & Society Review 15, no 3/4 (1980), 631.

[113] José Genoíno, "Brasil. Diário da Câmara dos Deputados - Suplemento. Justificativa da PEC 112-A/1995." (Câmara dos Deputados, dez de 1999), 41.

[114] Concorda-se, portanto, com Fernando Galardoni: "Entendemos que a ação coletiva é gênero, no qual se filiam as ações coletivas comuns (ACP, Popular, MSC, etc) e especiais (ADI, ADC, ADPF)". Fernando da Fonseca Gajardoni, "O Processo Coletivo Refém do Individualismo", in *Processo Coletivo*, org. Hermes Zaneti Jr, Coleção Repercussões do Novo CPC (Salvador: JusPodivm, 2016), 133–56. Ver também: Teori Albino Zavascki, *Processo Coletivo*, 3º ed (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008).

[115] "Finally, attention to naming, blaming, and claiming permits a more critical look at recente efforts to improve access to justice. The public commitment to formal legal equality, required by the prevailing ideology of liberal

Sob o aspecto da porta de saída, a garantia do acesso à Justiça implica combater o problema da morosidade. Não basta poder pleitear um direito; é preciso poder obter uma resposta do Judiciário. A ordem jurídica que permite o acesso apenas a processos intermináveis não é justa, porque há, nesse caso, negação do acesso à Justiça. E o dano decorrente da morosidade do processo é mais um dano que se inflige ao lesado.[116] Para explicitar esse fato a EC 45/2004 incluiu no texto constitucional o direito à razoável duração do processo. Também sob o aspecto da porta de saída a ação coletiva parece mais adequada do que a ação individual para a garantia do acesso à Justiça, por evitar que o Poder Judiciário seja sobrecarregado por ações judiciais repetitivas e por uma infinidade de recursos que elas possam suscitar, liberando-se a estrutura judicial para julgamentos mais céleres.

À luz do sentido abrangente do acesso à Justiça, pretende-se analisar a efetividade da Reforma do Poder Judiciário. Para realizar a análise da forma mais precisa possível, entendeu-se que o mais adequado seria formular uma definição de acesso à Justiça sob a ótica da prestação ou tutela jurisdicional,[117] porque esta perspectiva expressa "uma preocupação prioritária do sistema processual com a realização do direito material".[118] Como fruto da análise de literatura especializada e dos anais legislativos, elaborou-se a definição de acesso à Justiça que este

---

legalism, has resulted in substantial efforts to equalize access at the later stages of disputing, where inequality becomes more visible and implicates oficial institutions; examples include the waiver of court costs, the creation of small claims courts, the movement toward informalism, and the provision of legal services (see R. Abel, 1979c). Access to justice is supposed to reduce the unequal distribution of advantages in society; paradoxicaIly it may amplify these inequalities. The ostensible goal of these reforms is to eliminate bias in the ultimate transformation: disputes into lawsuits. If, however, as we suspect, these very unequal distributions have skewed the earlier stages by which injurious experiences become disputes, then current access to justice efforts will only give additional advantages to those who have already transformed their experiences into disputes. That is, these efforts may accentuate the effects of inequality at the earlier, less visible stages, where it is harder to detect, diagnose, and correct (ver: R. Abel, 1978: 339)" Felstiner, Abel, e Sarat, "The Emergence and Transformation of Disputes," 636–637.

[116] A questão da demora na prestação jurisdicional é uma questão presente em vários países. Lord Woolf, figura proeminente na promoção de reformas importantes na Inglaterra para fins de ampliação do acesso à justiça, no *Access to Justice Interim Report*, assim expôs o problema da morosidade: "The Master of the Rolls has recently pointed out that "delay has long been recognised as the enemy of justice" (Rastin v British Steel Plc (1994) I WLR, 739F). I agree. Delay is an additional source of distress to parties who have already suffered damage. It postpones the compensation or other remedy to which they may be entitled. It interferes with the normal existence of both individuals and businesses. In personal injury cases, it can exacerbate or prolong the original injury. It can lead to the collapse of relationships and businesses. It makes it more difficult to establish the facts because memories fade and witnesses cannot be traced. It postpones settlement but may lead parties to settle for inadequate compensation because they are worn down by delay or cannot afford to continue." (Communications Directorate Department for Constitutional Affairs, "Department for Constitutional Affairs", acessado 4 de outubro de 2014, http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.dca.gov.uk/civil/interim/chap3.htm.)

[117] "Toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, deve ter acesso à Justiça, ou seja, a possibilidade de obter prestação jurisdicional do Estado, imparcial, rápida, eficaz, eficiente e barata." Sydney Sanches, "Acesso à Justiça", *Revista dos Tribunais*, Ano 76, 621 (julho de 1987): 266.

[118] Carlos Alberto de Salles, "Processo Civil de Interesse Público", in *Processo Civil e Interesse Público: Processo como Instrumento de Defesa Social*, org. Carlos Alberto de Salles, vol. 121 (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003), 47.

trabalho adota e que norteará toda a análise da Reforma do Judiciário e de casos concretos que serão estudados, conforme será exposto com detalhe no capítulo 3. Segundo esta definição, a prestação jurisdicional deve ser (i) inclusiva, (ii) imparcial, (iii) célere, (iv) eficaz e (v) segura.

Em outras palavras, entende-se que, para apreciar o acesso à Justiça que existe num dado contexto, a prestação jurisdicional deve ser analisada sob a ótica da inclusão, da imparcialidade do julgador, da celeridade na tramitação, da eficácia e da segurança jurídica proporcionadas pelo julgamento. A explicação pormenorizada dos conceitos utilizados será feita abaixo, dando-se ênfase ao conteúdo dos anais legislativos, que traduzem com riqueza o espírito do tempo em que as principais modificações legislativas que compõem a reforma foram aprovadas.

A relevância da definição rigorosa que foi elaborada reside ainda na defesa instransigente de um conceito de acesso à Justiça que não seja reducionista. A magnitude desse direito – que levou Cappelletti e Garth a afirmarem ser o acesso à Justiça "requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos"[119] – depende de que o direito de acesso à Justiça seja compreendido em toda a sua amplitude.

1.3.1.1 Inclusão

Para tratar da primeira característica do acesso à Justiça, vale citar, como premissa metodológica, a função inerentemente distributiva do Direito, que embora não seja a única, é uma de suas funções importantes.[120] No jogo das forças sociais, as leis que compõem a base legal de resolução de disputas têm um papel primordial, conquanto por vezes invisível, na distribuição de poder e, dessa forma, de renda. Na medida em que os juízes aplicam o direito, estão contribuindo para a divisão de poder social. Por isso, os juízes devem ter consciência de que seu papel é intrinsecamente distributivo.[121]

Nesse sentido, o acesso à Justiça não deve ser apenas um valor instrumental, porque o direito de acesso à Justiça deve "atuar no sentido de construir uma sociedade mais igualitária e republicana".[122] Por isso, os esforços de ampliação de acesso à Justiça visam a "dar a grupos

---

[119] Mauro Cappelletti e Bryant G. Garth, *Acesso à Justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet (Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988), 12.
[120] Duncan Kennedy, "The Stakes of Law, or Hale and Foucault", *Legal Studies Forum* 15 (1991): 327.
[121] Duncan Kennedy, "The Stakes of Law, or Hale and Foucault", *Legal Studies Forum* 15 (1991): 327.
[122] Sadek, "Acesso à Justiça: um Direito e seus Obstáculos", 57.

relativamente fracos os direitos que estruturam o Estado social. A preocupação é, portanto, tanto com o resultado do acesso quanto com o acesso em si. Justiça implica esforço para dar suporte à redistribuição de direitos que integra o Estado Social moderno".[123]

O componente inclusivo do acesso à Justiça é possivelmente o mais importante para um país onde ainda existe dualismo muito expressivo, isto é, a convivência simultânea de sistemas sociais e econômicos completamente diversos para as diferentes parcelas da população, acarretando a persistência de exclusões sistemáticas de direitos em razão da desigualdade econômica e social.

Embora o debate sobre a desigualdade seja complexo, há alguns parâmetros que, conquanto imperfeitos, tradicionalmente balizam a discussão sobre esse tema. Nesse sentido, o severo grau de desigualdade de renda no Brasil pode ser constatado pelo coeficiente de Gini brasileiro, de 52.9, que mostra que o Brasil é um dos países mais desiguais do mundo.[124] Da mesma forma, o Índice de Desenvolvimento Humano Ajustado à Desigualdade[125] (IDH-D) brasileiro, de apenas 0.542 em 2013, demonstra o peso da desigualdade no desenvolvimento do país, principalmente em contraposição ao Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) brasileiro, que é relativamente bom e é superior à média da América Latina (0.744 em 2013). A significativa redução do IDH para o IDH-D mostra que a pujança econômica brasileira não tem sido distribuída de maneira uniforme, o que, devido à persistência da desigualdade em

---

[123] Tradução livre do trecho: "Access reforms are in large part efforts to bring to relatively weak groups rights that have been embodided in welfare state legislation. The concern here is as much with the results of access as with access itself. Justice implies here some effort to support what might be called the redistribution of rights implied in the modern welfare state." E os autores prosseguem: "And while the independent value of access is generally accepted, it also is increasingly recognized that access cannot be the only goal. 'Access to justice' suggests that 'access' itself is an instrumental value, which can promote any of a number of substantive results. Even 'justice' is an ambiguous term, which can refer to a variety of possible situations. Many of the most insightful questions raised by reviews about the 'Access to Justice' Project and movement concern precisely these difficult problems embedded in the idea of access to justice. The first question, as Martin Partington writes, is to 'whose justice is access being sought.' There were discussions of this problem in various Project studies, but perhaps this political issue merits further elaboration. The Project's general report in Volume I focused on access to justice as a movement to make particular rights effective, especially the rights of the poor, consumers, environmentalists, employees, tenants, and the like. It was argued that often these rights, typical of modern welfare states, have not been well enforced, and changes in the legal system are being made to facilitate the enforcement. Mauro Cappelletti, Bryant Garth, e Nicolo Trocker, "Access to Justice Variations and Continuity of a World-Wide Movement", *Revista Juridica de la Universidad de Puerto Rico* 54 (1985): 221.

[124] Informações sobre o coeficiente Gini disponíveis em: http://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GINI. Na medição, 0 representa a igualdade perfeita, e 100 o nível máximo de desigualdade.

[125] O *Inequality-Adjusted Human Development Index*, cuja sigla é I-AHDI, pode ser consultado em http://hdr.undp.org/en/content/inequality-adjusted-human-development-index-ihdi.

nossa sociedade,[126] impacta o exercício da cidadania dos grupos menos favorecidos econômica e socialmente.

Ao se pensar no acesso à Justiça, esta imensa desigualdade não pode ser desconsiderada, pois ela é uma causa importante de fragmentação social, além de prejudicar o desenvolvimento do país.[127] Como James Cypher explica, se em 1960 o Brasil tivesse o nível de desigualdade coreano, que era menor do que o brasileiro, em 25 anos o Produto Interno Bruto (PIB) per capita brasileiro seria 17.2% mais alto, uma diferença substancial que permitiria concretizar objetivos maiores do desenvolvimento.[128]

Além disso, a inclusão deve ser uma das principais tônicas para a compreensão do acesso à Justiça porque há uma ênfase constitucional clara neste sentido. O preâmbulo da Constituição explicita o compromisso brasileiro com o desenvolvimento e a igualdade, e o artigo 3º da Constituição prescreve como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil "garantir o desenvolvimento nacional" (inciso II) e "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (inciso III). Pode-se acrescentar que de alguma forma esses princípios coincidem, na medida em que já não se concebe a noção de desenvolvimento atrelada à de extrema desigualdade.[129] Somando-se ao que foi dito, o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro determina que na "aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Ao afirmar que o acesso à Justiça importa direito a uma prestação jurisdicional inclusiva, quer-se dizer que seja acessível a todos, inclusive àqueles que encontram obstáculos e exclusões sistemáticas para o acesso a direitos.[130] Em outras palavras, a ampliação desse

---

[126] Marcelo Medeiros, Pedro Herculano Guimarães Ferreira de Souza, e Fábio Ávila de Castro, "A Estabilidade da Desigualdade de Renda no Brasil, 2006 a 2012: Estimativa com Dados do Imposto de Renda e Pesquisas Domiciliares", *Ciência & Saúde Coletiva* 20, nº 4 (abril de 2015): 971–86.

[127] Oscar Vilhena ressalta que "a exclusão social e econômica, decorrente de níveis extremos e duradouros de desigualdade, destrói a imparcialidade da lei, causando a invisibilidade dos extremamente pobres, a demonização daqueles que desafiam o sistema e a imunidade dos privilegiados". Vieira, "A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito", 2011, 207.

[128] Nas palavras de Cypher, "simulation results suggest that if, in 1960, Brazil had Korea's lower level of income inequality, Brazil's growth rate over the following 25 years would have been 0.66 percentage points higher each year. This implies that after a quarter-century, GDP per capita in Brazil would have been 17.2 percent higher than it was with the higher degree of inequality in that economy, a substantial difference that could have contributed not only to a higher average standard of living but, perhaps, to the broader goals of development as well." James Cypher, *The Process of Economic Development*, 4 edition (Routledge, 2014), 2283.

[129] Como Cypher pondera, "underlying this interest in Development there exists a definitive moral dimension. Development is about realizing very fundamental human values and finding the means to extend the fruits of these values to the greatest majority of the world's population." Ibidem, 824. Para Amartya Sen, "[d]evelopment consists of the removal of various types of unfreedoms that leave people with little choice and little opportunity of exercising their reasoned agency." Sen, *Development as Freedom*, 12.

[130] A este respeito, ver: Oscar Vilhena Vieira, "A Violação Sistemática dos Direitos Humanos como Limite à Consolidação do Estado de Direito no Brasil", org. Beatriz Di Giorgi, Celso Fernandes Campilongo, e Flávia

acesso implica maior facilidade para os mais pobres e para outras minorias de reclamar seus direitos na Justiça, que deve estar preparada para bem atendê-los.

A ênfase no fortalecimento da Defensoria Pública advém da necessidade de garantir a inclusão por meio do acesso à Justiça. Para tanto, a autonomia administrativa e financeira desse órgão foi vista como essencial para a facilitação do acesso à Justiça.[131] Segundo a justificativa da Emenda 33 à PEC 96-A/92,

> "em última análise, a autonomia funcional e administrativa são, na verdade, garantias dos próprios assistidos da Instituição que não podem entregar o seu pleito a uma instituição que não desfrute de tais prerrogativas, especialmente quando se sabe, muitas vezes, o pleito é posto contra o próprio Poder Público, seja Estadual, Municipal, Distrito Federal ou União."[132]

Para o Deputado Iédio Rosa, "todos os Deputados aqui estão efetivamente querendo apoiar a Defensoria Pública, porque estarão ajudando o país a diminuir as listas de excluídos da Justiça".[133] A Deputada Nair Xavier Lobo descreve o Poder Judiciário que a "sociedade reclama": "Falo de um Poder Judiciário mais rápido, mais eficiente e menos oneroso, sobretudo para aqueles que têm dificuldades financeiras de chegar até às portas da Justiça e ter dela a prestação jurisdicional".[134]

Segundo o Deputado Antônio Carlos Biscaia,

> "a reforma do Poder Judiciário é um anseio de toda a Nação brasileira. Todos querem uma reforma que vise à democratização desse Poder, que tem permanecido imune às transformações que se operam na sociedade, implicando essa democratização, necessariamente, mais fácil acesso à prestação jurisdicional a qualquer cidadão."[135]

Piovesan (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995). Ressalte-se que para o autor, "é apropriado pensar no Estado de Direito não em termos de sua existência ou inexistência, mas sim em graus de inclusão." Vieira, "A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito", 2011, 215.

[131] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Continuação da Votação, em Primeiro Turno, da Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 7516-7610, 10 fev. 2000.".

[132] Ibidem, 670.

[133] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão Especial, Destinada a Proferir Parecer à Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992, que 'Introduz Modificações na Estrutura do Poder Judiciário' E Apensadas. (Estrutura do Poder Judiciário). Atas da 34ª Reunião, de 27 de outubro de 1999; 35ª, de 28 de outubro de 1999; 36ª, de 3 de novembro de 1999; 37ª, de 4 de novembro de 1999; 38ª, de 9 de novembro de 1999; 39ª, de 10 de novembro de 1999; 40ª, de 11 de novembro de 1999 e 41ª, de 18 de novembro de 1999. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 56481, 23 nov. 1999."

[134] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Discussão: Proposta de Emenda à Constituição 96, de 1992. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 55972-55974, 20 nov. 1999."

[135] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Continuação da Discussão, em Primeiro Turno, da Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992 e Votação. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 2589, 20 jan. 2000."

Para o Deputado Jutahy Júnior, a "grande causa deste País" é garantir aos "cidadãos simples de uma Justiça rápida, barata, eficiente, em todos os cantos do país. [...] O cidadão brasileiro ganhará muito com essa reforma. Queremos uma Justiça simples, ágil, barata e que atenda aos anseios da nossa sociedade".[136]

Nas palavras do Senador José Jorge, aspirava-se que a reforma da qual resultasse "um Poder Judiciário mais ágil, mais moderno, mais atuante e mais sensível à realidade social e mais acessível a todos, capaz de responder prontamente aos reclamos de justiça, de pacificação dos conflitos a ele trazidos pelos cidadãos".[137]

O Poder Judiciário pode ser mais permeável às demandas sociais do que os Poderes Executivo e Legislativo para as populações sistematicamente excluídas de direitos.[138] Este tema será aprofundado no capítulo 6 desta tese, no qual se reforçará a importância da ação coletiva para o acesso aos direitos pelos menos favorecidos. Neste quesito há uma conexão entre a democracia participativa e o acesso à Justiça, porque o processo tem gradativamente assumido a função de instrumento político de participação; este é o modo de pensar de J.J. Calmon de Passos:

> "A democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política. Não se cuida de retirar do processo sua feição de garantia constitucional, sim fazê-lo ultrapassar os limites da tutela dos direitos individuais, como hoje conceituados. Cumpre proteger-se o indivíduo e as coletividades não só do agir *contra legem* do Estado e dos particulares, mas de atribuir a ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade. [...] Trata-se de definir a organização e as instituições que asseguram a democratização da sociedade, e isso é que informará a filosofia do novo processo jurisdicional [...]"[139]

A relação entre participação, democracia e legitimidade é evidenciada por Enrique Ricardo Lewandowski, para quem uma das mais importantes mudanças institucionais do século XX foi a "transmudação paulatina da democracia representativa para uma democracia

---

[136] Ibidem, 2601.

[137] "Brasil. Congresso Nacional. Ata da 16ª Sessão Conjunta (Solene) em 8 de dezembro de 2004. 2ª Sessão Legislativa Ordinária da 52ª Legislatura. Diário do Congresso Nacional - Sessão Conjunta, Brasília, DF, 2587."

[138] Ver: Carlos Alberto de Salles, "Políticas Públicas e a Legitimidade para Defesa de Interesses Difusos e Coletivos", in *Processo Coletivo: do Surgimento à Atualidade*, org. Ada Pellegrini Grinover et al. (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014), 189.

[139] J.J. Calmon de Passos, "Democracia, Participação e Processo", in *Participação e Processo*, org. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, e Kazuo Watanabe (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988), 94–95.

participativa", fazendo-nos transitar do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito, para assim maximizar "a abertura de suas instâncias decisórias para os cidadãos".[140]

Destarte, tanto à luz da legislação constitucional e infraconstitucional atual como em vista do discurso reformador, não há dúvidas de que a prestação jurisdicional deve ser inclusiva para possibilitar a superação de desigualdades históricas e para cumprir seu desiderato de ampliação do acesso à Justiça.

1.3.1.2 Imparcialidade

Acesso à Justiça importa direito a uma prestação jurisdicional imparcial, ou seja, prestada por um Poder Judiciário que julga à luz dos fatos e não dos interessados no resultado do julgamento.[141] O tema da imparcialidade abrange o da transparência, compreendendo um ideal de Justiça aberta ao escrutínio público, que rejeita a corrupção, o viés, o erro. Transparência levada a sério é propulsora da imparcialidade.

No contexto de litigiosidade repetitiva do Brasil atual, a imparcialidade deve ser aplicada com rigor aos conflitos que envolvem os litigantes habituais ("*repeat players*"), que geralmente são as grandes corporações e o Poder Público, e os eventuais ("*one-shooters*"), que normalmente são os cidadãos, porque a configuração institucional do Judiciário e a sobrecarga de processos podem conduzir à construção de um viés que favoreça litigantes habituais em relação a litigantes eventuais.[142] Vantagens estratégicas dos litigantes habituais em detrimento dos litigantes eventuais são incompatíveis com o princípio da imparcialidade.

A imparcialidade e a transparência são os temas que melhor estabelecem um diálogo com outros objetivos da reforma, que não estão diretamente ligados ao acesso à Justiça, tal como o controle externo do Poder Judiciário e do Ministério Público. Neste sentido, para o Deputado Fernando Coruja, era preciso possibilitar ao brasileiro o "acesso a uma Justiça

---

[140] Enrique Ricardo Lewandowski, "A Formação da Doutrina dos Direitos Fundamentais", in *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, org. Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva (São Paulo: Quartier Latin, 2009), 400.

[141] Antonio Carlos Marcato, "A Imparcialidade do Juiz e a Validade do Processo", *Revista Direito Mackenzie* 1, nº 2 (2015).

[142] Como ressalta Marc Galanter, instituições sobrecarregadas e passivas tendem a beneficiar litigantes habituais. Galanter, "Why the 'Haves' Come out Ahead".

imparcial nas questões macro", que não privilegiasse "grandes bancos, grandes conglomerados financeiros, grandes figurões" – os quais, segundo ele, a Justiça não era capaz de alcançar.[143]

Noutro vértice, o Deputado Luiz Antonio Fleury, ao discordar da eleição da cúpula do Tribunal de Justiça pelos juízes, disse que a modificação não contribuía "para a reforma do Poder Judiciário ou para a transparência maior que se pretende".[144] Para o Deputado Nelson Pellegrino, a "reforma do Judiciário, que todos almejamos, é para dotá-lo de agilidade, transparência e a possibilidade de a sociedade estabelecer o seu controle; para dotá-lo dos mecanismos necessários ao estabelecimento da celeridade na prestação jurisdicional".[145]

A criação de um órgão de controle externo do Judiciário foi objeto da PEC 112-A, de autoria do Deputado Federal José Genoíno. Em sua justificativa, o relator enfatizou a necessidade de democratização do Poder Judiciário e a intenção de preservação da autonomia e independência deste Poder.[146] A relatora Zulaiê Cobra, ao opinar pela admissibilidade da proposta, destacou que "os modelos europeus demonstram que o órgão externo de controle do Judiciário, além de não ser antidemocrático, procura tirar o Poder Judiciário de um isolamento

---

[143] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão Especial, destinada a Proferir Parecer à Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992, que 'introduz modificações na Estrutura do Poder Judiciário' e Apensadas. (Estrutura do Poder Judiciário). Ata da 18ª Reunião, de 17 de junho de 1999. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 28878-28893."

[144] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão Especial, destinada a Proferir Parecer à Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992, que 'Introduz Modificações na Estrutura do Poder Judiciário' e Apensadas. (Estrutura do Poder Judiciário). Atas da 34ª Reunião, de 27 de outubro de 1999; 35ª, de 28 de outubro de 1999; 36ª, de 3 de novembro de 1999; 37ª, de 4 de novembro de 1999; 38ª, de 9 de novembro de 1999; 39ª, de 10 de novembro de 1999; 40ª, de 11 de novembro de 1999 e 41ª, de 18 de novembro de 1999. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 56287-56533."

[145] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Continuação da Discussão, em Primeiro Turno, da Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992 e Votação. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 2602."

[146] "A concepção clássica da independência dos Poderes do Estado tem sido utilizada frequentemente como subterfúgio para neutralizar qualquer possibilidade de controle social sobre os poderes do Estado, notadamente sobre o Poder Judiciário. Em realidade, a relação entre os poderes constituídos não tem se caracterizado por uma interdependência pela qual se busque a implementação de políticas públicas comuns. Em decorrência, os poderes Legislativo e Judiciário têm atuado como se fossem estados dentro do estado, com a adoção de regimentos internos e benéficos de toda ordem que, muitas vezes, desconsideram a própria Constituição. [...] A proposta que estamos apresentando para discussão objetiva criar um sistema de controle do Poder Judiciário com a finalidade de exercer a fiscalização externa de suas atividades. Entretanto, tal fiscalização, para garantir a sua própria eficácia e, notadamente, para preservar a autonomia e independência do Poder, não poderá se imiscuir nas atividades jurisdicionais [...] estamos propondo também o fim da realização pelos Tribunais, de sessões secretas para tratar de assuntos administrativos [...]. Por fim, [...] o nome do Procurador-Geral da República precisa ser aprovado pelo Poder Legislativo. Entendemos que tal mecanismo democratiza a escolha do chefe do Ministério Público, fortalecendo a própria instituição. [...] O princípio da separação dos Poderes não pode ser utilizado para consolidar a fragmentação do próprio Estado e justificar a impossibilidade de controle social sobre uma atividade que é pública e da mais alta relevância social. Não há Estado Democrático de Direito sem uma atividade jurisdicional autônoma e independente, assim como não há Estado Democrático de Direito sem que a sociedade civil não possa controlar as suas instituições políticas, legislativas e judiciais." Genoíno, "Brasil. Diário da Câmara dos Deputados - Suplemento. Justificativa da PEC 112-A/1995, 41–43."

social, ao mesmo tempo em que preserva sua independência [...]".[147] Nesse sentido, a criação de um Conselho foi debatida sob várias nomenclaturas,[148] sempre com dois objetivos principais: criação de um órgão de planejamento do Poder Judiciário e de combate ao corporativismo dos órgãos correicionais.[149] Por motivos semelhantes foi aprovada a criação do Conselho Nacional do Ministério Público.

Parte da reforma atendeu a objetivos moralizadores, tais como "ampliar a efetividade do princípio constitucional da impessoalidade no exercício dos Poderes Públicos",[150] o que indiretamente contribui para maior imparcialidade na prestação jurisdicional. Em razão disso, houve modificações nas carreiras da magistratura e do Ministério Público, seja quanto a novos critérios para ingresso em seus quadros, seja quanto a novas vedações, exigindo-se mais tempo de experiência profissional do candidato à carreira e estabelecendo-se uma quarentena profissional para o exercício da advocacia por parte de juízes e membros do Ministério Público.[151]

Dalmo Dallari afirma que para o Poder Judiciário atender "aos requisitos éticos, jurídicos e organizacionais indispensáveis para o cumprimento de uma tarefa democratizante", deve-se democratizar o próprio Poder Judiciário.[152] Em termos de democratização interna, um dos principais avanços foi a eleição de metade do órgão especial dos tribunais pelo pleno do respectivo tribunal, ou seja, pelos desembargadores.[153] Também na vertente da democratização, foram aprovadas mudanças quanto a critérios de promoção de juízes, de aferição de seu merecimento e de julgamento disciplinar, como são exemplo as novas redações das alíneas "c" e "d" do inciso II do artigo 93 da Constituição. Embora tramitasse a proposta de eleição, por todos os juízes vitalícios integrantes dos tribunais, do respectivo presidente, vice e corregedor-

---

[147] Zulaiê Cobra, "Brasil. Diário da Câmara dos Deputados - Suplemento. Relatório da PEC 112-A/1995." (Câmara dos Deputados, dez 1999), 55.

[148] Propostas semelhantes à da criação do Conselho Nacional de Justiça optaram por outras nomenclaturas, tais como Conselho Nacional da Magistratura, Conselho Nacional de Administração da Justiça, dentre outros.

[149] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados - Suplemento, Brasília, DF, 473."

[150] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados - Suplemento, Brasília, DF, 698."

[151] Conforme artigos 93, 95 e 129 da Constituição.

[152] Dalmo de Abreu Dallari, *O Poder dos Juízes*, 3ª ed (São Paulo: Saraiva, 2008), 146.

[153] Artigo 93, XI, da Constituição: "nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antigüidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno".

geral,[154] houve muita resistência a ela, por receio das consequências de maior politização do Poder Judiciário.[155]

A ação coletiva pode contribuir para uma maior imparcialidade ao julgar por facilitar a equiparação das vantagens estratégicas dos litigantes. Outro motivo relevante é o de, ao reunir as pretensões de vários litigantes em uma única ação, a ação coletiva reduz a proliferação de processos e, com isso, minimiza o risco de burocratização do Poder Judiciário, que é decorrência, sobretudo, da sobrecarga de trabalho. Essa burocratização, que corrompe o caráter do diálogo que se estabelece entre o juiz e as partes, reduz a responsabilidade individual pelas decisões tomadas e precariza aquela que seria a função primordial do juiz.[156]

Imparcialidade não se confunde com neutralidade e, por vezes, as expressões podem ser compreendidas precisamente como antagônicas.[157] Como destaca J.J. Calmon de Passos, deve-se superar o mito da neutralidade do juiz, de forma a institucionalizar-se "uma magistratura socialmente comprometida e socialmente controlada, mediadora confiável tanto para solução dos conflitos individuais como dos conflitos sociais [...]".[158] Nos conflitos coletivos, que são os mais importantes litígios com os quais se depara o Poder Judiciário numa sociedade cada vez mais massificada,[159] exige-se dele uma postura ativa, de vigilância sobre o interesse público, que lhe serve de norte de atuação e de controle do poder político e econômico, "servindo o processo como instrumento de atuação desses controles nas situações que forem constitucional e legalmente definidas".[160]

---

[154] Emenda 44 CE/99. "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados - Suplemento, Brasília, DF, 785."

[155] Neste sentido, a fala do Deputado Ibrahim Abi-Ackel: "Temo que se formem, dentro da Magistratura, partidos judiciários, disputas eleitorais, juízes ávidos por obterem uma comarca mais próxima da Capital. [...] Sabemos como é sedutora a luta política. Dentro em breve, teremos os tribunais ocupados por mais tempo com as tricas e futricas da eleição do que propriamente com o julgamento dos feitos." "Brasil. Congresso. Câmara Dos Deputados. Comissão Especial, Destinada a Proferir Parecer à Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992, que 'introduz modificações na Estrutura do Poder Judiciário' e Apensadas. (Estrutura do Poder Judiciário). Atas da 25ª Reunião, de 21 de setembro de 1999; 26ª, de 22 de setembro de 1999; 27ª, de 23 de setembro de 1999; 28ª, de 28 de setembro de 1999; 29ª, de 29 de Setembro de 1999; 30ª, de 19 de outubro de 1999; 31ª, de 20 de outubro de 1999; 32ª, de 21 de outubro de 1999 e 33ª, de 26 de outubro de 1999. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 55912-56099.," 20 nov. 1999. Acerca das discussões no plenário da Câmara dos Deputados, ver: "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Continuação da Votação, em Primeiro Turno, da Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 7516-7610, 10 fev. 2000.".

[156] Fiss, *Um Novo Processo Civil: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*, 166.

[157] Para Dinamarco, "a neutralidade ideológica é, na realidade, sobrecapa de posturas ou intuitos conservadores". Cândido Rangel Dinamarco, "Escopos Políticos do Processo", in *Participação e Processo*, org. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, e Kazuo Watanabe (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988), 115.

[158] Calmon de Passos, "Democracia, Participação e Processo", 95.

[159] A respeito da massificação das relações jurídicas, ver capítulo 3 deste trabalho.

[160] Calmon de Passos, "Democracia, Participação e Processo", 96.

1.3.1.3 Celeridade

Acesso à Justiça implica direito a uma prestação jurisdicional célere, apta a garantir o novo princípio incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pela reforma judiciária: o da "razoável duração do processo". A celeridade possivelmente foi, dentre as características que compõem o efetivo acesso à Justiça, a mais citada para justificar a reforma, sendo raras as passagens que tratam dos seus objetivos e que não mencionam a celeridade expressamente. O que se conclui é que a urgência por maior celeridade nos julgamentos contribuiu decisivamente para a formação de um consenso suprapartidário em prol da reforma e, por isso, fundamental para sua aprovação.

Por vezes, a celeridade é abrangida pela expressão "acesso à Justiça" e, por vezes, é tratada como se fossem coisas separadas. Trata-se de imprecisão meramente terminológica, pois, como já foi demonstrado neste trabalho, não há dúvidas de que a acepção atual de acesso à Justiça abrange o direito a uma prestação jurisdicional célere, ou seja, que não seja extemporânea e que não tarde além do razoável. Celeridade é essencial para que a parte indigente não se veja obrigada a fazer um acordo movida por suas necessidades inadiáveis de recursos financeiros, ainda que ciente de que seu direito seria muito superior ao que lhe foi concedido pela parte mais rica.[161]

Nas palavras do Deputado Fernando Coruja: "creio que a preocupação fundamental é de haver mais celeridade nos processos, e as pessoas terem um maior acesso à Justiça".[162]

---

[161] A respeito das desigualdades na realização de acordo, Owen Fiss assim escreveu: "A disparidade de recursos entre as partes pode influenciar o acordo de três formas. Primeiro, a parte mais pobre pode ser menos passível de reunir e analisar as informações necessárias à previsão da decisão do litígio, o que a deixaria em desvantagem no processo de negociação. Segundo, pode necessitar, de imediato, da indenização que pleiteia e, desse modo, ser induzida à celebração de um acordo como forma de acelerar o pagamento, mesmo ciente de que receberá um valor inferior ao que conseguiria se tivesse aguardado o julgamento. Todos os autores de ações judiciais querem suas indenizações imediatamente, mas um autor muito pobre pode ser explorado por um réu rico, pois sua necessidade é tão grande que o réu pode compeli-lo a aceitar uma quantia inferior à que tem direito. Terceiro, a parte mais pobre pode ser forçada a celebrar um acordo em razão de não possuir os recursos necessários para o financiamento do processo judicial, o que inclui tanto as despesas previstas como, por exemplo, honorários advocatícios, quanto aquelas que podem ser impostas por seu oponente por meio da manipulação de mecanismos processuais como o da instrução probatória." Owen Fiss, *Um Novo Processo Civil: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*, trad. Carlos Alberto de Salles, Daniel Porto Godinho da Silva, e Melina de Medeiros Rós (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004), 166; Max Weber, *Ensaios de Sociologia*, trad. Waltensir Dutra e Fernando Henrique Cardoso (Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1979), 125.

[162] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão Especial, Destinada a Proferir Parecer à Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992, que 'introduz modificações na Estrutura do Poder Judiciário' e Apensadas. (Estrutura do Poder Judiciário). Ata da 18ª Reunião, de 17 de junho de 1999. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 28878-28893."

Segundo o Deputado José Roberto Batochio, "queremos que o Poder Judiciário seja ágil e satisfatório na sua missão de distribuir justiça".[163] Para ele,

> "a reforma do Poder Judiciário está sendo empreendida tendo em vista dois objetivos que atendem ao anseio de justiça do povo brasileiro. O primeiro diz respeito à celeridade na prestação jurisdicional. Os julgamentos têm de ser rápidos, porque já se disse à exaustão que justiça tardia não é justiça. O segundo trata do acesso do cidadão aos juízes e aos tribunais."[164]

A propósito, o Deputado Vicente Arruda afirmou que a reforma "se propõe a ampliar e dar maior celeridade à prestação da justiça",[165] ao passo que o Deputado Gerson Peres resumiu da seguinte forma os motivos para sua aprovação: "primeiro, a agilização da Justiça; segundo, a redução dos custos operacionais da Justiça, sem prejuízo do direito da população".[166]

Para a grande mídia, que é criadora e criatura da opinião pública, a busca de maior celeridade nos julgamentos, enquanto parte componente do efetivo acesso à Justiça, foi parte fundamental da reforma.[167] Ilustra esta assertiva o debate promovido em novembro de 2003, pelo jornal Folha de S. Paulo sobre o tema "O que é preciso reformar no Judiciário?".[168] O Ministro Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal, respondeu: "[o] problema maior, que atormenta aqueles que precisam da Justiça, é a demora na prestação jurisdicional". Sérgio Renault, Secretário de Reforma do Poder Judiciário do Ministério da Justiça, endossou: "O

---

[163] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão Especial, destinada a proferir Parecer à Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992, que 'Introduz Modificações na Estrutura do Poder Judiciário' E Apensadas. (Estrutura do Poder Judiciário). Atas da 34ª Reunião, de 27 de outubro de 1999; 35ª, de 28 de outubro de 1999; 36ª, de 3 de novembro de 1999; 37ª, de 4 de novembro de 1999; 38ª, de 9 de novembro de 1999; 39ª, de 10 de novembro de 1999; 40ª, de 11 de novembro de 1999 e 41ª, de 18 de novembro de 1999. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 56349."

[164] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Continuação da Votação, em Primeiro Turno, da Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 3578, 26 jan. 2000."

[165] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão Especial, destinada a proferir parecer à proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992, que 'Introduz Modificações na Estrutura do Poder Judiciário' e Apensadas. (Estrutura do Poder Judiciário). Atas da 25ª Reunião, de 21 de setembro de 1999; 26ª, de 22 de setembro de 1999; 27ª, de 23 de setembro de 1999; 28ª, de 28 de setembro de 1999; 29ª, de 29 de setembro de 1999; 30ª, de 19 de outubro de 1999; 31ª, de 20 de outubro de 1999; 32ª, de 21 de outubro de 1999 e 33ª, de 26 de outubro de 1999. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 55912-56099."

[166] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão Especial, Destinada a Proferir Parecer À Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992, que 'Introduz Modificações na Estrutura do Poder Judiciário' E Apensadas. (Estrutura do Poder Judiciário). Atas da 34ª Reunião, de 27 de outubro de 1999; 35ª, de 28 de outubro de 1999; 36ª, de 3 de novembro de 1999; 37ª, de 4 de novembro de 1999; 38ª, de 9 de novembro de 1999; 39ª, de 10 de novembro de 1999; 40ª, de 11 de novembro de 1999 e 41ª, de 18 de novembro de 1999. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 56354."

[167] Sobre o engajamento da mídia com a Reforma, ver: Falcão, "Breve História Inicial do Conselho Nacional de Justiça".

[168] "O que é preciso reformar no Judiciário?," Folha de S. Paulo - Primeiro Caderno, 16 nov. 2003, sec. Primeiro Caderno, http://acervo.folha.com.br/fsp/2003/11/16/2.

problema maior é a demora". O mesmo jornal, logo depois da aprovação da EC 45/2004, publicou: "[...] o governo anunciou um pacote de projetos de lei para alterar a legislação nos processos civil, trabalhista e penal. A ideia é combater um dos maiores problemas da justiça: a lentidão".[169] A matéria jornalística, assim como as autoridades entrevistadas, expunha a sensação geral de ausência de resposta para as demandas que ingressavam no Judiciário.

Havia, em suma, um problema notório: a morosidade. Embora inegavelmente existissem atores que se beneficiavam da morosidade – dentre eles, o Poder Público[170] –, esse problema, somado a outros que causavam indignação social, levou à aprovação da reforma.

A introdução do direito à razoável duração do processo na Constituição esteve diretamente ligada à ampliação do acesso à Justiça na vertente da celeridade. Segundo a relatoria, "trata-se de direito consagrado pelas Constituições de Portugal (artigo 20, nº 4) e do México (artigo 17), tendo a AMB e a OAB sugerido sua adoção".[171] Na mesma linha de combate à morosidade situam-se muitas das modificações constantes de outros artigos constitucionais[172] e também, posteriormente, da reforma infraconstitucional. Para adaptar o ordenamento jurídico infraconstitucional à diretriz da razoável duração do processo, foram editadas leis que promoveram modificações importantes. Destacam-se, por terem simplificado e agilizado o processo de execução civil, as Leis 11.232/2005 e 11.382/2006; o processo penal, a Lei 11.719/2008; o processo falimentar, a Lei 11.101/2005; os procedimentos de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual, a Lei 11.441/2007; a informatização, a Lei 11.419/2006; o julgamento de processos repetitivos, as Leis 11.277/2006 e 11.672/2008. Finalmente, em 2015, foi aprovado o novo Código de Processo Civil. As principais mudanças por ele trazidas – fortalecimento dos precedentes e ênfase em métodos de conciliação e mediação de conflitos – já estavam na agenda legislativa antes de sua aprovação, tendo ele expandido estas diretrizes.

Além disso, buscando uma configuração institucional mais adequada, foram repassadas competências do Supremo Tribunal Federal ao Superior Tribunal de Justiça.[173] Na mesma linha

---

[169] Uirá Machado, "Pacote Propõe Acelerar os Julgamentos dos Processos," Folha de S. Paulo - Primeiro Caderno, 1º jan. 2005, http://acervo.folha.com.br/fsp/2005/01/01/2/.

[170] Explica-se: o sistema de precatórios brasileiro serve como incentivo para que o governante atual adie o pagamento de dívidas judiciais.

[171] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados - Suplemento, Brasília, DF, 845."

[172] A título exemplificativo, ver: artigo 93, inciso XV, da Constituição: "a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição" e inciso XII: "a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente".

[173] A relatora, Deputada Zulaiê Cobra, quando questionada sobre a homologação de sentença estrangeira, respondeu: "Estou pensando em colocá-la no STJ. Quero tirá-la do Supremo Tribunal Federal; senão, nunca

de redefinição de competências do STF, passou-se a exigir a demonstração de repercussão geral das questões constitucionais debatidas nos casos concretos, o que foi objeto de várias críticas de alguns partidos políticos durante os debates parlamentares,[174] inclusive sob a alegação de que o instituto seria um transplante norte-americano.[175] Venceu o ponto de vista de que mudanças aptas a otimizar a atuação do Supremo Tribunal Federal eram positivas para o país, sendo assim aprovadas as Leis 11.417/2006 e 11.418/2006, que tratam, respectivamente, da súmula vinculante e da repercussão geral.

O aprimoramento da ação coletiva, que é instrumento apto a evitar multiplicação de processos individuais repetidos ao possibilitar o julgamento coletivo da questão, poderia propiciar maior celeridade ao Poder Judiciário. Entretando, como será visto, não houve consenso para a modificação do processo coletivo por via legislativa.

---

faremos com que ele seja Corte constitucional". ("Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Discussão: Proposta de Emenda à Constituição no 96, de 1992. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 55972-55974."). Ao final, foram transferidas para o Superior Tribunal de Justiça as competências para a "homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias" e para julgar a validade de ato de governo local contestado em face de lei federal.

[174] Esta modificação também foi objeto de duras críticas. Neste sentido, o voto declarado por diversos parlamentares do Partido dos Trabalhadores (PT): "De acordo com ele [Sérgio Sérvulo da Cunha], o Substitutivo da Comissão Especial tem como modelo o 'pacote de abril', editado em 13 de abril de 1977, pelo general Ernesto Geisel, consubstanciando na Emenda Constitucional nº7 [...] e impôs uma reforma do Poder Judiciário inspirada no trabalho da comissão especial de Ministros do Supremo Tribunal Federal. 'O núcleo do pacote de abril era um tripé (avocatória, arguição de relevância, representação para interpretação de ato normativo) que entregava, àquela corte, substancial dose de arbítrio'. Em prosseguimento, ele complementa: 'repelidos pela sociedade e pela Constituição de 1988, esses mecanismos ressurgem com outras denominações. A 'representação para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estatal' transformou-se na 'ação declaratória de constitucionalidade' [...]. A avocatória ressurge de forma repotencializada e com abrangência muito superior, como 'incidente de inconstitucionalidade', no âmbito do Supremo Tribunal Federal [...]. E a arguição de relevância para a admissibilidade do recurso extraordinário, do recurso especial e do recurso de revista transmutou-se na necessidade do recorrente demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso concreto como condição para admissão de seu recurso. Na verdade, o Substitutivo, com os destaques, ao se inspirar no 'pacote de abril', foi além, superando-o em ousadia concentracionista de poder, ao instituir a súmula vinculante para os Tribunais Superiores – introduzida no texto em decorrência de destaque do Deputado Luiz Antônio Fleury -, o efeito vinculante para o incidente de inconstitucionalidade e ao fragilizar as garantias funcionais da magistratura e do Ministério Público". (Ibid., 1059–1060).

[175] Nesse sentido, a crítica do Deputado Bonifácio de Andrada: "Na Constituinte introduziu-se no § 1º do art. 102 o que seria a relevância brasileira, ou seja, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição. Espera-se somente que a lei disponha sobre o assunto. Portanto, em vez de abordarmos a questão da relevância, que é uma confusão danada e imitação dos norte-americanos, pode-se levantar a arguição de descumprimento de preceito fundamental, que atende perfeitamente ao que os Ministros do STF desejam em relação à relevância. No momento em que for ferido preceito fundamental da Constituição, implícito ou explícito, pode-se levantar a arguição de descumprimento do preceito fundamental – no caso, a relevância brasileira, adaptada à nossa realidade. A relevância importada dos Estados Unidos é confusa e dá discricionariedade enorme aos membros do Supremo Tribunal Federal, permitindo-lhes decidirem questões à revelia". "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Discussão: Proposta de Emenda à Constituição 96, de 1992. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 55972-55974."

1.3.1.4 Eficiência

Eficiente é a prestação jurisdicional que capaz de produzir um efeito real, efetivo, sem desperdícios. Trata-se de um primado de racionalização no uso dos recursos, o que se traduz numa relação de custo-benefício que retrate competência da Administração Judiciária. A palavra exprime bem a característica da prestação jurisdicional que funciona adequadamente, produzindo resultados efetivos, sem esbanjamento de recursos públicos.[176]

Explicitado o significado do termo, não há dúvidas de que a garantia do acesso à Justiça compreende o direito a uma tutela jurisdicional eficiente. A eficiência resulta da combinação do resultado obtido com o custo incorrido, primando pela concretização da efetividade do direito. Esta depende, como observa J.J. Calmon de Passos, "da pertinência da tutela que lhe seja deferida, o que envolve não só a definição formal do procedimento adequado, como a organização política adequada da função jurisdicional".[177]

Ao avaliar a eficiência da prestação jurisdicional, Carlos Alberto de Salles faz observar a importância de o órgão jurisdicional, na sua atividade adjudicativa,

> "conhecer corretamente os fatos apresentados, de mediar e conciliar posições conflitantes, de perceber a verdadeira necessidade das partes e de responder às suas expectativas pessoais, de considerar todo o conjunto de argumentos aduzidos, de incentivar condutas positivas das partes (em relação à instrução probatória e à execução do julgado), e de considerar as repercussões finais da decisão produzida (em relação aos sujeitos diretamente envolvidos e também à sociedade), entre outros fatores que dimensionam a totalidade dos resultados a serem produzidos pela prestação jurisdicional."[178]

A eficiência foi um dos grandes temas da reforma. Esse princípio conecta o acesso à Justiça a outros temas de relevo, como a moralidade, como ocorreu com a criação dos Conselhos externos, que atendeu também a reclamos de melhor administração de recursos. Além de o princípio da eficiência ser norteador da atuação administrativa, foi incluído, pelo novo Código de Processo Civil, no rol de normas fundamentais desse ramo do Direito.

Retomando-se os anais da reforma, verifica-se que, segundo o Deputado Marcelo Déda,

---

[176] Ver: Fredie Didier Jr, "Apontamentos para a Concretização do Princípio da Eficiência do Processo", in *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Novo CPC*, org. Alexandre Freire et al. (Salvador: JusPodivm, 2015).

[177] Calmon de Passos, "Democracia, Participação e Processo", 84.

[178] Salles, "Processo Civil de Interesse Público".

> "a reforma do Poder Judiciário é uma bandeira que o Partido dos Trabalhadores tem, com frequência, priorizado na sua agenda política. [...] Sempre tivemos a compreensão de que a Assembleia Nacional Constituinte não teve, ao operar o desenho institucional do Estado brasileiro, a mesma determinação de aprofundamento e o mesmo espírito reformista, quando tratou do Poder Judiciário. Não avançamos em questões estratégicas para a democratização desse Poder, para sua modernização e para a construção de um sistema eficaz e eficiente, capaz de dar segurança jurídica e de se afirmar, dentro do desenho do Estado Democrático de Direito, como um poder legitimado e detentor da confiança pública da Nação."[179]

O Deputado Jutahy Júnior enfatizou, como objetivos da reforma, produzir "uma Justiça mais ágil, mais barata e mais eficiente",[180] o Deputado José Roberto Batochio, a "melhor distribuição concreta da Justiça no nosso país";[181] o Deputado Inocêncio Oliveira, "acesso à Justiça, Justiça de mais baixo custo e direito à sentença, ou seja, agilização da sentença".[182]

Na justificativa de destaque dada ao artigo 13 do substitutivo da Relatora, o Deputado Nelson Pellegrino afirmou:

> "Estamos propondo a supressão das expressões indicadas, para agilizarmos o pagamento dos precatórios, efetivando a prestação jurisdicional plena e imediata, de forma a garantir o direito fundamental do cidadão à eficácia da decisão judicial que lhe foi favorável. A credibilidade do Poder Judiciário se manifesta na celeridade e no respeito às suas decisões."[183]

---

[179] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão Especial, Destinada a Proferir Parecer À Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992, que 'Introduz Modificações na Estrutura do Poder Judiciário' E Apensadas. (Estrutura do Poder Judiciário). Atas da 25ª Reunião, de 21 de setembro de 1999; 26ª, de 22 de setembro de 1999; 27ª, de 23 de setembro de 1999; 28ª, de 28 de setembro de 1999; 29ª, de 29 de setembro de 1999; 30ª, de 19 de outubro de 1999; 31ª, de 20 de outubro de 1999; 32ª, de 21 de outubro de 1999 e 33ª, de 26 de Outubro de 1999. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 55912-56099."

[180] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão Especial, Destinada a Proferir Parecer à Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992, que 'Introduz Modificações na Estrutura do Poder Judiciário' E Apensadas. (Estrutura do Poder Judiciário). Atas da 34ª Reunião, de 27 de Outubro de 1999; 35ª, de 28 de Outubro de 1999; 36ª, de 3 de novembro de 1999; 37ª, de 4 de novembro de 1999; 38ª, de 9 de novembro de 1999; 39ª, de 10 de novembro de 1999; 40ª, de 11 de novembro de 1999 e 41ª, de 18 de novembro de 1999. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 56413."

[181] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão Especial, Destinada a Proferir Parecer à Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992, que 'Introduz Modificações na Estrutura do Poder Judiciário' e Apensadas. (Estrutura do Poder Judiciário). Atas da 25ª Reunião, de 21 de setembro de 1999; 26ª, de 22 de setembro de 1999; 27ª, de 23 de setembro de 1999; 28ª, de 28 de setembro de 1999; 29ª, de 29 de setembro de 1999; 30ª, de 19 de outubro de 1999; 31ª, de 20 de outubro de 1999; 32ª, de 21 de outubro de 1999 e 33ª, de 26 de outubro de 1999. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 55912-56099."

[182] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Continuação da Votação, em Primeiro Turno, da Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 3596."

[183] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão Especial, destinada a Proferir Parecer à Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992, que 'Introduz Modificações na Estrutura do Poder Judiciário' e Apensadas. (Estrutura do Poder Judiciário). Atas da 34ª Reunião, de 27 de outubro de 1999; 35ª, de 28 de outubro de 1999; 36ª, de 3 de novembro de 1999; 37ª, de 4 de novembro de 1999; 38ª, de 9 de novembro de 1999; 39ª, de 10 de novembro de 1999; 40ª, de 11 de novembro de 1999 e 41ª, de 18 de novembro de 1999. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 56287-56533."

A federalização de crimes praticados contra direitos humanos atendeu a reclamos de imparcialidade e de eficiência e foi objeto da PEC 368-A, de iniciativa do Poder Executivo. A redação final aprovada pela EC 45/2004 foi de inclusão do § 5º ao artigo 109 da Constituição. Suas justificativas iniciais residiam na fragilidade institucional do aparelho repressivo estatal para lidar com tais violações, que poderia acarretar a responsabilidade internacional do país por elas. Prevaleceu a ideia de que, dada a menor estruturação da Justiça Federal (que não está presente em muitas comarcas) e a vastidão do rol de crimes que poderia caracterizar violação de direitos humanos, a melhor solução seria admitir o deslocamento de competência para a Justiça Federal em casos graves, porém não estabelecidos *a priori*, cabendo ao Procurador-Geral da República suscitar o incidente de deslocamento de competência, em detrimento da ideia original, de federalização de todos os crimes contra direitos humanos.[184] Também visando à melhor proteção dos direitos humanos é que se outorgou hierarquia constitucional aos tratados relativos ao tema celebrados pelo Brasil, seguindo a inspiração do artigo 75, nº 22, da Constituição argentina (com a reforma de 1994).[185]

Diante do impacto da CPI do Judiciário, que apontou excesso de gastos da Justiça do Trabalho,[186] vingaram propostas de mudança de competência e de estrutura desse ramo do Judiciário, que foram objeto de emendas à PEC 96/92. Cogitou-se também extinguir a Justiça do Trabalho (hipótese em que seria incorporada pela justiça comum federal)[187] e reduzir o número de Tribunais Regionais do Trabalho.

A ação coletiva, como será visto ao longo deste trabalho, tem o potencial de reduzir os custos da Justiça ao congregar pretensões em um número menor de ações (trata-se de dualidade entre atomização e molecularização da Justiça, para usar expressões que Kazuo Watanabe consagrou) e de trazer maior efetividade ao direito visto sob a perspectiva das coletividades

---

[184] "A proteção dos Direitos Básicos do Homem tem sido um dos cernes do Direito Moderno [...] a questão dos direitos humanos tem relevância federal, inclusive, face à responsabilidade do Estado brasileiro frente à comunidade internacional. [...] O elenco dos 'Direitos Humanos', tal como hoje concebido é extremamente vasto, vasto demais para que todos os processos judiciais que impliquem violação de um deles sejam de competência do Judiciário Federal. [...] Só aqueles processos de maior relevo, de acordo com critérios legais pré-fixados é que devem ser processados pela Justiça Federal". Nilson Gibson, "Brasil. Diário da Câmara dos Deputados - Suplemento. (Câmara dos Deputados, dez 1999), 114." A redação final do artigo 109, § 5º, da Constituição, é a seguinte: "Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal."

[185] Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados - Suplemento, Brasília, DF, 141-236 e 846. A redação final do artigo 5º, § 3º, da Constituição, é: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

[186] Ibidem, 306.

[187] Ibidem, 448.

lesadas, sobretudo pelo seu maior poder dissuasório – evitando a repetição de comportamentos danosos. Esse potencial, porém, pode não se confirmar na prática, como será analisado nos capítulos 4, 5 e 6.

1.3.1.5 Segurança Jurídica

Acesso à Justiça implica direito a uma prestação jurisdicional segura, isto é, previsível: aquela que, em dado sistema jurídico, possa ser antevista por seus atores, de forma a organizar a vida social. Não há dúvidas de que a segurança faz parte do que se deve pretender na busca de acesso à justiça. Há grande controvérsia sobre como promover a segurança, enquanto atributo do ato jurisdicional. Durante a reforma constitucional, a ênfase na utilização da súmula vinculante como mecanismo para assegurar maior uniformidade na prestação jurisdicional foi debatida, havendo quem entendesse que este mecanismo provocaria um engessamento da jurisprudência e seu afastamento da realidade, além de concentração excessiva de poder na cúpula do Poder Judiciário.

Para ilustrar o debate, veja-se que o Deputado Luiz Antonio Fleury defendeu que:

> "É bom estabelecer as vantagens da súmula vinculante. Em primeiro lugar, ela traz segurança jurídica, acaba com a questão do verdadeiro imponderável, do sorteio, da loteria que é hoje em determinadas matérias. Dependendo do juiz, poderá haver uma solução e só muito mais tarde, quando seu interesse pessoal já está insatisfeito e seu direito agredido, e muitas vezes já pereceu, é que terá oportunidade, no julgamento final, de ver reparada a injustiça. A súmula vinculante traz, portanto, uma segurança jurídica muito grande e impede demandas e recursos."[188]

Contrapondo-se a ele, o Deputado Marcelo Déda afirmou que:

> "o que o Governo quer, na verdade, é construir uma concentração de poderes na alta cúpula dos tribunais, não para militar a favor do cidadão desobstruindo o acesso à justiça pela redução dos pleitos, mas para dar garantia jurídica àqueles que têm, na ordem econômica internacional, hoje, poder de contratar. O que quer o Governo [...] é oferecer esse conceito de segurança jurídica, que não aproveita a cidadania, nem a Nação, nem a sociedade, mas aproveitam os grandes interesses econômicos."[189]

---

[188] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão Especial, destinada a Proferir Parecer à Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992, que 'Introduz Modificações na Estrutura do Poder Judiciário' e Apensadas. (Estrutura do Poder Judiciário). Atas da 34ª Reunião, de 27 de outubro de 1999; 35ª, de 28 de outubro de 1999; 36ª, de 3 de novembro de 1999; 37ª, de 4 de novembro de 1999; 38ª, de 9 de novembro de 1999; 39ª, de 10 de novembro de 1999; 40ª, de 11 de novembro de 1999 e 41ª, de 18 de novembro de 1999. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 56363."

[189] Ibidem, 56378.

O Deputado Jutahy Júnior a ele respondeu:

> "Talvez aqui esteja sendo decidido um conceito e a concepção do que desejamos da reforma do Judiciário. Aqui temos visões absolutamente distintas de qual é o objetivo que se busca para a vida dos cidadãos. Alguns acham que a maneira de se defender o cidadão mais simples e humilde é fazer com que essa decisão que se afere na primeira instância, quando todas as decisões de jurisprudência já são pacíficas em relação à questão no seu final, poderia ser defendida de forma mais democrática. Vejo-a de forma absolutamente distinta. Nada é mais injusto para alguém do que ter o seu direito postergado infinitas vezes, quando se sabe qual a decisão final, e com recursos, com instâncias, com isso e com aquilo não se chega a uma decisão; nada é mais terrível para um homem simples do que ter de esperar um ano, dois anos, três anos, cinco anos, dez anos, vinte anos para pagar uma indenização, em uma causa trabalhista, por exemplo, qualquer que seja o pleito, de quem precisa de ser atendido com urgência. Por isso tudo é que temos uma visão muito clara em defesa do destaque do Deputado Luiz Antonio Fleury, que nos apresentou questões essenciais, como a tranquilidade e a segurança jurídica, para as questões trazidas ao âmbito dos tribunais. [...] Então, temos uma situação que nos leva a crer que a vida do cidadão, esse que nos interessa, o que não tem dinheiro para pagar advogado na primeira, na segunda instância, ou por meio de recursos extraordinários, ficaria muito facilitada se tivéssemos a possibilidade dessa súmula."[190]

O novo recorte das competências e poderes das cortes superiores foi muito debatido na reforma. Inicialmente, discutia-se na Câmara a PEC 500-A, de 1997, de autoria do Senador Ronaldo Cunha Lima, que conferiu ao §2º do artigo 102 da Constituição Federal nova redação, ampliando as hipóteses de efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal.[191] Posteriormente, foi-lhe apensada a PEC 517/97, que dizia respeito à súmula vinculante, possivelmente a proposta mais polêmica da reforma.[192] A inspiração do efeito vinculante residiria no instituto do *stare decisis* estadunidense.[193] Ambas as propostas foram bastante criticadas no Congresso, em especial sob as alegações de ofensa à separação de poderes, ao pacto federativo, aos princípios do juiz natural, da legalidade e do pluralismo político[194] e à independência dos juízes.[195] Como alternativa para resolver o problema do congestionamento

---

[190] Ibidem, 56379.

[191] Assim ficou redigido o artigo 102, § 2º, da Constituição: "As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.".

[192] Maria Tereza Sadek e Rogério Bastos Arantes afirmam que Nelson Jobim "incendiou o debate ao propor, entre outras mudanças polêmicas, a criação das súmulas de efeito vinculante dos tribunais superiores, bem como de novas formas de controle e responsabilização da atividade dos magistrados." Sadek, *Reforma do Judiciário*, 10.

[193] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados - Suplemento, Brasília, DF, 226."

[194] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados - Suplemento, Brasília, DF, 141-236."

[195] "Contudo, a solução de emprestar efeito vinculante às Súmulas, além dos graves danos à independência jurídica dos Juízes, princípio basilar do Estado democrático de direito, e tradicional nos países de tradição românica, não resolverá o problema: basta raciocinar que a lei federal e a Constituição vinculam, atualmente, a conduta

do Supremo Tribunal Federal, foi sugerida a criação da súmula impeditiva de recursos[196] e a transformação desta corte em Corte Constitucional.[197] Prevaleceu o entendimento de ser o efeito vinculante "útil para evitar a repetição de demandas e recursos sobre matéria pacificada na jurisprudência dos tribunais".[198]

A ação coletiva pode ser um instrumento hábil para a consecução deste objetivo, já que voltada ao reconhecimento de direitos de coletividades, e não de indivíduos. Porém, como será visto ao longo deste trabalho, nem sempre este ideal se confirma no processo coletivo, seja por incerteza jurisdicional quanto ao próprio processo coletivo, seja pela redução artificial da dimensão da coletividade abrangida.

1.4 NOVO MARCO LEGAL DA AÇÃO COLETIVA

Diante de todas as inovações conquistadas, uma ausência se fez sentir na reforma: a concretização de um novo – e mais preciso – marco legal para a ação coletiva. Não é demais relembrar que a bandeira da coletivização é uma das mais importantes do movimento de acesso à Justiça.[199] Uma reforma inspirada por este ideal deveria enfrentar as dúvidas e os percalços pelos quais passa a ação coletiva no Brasil.

A Emenda 36-CE/99,[200] de autoria do deputado Luiz Carlos Hauly (PSDB), alterava a competência de órgãos jurisdicionais superiores para incluir a apreciação das ações coletivas, ações civis públicas e ações populares em razão da magnitude da lesão. Conforme a justificativa da emenda, uma das cinco espinhas dorsais do projeto seria "valorizar as ações coletivas, de forma a permitir a concentração de demandas, atribuindo sua apreciação originária aos tribunais, conforme a abrangência da lesão". A justificativa deixava entrever a insatisfação com a insegurança jurídica ainda hoje persistente sobre a competência para julgamento e autoridade da coisa julgada nas ações coletivas. Além disso, permite discernir o receio quanto à falibilidade

---

dos Juízes e Tribunais inferiores e, nem por isso, os recursos são evitados. Isso significa dizer que, atribuída à Súmula força equivalente à lei, haverá recursos discutindo ser ela ou não aplicável a cada caso concreto." "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados - Suplemento, Brasília, DF, 14 dez. 1999, 778."

[196] Ibidem, 392.

[197] Ibidem, 334.

[198] Ibidem, 344.

[199] Cappelletti e Garth, Acesso à Justiça; Marc Galanter, "Why the 'Haves' Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", Law & Society Review 9, 1 (1974).

[200] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados - Suplemento, Brasília, DF, 705–9."

dos juízes de primeira instância ao julgar ações de grande expressão. Para melhor clareza, transcreve-se a referida justificativa:

> "Finalmente, no que tange ao quinto objetivo do projeto, temos que as ações civis públicas, como fenômeno de coletivização do processo, possibilitando a concentração de demandas individuais numa única ação, têm gerado uma série de problemas, enquanto objeto de apreciação originária pelos órgãos de 1ª instância da Justiça Comum e do Trabalho.
> Com efeito, o grande mérito da ação civil pública é a possibilidade de se obter um provimento jurisdicional único a solucionar determinada questão jurídica que poderia resultar na proliferação de demandas individuais com o mesmo objeto. [...] Como, na ação civil pública, dada a indivisibilidade do objeto em disputa, a decisão prolatada deve abranger todos os sujeitos lesados, a jurisdição do órgão prolator deve, naturalmente, estender-se por todo o território sobre o qual tenha efeitos o procedimento lesivo à ordem jurídica impugnado judicialmente. [...] Ora, se a lesão é de âmbito estadual ou nacional, não pode caber ao juiz singular de determinada comarca, ao juiz federal ou à Junta de Conciliação e Julgamento de determinada cidade a apreciação e decisão da questão de forma a vincular sujeitos não abrangidos por sua jurisdição territorial. Dada a natureza do provimento jurisdicional postulado em ação civil pública, convém que a apreciação da mesma seja atribuída a órgão que possua jurisdição sobre todo o território no qual se deu a lesão, pois do contrário se estará atribuindo eficácia a decisão judicial fora do âmbito de jurisdição do órgão prolator. [...] De qualquer forma, tendo em vista que há lesões de caráter meramente local, ocorridas nos mais distantes recantos do país, ligadas especialmente ao meio ambiente, deve ser preservada a competência originária dos juízes de 1ª instância para apreciação das ações civis públicas relativas a essas lesões, pois do contrário o objetivo da ação, que é justamente facilitar o acesso à Justiça para a defesa dessa espécie de lesões, restaria comprometido. Daí a previsão expressa da competência dos juízes federais para o processamento e julgamento das ações civis públicas de caráter local, que serve, outrossim, de sinalização para a adoção do mesmo critério para a Justiça Comum Estadual e para a Justiça do Trabalho.
> Assim, à semelhança do mandado de segurança, que pode ser intentado originariamente em várias instâncias distintas, conforme a autoridade coatora, a ação popular e a ação civil pública passarão a ser veículos processuais de solução das demandas coletivas em distintos graus de jurisdição."[201]

Mais ambiciosa, a EC 44 CE/1999 propunha a ampliação da legitimação ativa da ação civil pública, bem como explicitava a desnecessidade de filiação ou autorização individual para fins de propositura de litígios coletivos.[202] O Deputado Marcelo Déda defendeu a ampliação da legitimação ativa nas ações coletivas, vistas como forma de gerenciamento de demandas.[203]

---

[201] Ibidem, 716-718.

[202] "O partido político com representação no Congresso Nacional, a organização sindical, a entidade de classe ou a associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, detêm legitimação judicial e extrajudicial extraordinária para a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, ou de relevante interesse social, independentemente de filiação, autorização ou mandato individual; nesta hipótese a decisão definitiva de mérito, quando procedente, produzirá efeito geral e subordinante em relação aos direitos reconhecidos." Justificativa apresentada à Emenda 44 CE/99, subscrita pelos deputados federais do Partido dos Trabalhadores (PT) José Dirceu, Antônio Carlos Biscaia, Marcelo Déda e Waldir Pires. Ibidem, 816–17.

[203] Segundo o Deputado Marcelo Déda, "ademais, nós, do Partido dos Trabalhadores, lutamos, desde a Constituinte, para ampliar a legitimação ativa das entidades representativas para introduzirmos, em lugar nobre

A tônica da proposta era clara: não se buscava apenas gerenciamento do número de processos de forma tal a reduzir a morosidade do Judiciário, embora isto, por si só, fosse positivo; objetivava-se garantir, diante da ocorrência de lesões maciças, que todos, independentemente das suas condições pessoais, tivessem acesso a uma reparação justa, sem ter de buscá-la individualmente, mas sim por meio de um substituto processual. A justificativa apresentada foi esta:

> "No que concerne ao acesso à justiça, a relatora limitou-se a: a) criar os órgãos de conciliação e arbitragem no âmbito da Justiça do Trabalho; e b) conceder autonomia funcional e administrativa para a Defensoria Pública (artigo 42 do Substitutivo), fixando prazo para a sua instalação, onde não houver (artigo 45 do Substitutivo). Lamentavelmente, o Substitutivo não inovou em relação à legitimação ampla, judicial e extrajudicial, dos partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classe ou associações legalmente constituídas. Em nosso entendimento, isso, por si só, já justificaria uma reforma constitucional. Como muito bem assinalou Marciane Bonzanini, *verbis:*
> 'Em meio a uma avalanche de propostas milagrosas e inservíveis, emergem quatro institutos de capital importância e validade constitucional induvidosa, mostrando-se como uma das eficazes e necessárias formas de enfrentamento do problema. São eles as ações coletivas, o mecanismo de substituição processual no seu conceito doutrinário o que se diz em contraposição à interpretação jurisprudencial dada pelo Tribunal Superior do Trabalho, que negou a própria existência do instituto; o mandado de segurança coletivo e a modificação do conceito de coisa julgada no plano do reconhecimento da inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, bem assim de ilegalidade pelos Tribunais Superiores no âmbito de sua competência. O problema das lesões massivas e de seu exame pelo Judiciário deve ser resolvido na origem, fazendo com que todos aqueles que tenham tido direitos violados, independentemente de haverem ou não buscado pessoalmente socorro na prestação jurisdicional, vejam concretizada a realização de justiça. [...] Na esteira dessa evolução, a postura privatista e burocrática em relação ao processo deve ser abandonada, tomando-o como mero instrumento necessário à realização da justiça e não como forma de sua negação. Institutos obsoletos, como o reexame necessário em grande número de causas, a rígida restrição à legitimação processual extraordinária, a tradicional interpretação do conceito de coisa julgada em desfavor de milhares de lesados e quase infindável possibilidade de interposição de recursos, devem ser modificados. As portas do acesso ao Judiciário e a sua estruturação orgânica devem ser simplificados, garantido transparência, menor onerosidade e maior celeridade e efetividade de sua função manifesta principal, que é a prestação jurisdicional.' (*in* As Ações Coletivas e a Democratização do Acesso à Justiça. Jornal da Ajuris, nov/95, ano IX, nº 46, p. 10)."[204]

---

no Direito Processual brasileiro e no nosso Direito Constitucional, a capacidade de requerer ações coletivas aos sindicatos, às centrais sindicais, aos partidos políticos, concentrando as lides que têm o mesmo objeto, com a entrega a um operador social, a uma instituição de representação a capacidade de representar categorias, interessados, poupando, com isso, os ilustres membros dos Tribunais Superiores.""Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão Especial, destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992, que 'Introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário' e apensadas. (Estrutura do Poder Judiciário). Atas da 34ª Reunião, de 27 de outubro de 1999; 35ª, de 28 de outubro de 1999; 36ª, de 3 de novembro de 1999; 37ª, de 4 de novembro de 1999; 38ª, de 9 de novembro de 1999; 39ª, de 10 de novembro de 1999; 40ª, de 11 de novembro de 1999 e 41ª, de 18 de novembro de 1999. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 56378."

[204] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Continuação da votação, em primeiro turno, da Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 3563."

A Emenda Aglutinativa 16 (Fusão das Emendas 8-CE e 36-CE de 1999) foi rejeitada na Câmara dos Deputados,[205] também não havendo consenso para a aprovação da Emenda 44 CE/1999. A relatora, Deputada Zulaiê Cobra mencionou um acordo feito entre os partidos para rejeitar a Emenda Aglutinativa 16 e acrescentou não ser possível "permitir esse dispositivo na Constituição. Portanto, o voto é 'não', é o voto do acordo".[206] Não foi possível apurar, com base nos anais, o fundamento da rejeição da emenda. Infelizmente, essa falta de justificativa prejudica a análise acadêmica e dificulta a apuração democrática da responsabilidade dos parlamentares.

De toda forma, a questão da coletivização não estaria ainda superada no âmbito da reforma, muito pelo contrário. Possivelmente o momento em que a ação coletiva esteve em maior evidência foi quando da apresentação do Projeto de Lei 5.139/2009, de autoria do Poder Executivo, incluído no "Segundo Pacto Republicano de Estado por Um Sistema de Justiça Mais Acessível, Ágil e Efetivo" que, em seu subitem 3.2 (integrante do item referente ao Acesso universal à Justiça), listou como prioritária a revisão da Lei da Ação Civil Pública, visando-se a "instituir um Sistema Único Coletivo que priorize e discipline a ação coletiva para tutela de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, objetivando a racionalização do processo e julgamento dos conflitos de massa".[207]

O Projeto de Lei 5.139/2009 foi elaborado por uma comissão especial do Ministério da Justiça e apresentado pelo Poder Executivo em 29 de abril de 2009. Iniciada sua tramitação na Câmara, para relatar o projeto foi apontado o deputado Antonio Carlos Biscaia, que apresentou seu parecer e Projeto Substitutivo. Foram apresentadas, no total, 111 emendas. Posteriormente, novo Substitutivo foi apresentado pelo relator. Sistematizando-se as alterações propostas à luz de seus objetivos principais, podem-se destacar as mudanças que:

(i) buscavam garantir uma situação mais favorável ao Poder Público, ao retirar do âmbito de cabimento da ação coletiva determinados tipos de conflitos;[208]

---

[205] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Emenda Aglutinativa 16. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF. 1º de março de 2000, 9837."

[206] Ibidem.

[207] Brasil, "Segundo Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo".

[208] A este respeito, o Relator Antonio Carlos Biscaia foi enfático: "Certo é que o incremento da máquina judiciária é solução ineficaz para a diminuição da carga de processos submetidas ao Poder Judiciário. Eficaz, sim, é a coletivização do processo, objetivo maior deste projeto de lei. Por outro lado, não procede o argumento de que a súmula vinculante e a repercussão geral são suficientemente benéficas aos beneficiários e segurados da Previdência Social para se abandonar a tutela de seus direitos por ação coletiva. A realidade que os números e a atuação dos órgãos envolvidos no problema mostram é diametralmente oposta. (…) A possibilidade de

(ii) visavam a retirar do Substitutivo o dano moral coletivo;

(iii) previam a suspensão das ações individuais durante o trâmite da ação coletiva;

(iv) dispunham sobre responsabilidade pessoal do agente público em caso de descumprimento de determinação judicial;

(v) adotavam a regra do reexame necessário;

(vi) atribuíam maiores poderes cautelares ao juiz;

(vii) tratavam da legitimidade ativa e da produção de provas, prazos (inclusive prescricionais) e custas, transações, competência e execução do julgado.

Os temas apresentados acima, que, como já dito, retratam as principais propostas de alterações ao Projeto de Lei 5.139/2009, abarcam o cerne das discussões sobre o modelo ideal de processo coletivo, tanto no direito nacional quanto no comparado. Esses temas serão, em sua maioria, objeto de reflexão quando da realização dos estudos de caso nos capítulos 4, 5 e 6 deste trabalho.

A audiência pública designada para o debate sobre o projeto contou com a participação de representantes dos Poderes Públicos e da sociedade civil. Apesar de a tônica dos argumentos ser favorável ao projeto, houve críticas contundentes por parte da representante da Confederação Nacional da Indústria (CNI), Christina Aires Correa Lima, segundo a qual garantias constitucionais do processo deveriam ser melhor repensadas no Projeto. Para ela, os principais pontos que gerariam uma desigualdade de forças em prol do autor seriam a "possibilidade de dedução de novo pedido e modificação de causa de pedir até a prolação da sentença", a "omissão do projeto em colocar a questão da responsabilidade passiva coletiva", a ausência de critérios para a representatividade adequada ("a representatividade adequada, como colocada e como já está na lei, não existe") e necessidade de maior especificação quanto ao tratamento dos diferentes tipos de direitos (transindividuais *versus* individuais homogêneos).[209]

---

utilização de ação coletiva nesses casos acarretará inegáveis benefícios ao Poder Público, entre os quais se sobreleva: (I) as questões relativas aos temas serão discutidas apenas uma vez, com grande economia processual e redução dos custos da litigância; (II) os entes públicos envolvidos nas demandas poderão atuar com mais qualidade e rapidez na defesa de seus interesses; (III) as ações individuais suspensas serão extintas quando em ação coletiva houver julgamento de improcedência em material exclusivamente de direito; (IV) acaba a possibilidade de prolação de decisões diferentes para casos idênticos, o que é fonte de descrédito para o Poder Judiciário." Antonio Carlos Biscaia, "Parecer às emendas apresentadas ao Substitutivo do Relator. PL 5139/2009.", 20 de outubro de 2009, http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos;jsessionid=B04E6564EFD87B0C987EBBEE2C7F085D.proposicoesWeb2?idProposicao=432485.

[209] Ela assim resumiu a posição da CNI: "A primeira afirmação que gostaria de fazer é que a Confederação Nacional da Indústria entende importantíssima uma tutela coletiva de direitos. Entendemos, como já foi dito

Essas críticas, que tiveram bastante repercussão junto aos parlamentares, devem ser levadas a sério para a concretização de uma mudança legislativa no processo coletivo brasileiro. Por isso, nos capítulos 4, 5 e 6, as críticas ao Projeto de Lei 5.139/2009 serão sopesadas juntamente com as constatações empíricas relativas aos estudos de caso.

Após a audiência pública, foi criada a Subcomissão Especial na Câmara para estudo do Projeto e novas emendas foram apresentadas. O Deputado Marcelo Itagiba opinou contrariamente ao Projeto por entender que padecia de inconstitucionalidade material, por tratar desigualmente as partes no afã de proteger os direitos metaindividuais.[210] O Deputado Paulo Maluf apresentou voto contrário ao projeto por entender que ele ampliava os poderes do Ministério Público sem que este disponha de mecanismos de fiscalização interna eficientes, dando ensejo a abusos de poder.[211]

Num primeiro momento, o Deputado José Carlos Aleluia manifestou-se no sentido da necessidade de realização de emendas ao projeto, o que levou à apresentação de outro Substitutivo. O Deputado fez suas as críticas da Confederação Nacional da Indústria, criticando o incentivo ao ativismo judicial e ao tratamento desequilibrado das partes pelo juiz,[212] que para ele seria inconciliável com a pauta reformadora, que seria de redução da morosidade processual, de incentivo aos métodos alternativos de resolução de disputas, e de fortalecimento da ampla

---

aqui por vários expositores, que o custo dessas demandas individuais, não só o custo individual de cada ação, mas o custo judiciário, reflete no Custo Brasil, que é pago pelos impostos de toda a Nação. [...] Então, eu gostaria de deixar bem claro que a posição da CNI é favorável a uma coletivização do processo e uma melhoria nessas disposições processuais, até para um desafogamento do Poder Judiciário. Ocorre que, analisando o projeto em si, entendemos que muitos desses chamados avanços, principalmente no princípio da flexibilização das formas, que foi muito abordado aqui por todos, na verdade, encerram um retrocesso nas garantias processuais inscritas no art. 5º - em especial, ao devido processo legal, ao contraditório, à imparcialidade do juiz, ao juiz natural - e coloca principalmente o réu da ação coletiva numa posição muito desfavorável em relação ao coletivo. Em linhas gerais, entendemos que esses princípios visam a uma procedência da ação a qualquer custo, inclusive à custa dessas garantias processuais, que não são garantias do Código de Processo Civil, como foi abordado aqui, são garantias constitucionais. Tais garantias não se aplicam apenas ao processo individual, elas se aplicam a todo o conjunto de procedimento, principalmente ao coletivo, em que serão decididas, de uma vez só, questões da maior importância." "Brasil. Câmara dos Deputados. Discursos e Notas Taquigráficas. Audiência Pública sobre o Projeto de Lei 5.139, de 2009, do Poder Executivo, 'que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências', 18 de junho de 2009."

[210] Marcelo Itagiba, "Voto em Separado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 5.139/2009.", 12 de fevereiro de 2009, http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos;jsessionid=B04E6564EFD87B0C987EBBEE2C7F085D.proposicoesWeb2?idProposicao=432485.

[211] "Impõe-se que, antes de aprovar leis novas que ampliem os já tão grandes poderes dos Ministérios Públicos, haja uma lei que aperfeiçoe os mecanismos de fiscalização interna do MP e crie punições efetivas para os que extrapolam os limites legais de sua atividades, notadamente aqueles que o fazem por motivação política." (Paulo Maluf, "Voto em Separado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 5.139/2009.", 18 de novembro de 2015, http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos;jsessionid=B04E6564EFD87B0C987EBBEE2C7F085D.proposicoesWeb2?idProposicao=432485.)

[212] Exemplo disso seriam os princípios da "flexibilidade procedimental e da máxima eficácia".

defesa e da advocacia.[213] Suas críticas mais duras se dirigiram ao exacerbado fortalecimento do Ministério Público e à judicialização da política, legitimando-se a "usurpação de poderes". As críticas do Deputado basearam-se na sua convicção de que era a agenda da Reforma do Judiciário – que nessa fase constava especialmente do "Segundo Pacto Republicano" – que estava em jogo na votação:

> "O que há de polêmico na proposição é que ela faz colidir duas agendas irreconciliáveis:
> De um lado, está a agenda do Segundo Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça Mais Acessível, Ágil e Efetivo.
> De outro lado, está a agenda dos defensores do ativismo judiciário, que une juízes e Ministério Público em torno de uma visão de Judiciário que substitui os Poderes Legislativo e Executivo em suas competências constitucionais de definição e execução de políticas públicas.
> A agenda do ativismo judiciário impregna toda a concepção do PL nº 5.139, de 2009. E o faz em detrimento dos fins do Segundo Pacto Republicano. A agenda do ativismo judiciário colide com as seguintes finalidades do Segundo Pacto Republicano:
> "II - aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos;
> "e) fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização;
> 'm) fortalecer o exercício do direito fundamental à ampla defesa e da advocacia;'
> É fácil demonstrar que nenhuma ação coletiva terá 'duração razoável', se aprovadas as normas propostas. É mais fácil ainda antever que o modelo que se quer adotar não prevenirá conflitos, mas sim os fomentará, os multiplicará – banalizará as ações coletivas e tirará delas a efetividade, porque deixarão de concentrar litigiosidade para ser apenas mais uma num mar de conflitos.
> Propõe mudanças radicais em elementos do processo civil, que não raro colidem com a Constituição Federal e têm exigido de seus defensores não pouca arte para justificá-los. [...]
> Esse projeto, como se verá, judicializa a política – leva para dentro do Poder Judiciário o debate político e a construção de direitos (que é atribuição do Legislativo) e a própria construção e implementação de políticas públicas (o que é atribuição do Poder Executivo). O que se está propondo, nas linhas gerais dessa proposição, é, em suma, legitimar a usurpação de poderes."[214]

---

[213] Por outro lado, paradoxalmente, exemplificou sua crítica mencionando ações individuais de pedidos de medicamentos. Disse o Deputado: "Um caso recorrente é o do que sofre a coletividade dos usuários do Sistema Único de Saúde, para dar um exemplo concreto, que usualmente é objeto de medidas judiciais que visam a garantir o direito à medicação de uns contra o direito de outros – sendo que, nesse caso específico, a coletividade maior é a que está justamente no pólo passivo." José Carlos Aleluia, "Voto em Separado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados. PL. 5139/2009.", 12 de fevereiro de 2009, http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos;jsessionid=B04E6564EFD87B0C987EBBEE2C7F085D.proposicoesWeb2?idProposicao=432485. Ocorre, porém, que é justamente este tipo de demanda que um sistema eficiente de ação coletiva quer evitar, conforme será visto no capítulo 3 desta tese.

[214] Ibidem.

Apresentado o novo Substitutivo, que acolhia sugestões de alterações feitas nos debates parlamentares na Comissão, o Deputado José Carlos Aleluia optou por modificar seu voto à luz do que chamou de "sentimento predominante" na Casa e, no seu parecer vencedor, votou pela rejeição do Projeto, por razões semelhantes às que já havia apontado em seu parecer anterior:

> "Quanto ao mérito, no entanto, o projeto não prospera. A proposta cria processo em que o réu recebe tratamento desigual de um juiz que terá liberdade para tomar partido sempre e somente em favor do autor, inclusive alterando a ordem das fases processuais, e concedendo liminares (e antecipações de tutela) sem que o autor as tenha pedido e sem que tenha sido dada oportunidade de defesa ao réu.
> O autor não corre risco algum ao mover a ação: não paga custas, não paga pela prova a ser feita no curso da ação nem paga honorários, se vencido. Mais: praticamente quaisquer duas pessoas podem ir a juízo, apresentarem-se como representantes de um grupo ou até mesmo de toda a sociedade brasileira e pedirem, por exemplo, a paralisação de uma iniciativa do poder público por ofensa ao meio-ambiente. Não há requisitos para que alguém se apresente em juízo como representante de uma classe. Basta formalizar parcamente uma associação e defender, perante um juiz parcial e complacente, que sua causa é relevante.
> A ação poderá seguir seu curso mesmo que o pedido do autor e o motivo de ele ter ido a juízo não tenham sustentação técnica, jurídica ou factual: o juiz pode chamar alguém para entrar no lugar dele e procurar outro motivo e outro pedido para continuar com a demanda.
> Outro ponto de preocupação: se o réu for uma empresa e fizer acordo com o Ministério Público, poderá sofrer intervenção, ter sua direção impedida de mandar na empresa e, em seu lugar, outras pessoas passarão a decidir por ela. O projeto não impõe qualquer limite a essa interferência. Não diz sua finalidade nem por quanto tempo pode durar.
> As ações coletivas foram criadas, entre outras coisas, para diminuir o número de ações sobre a mesma matéria. Mas o projeto, tal como está, acaba por alimentar mais ações: a ação coletiva pode conviver com ações individuais, sendo, assim, apenas mais uma, em vez de ser algo que resolva o litígio por todas.
> Ademais, o projeto dá excessivo poder ao Ministério Público e à Defensoria Pública, sendo crime a não apresentação de documentos eventualmente solicitados por esses órgãos.
> Em suma, a proposição não resolve os problemas do modelo atual das ações civis públicas, gera insegurança jurídica em escala inimaginável, fomenta a ida irresponsável a juízo para a defesa de interesses coletivos sem qualquer garantia de que esses interesses estejam sendo bem representados, e expõe toda a economia, toda a sociedade e todos os indivíduos ao risco de se tornarem réus numa ação em que serão tratados como párias, do começo ao seu longínquo fim."[215]

Após a rejeição, foi interposto recurso pelo Deputado Antonio Carlos Biscaia e outros, para fins de levar à apreciação do Plenário da Casa o texto do PL 5.139/2009. Porém, porque o tema é premente, foi apresentado o PL 4.484/2012, que não inovou substancialmente o anterior. O referido projeto de lei não foi submetido à votação.

---

[215] José Carlos Aleluia, "Parecer Vencedor, Dep. José Carlos Aleluia (DEM-BA), pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição.", 17 de março de 2010, http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos?idProposicao=432485.

Como já se adiantou, também o projeto de novo Código de Processo Civil trouxe dispositivo voltado ao gerenciamento de demandas pela via da ação coletiva: o incidente de coletivização de demandas,[216] que foi aprovado no Congresso Nacional, mas vetado pela Presidência da República.

Segundo a Comissão Especial destinada a proferir Parecer ao PL 6.025/2005 e ao PL 8.046/2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do "Código de Processo Civil" (revogam a Lei 5.869/1973), o novo capítulo, que disporia sobre a conversão da ação individual em ação coletiva, resultou do acolhimento de proposta de Kazuo Watanabe, tendo por fim "criar um incidente de transformação de ações pseudoindividuais em ações coletivas. Trata-se de técnica de racionalização da função jurisdicional e de prestígio à isonomia".[217]

Não obstante o empenho do próprio Poder Executivo Federal em anos anteriores para a aprovação de mecanismos de concentração de demandas ("objetivando a racionalização do processo e julgamento dos conflitos de massa"), o artigo foi vetado, com singela justificativa. Constou da razão do veto:

> "Ouvida a Advocacia-Geral da União, foram estas as razões do veto: a forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso,

[216] Esta a redação original do artigo em questão: "Art. 333. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que: I - tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; II - tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo. § 1o Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no art. 5o da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, e no art. 82 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). § 2o A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos. § 3o Não se admite a conversão, ainda, se: I - já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou II - houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou III - o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado. § 4o Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva. § 5o Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias. § 6o O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo. § 7o O autor originário não é responsável por nenhuma despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo. § 8o Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo. § 9o A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados. § 10o O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no caput, salvo quando ele próprio o houver formulado."

[217] "Relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei 6.025, de 2005, e ao Projeto de Lei 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal. Brasília, DF."

> o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB."[218]

Mesmo após doze anos de longevidade da reforma, o novo Código de Processo Civil, empreendimento que estaria à altura da tarefa de corrigir a legislação coletiva brasileira, não resolveu os problemas do processo coletivo.[219] Os poucos artigos do código que fazem menção ao processo coletivo, como o artigo 139, X, e o artigo 985, I, não propõem nenhuma mudança significativa. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) não pode ser visto como ferramenta que supre a função da ação coletiva, porque seu potencial efeito dissuasório de práticas prejudiciais à coletividade é infinitamente menor do que o da ação coletiva, já que não dispensa os interessados do ingresso com a sua própria ação individual (artigo 985), e, justamente por isso, tem menor alcance enquanto ferramenta de acesso à Justiça e de economia processual.[220]

O individualismo jurídico[221] fez sentir sua força na tradição jurídica nacional.[222] Assim, não obstante fosse um item claro da agenda da reforma, o aprimoramento do sistema processual coletivo, com vistas à instituição de um sistema único de "tutela de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, objetivando a racionalização do processo e julgamento dos conflitos de massa",[223] não vingou.

---

[218] "Brasil. Secretaria Legislativa do Congresso Nacional. Estudo do Veto 5/2015, de 17/3/2015 Veto Parcial aposto ao PLS 166, de 2010 (PL 8.046/20101, na Câmara dos Deputados)."

[219] Ver as críticas de Hugo Nigro Mazzilli, "O Processo Coletivo e o Código de Processo Civil de 2015", in *Processo Coletivo*, Coleção Repercussões do Novo CPC (Salvador: JusPodivm, 2016), 196; Dalton Santos Morais, "A Perda da Oportunidade de Coletivização do Processo Contra o Poder Público no Novo Código de Processo Civil", in *Processo Coletivo*, Coleção Repercussões do Novo CPC (Salvador: JusPodivm, 2016), 414.

[220] O IRDR pode proporcionar "isonomia e segurança jurídica. Não está entre suas finalidades, todavia, promover o acesso à Justiça, nem assegurar a tutela de direitos ontologicamente coletivos." André Vasconcelos Roque, "As Ações Coletivas Após o Novo Código de Processo Civil: Para Onde Vamos?", in *Processo Coletivo*, org. Hermes Zaneti Jr, Coleção Repercussões do Novo CPC (Salvador: JusPodivm, 2016), 180. No mesmo sentido, a crítica à ênfase do novo Código de Processo Civil às técnicas individuais de repercussão coletiva de Marcelo Abelha Rodrigues, "Técnicas Individuais de Repercussão Coletiva x Técnicas Coletivas de Repercussão Individual. Por Que Estão Extinguindo a Ação Civil Pública para a Defesa de Direitos Individuais Homogêneos?", in *Processo Coletivo*, Coleção Repercussões do Novo CPC (Salvador: JusPodivm, 2016), 623–40.

[221] O litígio individual tem como fundamento a cultura jurídica individualista moderna. Como explica José Reinaldo Lima Lopes, o individualismo jurídico está calcado na ideia de direito subjetivo, cujas raízes estão na criação do direito de propriedade, que, como fundamento da ordem jurídica, tem uma formulação própria na modernidade. Para o autor, a noção de direito subjetivo é funcional nas trocas intersubjetivas, que reclamam justiça retributiva. José Reinaldo Lima Lopes, "Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito", in Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça, org. José Eduardo Faria, 2o ed, vol. 1 (São Paulo: Malheiros, 1994), 113–43.

[222] Nas palavras de Gajardoni, "o processo coletivo brasileiro, ainda hoje, é refém de uma ideologia individualista secular e que contamina as estruturas do direito processual civil brasileiro, inclusive no âmbito do Novo CPC". Gajardoni, "O Processo Coletivo Refém do Individualismo", 134.

[223] Brasil, "Segundo Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo".

Dos pareceres contrários ao Projeto de Lei 5.139/2009 extrai-se que há divergências a serem superadas para modificar o sistema de processo coletivo. Não obstante a intensa atividade legislativa relacionada ao tema durante a reforma, as leis que foram aprovadas (*e.g.*, Leis 12.529, 12.966 e 13.004) não tiveram impacto significativo no processo coletivo.[224]

Sem aprimoramento legislativo do sistema de coletivização de litígios, a reforma perdurou quase treze anos. É preciso entender se os esforços conjugados em torno dela resultaram em efetivos avanços em termos de acesso à Justiça. É a isto que se propõe o próximo capítulo.

[224] Muitos outros projetos legislativos tramitaram no período: Projeto de Lei 2.841/2015, Projeto de Lei 2.770/201, Projeto de Lei 1.614/2015, Projeto de Lei 370/2015, Projeto de Lei 7.769/2014, Projeto de Lei 7.693/2014, Projeto de Lei 7.418/2014, Projeto de Lei 4.484/2012, Projeto de Lei 3.428-A/2012, Projeto de Lei 2.968-A/2011, Projeto de Lei 3.221/2008, Projeto de Lei 8.039/2010, Projeto de Lei 2.758/2008, Projeto de Lei 265-A/2007, Projeto de Lei 6.745/2006, Projeto de Lei 6.564/2006, Projeto de Lei 6.021/2005, Projeto de Lei 5.100-A/2005, Projeto de Lei do Senado 67/2014, Projeto de Lei do Senado 198/2013 e Projeto de Lei do Senado 753/2011. Também no âmbito acadêmico muitos anteprojetos vêm sendo debatidos no decorrer da Reforma, como é o caso do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América e dos Anteprojetos elaborados no bojo dos programas de pós-graduação de USP, UERJ, e UNESA.

2 AVALIAÇÃO DA REFORMA SOB A ÓTICA DO ACESSO À JUSTIÇA

Neste capítulo, pretende-se construir uma análise secundária de estudos empíricos referentes ao progresso do acesso à Justiça após o início da reforma. Foram escolhidos trabalhos aptos a revelar as mudanças de indicadores, no decorrer de um lapso de tempo razoável, considerando-se o prazo quinquenal como adequado para induzir tendências. Para escolha das pesquisas empíricas, foi utilizado como referência o artigo "Estudos, Pesquisas e Dados em Justiça"[225] e priorizaram-se as que permitem análise histórica ao menos quinquenal.[226]

As dificuldades envolvidas em tentar medir progressos em termos de acesso à Justiça são de várias ordens e decorrem de ser ele um construído social, cujo conteúdo, historicamente, transmudou-se de liberdade pública para direito social. É inviável, portanto, formular uma resposta objetiva e inexpugnável sobre seus avanços no decorrer do tempo.

Os esforços para a ampliação do acesso à Justiça no curso da reforma dirigiram-se para muitas frentes simultâneas, conforme visto no capítulo 1. Ainda que se possam eleger alguns aspectos-chave para mensurar, não se pode afirmar que haja consenso social sobre quais priorizar, inclusive pela sua natural carga de subjetivismo.

As informações constantes das pesquisas a serem estudadas não podem ser lidas como um termômetro objetivo e preciso do acesso à Justiça, mas os dados têm valor ilustrativo de pontos específicos no âmbito desse vasto tema. Buscaram-se dados objetivos no sentido de descobrir se os investimentos recentes no Poder Judiciário reduziram o congestionamento de

---

[225] Maria Tereza Sadek e Fabiana Luci de Oliveira, "Estudos, Pesquisas e Dados em Justiça", in *Justiça em Foco - Estudos Empíricos*, org. Fabiana Luci de Oliveira (Rio de Janeiro: FGV Editora, 2012), 15–61.

[226] O relatório "Atlas de Acesso à Justiça - Indicadores Nacionais de Acesso à Justiça", da Secretaria de Reforma do Judiciário, é posterior ao referido artigo, e propõe-se à elaboração de indicadores do acesso à Justiça, com a finalidade de possibilitar comparações regionais (tendo por base as unidades da federação) e temporais (por meio de série histórica) do acesso. A formulação dos indicadores levou em consideração indicadores socioeconômicos, geográficos, e três dimensões institucionais do sistema de Justiça: (i) judicial, composta pelo conjunto de órgãos do Poder Judiciário; (ii) essencial, composta pelos órgãos e membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Ordem dos Advogados do Brasil; e (iii) extrajudicial, que abrange as instituições e órgãos que atuam, como portas de acesso à justiça, no plano extrajudicial. Apesar do interesse da proposta do relatório "Atlas de Acesso à Justiça" para este trabalho, dois fatos levaram à sua não-inclusão: o primeiro, porque os dois relatórios disponíveis são recentes e não permitem, ainda, a formulação de séries históricas e análise de evolução do acesso à Justiça, que é o objetivo deste capítulo; o segundo, por causa do reconhecimento, pela própria Secretaria da Reforma do Judiciário, de que ainda está aprimorando as fórmulas dos indicadores: "Segundo o relatório de 2013, "[a] partir de janeiro de 2014 a SRJ/MJ iniciará uma série de ciclos de debates com o objetivo de aprimorar as fórmulas dos indicadores e debater os alvos de medição, de modo a democratizar a sua formulação e ampliar, o máximo possível, a participação em sua construção." Brasil. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário, "Atlas de Acesso à Justiça: Indicadores Nacionais de Acesso à Justiça" (Brasília, 2013).

processos e propiciaram a mais pessoas ver seus conflitos resolvidos pela Justiça. Os números não dizem tudo; em parte revelam, mas em parte escondem.[227] Assim, por exemplo, o aumento do número de processos poderia ser uma variável interpretada, em tese, como aumento da quantidade de pessoas acessando o Poder Judiciário. Porém, existe o risco de que essa demanda maior seja imputável apenas aos litigantes habituais (aos quais não falta e nunca faltou acesso à Justiça), aos que litigam de má-fé ou mesmo a apenas um determinado grupo de pessoas. O crescimento da litigiosidade não é necessariamente nem bom nem ruim e nada diz sobre a distribuição de justiça entre grupos sociais, podendo esconder discriminação ou viés. Assim, o escopo desta análise é modesto: pretende-se apenas verificar se há maior probabilidade de ter havido uma ampliação do direito de acesso à Justiça nos últimos anos.

2.1 DIFICULDADES METODOLÓGICAS

Avaliar a reforma não é apenas uma tarefa politicamente sensível, mas é também metodologicamente complicada. Embora haja essa dificuldade, há relativo consenso da necessidade de que ela seja feita com a utilização de estudos empíricos.[228] A principal dificuldade metodológica consiste na combinação adequada de indicadores objetivos e subjetivos.[229] Os primeiros são sedutores por parecerem mais concretos e menos sensíveis a subjetivismos; contudo, não é viável utilizá-los para medir o justo e o legítimo. Para evitar interpretações enviesadas, que desconsiderem dados importantes, é imprescindível levar em conta indicadores subjetivos, tais como a confiança da população na Justiça.[230] Como pontua

---

[227] Como explicam Maria Tereza Sadek e Fabiana Luci de Oliveira, "[e]statísticas não são neutras nem uma reprodução imparcial e completa da realidade. Os dados colhidos exibem uma imagem que acentua determinados traços e põem na sombra ou deixa de lado outros. Trata-se, mais propriamente, de uma percepção sobre o que se considera significativo e como cada uma dessas informações participa do conjunto." "Estudos, Pesquisas e Dados em Justiça.," in *Justiça Em Foco - Estudos Empíricos*, ed. Fabiana Luci de Oliveira (Rio de Janeiro: FGV Editora, 2012), 17.

[228] Nesse sentido, ver: José Juan Toharia, "Evaluating Systems of Justice Through Public Opinion: Why, What, Who, How, and What For?", in *Beyond Common Knowledge: Empirical Approaches to the Rule of Law*, org. Erik Jensen e Thomas Heller (Stanford: Stanford University Press, 2003), 21–62. Ainda: "É cada vez mais difundida a ideia de que para a formulação e promoção de políticas públicas eficazes de melhoria do sistema e do incremento do acesso à Justiça é imprescindível primeiro a coleta, sistematização e análise de dados que permitam avaliar a *performance* do sistema, identificando seus principais problemas e indicando pontos de mudança." Oliveira, *Justiça Em Foco: Estudos Empíricos*.

[229] Por subjetivos, aqui se designa, sobretudo, aqueles indicadores voltados à percepção do usuário (efetivo ou potencial) da Justiça, e não voltados à produção numérica do Judiciário. A esse respeito, ver: Toharia, "Evaluating Systems of Justice Through Public Opinion: Why, What, Who, How, and What For?", 23.

[230] Nesse sentido, na pesquisa do SIPS - Sistema de Indicadores de Percepção Social" de 2011, ressaltou-se "a emergência da qualidade da justiça (operacionalizada na pesquisa como 'capacidade de produzir decisões boas, que ajudem a solucionar os conflitos de forma justa') como tema tão impactante na melhora da percepção da área pelos entrevistados quanto a rapidez. Isto abre a oportunidade para que temas

José Juan Toharia, eficiência e legitimidade são dois critérios complementares para a avaliação dos tribunais. O autor explica que, enquanto a primeira abrange eficácia (a qualidade de oferecer respostas rápidas e adequadas aos problemas) e efetividade (a capacidade de implementar as respostas fornecidas), a legitimidade se forma no tribunal de opinião pública, por meio da confiança social de que o Judiciário goza.[231] Se para entender a eficiência os indicadores objetivos são suficientes, para a legitimidade social os indicadores subjetivos são imprescindíveis.

Especificamente, no que tange à avaliação no bojo de reformas jurídicas, a dificuldade de medir ampliação do acesso à Justiça foi reconhecida pelo Banco Mundial nos seguintes termos:

> "É difícil construir indicadores de *performance* que permitam aos observadores avaliar o impacto de um programa de reforma. Geralmente, o resultado esperado de uma reforma é uma melhora ampla e sistêmica, como por exemplo dar aos pobres maior acesso à Justiça ou incentivar um mercado de crédito mais eficiente. Contudo, estes objetivos mais amplos são afetados por vários fatores sociais, culturais, econômicos e políticos, e o impacto marginal de uma reforma – mesmo uma reforma plenamente bem-sucedida – pode ser difícil de detectar, independentemente de quão precisos os indicadores para o objetivo sistêmico global. O problema é agravado pelo fato de que mudanças no sistema legal, tal como mudanças educacionais e culturais, provavelmente terão efeitos de longo prazo, e não de curto, no desenvolvimento econômico e social. Mais uma vez, um misto de indicadores é provavelmente a melhor forma de lidar com este problema, mas não há fórmula mágica para determinar a combinação adequada."[232]

Assim, a análise secundária do progresso do acesso à Justiça será feita a partir dos seguintes estudos empíricos:[233]

---

sempre tidos por fundamentais na construção de uma nova política pública para a oferta da justiça – como o recrutamento e a formação de magistrados ou a busca por mais proximidade entre as instituições e os cidadãos – retornem à agenda pública, hoje dominada por preocupações com a aceleração dos procedimentos e a melhoria na alocação de recursos. Ipea - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, "SIPS - Sistema de Indicadores de Percepção Social" (Brasília, 2011).

[231] Toharia, "Evaluating Systems of Justice Through Public Opinion: Why, What, Who, How, and What For?", 25–26.

[232] "But it is difficult to construct performance indicators that will allow observers to adequately assess the impact of the reform program. Often, the desired "outcome" of a reform program is a broad systemic improvement, such as giving the poor greater access to justice or fostering a more efficient credit market. However, these broad goals are affected by many social, cultural, economic, and political factors, and the marginal impact of a reform program - even a thoroughly successful reform program - may be hard to detect, no matter how accurate the indicators for the broad systemic goal. This problem is compounded by the fact that changes in the legal system, like educational or cultural changes, are likely to have long-term rather than short-term effects on the broader patterns of social and economic development. Again, a mix of indicators is probably the best way to handle this problem, but there is no magic formula that can determine the proper mix." Banco Mundial, "Performance Measures Topic Brief", 2012, tradução nossa.

[233] Como já dito, a escolha das pesquisas mais interessantes para fins deste estudo partiu da exposição de pesquisas levada a cabo por Maria Tereza Sadek e Fabiana Luci de Oliveira, "Estudos, Pesquisas e Dados em Justiça.," in Justiça Em Foco - Estudos Empíricos, ed. Fabiana Luci de Oliveira (Rio de Janeiro: FGV Editora, 2012), 15–61.

(i) relatórios "Justiça em Números" do Conselho Nacional de Justiça;
(ii) o "Panorama do Acesso à Justiça no Brasil – 2004 a 2009", do Conselho Nacional de Justiça em parceria com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (suplemento da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD);
(iii) relatórios "Índice de Confiança na Justiça Brasileira" (ICJBrasil), da Fundação Getúlio Vargas.

Os três estudos são quantitativos. O primeiro abrange apenas indicadores objetivos, o segundo, indicadores objetivos e subjetivos e o terceiro, indicadores subjetivos.[234]

2.2 PESQUISAS SELECIONADAS

2.2.1 Relatórios "Justiça em Números"

Editados anualmente pelo CNJ, em atendimento ao que dispõe a Constituição[235] e à Resolução CNJ 76/2009, são documentos que sintetizam e interpretam os dados colhidos pelo "Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário" (SIESPJ), criado pela Resolução CNJ 4/2005. Neles, é possível consultar os dados globais do Judiciário sobre despesas, recursos humanos, litigiosidade, congestionamento, produtividade, dentre outros.

Para fins de compreensão do estágio de evolução do acesso à Justiça no Brasil no decorrer da reforma, os relatórios da série "Justiça em Números" trazem informações da máxima relevância. Por meio deles, sabe-se que tramitaram aproximadamente 102 milhões de processos em 2015, dos quais 74 milhões compõem o acervo processual de anos anteriores.[236] A título de comparação, em 2014 registraram-se 99,7 milhões, dos quais 70,8 milhões constituem o acervo de anos anteriores e 28,9 milhões são processos novos, que ingressaram no ano em referência.[237] Em 2013, constataram-se aproximadamente 95,14 milhões de

---

[234] Os indicadores que priorizaram a visão de usuários do sistema de Justiça foram escolhidos à vista do objetivo de captar melhorias em termos de acesso à Justiça. Os profissionais que lidam com a Justiça no seu dia a dia possivelmente têm percepções diferentes sobre os avanços da reforma. Se o objetivo fosse avaliá-la sob uma ótica mais ampla do que a desta tese, seria interessante pesquisar também a percepção específica dos operadores do sistema de Justiça, incluindo juízes, servidores, membros do Ministério Público e da advocacia, pública e privada. Ver: Toharia, "Evaluating Systems of Justice Through Public Opinion: Why, What, Who, How, and What For?", 23.

[235] O artigo 103-B, parágrafo 4º inciso VII, da Constituição dispõe competir ao Conselho Nacional de Justiça "elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa."

[236] Brasil. Conselho Nacional de Justiça, "Justiça em Números 2016: Ano-Base 2015" (Brasília: CNJ, 2016), 42.

[237] Brasil. Conselho Nacional de Justiça, "Justiça em Números 2015: Ano-Base 2014" (Brasília: CNJ, 2015), 34.

processos, dos quais 66,8 milhões compunham o acervo de anos anteriores e 28,3 milhões são novos.[238]

No relatório referente ao ano de 2014, houve a constatação de "progressivo e constante aumento do acervo processual"[239] e da tendência de aumento do estoque processual em razão de o "Índice de Atendimento à Demanda" (IAD) – razão entre o total de processos baixados e o de novos – ter sido inferior a 100%.

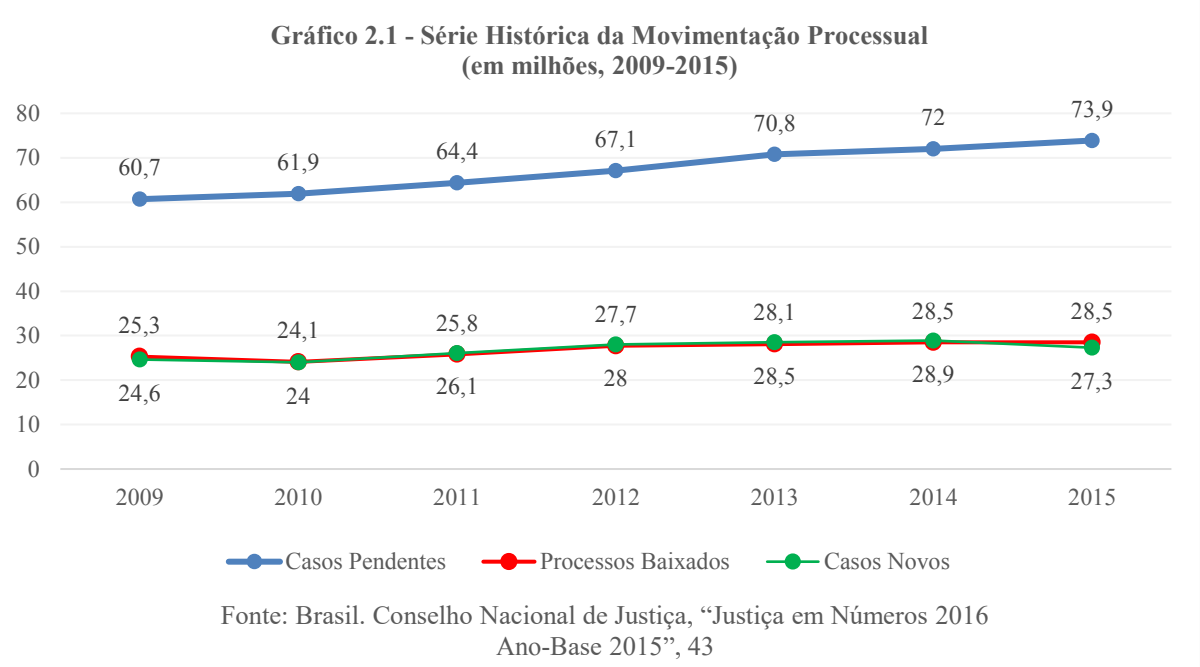
Já no relatório referente ao ano de 2015, o quadro parece melhorar de figura, porque houve uma redução de 5,5% no ingresso de casos novos em relação ao ano anterior.[240] Além disso, houve uma melhora em termos de IAD, que foi de 104,4%.[241] No entanto, esses indicadores favoráveis não impediram o aumento do número de casos pendentes e da taxa de congestionamento.

Há um claro paradoxo na existência simultânea de (i) atendimento da demanda em nível superior a 100% e (ii) aumento do estoque processual. Esse paradoxo revela limitações na metodologia de cálculo do IAD que, embora sejam justificadas no relatório com base na forma de cômputo dos processos baixados, comprometem a sua confiabilidade enquanto índice que deveria apontar o real atendimento da demanda, com a solução definitiva dos casos. Se o IAD foi superior a 100%, haveria, em princípio, redução do estoque processual; para o cálculo dos processos baixados, deveriam ter sido computados apenas os processos efetivamente resolvidos.[242] Assim, não obstante indicadores positivos, o estoque processual aumentou 3% em relação ao ano anterior e 19,4% desde 2009. Este crescimento constante do acervo tem impactos na solução dos casos e no custo do Poder Judiciário para o país, dificultando a concretização de ideais de celeridade e eficiência da prestação jurisdicional.

---

[238] Brasil. Conselho Nacional de Justiça, "Justiça em Números 2014: Ano-Base 2013" (Brasília: CNJ, 2014).
[239] O referido aumento seria por volta de 3,4% ao ano. Ibidem, 34.
[240] Brasil. Conselho Nacional de Justiça, "Justiça em Números 2016: Ano-Base 2015", 43.
[241] Ibidem, 42.
[242] O descompasso entre o aumento do IAD e o persistente aumento do acervo é decorrente da forma de cálculo adotada para a mensuração: "Destaca-se que, conforme o glossário da Resolução CNJ 76/2009, consideram-se baixados os processos: a) Remetidos para outros órgãos judiciais competentes, desde que vinculados a tribunais diferentes; b) Remetidos para as instâncias superiores ou inferiores; c) Arquivados definitivamente; d) Em que houve decisões que transitaram em julgado e iniciou-se a liquidação, cumprimento ou execução. Os casos pendentes, por sua vez, são todos aqueles que nunca receberam movimento de baixa, em cada uma das fases analisadas. Observe que podem existir situações em que autos já baixados retornam à tramitação sem figurar como caso novo. São os casos de sentenças anuladas na instância superior, de remessas e retornos de autos entre tribunais em razão de declínio de competência ou de devolução dos processos para a instância inferior para aguardar julgamento dos recursos repetitivos ou em repercussão geral. Tais fatores ajudam a entender porque, apesar de se verificar um número de processos baixados quase sempre equivalente ao número de casos novos, o estoque de processos no Poder Judiciário (74 milhões) continua aumentando desde o ano de 2009 [...]" Ibidem.

Nos primeiros anos da reforma, o número de processos novos aumentou de forma constante, assim como o de processos pendentes.[243] De 2009 a 2015, a série histórica de movimentação processual está retratada no gráfico 2.1.



Como se vê, houve redução em 2015 do ingresso de processos novos. No entanto, o aumento do número de processos pendentes causou a elevação do acervo processual e, consequentemente, da taxa de congestionamento do Poder Judiciário, que subiu para 71,4% em 2014[244] e para 72,2% em 2015.[245] Ainda que a tendência de aumento no ingresso de casos novos não tenha se confirmado no ano de 2015, o Poder Judiciário ainda não conseguiu revertê-la de forma definiva, tal como não havia conseguido no ano de 2010, quando houve, de forma episódica, a redução no ingresso de casos novos em relação ao ano anterior. Da mesma forma, não se verificou redução na taxa de congestionamento, razão pela qual o número de casos pendentes continuou crescendo nesses anos.

Além disso, é importante ressaltar que o Poder Judiciário custa cada vez mais caro ao país. O relatório "Justiça em Números 2016: Ano-Base 2015", ao revelar que as despesas totais do Poder Judiciário continuamente aumentam em termos reais (crescimento médio de 3,8% ao ano a partir de 2009, deflacionando-se os valores pelo IPCA/dez 2015),[246] permite refletir sobre

[243] Ver: Brasil. Conselho Nacional de Justiça, "Justiça em Números 2009: Ano-Base 2008".
[244] Brasil. Conselho Nacional de Justiça, "Justiça em Números 2015: Ano-Base 2014", 34.
[245] Brasil. Conselho Nacional de Justiça, "Justiça em Números 2016: Ano-Base 2015", 48.
[246] Ibidem, 33.

o custo e sobre a eficiência da prestação jurisdicional. A conclusão que se extrai dos resultados dos indicadores é de que esse custo ascendente do Poder Judiciário, além de representar um ônus grande para um país carente de recursos em áreas primordiais como educação e saúde, tem surtido resultados questionáveis em termos de eficiência.

O relatório "Justiça em Números 2014: Ano-Base 2013" esboçou a mensuração do acesso à Justiça nos Estados, utilizando como medida a correlação do volume processual com o número de habitantes, sob várias vertentes:

> "Na correlação do volume processual com os habitantes dos estados, verifica-se que os tribunais com maiores índices de acesso à Justiça, segundo esse critério, são o TJRJ e o TJRS, ambos com cerca de 16 mil casos novos por cem mil habitantes, além do TJDFT, com índice pouco superior a 13 mil. Além dos três tribunais supracitados, também o TJSE, TJAC e TJAP são aqueles com melhores dados quanto à prestação jurisdicional a seus habitantes, já que possuem os maiores índices de processos baixados por cem mil habitantes, todos acima de 14 mil. Em contrapartida, no mapa da tramitação por habitante, a situação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo demanda atenção em virtude do grande volume de processos pendentes existente neste tribunal. Outro tribunal com alta relação de processos em tramitação por habitante é o TJRJ, merecendo ênfase em relação à combinação de alta demanda e alto estoque. O caso do TJRS merece especial destaque, pois possui alta demanda e volume de baixados, mas com pouca tramitação, o que indica que o acervo de pendentes é relativamente baixo diante da população local."[247]

Em suma, o relatório "Justiça em Números" não conceituou acesso à Justiça, mas correlacionou-o com o ingresso de novos feitos por número de habitantes, bem como com processos baixados. Não há, porém, sistematicidade nas relações estabelecidas e a medição aproxima-se mais do acesso ao Judiciário do que do efetivo acesso à Justiça.

Além disso, embora o relatório seja fruto do SIESPJ, não adotou a fórmula de cálculo de acesso à Justiça prevista no SIESPJ. Conforme o artigo 14 da Resolução CNJ 76, o SIESPJ abrange os indicadores estatísticos fundamentais do Judiciário dispostos nas seguintes categorias:

I - Insumos, dotações e graus de utilização:

a) Receitas e despesas;

b) Estrutura;

II - Litigiosidade:

a) Carga de trabalho;

b) Taxa de congestionamento;

c) Recorribilidade e reforma de decisões;

---

[247] Brasil. Conselho Nacional de Justiça, "Justiça em Números 2014: Ano-Base 2013", 50.

III - Acesso à Justiça e IV - Perfil das Demandas.

Em linhas gerais, para fins de cálculo do acesso à Justiça, tem-se que os indicadores são:
(i) assistência judiciária gratuita em relação à Despesa Total do ramo da Justiça em questão;
(ii) assistência judiciária gratuita por 100.000 habitantes;
(iii) número de demandantes (pessoas que ingressaram com ações judiciais) no ramo da Justiça no ano-base.[248]

Estes fatores não foram todos levados em consideração pelo relatório "Justiça em Números 2014: Ano-Base 2013". Relatórios iniciais da série "Justiça em Números" demonstraram uma preocupação maior com a mensuração de dados referentes a este alcance.[249] Já os relatórios referentes a 2014 e 2015 não chegaram a fazer nenhum diagnóstico em relação a estes dados. Deduz-se que falta um critério claro para diagnosticar o avanço do acesso à Justiça no país, que o interesse a este respeito tem diminuído ao longo da série "Justiça em Números" e que os dados disponíveis não revelam progressos neste sentido.

Deve-se observar que o ingresso de novos feitos é uma variável limitada para a mensuração de ampliação de acesso à Justiça porque o aumento de litigiosidade pode se dar pela maior atuação de litigantes eventuais, e não há dados na pesquisa acerca desta questão. A resolução efetiva de casos pendentes – que difere do número de processos baixados – é mais importante do que o ingresso de novos feitos para a mensuração desta acessibilidade.

Conforme visto, os dados apontam para dificuldades na concretização de acesso à Justiça. Um dado interessante do relatório "Justiça em Números 2016: Ano-Base 2015" diz respeito ao volume das ações relativas a direito do consumidor no quadro geral da litigiosidade: elas representam o quarto assunto mais demandado no Poder Judiciário.[250] Será visto ao longo desta tese que ações coletivas podem ser um mecanismo relevante para diminuir a morosidade e tornar a prestação jurisdicional mais eficiente no que tange às questões consumeristas, que podem assumir a feição de litigiosidade repetitiva. Em razão disso, dois dos estudos de casos que serão objeto desta tese tratarão de relações de consumo, ao lado de outro caso que tratará de direito à educação.

---

[248] Os indicadores são calculados mediante fórmula que consta dos anexos da Resolução CNJ 76

[249] Ver, por exemplo, os relatórios referentes aos anos-base 2003, 2004, 2005 e 2006.

[250] O volume das ações de consumo fica atrás das ações referentes a direito do trabalho (rescisão do contrato de trabalho/verbas rescisórias), direito civil (obrigações/espécies de contratos) e direito tributário (dívida ativa). Brasil. Conselho Nacional de Justiça, "Justiça em Números 2016: Ano-Base 2015", 74.

2.2.2 "Panorama do Acesso à Justiça no Brasil – 2004 a 2009"

A opção pelo estudo do "Panorama do Acesso à Justiça no Brasil – 2004 a 2009"[251] ("Panorama"), também do Conselho Nacional de Justiça, justifica-se tanto por ser específico sobre o objeto estudado como porque o período que ele se propõe a analisar é o primeiro quinquênio da reforma, sobre o qual há menos informações. O "Panorama" se baseia na PNAD de 2009 e foi feito sob a perspectiva dos entrevistados que vivenciaram conflitos no quinquênio anterior (2004 a 2009). A PNAD é realizada anualmente pelo IBGE há mais de quatro décadas e é uma pesquisa amostral ampla, numericamente (mais de 150 mil domicílios e 399 mil pessoas em 2009) e espacialmente, e permite a extração de inferências sólidas sobre os temas aos quais se dedica.[252] O suplemento "Características da Vitimização e do acesso à Justiça no Brasil" foi fruto de uma parceria do IBGE com o CNJ. Para essa pesquisa, o assunto tem dupla conotação: uma mais ampla, abrangendo de modo geral as formas de solução dos conflitos, e outra mais restrita, para se compreender o acesso à Justiça formal.

Segundo a PNAD de 2009, 9,4% dos brasileiros maiores de idade vivenciaram conflitos nos cinco anos anteriores à data da pesquisa,[253] dos quais 92,7% buscaram solução, sendo 70,2% no Judiciário, 6,6% na polícia e 3,9% no Procon. O grupo que não procurou nenhuma solução para o conflito mais grave que viveu nos últimos cinco anos foi denominado de "desalentado".[254] Segundo a pesquisa, os tipos de conflitos que mais geraram desalento foram as prestações de serviços consumeristas, conforme retratado no gráfico 2.2.

A gravidade do quadro de desalento em relação a uma perspectiva de acesso à Justiça fica mais clara ao se aprofundar sobre o perfil dos desalentados. O estudo permite estabelecer a premissa de que condições socioeconômicas e capacidade de mobilização possuem uma relação próxima. Os rendimentos dos desalentados eram 48% inferiores aos daqueles que procuraram soluções para seus conflitos[255] e, quanto mais baixos os rendimentos de uma pessoa, maior a chance de recorrer apenas a parentes e amigos, que dificilmente são capazes de

---

[251] Brasil. Conselho Nacional de Justiça, Panorama de Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009 (Brasília: CNJ, Jul. 2011).

[252] Ibidem, 6. Cabe esclarecer que a PNAD "é realizada por meio de uma amostra probabilística de domicílios obtida em três estágios de seleção: unidades primárias – municípios; unidades secundárias – setores censitários; e unidades terciárias – unidades domiciliares (domicílios particulares e unidades de habitação em domicílios coletivos)". Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios- Características da Vitimização e do Acesso à Justiça no Brasil 2009 (Rio de Janeiro, 2010).

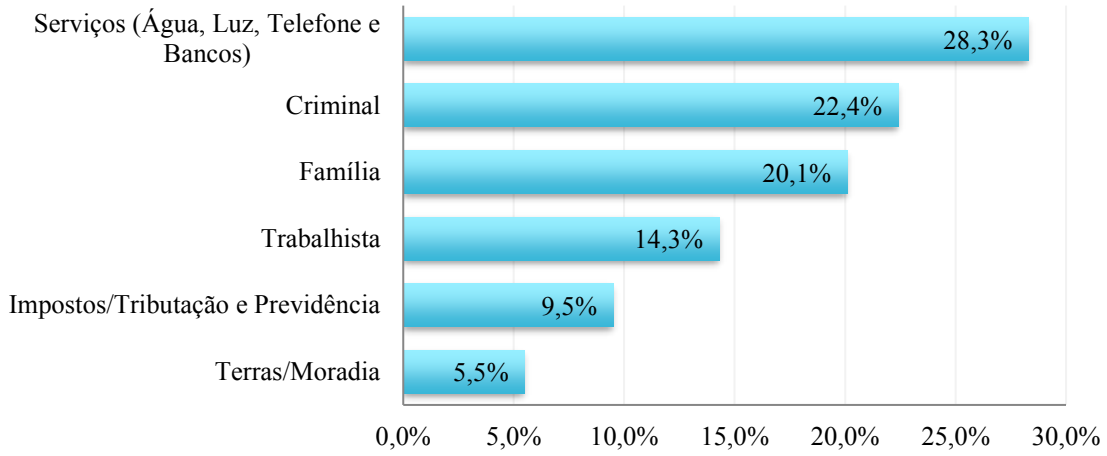
[253] Conselho Nacional de Justiça, "Panorama de Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009", 8.

[254] Ibidem, 19.

[255] Ibidem, 14.

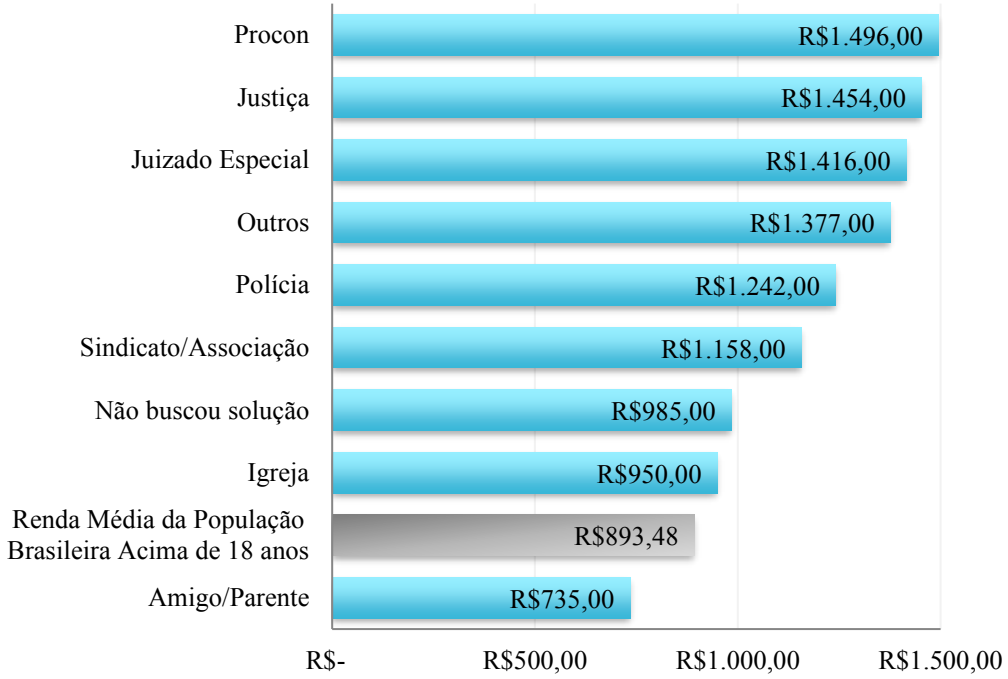
solucionar os principais tipos de conflitos. O gráfico 2.3 retrata a renda média das pessoas e qual o espaço institucional buscado para os conflitos vivenciados.

Gráfico 2.2 – Percentagem de pessoas que vivenciaram conflitos entre 2004 e 2009, mas não buscaram soluções, segundo a área da situação do conflito



Fonte: Brasil. Conselho Nacional de Justiça, "Panorama de Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009", 12

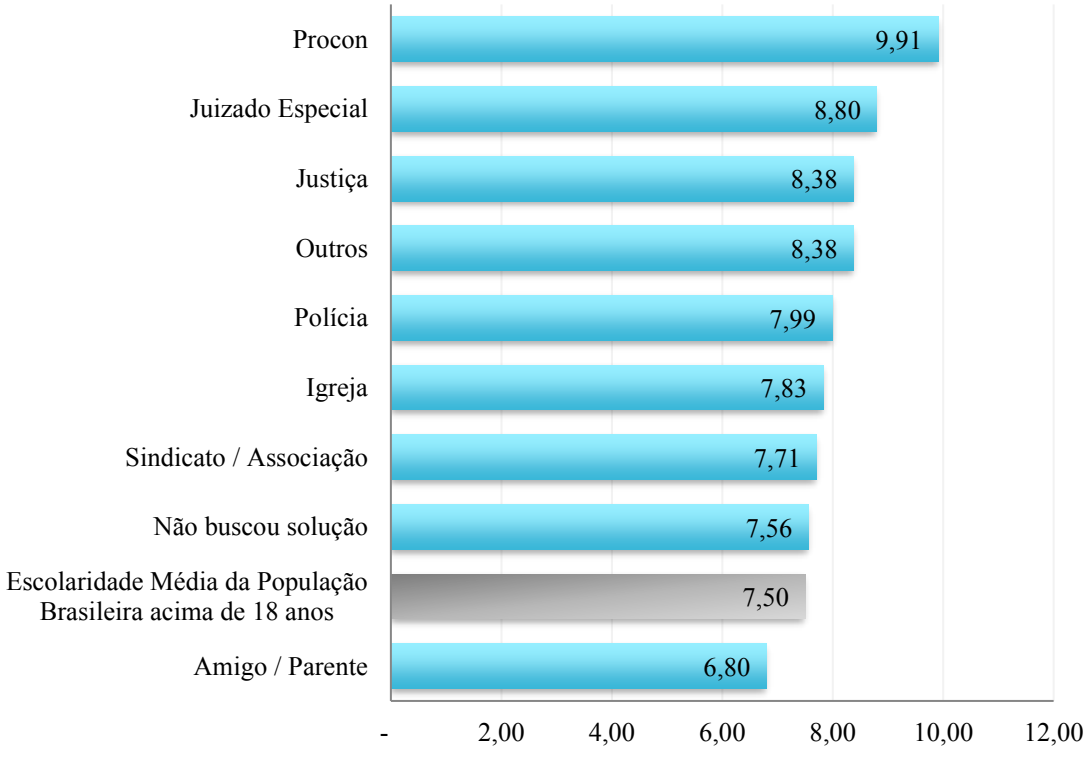
Gráfico 2.3 – Renda média mensal das pessoas que vivenciaram conflitos entre 2004 e 2009, segundo o espaço institucional em que buscaram soluções



Fonte: Brasil. Conselho Nacional de Justiça, "Panorama de Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009", 15

O estudo também demonstrou que os desalentados são aqueles com menores níveis educacionais.[256] Sob o ponto de vista de acesso à Justiça, é evidente o quadro de exclusão que ora se desenha, em que, num ciclo perverso, determinadas exclusões sistemáticas de direitos – sobretudo relacionadas à renda e à escolaridade – impulsionam outras exclusões de direitos, por força de deficiente acesso à Justiça. Verifica-se, assim, a colocação em risco do Estado de Direito.[257] Corrobora o que foi dito o gráfico 2.4, que relaciona a escolaridade média das pessoas com o espaço institucional buscado para os conflitos vivenciados.

Gráfico 2.4 – Média de anos de estudo das pessoas que vivenciaram conflitos entre 2004 e 2009, segundo o espaço institucional em que buscaram soluções



Fonte: Brasil. Conselho Nacional de Justiça, "Panorama de Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009", 16

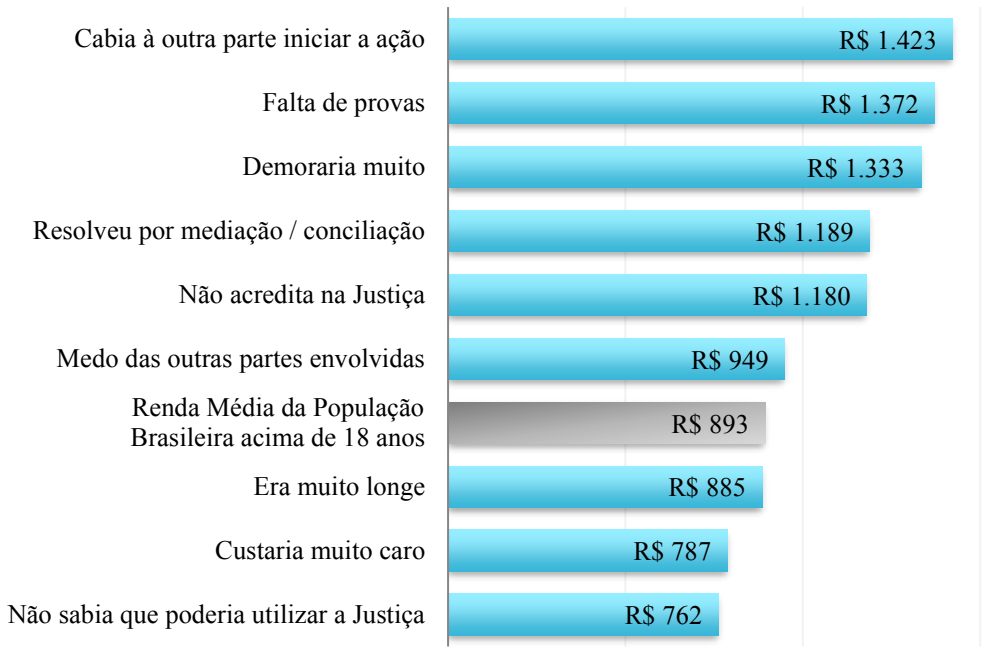
Essa interconexão entre exclusões de direitos pode ser parcialmente explicada, conforme se vê no gráfico 2.5, por desconhecimento, pela distância física, por medo da outra

[256] Ibidem, 16.

[257] Oscar Vilhena Vieira trata das exclusões sistemáticas de direitos em: Oscar Vilhena Vieira, "A Violação Sistemática dos Direitos Humanos como Limite à Consolidação do Estado de Direito no Brasil", in *Direito, Cidadania e Justiça: Ensaios sobre Lógica, Interpretação, Teoria, Sociologia e Filosofia Jurídicas*, org. Beatriz Di Giorgi, Celso Fernandes Campilongo, e Flávia Piovesan (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995).

parte envolvida ou pelos custos inacessíveis. Em síntese, esses dados ratificam a certeza de que, enquanto direito social (e, portanto, um direito que visa à redução das desigualdades), o acesso à Justiça não foi satisfatoriamente garantido no período.

Gráfico 2.5 – Rendimento médio das pessoas que vivenciaram conflitos entre 2004 e 2009, segundo o motivo para não terem procurado a Justiça

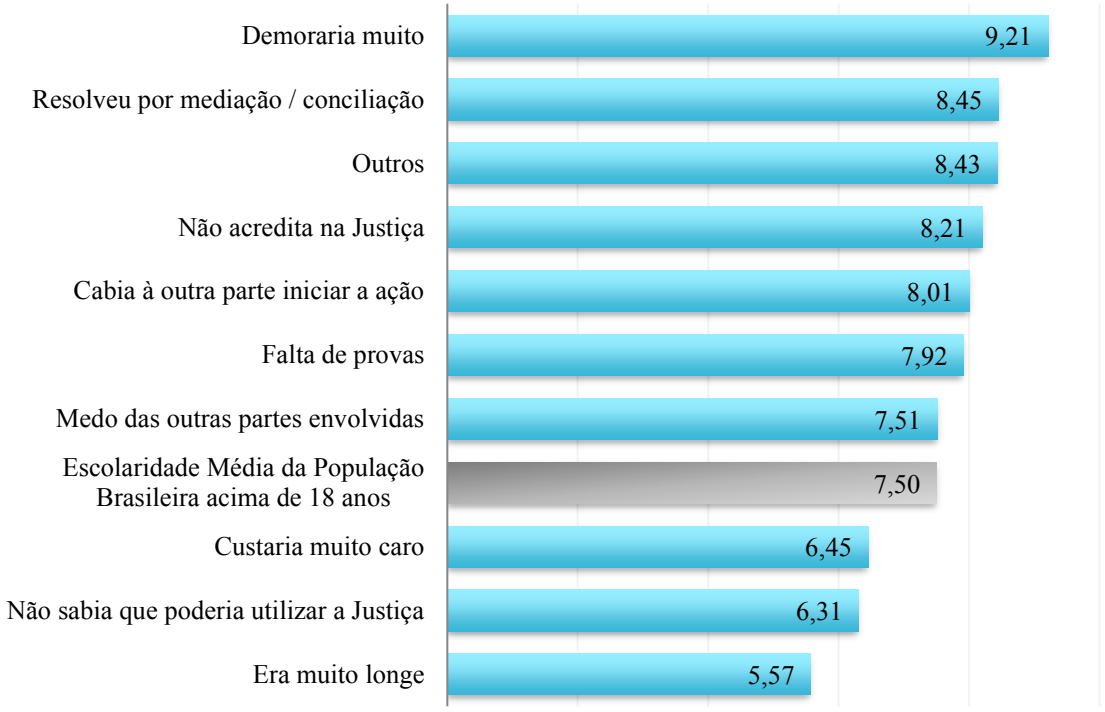


Fonte: Brasil. Conselho Nacional de Justiça, "Panorama de Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009", 31

Diante desses dados, cabe refletir sobre o fator "custo" ("custaria muito caro procurar a Justiça") enquanto impeditivo de busca da resolução do conflito pelo Judiciário para pessoas com renda média muito baixa. Pode-se deduzir que, ao responder a pesquisa, referiam-se a outros custos que não o das custas judiciárias e da contratação de advogado, porque, a princípio, este grupo faria jus, pelo seu rendimento, à assistência judiciária gratuita. A análise dos dados demonstra que o fato de as pessoas mais pobres poderem acionar a Defensoria Pública para a tutela judicial de seus direitos não garante o seu efetivo acesso à Justiça, porque há custos não monetários envolvidos na proteção individual dos direitos, tais como o custo do tempo perdido, do transporte, da obtenção da documentação, do dia de trabalho perdido, dentre outros.[258]

[258] Trata-se do que Antonio Herman Benjamin chama de "sacrifícios indiretos, como a perda de dias de trabalho, despesas com transporte pessoal e de testemunhas, desgaste emocional, etc". Ver: Benjamin, "A Insurreição da Aldeia Global Contra o Processo Civil Clássico: Apontamentos sobre a Opressão e a Libertação Judiciais do Meio Ambiente e do Consumidor", 333.

Gráfico 2.6 – Escolaridade média das pessoas que vivenciaram conflitos entre 2004 e 2009, segundo o motivo para não terem procurado a Justiça



Fonte: Brasil. Conselho Nacional de Justiça, "Panorama de Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009", 33

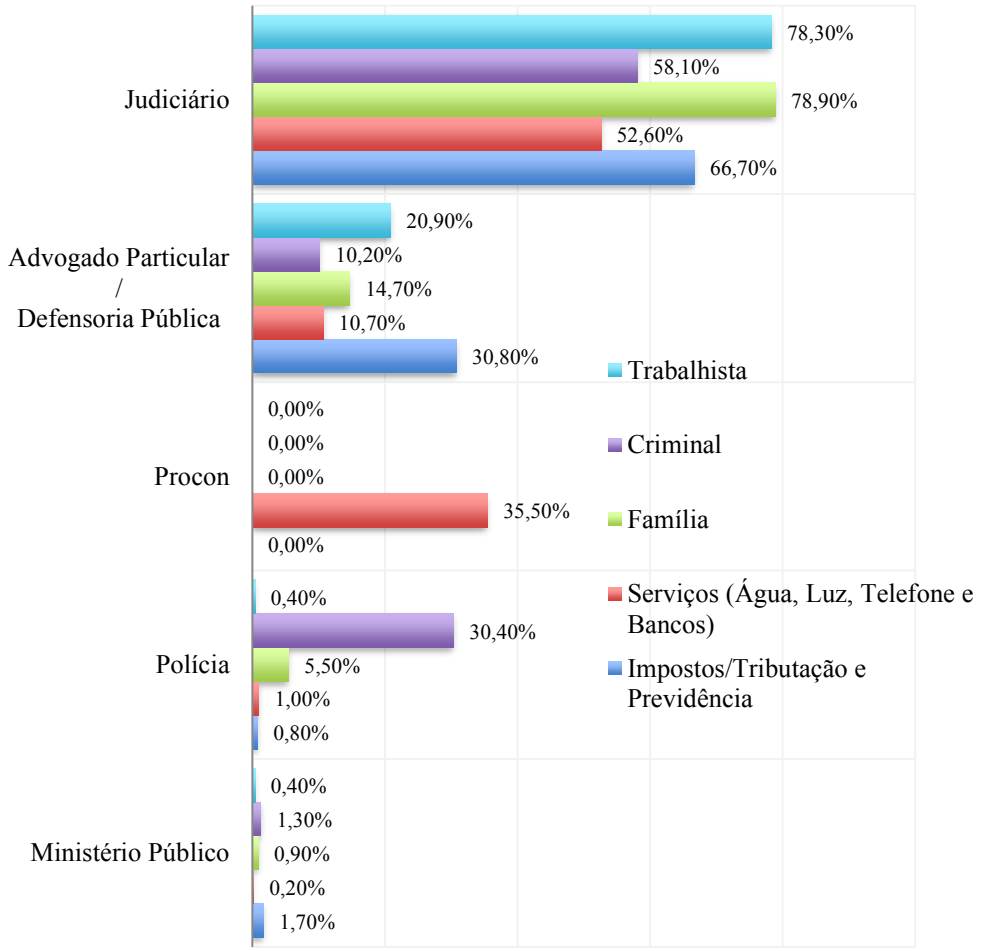
Essa informação é uma das mais relevantes da pesquisa "Panorama", porque revela a falácia da proteção individual de direitos – o ideal do "*day in Court*" – como garantia de efetivo acesso à Justiça, e como os investimentos na litigiosidade individualizada participam do círculo vicioso de exclusões de que se tratou acima. Em suma, os dados fazem refletir sobre os impedimentos que as pessoas mais pobres enfrentam para a tutela de seus direitos, e em que medida a ênfase em investimento na Defensoria Pública, mantido o padrão de litigiosidade individualizada, pode ajudar a superar tais obstáculos.

O "Panorama" indica que o acesso à Justiça, enquanto direito de primeira dimensão, vem sendo garantido à população brasileira, já que não houve respostas que indicassem restrições civis ou políticas a ele. Por outro lado, enquanto direito de segunda dimensão, o "Panorama" retrata um quadro de exclusão, porque foram reveladas falhas na atuação estatal que impedem as pessoas de acionar o Poder Judiciário para a defesa de seus direitos. Se os mais pobres não sabem que podem recorrer ao Judiciário para solucionar seus conflitos, ou não conseguem fazê-lo por distância, medo ou custo, há grave falha na prestação estatal para esse fim.

O gráfico 2.6, referente aos impedimentos ao acesso à Justiça segundo a escolaridade, coincide em muitos aspectos com o gráfico relativo à renda média dos excluídos. Os gráficos 2.5 e 2.6 são complementares e demonstram que quanto mais pobre e menos escolarizada a pessoa, maior a chance de não recorrer à Justiça por desconhecimento, distância, custo ou medo de represálias da parte contrária.

Ainda de acordo com o PNAD, o Judiciário foi apontado como o principal responsável pelas soluções encontradas para os conflitos dos entrevistados. Considerando-se que advogados, defensores públicos, a polícia e o Ministério Público integram o sistema de Justiça, teremos que este foi responsável por parte muito significativa das soluções nos conflitos, conforme pode ser visto no gráfico 2.7.

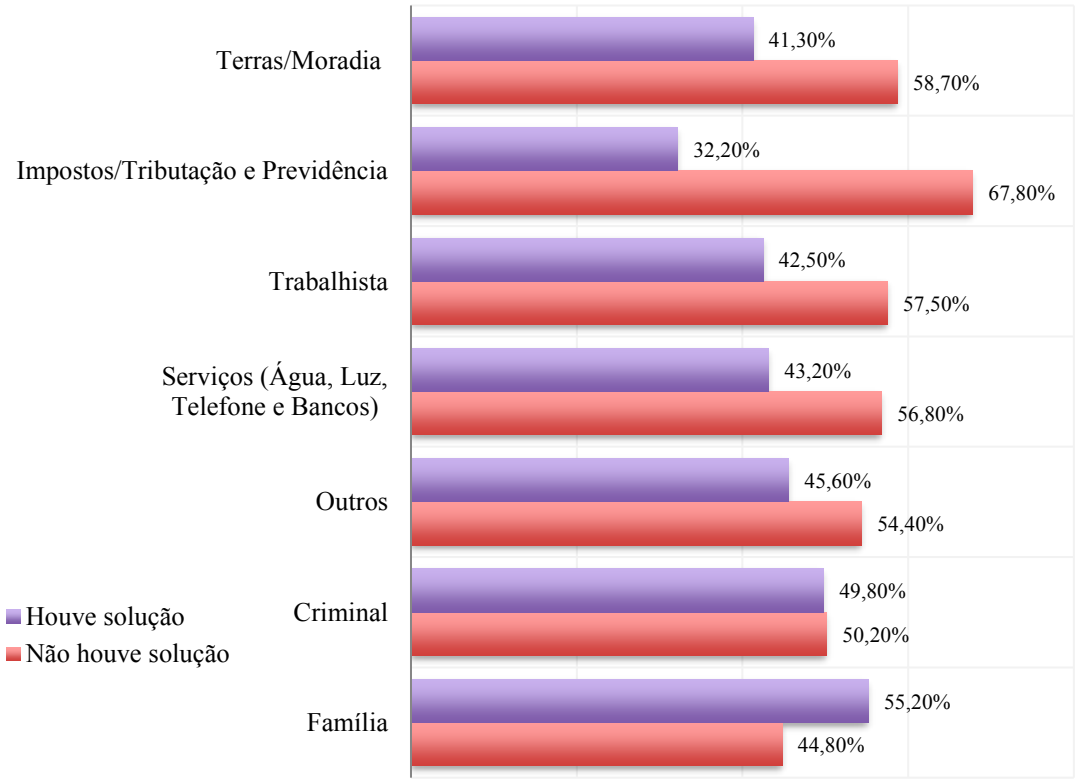
Gráfico 2.7 – Percentagem de pessoas que vivenciaram conflitos entre 2004 e 2009, segundo a área da situação de conflito e o principal responsável pela solução



Fonte: Brasil. Conselho Nacional de Justiça, "Panorama de Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009", 22

Noutro giro, o gráfico 2.8 diz respeito à resolubilidade dos conflitos no período de até 5 anos. Como se pode ver, esta ficou aquém do que seria razoável esperar: com exceção das ações relativas a direito de família, a média de resolução ficou aquém de 50% dos casos.

Gráfico 2.8 – Percentagem de pessoas que vivenciaram conflitos entre 2004 e 2009 e buscaram o Poder Judiciário segundo a área da solução do conflito e se houve ou não solução



Fonte: Brasil. Conselho Nacional de Justiça, "Panorama de Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009", 24

Em 1988, o IBGE realizou uma pesquisa sobre vitimização e justiça.[259] A pesquisa de 2009 abordou, de forma mais detalhada, aspectos sobre acesso à Justiça, fornecendo indicadores subjetivos em pesquisa do tipo quantitativa. Seria muito interessante se esse notável trabalho pudesse ser refeito em breve, para verificar se houve evolução na percepção pública de aspectos relacionados ao sistema de Justiça.

[259] "PNAD 1988 – Suplemento Participação Político-Social".

2.2.3 Relatórios "ICJBrasil"

Consistem em levantamentos estatísticos de natureza qualitativa, realizados em sete Estados brasileiros, com base em amostra representativa da população, segundo dados do Censo e da PNAD. O seu objetivo é acompanhar de forma sistemática a confiança da população no Judiciário brasileiro, para assim tentar mensurar sua legitimidade. A amplitude temporal do ICJBrasil – o primeiro relatório a ser estudado contém os dados da pesquisa ICJBrasil referentes ao 2º trimestre de 2009, e o último, os referentes ao 1º semestre de 2016 – foi um dos principais fatores que motivou seu uso nesta tese. [260]

O ICJBrasil é composto por dois subíndices:

(i) de percepção (SIP), que objetiva capturar a opinião da população sobre a Justiça e tem peso 7 na ponderação de pontos para cálculo do ICJ e

(ii) de comportamento (SIC), que reflete a conduta da população de efetivamente recorrer ou não ao Judiciário diante de determinados conflitos e tem peso 3.

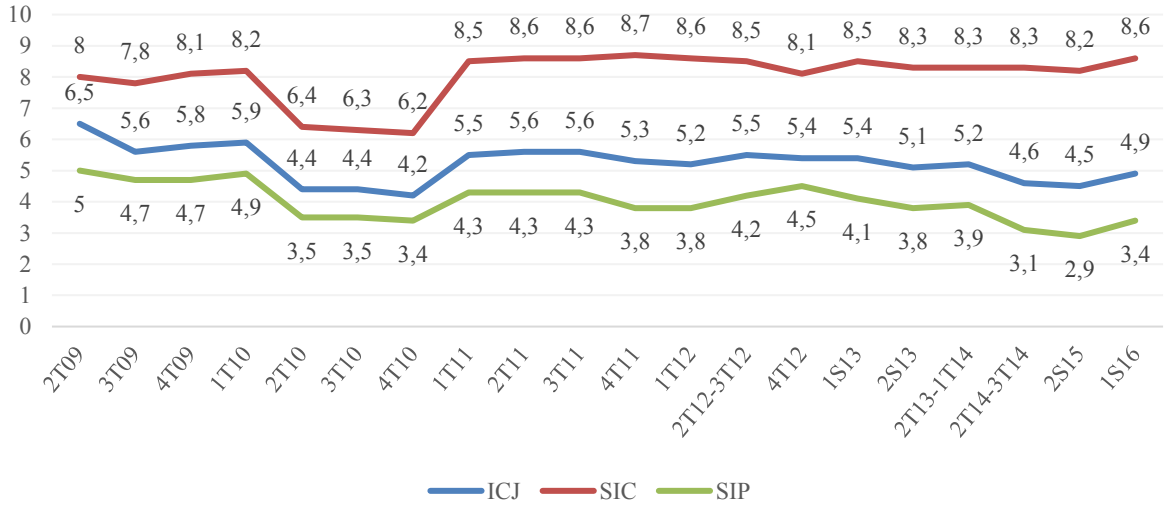
---

[260] Os relatórios consultados são os seguintes: Luciana Gross Cunha et al., "Relatório ICJBrasil - 1º semestre / 2013" (São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 14 de outubro de 2013); Luciana Gross Cunha et al., "Relatório ICJBrasil - 1º semestre / 2016" (São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, outubro de 2016); Luciana Gross Cunha, "Relatório ICJBrasil - 1º trimestre / 2010" (São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 1º de março de 2010); Luciana Gross Cunha et al., "Relatório ICJ Brasil - 1º trimestre / 2011" (São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 4 de novembro de 2011); Luciana Gross Cunha et al., "Relatório ICJBrasil - 1º Trimestre/2014 - 4º Trimestre/2014: Ano 6" (São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2014); Luciana Gross Cunha et al., "Relatório ICJBrasil - 2º e 3º trimestres / 2014" (São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, março de 2015); Luciana Gross Cunha et al., "Relatório ICJBrasil - 2º semestre / 2013" (São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2 de abril de 2014); Luciana Gross Cunha et al., "Relatório ICJBrasil - 2º semestre / 2015" (São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, maio de 2016); Luciana Gross Cunha, "Relatório ICJBrasil - 2º trimestre / 2009" (São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 1º de março de 2009); Luciana Gross Cunha, "Relatório ICJ Brasil - 2º trimestre / 2010" (São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 1º de julho de 2010); Luciana Gross Cunha et al., "Relatório ICJBrasil - 2º trimestre / 2011" (São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 18 de novembro de 2011); Luciana Gross Cunha, "Relatório ICJBrasil - 3º trimestre / 2009" (São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 1º de junho de 2009); Luciana Gross Cunha, "Relatório ICJ Brasil - 3º trimestre / 2010" (São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 1º de novembro de 2010); Luciana Gross Cunha et al., "Relatório ICJBrasil - 3º trimestre / 2011" (São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 24 de novembro de 2011); Luciana Gross Cunha, "Relatório ICJBrasil - 4º trimestre / 2009" (São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 1º de dezembro de 2009), http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6621; Luciana Gross Cunha, "Relatório ICJ Brasil - 4º trimestre / 2010" (São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 1º de março de 2011); Luciana Gross Cunha et al., "Relatório ICJBrasil - 4º trimestre / 2011" (São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 15 de fevereiro de 2012); Luciana Gross Cunha et al., "Relatório ICJBrasil - 4º trimestre / 2012" (São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 18 de abril de 2013); Luciana Gross Cunha et al., "Relatório ICJBrasil - Ano 5 (2º trimestre / 2013 ao 1º trimestre / 2014)" (São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 12 de setembro de 2014).

O peso dos subíndices para obtenção do ICJ é proporcional ao número de questões de cada um deles. Embora as questões relativas à efetiva utilização do Judiciário pela população pareçam mensurar mais diretamente o acesso à Justiça, as questões sobre a percepção do serviço prestado pelo Judiciário podem ser consideradas como consistentes com o aspecto "porta de entrada" para tal acesso.

A evolução da confiança da população na justiça pode ser representada, segundo os dados obtidos nos relatórios ICJBrasil, pelo gráfico 2.9.

Gráfico 2.9 – Evolução do ICJBrasil (2º trimestre de 2009 - 1º semestre de 2016)



Fonte: Dados extraídos de Relatórios ICJBrasil (São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2009 a 2016)

Como pode ser observado, houve pequena majoração no subíndice de comportamento desde 2009 até 2016, com variações no período. O aumento deste poderia significar um frágil indicativo de que a população teria maior probabilidade[261] de utilizar os serviços do Poder Judiciário para a solução de seus conflitos. Porém, o subíndice de percepção, apesar de melhoras pontuais, está próximo ao número de seu pior nível desde a criação do ICJBrasil. De modo geral, a redução do índice de confiança na Justiça ao longo dos últimos anos deve servir

[261] Utiliza-se a expressão "maior probabilidade" porque o subíndice de comportamento não é construído apenas com base em questões de utilização efetiva do Poder Judiciário pelos entrevistados: "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. [...] 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." Luciana Gross Cunha et al., Relatório ICJBrasil - 2º e 3º trimestres / 2014 (Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, Março 2015).

como alerta para os responsáveis pelas políticas públicas de acesso à Justiça, por implicar um afastamento da população em relação ao Judiciário e, consequentemente, a redução de sua legitimidade.

Cotejando-se resultados específicos do ICJBrasil 2º e 3º trimestres/2014[262] com o "Panorama",[263] tem-se que o grupo desalentado (nomenclatura cunhada pelo "Panorama"), ou seja, com menor confiança na Justiça e menor probabilidade de a ela recorrer, é aquele que está em piores condições socioeconômicas e que tem menor escolaridade. O relatório do ICJBrasil apontou que:

> "Com relação à renda, os entrevistados que melhor avaliaram a Justiça são os de maior renda (ou seja, os que recebem acima de 8 salários mínimos), visto que apresentaram o maior índice de confiança na Justiça (4,9) e o maior subíndice de percepção (3,4). Em contrapartida, os entrevistados com menor renda (de até 1 salário mínimo) apresentaram o menor ICJBrasil para o período (4,6). No que diz respeito ao subíndice de comportamento, os entrevistados que se encaixam nas três maiores faixas de renda (ou seja, os que recebem mais de 1 salário mínimo) mostraram-se mais dispostos a acionar o Judiciário em caso de conflitos, indicando um subíndice de comportamento de 8,3. (...) Quanto ao grau de instrução, os entrevistados de escolaridade alta e média são os que avaliaram melhor o Judiciário, apresentando o maior índice de confiança na Justiça (4,9). São eles que apresentaram também o maior subíndice de percepção (3,3), em contraposição aos 3,0 pontos revelados pelos entrevistados de escolaridade baixa. Para os entrevistados de escolaridade média, o subíndice de comportamento foi de 8,5, enquanto que para os entrevistados de escolaridade baixa, o subíndice de comportamento chegou a 8,1."[264]

Os gráficos correspondentes à descrição são os de número 2.10 e 2.11.

A situação de desalento do grupo menos favorecido agravou-se no segundo semestre de 2015, porque enquanto o índice de confiança na Justiça do grupo de maior renda manteve-se praticamente estável (índice 4,8), o de menor renda caiu de 4,6 para 4,3.[265] Aumentou, portanto, a distância entre os grupos de diferentes faixas de renda, com queda na confiança justamente entre os mais pobres – contrariando-se diretrizes de ampliação de acesso à Justiça que embasaram a Reforma do Judiciário.

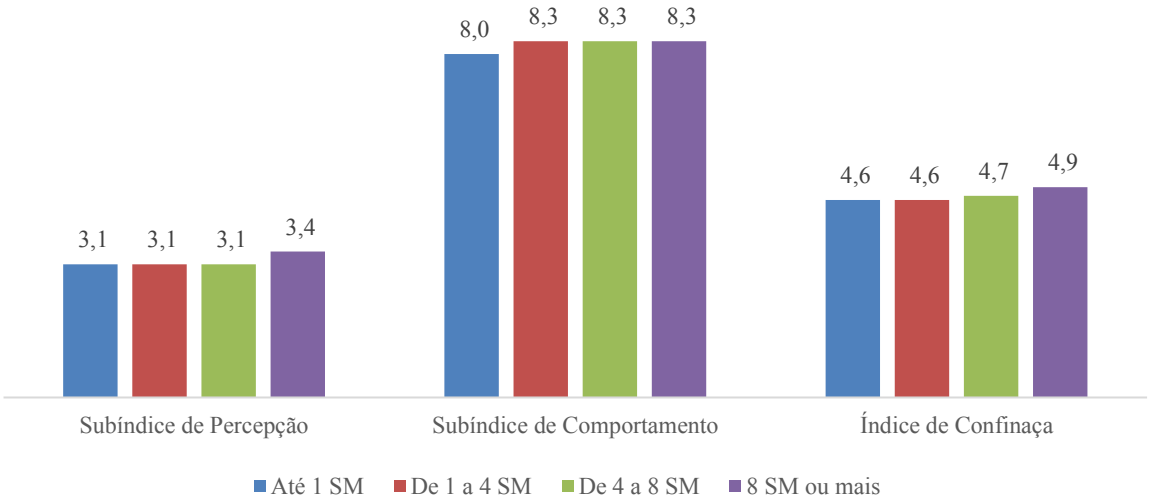
Da mesma forma, embora se note a redução do índice de confiança na Justiça junto a todos os três grupos de diferentes faixas de escolaridade, houve maior redução, em comparação com a medição anterior, no grupo de escolaridade média, cujo índice de confiança na Justiça estava, anteriormente, equiparado ao do grupo de maior escolaridade.

---

[262] Ibidem.
[263] Estudado no item 2.2.2 acima: Conselho Nacional de Justiça, "Panorama de Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009".
[264] Cunha et al., "Relatório ICJBrasil - 2º e 3º trimestres / 2014", 12.
[265] Cunha et al., "Relatório ICJBrasil - 2º semestre / 2015", 14.

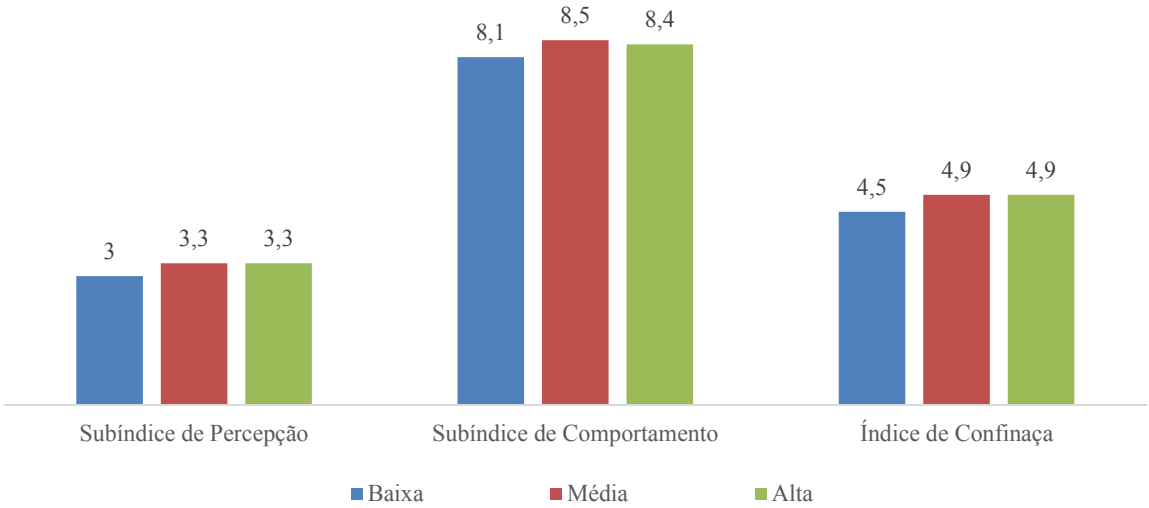
Assim, apesar do longo tempo decorrido desde o início da reforma, e estando ela se aproximando de seu fim, a confiança no Poder Judiciário, tal qual mensurada pela pesquisa ICJBrasil, estava próxima de seus piores momentos.

Gráfico 2.10 – Subíndice de Percepção, Subíndice de Comportamento e Índice de Confiança na Justiça (escala de 0 a 10), segundo a renda do entrevistado



Fonte: Cunha et al., "Relatório ICJBrasil - 2º e 3º trimestres / 2014", 20

Gráfico 2.11 – Subíndice de Percepção, Subíndice de Comportamento e Índice de Confiança na Justiça (escala de 0 a 10), segundo a escolaridade do entrevistado



Fonte: Cunha et al., "Relatório ICJBrasil - 2º e 3º trimestres / 2014", 21

Para fins de estudo de acesso à Justiça sob a ótica da prestação jurisdicional, também interessam as razões da descrença no Judiciário. Segundo o relatório de 2014,

> "Para 89% dos entrevistados o Judiciário é moroso, resolvendo os conflitos de forma lenta ou muito lentamente. Além disso, 77% disseram que os custos para acessar o Judiciário são altos ou muito altos e 66% 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 (59% dos entrevistados acreditam que o Judiciário é nada ou pouco independente)."[266]

Outro ponto importante, abordado pela pesquisa de 2014, diz respeito à orientação jurídica. Uma vez que a reforma enfatizou a autonomia das Defensorias Públicas como forma de expansão dos serviços por elas prestados, é importante medir o efetivo acesso que as pessoas têm aos profissionais da área jurídica. Neste sentido, apurou-se que o acesso ainda se dá primordialmente a advogados privados e, naturalmente, é maior entre os entrevistados de renda mais alta:

> "Ainda no que concerne ao acesso e à utilização do Poder Judiciário pelos entrevistados, 64% dos respondentes disseram que eles ou alguém residente em seu domicílio já consultaram um advogado. O acesso a estes profissionais é maior entre os entrevistados com maior renda (81%) e entre os entrevistados com maior grau de escolaridade (85%).
> Com relação ao tipo de advogado consultado, 91% afirmaram que tiveram acesso a profissionais particulares, enquanto 9% consultaram a Defensoria Pública."[267]

Embora se trate de direito de segunda geração e, portanto, de um direito promotor de justiça social, que deve ser garantido pelo Estado, prioritariamente, aos mais pobres, menos escolarizados e mais desprovidos de oportunidades, o acesso à Justiça não tem se concretizado enquanto tal, haja vista que a demanda por orientação jurídica ainda não é atendida de forma igualitária. O perfil de pessoas que já consultaram um advogado em 2014 está retratado no gráfico 2.12.

Além disso, conforme revela o ICJBrasil (1º semestre de 2016), a maioria dos entrevistados declarou que as principais motivações que os levariam à propositura de uma ação na justiça seriam as relações de consumo (92%), as trabalhistas (91%) e as com o Poder Público (90%).[268] À vista disso, conclui-se que são justamente as relações que os litigantes eventuais têm com as grandes organizações burocráticas as que mais os provocam a litigar. São, portanto, essas as relações que, para o bem da confiança do cidadão na Justiça, mais dependem de aprimoramento do procedimento jurisdicional para a ampliação do acesso à Justiça.

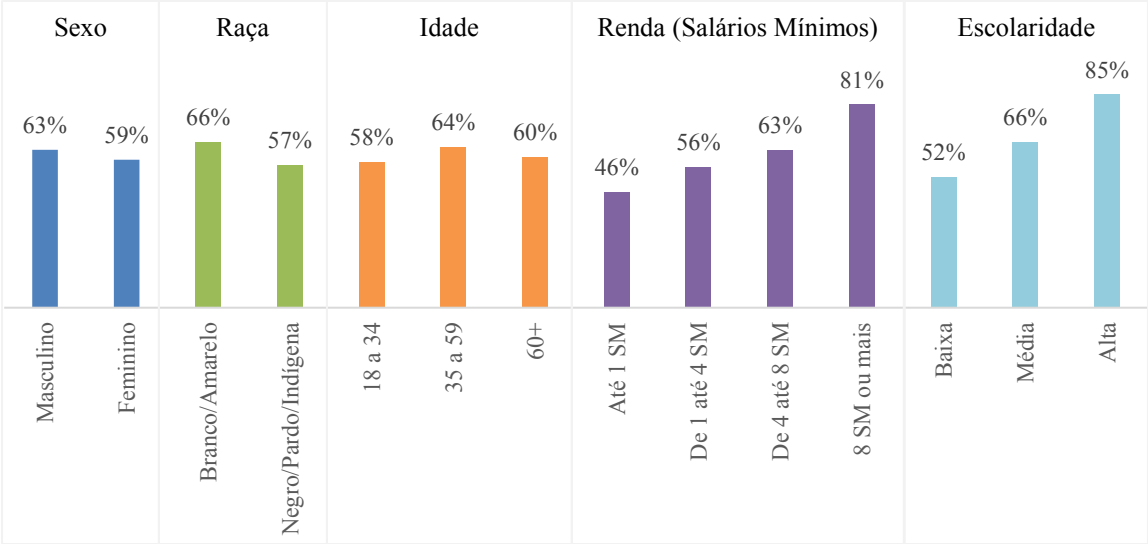
Os resultados da pesquisa fazem notar a insuficiência das iniciativas da reforma para o tratamento do litígio repetitivo e induzem a necessidade de revisão da atuação do sistema de

---

[266] Cunha et al., "Relatório ICJBrasil - 2º e 3º trimestres / 2014", 13.
[267] Ibidem, 15.
[268] Cunha et al., "Relatório ICJBrasil - 1º semestre / 2016", 14.

justiça no tocante às controvérsias que envolvem as grandes organizações burocráticas, com as quais são travadas as relações de consumo e de cidadania – as que mais levam o litigante eventual, cada vez mais desalentado, a litigar.

Gráfico 2.12 – Perfil dos entrevistados que já consultaram um advogado (pessoalmente ou alguém residente em seu domicílio)



Fonte: Cunha et al., "Relatório ICJBrasil - 2º e 3º trimestres / 2014", 28

Diante do desalento verificado na pesquisa, e do tipo principal de relação que leva o litigante eventual a efetivamente litigar, a ação coletiva apresenta-se, em tese, como alternativa viável para lidar com a baixa confiança da população na Justiça. A ação coletiva é talhada para beneficiar todos os consumidores ou cidadãos titulares de direitos nos litígios contra as organizações burocráticas, com as quais eles travam relações de consumo ou de cidadania, independentemente de sua faixa de renda ou formação escolar.

2.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As pesquisas estudadas contêm alguns pontos que merecem ser ressaltados.

Primeiro, todas revelaram o peso de questões referentes ao direito do consumidor e a importância de se efetivarem os direitos nesta área de tanto impacto na vida da população. A litigiosidade relativa ao direito do consumidor poderia ser melhor administrada por meio das ações coletivas, com menos custos para o país em decorrência da congregação de demandas e

de forma mais inclusiva, célere e segura, por proporcionar a mesma resposta jurisdicional a um número maior de pessoas.

Como foi possível observar, há uma relação estreita entre os indicadores socioeconômicos e o desalento, que é expressão dos obstáculos sistemáticos do acesso à Justiça que se apresentam para determinados grupos. A despeito de todos os investimentos na Defensoria Pública ao longo da reforma, persistem limitações de acesso à Justiça aos mais pobres. Essas restrições não serão superadas por mais aportes nessa instituição caso se mantenha o paradigma do processo individual, já que o custo de litigar é um obstáculo relevante até mesmo para aqueles que teriam direito à representação processual pela Defensoria Pública.

Conclui-se que num país com tantas carências como o Brasil, mais investimentos no Poder Judiciário, no Ministério Público e na Defensoria Pública talvez não sejam possíveis, em razão de demandas relativas à saúde, à educação e, de modo geral, à implementação de direitos.

É neste ponto que sobressai o papel crucial dos advogados privados na garantia de acesso à Justiça. Como já destacado, as pesquisas vistas neste capítulo revelam que as pessoas sentem confiança no trabalho desses profissionais, mas que, infelizmente, o acesso a eles é substancialmente maior entre os entrevistados com maior renda. Forçoso reconhecer que esforços bem-sucedidos de desenho institucional aptos a incentivar os advogados privados a proporem ações coletivas em nome de grandes coletividades poderiam ampliar substancialmente o acesso à Justiça. Para solucionar problemas que são objeto de litigiosidade repetitiva, como tradicionalmente são os de consumo – que tanta proeminência tiveram nas pesquisas estudadas –, ações coletivas que poupassem as pessoas dos custos de promover ações individuais seriam mais eficientes e promissoras em termos de garantia de acesso à Justiça do que maiores investimentos financeiros nas instituições que compõem o sistema Judiciário.

Como permite concluir o relatório "Acesso à Justiça no Brasil: Índice de Fragilidade dos Municípios", o quadro de exclusão socioeconômica é componente da exclusão jurídica. O grau de investimento necessário para, mantido o paradigma do processo individual, superar as diferenças regionais é de primeira grandeza. Segundo constou:

> "O quadro de desigualdade socioeconômico brasileiro se reflete – e, ao mesmo tempo, provoca efeitos – em indicadores relativos ao acesso à Justiça. Com efeito, o Atlas de Acesso à Justiça (estudo elaborado pelo Ministério da Justiça, em parceria com universidades, instituições públicas e entidades da sociedade civil) confirma que há, nas unidades da Federação, uma expressiva correlação entre mau desempenho no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e resultados ruins no Índice Nacional de Acesso à Justiça (INAJ), indicador que combina dados sociais e sobre as diferentes instâncias de distribuição de justiça – Defensoria Pública, Ministério Público, advocacia, iniciativas extrajudiciais, delegacias de polícia, Procons, cartórios e outras. (...) Consoante com os dados revelados pelo Atlas, o então Secretário da Reforma do

> Judiciário, Flávio Caetano, afirmou por ocasião do lançamento do INAJ, em dezembro de 2013: 'No Brasil, a diferença de IDH entre o maior e o menor Estado chega a 20%, já o INAJ chega a 1.000%, ou seja, o acesso à Justiça no Brasil é muito mais desigual do que a distribuição de renda, a educação e a saúde.'"[269]

Há, portanto, um paradigma a ser repensado, que é o do processo individual. Esse paradigma ficou incólume durante a reforma.

Não apenas no Brasil a Reforma do Judiciário, sob a ótica do acesso à Justiça, parece não ter correspondido às expectativas que cercaram sua aprovação. Essa insatisfação com as reformas jurídicas que contaram com o apoio do Banco Mundial foi comum a muitos países.[270]

São inegáveis os avanços proporcionados pela reforma, ilustrados pelo combate ao nepotismo,[271] pela uniformização de regras em concursos,[272] pela atuação disciplinar firme do Conselho Nacional de Justiça,[273] inclusive junto a serventias extrajudiciais, pelos incentivos à conciliação e à mediação, pela implantação do processo eletrônico e das audiências de custódia, dentre outros muitos exemplos que poderiam ser citados.[274]

Porém, cumpre reconhecer que, em termos de aprimoramento do acesso à Justiça, a reforma, não obstante tenha provocado conspícuos avanços, ainda não vingou plenamente. Esta é a razão de a Ministra Carmén Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, ter afirmado:

> "Quando o Estado, Executivo, Legislativo e Judiciário, não funcionam bem, as leis não estão sendo cumpridas a contento, os serviços não estão sendo prestados, o que é a esperança vira frustração. A frustração vira ira, porque ele (cidadão) se sente frustrado, tantas vezes e tantas vezes, que ele vai perdendo entusiasmo e aí é perigoso. O Estado existe para que as pessoas tenham mais chances de ser felizes. O Estado não pode ser causa da infelicidade de ninguém. (...) Um País que tem, segundo dados, não sei se são corretos, mais de 80 milhões de processos, considerando que somos 200 milhões de pessoas, há que se convir que há alguma

---

[269] Maria Tereza Sadek, "Acesso à Justiça no Brasil: Índice de Fragilidade dos Municípios" (São Paulo, 2016), 17.

[270] Nas palavras de Linn Hammergren, "[t]he contents of justice reform assistance have evolved over time, but the emerging consensus, even or perhaps especially among participants, is that the programs have not been successful. [...] charges of failure refer to the absence or insufficiency of the anticipated improvements in sector operations, citizen satisfaction, impacts on economic and political development, or movement toward the "more just society," however defined." Linn A. Hammergren, *Justice Reform and Development: Rethinking Donor Assistance to Developing and Transitional Countries*, ebk (Oxon: Routledge, 2014).

[271] Que resultou na edição da Resolução 7/2005 do CNJ.

[272] Resolução 75/2009 do CNJ.

[273] A título exemplificativo, houve atuação disciplinar do CNJ em concursos para serventias extrajudiciais e junto a membros da Magistratura e do Ministério Público que ocupavam posições de cúpula em suas respectivas instituições.

[274] Ver: Enrique Ricardo Lewandowski, "Discurso de Posse do Ministro Ricardo Lewandowski na Presidência do Supremo Tribunal Federal", *Supremo Tribunal Federal*, 9 de outubro de 2014, http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoMinistroRL.pdf; Enrique Ricardo Lewandowski, "O Papel do CNJ no Fortalecimento do Estado Democrático de Direito", 2016, http://www.conjur.com.br/2016-jul-25/ricardo-lewandowski-cnj-transparencia-dialogo; Enrique Ricardo Lewandowski, "CNJ, Transparência e Diálogo", *Folha de S. Paulo*, 2016, A3.

> coisa muitíssimo errada no País ou na sociedade. Por isso mesmo (o sistema) precisa ser repensado como um todo."[275]

Seja em decorrência do elevado número de ações que ingressam no sistema,[276] seja da dificuldade do Judiciário de solucionar as demandas em tempo razoável e de forma eficaz, seja ainda de atender às populações excluídas de direitos de forma imparcial e segura, o Estado brasileiro ainda enfrenta grande dificuldade para assegurar um efetivo acesso à Justiça. Isto abala a legitimidade deste Poder e amplia a desigualdade, pois justamente os cidadãos que mais precisam da Justiça não se sentem capazes ou estimulados para procurá-la. É neste contexto que a ação coletiva desponta como solução possível para a litigiosidade repetitiva, acenando com a possibilidade de uma prestação jurisdicional mais inclusiva, imparcial, célere, eficiente e segura – enfim, com a possibilidade de ampliação efetiva do acesso à Justiça.

---

[275] Fausto Macedo, "Cármen Lúcia alerta para 'a fúria que ganha as ruas'", acessado 28 de agosto de 2014, http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/carmen-lucia-alerta-para-a-furia-que-ganha-as-ruas/.

[276] Manuel Carlos Montenegro, "Volume de processos novos impede Justiça de reduzir quantidade de ações", *Conselho Nacional de Justiça*, 2014, http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28281-volume-de-processos-novos-impede-justica-de-reduzir-quantidade-de-a%C3%A7%C3%B5es.

3 ACESSO À JUSTIÇA: AÇÕES JUDICIAIS INDIVIDUAIS E COLETIVAS

Nos capítulos anteriores, firmaram-se as premissas fáticas que nortearão o restante desta tese. No capítulo 1, viu-se que a solução engendrada na reforma para o problema da litigiosidade repetitiva deu-se, prioritariamente, por meio da valorização de precedentes judiciais em ações individuais. Não houve aprimoramentos significativos no desenho do subutilizado processo coletivo,[277] que poderia, em tese, propiciar decisões mais inclusivas, céleres, eficientes, imparciais e seguras. Nesse mesmo capítulo, viu-se que, em boa medida, o desígnio de ampliação do acesso à Justiça serviu de justificativa para a reforma judiciária. Já no capítulo 2, viu-se que a Reforma do Judiciário não alcançou plenamente seu desiderato no que tange à ampliação de acesso à Justiça e que há uma profusa litigiosidade em tramitação no Judiciário.

Neste capítulo, pretende-se expor a atual configuração dessa litigiosidade, apresentar substratos teóricos que permitam a interpretação de tal realidade e sua apresentação sob a forma de ações individuais e coletivas, bem como descrever a opção metodológica para o teste da hipótese de trabalho.

3.1 TRANSFORMAÇÕES ECONÔMICAS E SOCIAIS E SEUS REFLEXOS NA JUSTIÇA

No século XX, no Brasil, assim como outros países, transformações sociais e econômicas – tais como a modernização da sociedade, a urbanização, a industrialização, a burocratização, o incremento dos vínculos bancários, da demanda por serviços e por consumo de modo geral – levaram à massificação das relações.[278] Esses fenômenos, ao contribuírem para a juridicidade das relações interpessoais, levaram ao aumento da busca por justiça. A ampliação

---

[277] Interessante notar que, em 1984 (data original do artigo), Barbosa Moreira afirmou a subutilização da ação popular para a tutela de direitos coletivos. Para ele, outros países lamentam a inexistência do instrumento, ao passo que, no Brasil, seu uso e negligenciado. José Carlos Barbosa Moreira, "Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos", in *Processo Coletivo: do Surgimento à Atualidade*, org. Ada Pellegrini Grinover et al. (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014), 94.

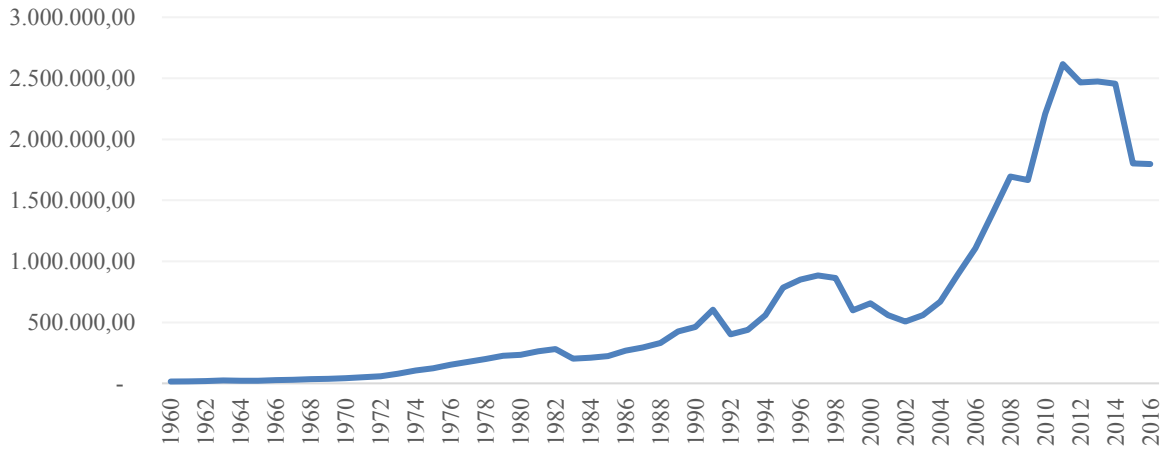
[278] Nas sociedades de massa, a produção, o consumo, a mídia e as relações são de grande escala e impessoais. Salvador Giner, Mass Society (Academic Press, 1976). As demandas de massa podem ser consideradas frutos destas sociedades de massa que resultaram dos processos de urbanização e industrialização. Interesses de massa, segundo Ada Pellegrini Grinover, comportam ofensas "que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas". Ada Pellegrini Grinover, "Novas Tendências em Matéria de Legitimação e Coisa Julgada nas Ações Coletivas", in Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma Análise de Direito Comparado, org. Kazuo Watanabe, Linda Mullenix, e Ada Pellegrini Grinover (Ed. Revista dos Tribunais, 2008), 226.

do consumo e do crédito, sobretudo, parecem ser os maiores responsáveis pelo aumento das contestações na Justiça.[279] Outros fatores relevantes foram o crescimento da população, as maiores taxas de escolaridade, a maior conscientização de direitos, a democratização do país, o aumento do número de advogados e o surgimento de novos direitos.[280]

Há pesquisas que examinam as evidências de correlação entre a litigiosidade e o nível geral da atividade econômica de diferentes países e revelam que há maior número de controvérsias nos mais industrializados.[281] No âmbito nacional, o relatório "Justiça em Números 2014: Ano-Base 2013" apontou a correlação entre, de um lado, Produto Interno Bruto (PIB) dos Estados, seus níveis educacionais, indicadores socioeconômicos e demográficos agregados e, de outro, seus respectivos índices de demanda judicial.[282]

A evolução do PIB brasileiro das últimas décadas pode ser vista como um indicativo desses fenômenos e está retratada no gráfico 3.1.

Gráfico 3.1 – Evolução do Produto Interno Bruto Brasileiro (em milhões de dólares americanos)



Fonte: Banco Mundial, disponível em:http://data.worldbank.org/country/brazil?locale=pt, acesso em 2 de julho de 2017

Como se vê, desde a década de 1960, houve significativo crescimento do PIB brasileiro, a despeito da queda verificada nos últimos anos. Dessa maneira, não surpreende que esse fato, juntamente com todos os demais fatores estruturais já mencionados, tenha se refletido na

[279] Christian Wollschläger, "Exploring Global Landscapes of Litigation Rates", in *Soziologie des Rechts: Festschrift für Erhard Blankenburg zum 60. Geburtstag*, org. Erhard Blankenburg, Jürgen Brand, e Dieter Strempel, 1. Aufl., Schriften der Vereinigung für Rechtssoziologie; Bd. 24 (Baden-Baden: Nomos, 1998), 584.

[280] Marc Galanter, "Access to Justice in a World of Expanding Social Capability", *Fordham Urban Law Journal* 37, nº 1 (1º de janeiro de 2010): 115.

[281] Ver: Wollschläger, "Exploring Global Landscapes of Litigation Rates".

[282] Brasil. Brasil. Conselho Nacional de Justiça, "Justiça em Números 2014: Ano-Base 2013".

elevação no número de demandas, em especial das repetitivas. É preciso, porém, que o Poder Judiciário possa dar vazão e boa solução para elas.

3.2 DEMANDAS REPETITIVAS NO BRASIL E A REFORMA DO JUDICIÁRIO

Como se viu no capítulo 1, as demandas repetitivas viraram alvo de atenção dos reformadores. No decorrer da reforma judiciária, buscou-se resolver os problemas decorrentes da dificuldade de julgamento de demandas repetitivas por meio de modificações que fortaleceram o sistema de precedentes. Sob a égide do Código de Processo Civil anterior, houve a criação de instrumentos de uniformização de jurisprudência (tais como as súmulas vinculantes e o rito dos recursos repetitivos – respectivamente, artigos 102-A da Constituição e 543-C do Código de Processo Civil de 1973) [283] e de gestão processual (tais como o julgamento de improcedência de plano – artigo 285-A do Código de Processo Civil de 1973). O novo Código de Processo Civil instituiu um amplo sistema de precedentes vinculantes[284] e, no seu artigo 976, trouxe solução específica para a crescente litigiosidade repetitiva: o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

O sistema de precedentes vinculantes instituído pelo novo Código de Processo Civil enfrenta questões importantes da litigiosidade repetitiva e justifica-se por três valores principais: segurança jurídica, isonomia e eficácia.[285] Para Patrícia Mello e Luís Roberto Barroso:

> "A obrigatoriedade de observar as orientações já firmadas pelas cortes aumenta a previsibilidade do direito, torna mais determinadas as normas jurídicas e antecipa a solução que os tribunais darão a determinados conflitos. O respeito aos precedentes constitui um critério objetivo e pré-determinado de decisão que incrementa a

---

[283] Dentre outros mecanismos de priorização do precedente, a súmula vinculante foi considerada uma das grandes inovações para o problema da litigiosidade repetitiva. A leitura dos anais do Senado corrobora esta conclusão, *in verbis*: "Para o Ministro Sepúlveda Pertence: 'Continuamos a viver uma ilusão: a de tratar os processos de massa como se fossem processos individuais de conflitos *inter partes* [...] Tem-se que questões decididas pelo Tribunal há três, quatro, cinco anos continuam a congestionar suas pautas, em homenagem à independência do juiz das instâncias inferiores [...] Temos para nós que a introdução da súmula vinculante é extremamente positiva, com as cautelas de procedimento, decisão e revisão adotadas pela PEC 29/2000." (Brasil. Congresso. Senado Federal. Diário do Senado Federal, Brasília, DF, 11004, 11 de junho de 2002).

[284] Art. 927 do CPC/2015: "Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados."

[285] Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso, "Trabalhando com uma Nova Lógica: a Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro", *Revista da AGU* 15, nº 3 (julho de 2016): 23.

> segurança jurídica. A aplicação das mesmas soluções a casos idênticos reduz a produção de decisões conflitantes pelo Judiciário e assegura àqueles que se encontram em situação semelhante o mesmo tratamento, promovendo a isonomia.
> Por fim, o respeito aos precedentes possibilita que os recursos de que dispõe o Judiciário sejam otimizados e utilizados de forma racional. Se os juízes estão obrigados a observar os entendimentos já proferidos pelos tribunais, eles não consumirão seu tempo ou os recursos materiais de que dispõem para redecidir questões já apreciadas. Consequentemente, utilizarão tais recursos na solução de questões inéditas, que ainda não receberam resposta do Judiciário e que precisam ser enfrentadas. A observância dos precedentes vinculantes pelos juízes, mesmo que não concordem com eles, reduz, ainda, o trabalho dos tribunais, que não precisam reexaminar e reformar as decisões divergentes dos entendimentos que já pacificaram. Tal ambiente contribui para a redução do tempo de duração dos processos, desestimula demandas aventureiras e reduz a litigiosidade. Tem ainda o condão de minimizar a sobrecarga experimentada pelas cortes e a aumentar a credibilidade e legitimidade do Judiciário, que são comprometidas pela demora na entrega da prestação jurisdicional e por aquilo que a doutrina convencionou chamar de jurisprudência lotérica: a produção de decisões díspares, conferindo tratamento desigual a jurisdicionados em situações idênticas, muitas vezes até em um mesmo tribunal."[286]

Entretanto, o sistema de precedentes vinculantes não é desenhado para dar conta de outras questões cruciais para uma boa solução dos conflitos repetitivos, como as seguintes:

(i) as pessoas que mais precisam ver seus direitos reconhecidos são as que têm menos condições de ingressar em juízo;

(ii) o Poder Judiciário pode ficar sobrecarregado por demandas idênticas;

(iii) recursos públicos preciosos são desperdiçados enquanto tramitam milhares de ações discutindo as mesmas causas;

(iv) o litigante habitual terá uma estrutura infinitamente melhor para fazer o precedente favorável a ele prevalecer.

No tocante ao IRDR, ainda que o artigo 985, § 2º, do CPC disponha que, se o incidente tiver por objeto questão relativa à prestação de serviço regulado, o resultado do julgamento será comunicado ao regulador para fiscalização da efetiva aplicação da tese adotada, ele não permite a reparação dos lesados a não ser por meio de ação própria. Por isso, seu efeito dissuasório também é menor.

Embora possuam qualidades inegáveis, as soluções da reforma ainda demandam a participação ativa em juízo de cada um dos litigantes eventuais na solução de seu problema individual. Por essa razão, tais mudanças esbarram no desalento e na falta de condições de acessar à Justiça, conforme exposto no capítulo 2. Além disso, a propositura de uma ação judicial é, para a maioria das pessoas, uma experiência estressante[287] e que deve ser evitada,

---

[286] Ibidem, 23–24.

[287] Stephen C. Yeazell, *Civil Procedure*, 8th ed. (New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012), 279.

salvo se o potencial benefício for considerável. No mais, a função de prevenção geral da ação judicial fica diminuída num contexto em que grandes violações serão parcialmente reparadas.

Sob a ótica da eficiência do gasto público, também a solução adotada na reforma não é a melhor, já que, salvo quando um direito for reconhecido como indevido, mais e mais ações tenderão a ser propostas. Como, infelizmente, as grandes violações a direitos são recorrentes na realidade contemporânea, preciosos recursos públicos serão gastos na manutenção de um sistema judiciário inchado de demandas repetitivas. Por força desse *design* institucional, escolhas trágicas[288] de alocação de recursos públicos escassos são feitas de formas socialmente questionáveis.

Por fim, a lógica da demanda individual nas violações de massa não soluciona o problema da desigualdade de posições de atores no processo, nem a maior permeabilidade do sistema jurídico aos litigantes habituais. Nesse aspecto, indispensável citar os estudos de Marc Galanter, que demonstram a tendência da ação individual a perpetuar injustiças na medida em que os litigantes habituais gozam de vantagens a que os litigantes eventuais não têm acesso.[289] Galanter forneceu diversos exemplos destas vantagens, como:

(i) *expertise* em razão da grande quantidade de litígios semelhantes;

(ii) economias de escala;

(iii) influência no desenvolvimento normativo por meio de grupos de pressão;

(iv) a possibilidade de arcar com perdas momentâneas em detrimento de sucessos futuros, o que poderá levar os litigantes habituais a fazer acordos em casos nos quais tenham menor chance de ganhar e levar às instâncias superiores as ações cujo prognóstico de resultado lhes seja mais favorável;

(v) a possibilidade de contratação dos melhores advogados, devido à comum sobreposição dos poderes econômico e jurídico;

(vi) o privilégio de que gozam esses advogados, por enfrentarem uma multiplicidade de ações repetidas, de aprender com seus erros, podendo corrigi-los na redação de futuros contratos e evitá-los nas ações judiciais seguintes.

---

[288] Guido Calabresi e Philip Bobbitt, *Tragic Choices* (New York: W.W. Norton & Company, 1978).

[289] As ideias de Galanter sobre o tema foram inicialmente expostas no artigo *Why The Haves Come Out Ahed: Speculations On The Limits Of Legal Change*, cujo título pode ser traduzido livremente como "Por que os grandes litigantes saem na frente na disputa judicial: especulações sobre os limites da mudança pelo Direito." Posteriormente, ele continuou desenvolvendo o estudo sociológico das disputas em outras obras. Ver: Marc Galanter, "Why the 'Haves' Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", *Law & Society Review* 9, nº 1 (1974); Marc Galanter, *Why the Haves Come Out Ahead: The Classic Essay and New Observations*, vol. 23 (Quid Pro Books, 2014); Marc Galanter, "Access to Justice in a World of Expanding Social Capability", *Fordham Urban Law Journal* 37, nº 1 (1º de janeiro de 2010): 115; Marc Galanter, "Day After the Litigation Explosion, The", *Md. L. Rev.* 46 (1986): 3.

Neste sistema, os litigantes habituais eventualmente arcam com derrotas esporádicas, porém, no final do dia, são os grandes vencedores, já que os precedentes tendem a lhes ser favoráveis. As vantagens estratégicas dos litigantes habituais são, segundo Galanter, potencializadas pela passividade e pelo custo de acesso aos tribunais, bem como pelas comuns sobrecargas de processos e por atrasos nos julgamentos.

Galanter, ao escrever à luz do sistema estadunidense, aponta o fortalecimento da ação coletiva, a *class action*, como uma das reformas equalizadoras da desigualdade de posições estratégicas das partes. Para Galanter, a *class action* eleva os riscos do litigante habitual, reduzindo suas vantagens estratégicas. Além disso, a ação coletiva seria instrumento de coesão de grupos de litigantes eventuais, que teriam, unidos, habilidade para atuar de modo coordenado e para jogar com estratégias de longo prazo, bem como capacidade de beneficiar-se de serviços jurídicos de primeira qualidade.[290]

É preciso destacar ainda que o autor escreveu seu texto sob o influxo de um novo tipo de litígio que emergiu devido aos processos de industrialização, urbanização e burocratização do século XX, e que Abram Chayes designou como *litígio de interesse público*.[291] Chayes descreveu-o como aquele que envolve a discussão de políticas públicas ou regulatórias referentes às grandes organizações burocráticas que ditam as regras das relações mais fundamentais da vida contemporânea. O autor explica que os resultados do litígio de interesse público não são restritos às partes, porque, ao pautar o comportamento da burocracia estatal ou regulatória, a decisão proferida nos casos particulares produz reflexos a determinada classe social.[292] Diferentemente do litígio típico do século XIX, bilateral e retrospectivo, o litígio do século XX passa, graças ao tipo de relação massificada e de adesão que as pessoas mantêm com as grandes organizações burocráticas que regem a vida moderna, a retratar descontentamentos coletivos. Segundo Chayes, esta nova configuração do litígio demanda do Judiciário uma mudança na sua atuação: "todos esses fatores levam o juiz a um papel mais ativo de planejar, organizar e facilitar a litigância".[293] Para ele, mesmo ações individuais têm óbvios impactos em quem não está representado em juízo, e não apenas por força do precedente: muitas vezes, "a disputa é sobre se e como um programa governamental será executado".[294] Em sentido

---

[290] "Thus "public interest law" can be thought of as a combination of community organizing, class action and test-case strategies, along with increase in legal services." Galanter, "Why the 'Haves' Come out Ahead", p. 144.

[291] O principal texto de Chayes sobre o tema é *The Role Of The Judge In Public Law Litigation* – numa tradução livre, "O Papel do Juiz no Litígio de Interesse Público". Cf. Abram Chayes, "The Role of the Judge in Public Law Litigation", *Harvard Law Review* 89, nº 7 (Maio de 1976): 1281–1316. Ver também: Abram Chayes, "Foreword: Public Law Litigation and the Burger Court", *Harvard Law Review* 96 (1983 de 1982): 4.

[292] "Developments in the Law: Class Actions", *Harvard Law Review* 89, nº 7 (maio de 1976): 1318.

[293] Chayes, "The Role of the Judge in Public Law Litigation", 1281, tradução nossa.

[294] Ibidem, 1295.

semelhante a Galanter, Abram Chayes aponta que, para a promoção de justiça do típico litígio da sociedade cada vez mais regulada do século XX, a *class action* seria instrumento mais adequado do que o litígio tradicional, por permitir que grupos sejam representados, pelo seu caráter prospectivo, pela postura ativa que exige do juiz e por conferir ao magistrado melhores condições de avaliar a política governamental em questão, posicionando-se corretamente sobre o litígio. Para ele, a *class action* é decorrência da conscientização de que muitas das interações sociais importantes para as oportunidades de vida das pessoas "são conduzidas de forma burocratizada e não podem mais ser consideradas transações bilaterais entre particulares".[295]

A partir das reflexões de Chayes, Owen Fiss critica o ideal de participação individual no processo, que não se ajusta à realidade econômica e social burocratizada e vertical, em que o indivíduo tem um poder formal, mas não real, perante os abusos das organizações de grande porte. Nessas condições, ressalta Fiss, o axioma da participação individual no processo não logra proteger de forma efetiva o indivíduo, por se basear em uma realidade antiga, em que relações prevalentes eram horizontais e os relacionamentos interpessoais eram mais individualizados e igualitários.[296]

Assim como nos EUA, de onde provêm as reflexões de Galanter, Chayes e Fiss, também no Brasil houve uma grande transformação no perfil do litígio, que, tipicamente individual, transmudou-se em demanda repetitiva, a qual em tudo se aproxima do litígio de interesse público. Portanto, as ressalvas desses autores quanto à ação individual devem ressoar no Brasil também, onde o Direito parece ignorar "a existência tanto do Estado burocratizado, despersonalizado e onipotente quanto da grande empresa e dos grupos econômicos etc".[297]

Para além da desigualdade inerente à posição dos litigantes habituais ante a dos eventuais, há, no estudo da litigiosidade brasileira, uma segunda complexidade: a concorrência entre diferentes grupos sociais de litigantes eventuais por direitos sociais providos pelo Estado.[298] A escassez de recursos públicos destinados à realização desses direitos conjugada com o maior acesso à Justiça de grupos privilegiados pode provocar distorções na implementação dos direitos sociais, excluindo de seu gozo justamente os mais pobres.

---

[295] Ibidem, 1291.

[296] Fiss, *Um Novo Processo Civil: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*, 85.

[297] José Eduardo Faria, *A Reforma do Ensino Jurídico* (SA Fabris Editor, 1987), 56. Corroborando a necessidade de mudanças estruturais no ensino jurídico para que o Poder Judiciário possa julgar os conflitos sobre direitos sociais de forma coletiva, ver Virgílio Afonso da Silva, "O Judiciário e as Políticas Públicas: Entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais", in *Direitos Sociais: Fundamentação, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008), 596.

[298] Muitos dos litígios envolvendo o Poder Público dizem respeito à tutela judicial de direitos sociais, fruto da *doutrina brasileira da efetividade* das normas constitucionais. Ver: Luís Roberto Barroso, "Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial", 5, acessado 9 de setembro de 2015.

Conforme Portugal Gouvêa, a utilização do litígio individual pelas classes privilegiadas capturou o discurso de defesa de direitos econômicos e sociais, de forma tal que estes direitos – cuja função é de redução de desigualdade econômica[299] – subsidiaram decisões judiciais que não contribuíram para esta função e que por vezes até mesmo agravaram a desigualdade econômica.[300] Isto decorre, segundo o autor, de um fator local, o patrimonialismo brasileiro,[301] e de um fator estrutural, que consiste no fato de que, ao se tutelarem judicialmente direitos sociais como se fossem individuais, é inevitável que grupos com mais recursos jurídicos e econômicos tenham maior acesso a estes, invertendo a lógica dos direitos sociais, que é de redução de desigualdade.

As consequências distributivas da judicialização das políticas públicas relativas a direitos sociais são objeto de reflexão de muitos pesquisadores, mas não há consenso sobre qual a melhor solução para garantia do equilíbrio entre o acesso à jurisdição e o papel distributivo dessas políticas. Em especial na área da saúde, estudos empíricos têm corroborado a crítica à concessão individualizada de medicamentos e tratamentos médicos pelo Poder Judiciário.[302] Dentre os achados específicos, destaca-se que o uso do Judiciário nas ações individuais relativas a direito à saúde tem beneficiado aqueles que se encontram em melhores condições de acessá-lo. Nas palavras de Fernanda Vargas Terrazas,

> "Assim, as pessoas com melhores condições socioeconômicas, com maior acesso à informação e, portanto, com maiores possibilidades de acesso à Justiça, frequentemente não usuárias do Sistema Único de Saúde, são as principais beneficiadas por essa intervenção do Poder Judiciário na política pública de assistência farmacêutica (fornecimento de medicamentos).
> A judicialização dos direitos sociais pelo menos nesse caso, ao contrário do que se afirma, não seria um meio de democratização do acesso às políticas públicas, de dar voz aos desconsiderados no processo político de decisão, de garantir a proteção dos seus direitos fundamentais — a voz institucional dos pobres. Na verdade, ela serve aos interesses de grupos incluídos e bem representados no processo democrático, que utilizam o Judiciário como mais um *locus* onde conseguem impor seus interesses e vê-los concretizados, em detrimento daqueles a quem supostamente o Judiciário deveria dar mais visibilidade e proteção."[303]

---

[299] Carlos Portugal Gouvea, "Social Rights against the Poor", *Vienna Online Journal on International Constitutional Law* 7 (2013): 460–61.

[300] Carlos Portugal Gouvea, "Social Rights against the Poor", *Vienna Online Journal on International Constitutional Law* 7 (2013): 454.

[301] A este respeito, ver: Raymundo Faoro, *Os Donos do Poder - Formação do Patronato Político Brasileiro* (São Paulo: Globo, 1975).

[302] Fernanda Vargas Terrazas, "O Poder Judiciário como Voz Institucional dos Pobres: o Caso das Demandas Judiciais de Medicamentos", *Revista de Direito Administrativo* 253, nº 0 (11 de abril de 2013): 79–115; Virgílio Afonso da Silva e Fernanda Vargas Terrazas, "Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: The Exclusion of the Already Excluded?", *Law & Social Inquiry* 36, nº 4 (Setembro de 2011): 825–53; Octavio Luiz Motta Ferraz, "The Right to Health in the Courts of Brazil: Worsening Health Inequities?", *Health and Human Rights* 11, nº 2 (2009): 33–45.

[303] Terrazas, "O Poder Judiciário como Voz Institucional dos Pobres: o Caso das Demandas Judiciais de Medicamentos", 111.

Diante de ponderações como as de Terrazas, pensadores brasileiros vêm propondo soluções, dentre as quais, a título ilustrativo, destacam-se as seguintes:

(i) o estabelecimento de parâmetros diferentes conforme o tipo de ação, individual ou coletiva, com vistas a preservar "a igualdade e a universalidade no atendimento da população";[304]

(ii) a eficácia expandida dos provimentos jurisdicionais, devendo a sentença "projetar efeitos em favor, também, das pessoas que estejam na mesma situação do demandante individual",[305] porque o dever de universalização do administrador estaria implícito na decisão judicial concessiva do direito ao autor;

(iii) a atuação do Judiciário para promoção do diálogo institucional com os outros Poderes e controle judicial das políticas já existentes, apontando-se o "ativismo judicial despreparado" como dificuldade a ser superada para que os tribunais sejam bons fóruns de julgamentos de litígios referentes a direitos sociais, sobretudo pela dificuldade de se evitar o raciocínio lógico-formal em ações individuais e para decidi-los de forma coletiva, respeitando-se as políticas públicas já existentes;[306]

(iv) a democratização do acesso à Justiça, a mudança de postura do Poder Judiciário ao decidir as demandas de saúde e o fortalecimento do papel da Defensoria Pública e do Ministério Público.[307]

As soluções propostas têm em comum a desconfiança para com a concessão individualizada de medicamentos e tratamentos médicos pelo Poder Judiciário, demonstrando que a judicialização individualizada de direitos sociais pode suscitar questões relacionadas à isonomia e à justiça social. Esses valores podem, em tese, ser melhor sopesados em ações coletivas, no bojo das quais se espera que as nuances distributivas da implementação dos direitos não sejam menosprezadas.

---

[304] Barroso, "Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial", 33. Além dos critérios constantes do citado texto, mais recentemente, em seu voto proferido no Recurso Extraordinário 566.471 – RN, o Ministro Luís Roberto Barroso estabeleceu outros critérios para a concessão individualizada de medicamentos.

[305] Ver: Carlos Alberto de Salles, "Coisa Julgada e Extensão dos Efeitos da Sentença em Matéria de Direitos Sociais Constitucionais", in *Em Defesa de um Novo Sistema de Processos Coletivos: Estudos em Homenagem a Ada Pellegrini Grinover*, org. Maria Clara Gozzoli et al., vol. 1 (São Paulo: Saraiva, 2010), 143–58.

[306] Silva, "O Judiciário e as Políticas Públicas: Entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais", 596.

[307] Nesse sentido, Daniel Wang pondera que "tanto a representação política quanto os foros específicos de participação e deliberação [...] possuem sérias limitações para a participação dos cidadãos, principalmente aqueles menos favorecidos e organizados". Wang, "Poder Judiciário e Participação Democrática nas Políticas Públicas de Saúde", 32.

3.3 OS PARADOXOS DA LITIGIOSIDADE BRASILEIRA

Um dos paradoxos que na atualidade se apresentam é o do número elevado de litígios ao lado de uma persistente negativa de acesso à Justiça, como visto no capítulo 2. Esse elevado número de litígios, por vezes, dá ensejo ao discurso, repetido pelos litigantes habituais, de que o litigante eventual é o grande responsável pelo suposto excesso de litigiosidade. Exemplo desse discurso pode ser visto na fala do presidente do Banco Itaú, um dos habituais litigantes brasileiros, em palestra na Escola Paulista da Magistratura, quando "apontou as dificuldades enfrentadas pela instituição diante do excesso de litigiosidade e da demora na resolução das demandas, além de outras situações que aumentam a expectativa de perda dos bancos, o que acaba onerando os clientes".[308] É importante refletir sobre esse discurso de forma cautelosa.

Não se discorda de que há abusos na utilização do Poder Judiciário, que pode ser uma presa fácil de agentes oportunistas que o utilizam como forma de auferir vantagens sem riscos significativos,[309] sobretudo à vista de concessões excessivamente benevolentes de assistência judiciária gratuita.[310] Entretanto, é preciso ter cautela para não aceitar o discurso do excesso de litigiosidade de forma acrítica, desconsiderando-se o paradoxo de que no Brasil há "demandas de menos e demandas de mais".[311]

A repetição do discurso de excesso de litigiosidade interessa às grandes organizações burocráticas, que, uma vez fechadas as portas da justiça, podem evitar as consequências jurídicas de suas políticas empresariais. Ugo Mattei descreve o problema da seguinte forma:

> "Apenas recentemente os estudiosos tomaram ciência de que, nos anos do desaparecimento do Estado do Bem-Estar Social, o acesso à justiça tornou-se um não-problema (como testemunhado pelo desaparecimento de toda a literatura acadêmica a respeito dele) e substituído por um problema completamente oposto e quase certamente 'inventado', a de 'explosão litígios'. Assim, a solução para a avalanche de processos judiciais foi fechar as portas da justiça adversarial a todos, e especialmente

---

[308] A argumentação do presidente do Banco Itaú, Roberto Egydio Setúbal, encontra-se disponível em http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Noticias/Noticia.aspx?Id=21765, acesso em 8 de fevereiro de 2016. Ver também: "Explosão de litigiosidade - Política", *Estadão*, acessado 25 de setembro de 2016, http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,explosao-de-litigiosidade,611970.

[309] Ver, a este respeito: Maria Tereza Sadek, "Acesso à Justiça: um Direito e seus Obstáculos", *Revista USP*, nº 101 (30 de maio de 2014): 64.

[310] Apesar de a Constituição ser expressa no sentido de que aos que comprovarem a pobreza será deferida a gratuidade, muitos destes benefícios ainda são deferidos independentemente de comprovação, para pessoas que não são pobres, com fulcro na mera declaração de pobreza. O abuso do sistema pode decorrer de conduta tanto dos litigantes habituais quanto dos eventuais, pois ambos podem, com a facilidade do baixo custo da Justiça, resistir injustificadamente a ações legítimas ou mover ações protelatórias, frívolas ou insignificantes. Posner explica a diferença que uma ação é frívola quando não tem embasamento jurídico, ao passo que uma ação insignificante o tem, porém os valores envolvidos são ínfimos se comparados ao valor de litigar. Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 8th ed, Aspen casebook series (New York: Aspen Publishers, 2011), 791.

[311] Sadek, "Judiciário: Mudanças e Reformas", 86.

> para os agentes mais fracos do mercado, e o desenvolvimento de uma nova 'indústria', a de ADR (meios alternativos de solução de disputas), regidos pela ideologia de harmonia e paz social."[312]

Mattei conclui que a explosão de litigiosidade é mais uma questão de percepção (muitas vezes encorajada por propaganda) do que um dado da realidade.[313] Assim, antes de qualquer dignóstico, deve-se compreender qual a configuração da litigiosidade brasileira e, em especial, quem são e quanto demandam os litigantes habituais.

Um ponto de partida para aprofundar o entendimento acerca do que consiste a litigiosidade no Brasil é a pesquisa "O Uso da Justiça e o Litígio no Brasil",[314] que abrangeu o estudo, nos anos de 2010, 2011, 2012 e 2013, de processos dos Tribunais de Justiça[315] de 11 Unidades da Federação (Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rondônia, Santa Catarina, São Paulo e Sergipe). A pesquisa apurou que:

> "(…) em oito das onze Unidades da Federação pesquisadas, o Poder Público municipal, estadual e federal concentra a maior parte das ações iniciadas no Primeiro Grau (parte do polo ativo), no grupo dos 100 maiores litigantes. E no polo passivo, o setor econômico representado por bancos, empresas de crédito, de financiamento e investimentos é o principal demandado em sete estados e no Distrito Federal.
> O exame dos 100 maiores litigantes nas 11 unidades pesquisadas apurou que um número extremamente reduzido de atores é responsável por pelo menos a metade destes processos."[316]

Essa pesquisa pode ser cotejada com dois levantamentos realizados pelo Conselho Nacional de Justiça sobre os 100 maiores litigantes em todo o País. Os resultados têm apontado para dois grupos de grandes litigantes:

(i) pessoas jurídicas de Direito Público de todos os níveis da Federação e

---

[312] "Only in very recent times have some scholars became aware of the fact, in the years of the demise of the Welfare State, that access to justice had been transformed into a non-issue (as witnessed by the disappearance of all the scholarly literature) and substituted by a quite opposite and almost certainly 'invented' problem, that of 'litigation explosion'. Accordingly, the solution to the flood of litigation was closing the doors of adversary justice to everybody, in particular to weaker market actors and the development of a new 'industry', that of ADR governed by the ideology of harmony and social peace." Ugo Mattei, "Access to Justice. A Renewed Global Issue.", *Electronic Journal of Comparative Law* 11 (2007), 5 (tradução nossa).

[313] Ugo Mattei, "Access to Justice. A Renewed Global Issue.", Electronic Journal of Comparative Law 11 (2007), 9.

[314] Maria Tereza Sadek, João Ricardo dos Santos Costa, e Sérgio Luiz Junkes, orgs., *O Uso da Justiça e o Litígio no Brasil* (Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), 2015.

[315] "Os tribunais Federais, do Trabalho e Militares não foram contemplados nessa pesquisa realizada pela AMB. O estudo priorizou o segmento da Justiça Estadual, ramo que concentra os maiores índices de congestionamento de processos." Ibidem, 11.

[316] Ibidem, 12.

(ii) pessoas jurídicas integrantes de setores regulados, sobretudo do setor bancário e de telecomunicações.

Segundo o relatório "100 Maiores Litigantes de 2010", representantes desses setores respondem por "95% do total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais. Desses processos, 51% têm como parte ente do setor público, 38% empresa do setor bancário, 6% companhias do setor de telefonia e 5% de outras empresas".[317] Também de acordo com esse relatório, setor público, bancos e telefonia representam 94% do total de processos dos 100 maiores litigantes da Justiça Estadual,[318] que é o setor mais sobrecarregado da Justiça nacional.

O contencioso de massa, entendido como a litigiosidade que contrapõe grupos sociais às grandes organizações burocráticas e que resulta dos processos de industrialização, urbanização, burocratização, acesso ao crédito e às relações de consumo, compreende principalmente as ações de recuperação de crédito e as ações repetitivas.

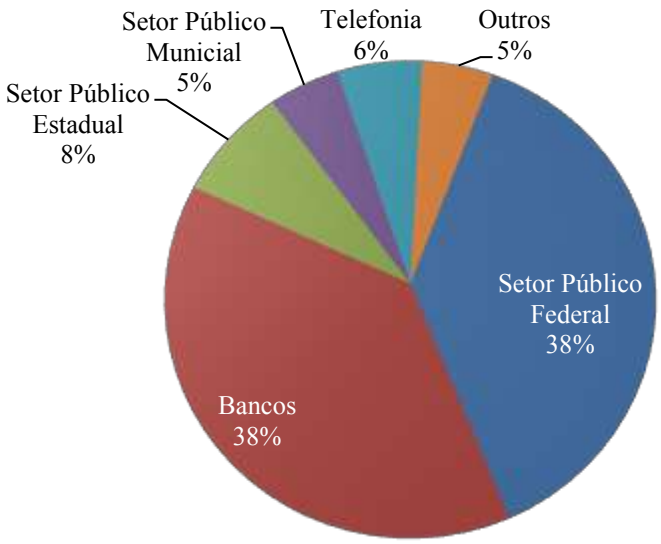
Nas primeiras, o litigante habitual figura no polo ativo das ações, ao passo que nas últimas ele figura no polo passivo. Litigantes habituais não figuram no polo ativo de ações repetitivas justamente pelo poder que detêm na relação legal ou contratual: são as grandes organizações burocráticas que ditam as regras de seus relacionamentos com as pessoas e é contra essas grandes organizações que são propostas ações direcionadas a transformar o *status quo*. Diferenciar os tipos de litígios de massa é importante, porque o tratamento justo e eficiente não é o mesmo para todos; daí a necessidade de saber se a atuação judicial dos litigantes se dá nos polos ativo e passivo da relação processual.

Graficamente, o percentual de participação dos litigantes habituais na litigiosidade brasileira pode ser retratado, em termos nacionais, conforme os gráficos 3.2 e 3.3.

---

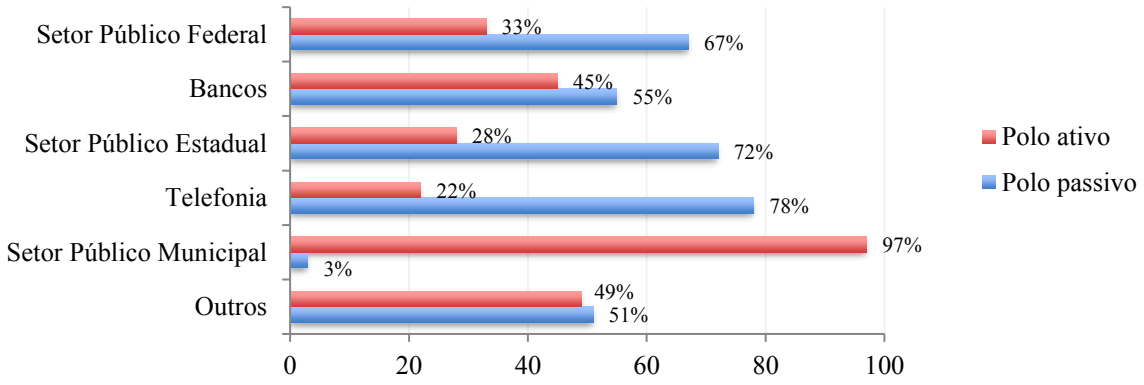
[317] Brasil. Conselho Nacional de Justiça, "100 Maiores Litigantes (2010)", 15.
[318] Ibidem, 23.

Gráfico 3.2 - Percentual de processos dos 100 maiores litigantes nacionais por setor



Fonte: Brasil. Conselho Nacional de Justiça, "100 Maiores Litigantes (2010)", 15

Gráfico 3.3 - Quantitativo do total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais com percentual entre os polos ativo e passivo



Fonte: Brasil. Conselho Nacional de Justiça, "100 Maiores Litigantes (2010)",15

O relatório "100 Maiores Litigantes de 2011"[319] complementa a pesquisa do ano anterior por adotar metodologia diversa, que possibilitou infirmar a "ideia de que os bancos estão entre os maiores litigantes por conta dos sobreditos conflitos advindos dos planos econômicos ocorridos há tempos no país".[320] Pelo novo critério estabelecido, foram examinados processos

[319] Conselho Nacional de Justiça, "100 Maiores Litigantes (2011)", 2012.
[320] Ibidem, 32. Interessante estudo dos aspectos políticos, econômicos e legais da excessiva litigiosidade bancária pode ser visto em: Bruno Meyerhof Salama, "Crédito Bancário e Judiciário: Condutores Institucionais da

distribuídos na primeira instância da Justiça Comum e nos Juizados Especiais dos 56 tribunais integrantes do SIESPJ, no interregno decorrido entre 1º de Janeiro e 31 de Outubro de 2011.[321] Apurou-se que os litigantes habituais apontados na pesquisa de 2010 (o setor público, os bancos e a telefonia) continuaram a liderar a litigiosidade brasileira, porque o número de processos distribuídos pelos setores em que atuam foi responsável por aproximadamente 35,5% do total de processos distribuídos nesse período, se considerado o volume consolidado relativo à Justiça Estadual, Federal e do Trabalho.[322] Os resultados da pesquisa podem ser sintetizados na tabela 3.1.

Tabela 3.1 – Percentual de processos distribuídos pelos 10 setores que mais litigaram, em relação ao total, segundo ramo de Justiça (1/1/2011 a 31/10/2011)

Ordem	Total		Justiça Estadual	
1	Setor Público Federal	12,14%	Bancos	12,95%
2	Bancos	10,88%	Setor Público Municipal	9,25%
3	Setor Público Municipal	6,88%	Setor Público Estadual	4,85%
4	Setor Público Estadual	3,75%	Setor Público Federal	3,11%
5	Telefonia	1,84%	Telefonia	2,38%
6	Comércio	0,81%	Seguros/Previdência	0,93%
7	Seguros/Previdência	0,74%	Comércio	0,92%
8	Indústria	0,63%	Indústria	0,44%
9	Serviços	0,53%	Serviços	0,42%
10	Conselhos Profissionais	0,32%	Transporte	0,18%
Ordem	**Justiça Federal**		**Justiça do Trabalho**	
1	Setor Público Federal	83,19%	Indústria	2,03%
2	Bancos	9,60%	Setor Público Federal	1,84%
3	Conselhos Profissionais	2,76%	Bancos	1,78%
4	Setor Público Estadual	0,56%	Serviços	1,44%
5	OAB	0,41%	Comércio	0,93%
6	Setor Público Municipal	0,14%	Setor Público Estadual	0,86%
7	Seguros/Previdência	0,06%	Associações	0,80%
8	Outros	0,06%	Telefonia	0,60%
9	Educação	0,04%	Setor Público Municipal	0,45%
10	Serviços	0,02%	Transporte	0,40%

Fonte: Brasil. Conselho Nacional de Justiça, "100 Maiores Litigantes (2011)", 2012, 8

Superlitigância", in *O Judiciário e o Estado Regulador Brasileiro*, org. Mariana Mota Prado (São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2016), 103–33. Nessa pesquisa, o autor ressalta, entretanto, o papel dos planos econômicos para gerar uma cultura judicial "na qual a intervenção nos contratos do mercado financeiro era vista como uma maneira para buscar soluções equilibradas". Ibidem, 112.

[321] Ver, no relatório, as ressalvas quanto a dados fornecidos pelo Tribunal de Justiça do Paraná e pelo TRT da 14ª Região: Brasil, Conselho Nacional de Justiça, "100 Maiores Litigantes (2011)", 4–5.

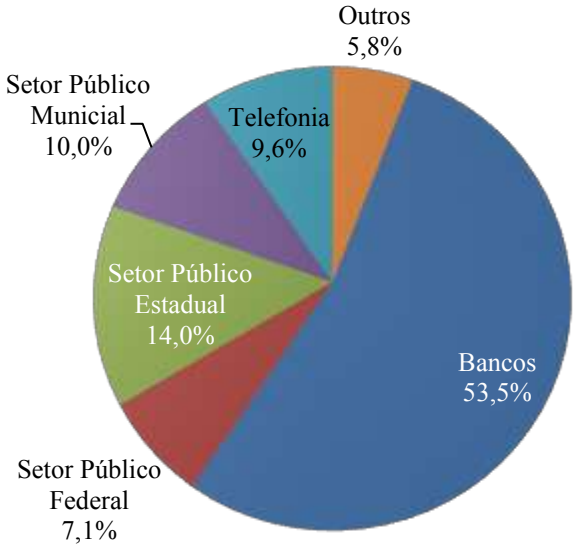
[322] Ibidem, 7.

Nos níveis gerais de litigiosidade, o setor de telefonia tem expressividade inferior ao segmento bancário e ao setor público. Esses três setores foram responsáveis por mais de 35% do total de demandas distribuídas no período abrangido pela pesquisa, e figuraram, majoritariamente, no polo ativo das ações. Nos Juizados Especiais, esses mesmos segmentos têm participação ainda maior: bancos e setor público respondem por 38% das novas ações judiciais, seguidos pelo setor de telefonia, que responde por 6% dos novos processos. [323]

A maior parte dos processos está concentrada na Justiça Estadual, em que bancos e setor público lideram o *ranking* dos maiores litigantes como parte em 34,4% dos novos processos. Nos Juizados Especiais Estaduais, os bancos figuram no polo passivo de 14,7% das demandas, seguido de perto pelo setor de telefonia, cujo percentual é de 8,3%.

Os resultados das três pesquisas são convergentes, o que se visualiza com mais facilidade, pela maior semelhança na metodologia de pesquisa, na comparação entre a pesquisa "O Uso da Justiça e o Litígio no Brasil" e o relatório "100 Maiores Litigantes de 2010" - item "Justiça Estadual". Nesse sentido, vejam-se os gráficos 3.4 e 3.5, referentes à Justiça Estadual, conforme pesquisa "100 Maiores Litigantes de 2010".

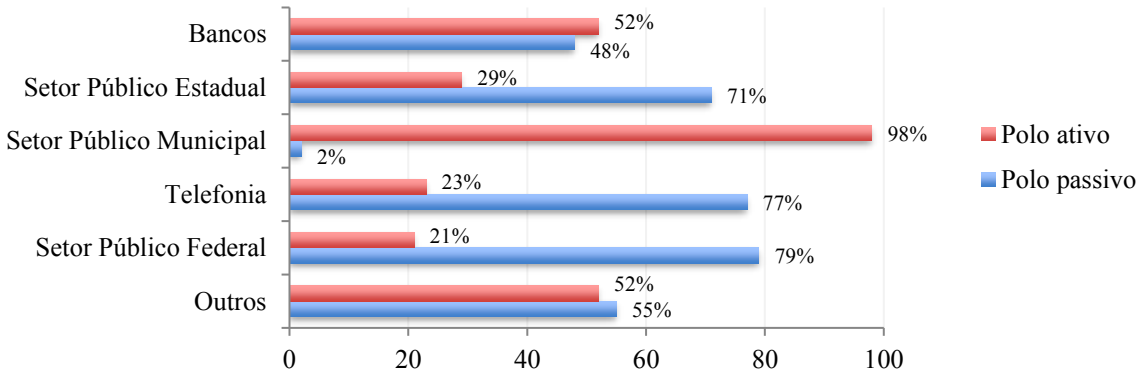
Gráfico 3.4 - Percentual de processos dos 100 maiores litigantes da Justiça Estadual por setor



Fonte: Brasil. Conselho Nacional de Justiça, "100 Maiores Litigantes (2010)", 23

[323] Brasil, Conselho Nacional de Justiça, "100 Maiores Litigantes (2011)", 10.

Gráfico 3.5 - Quantitativo do total de processos dos 100 maiores litigantes da Justiça Estadual com percentual entre os polos ativo e passivo



Fonte: Brasil. Conselho Nacional de Justiça, "100 Maiores Litigantes (2010)", 23

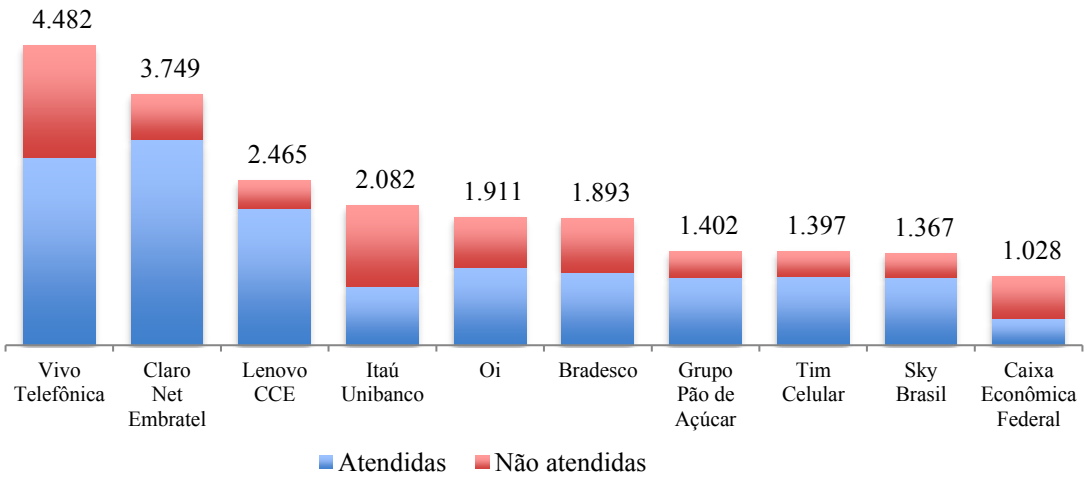
Ficou plenamente evidenciada a sobrecarga de processos relacionada aos setores público, bancário e de telecomunicações. Assim, nota-se que na esfera estadual os maiores litigantes passam a ser os bancos, contrastando com o resultado da esfera federal, na qual desponta o setor público federal como o maior litigante. A pesquisa "O Uso da Justiça e o Litígio no Brasil" demonstra que o setor bancário se destaca nos tribunais e nas turmas recursais, embora com variações regionais, no polo passivo e ativo, como um dos maiores litigantes em segunda instância.[324]

Em resumo, esses números apontam para um conflito amplo e contínuo entre os cidadãos, que são os litigantes eventuais, e esses atores, que atuam como litigantes habituais.

Corroboram essa afirmação os dados sobre o nível de insatisfação da população com o setor público e com as empresas que atuam em setores regulados (sobretudo bancário e de telefonia), mensurado por outras formas que não o litígio. O gráfico 3.6 retrata as empresas mais reclamadas perante o Procon de São Paulo de 2014, e a tabela 3.2 contém a lista de atividades comerciais mais reclamadas pelos consumidores de 2012 segundo a Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor, sendo notável a coincidência entre as reclamações fundamentadas e as empresas mais acionadas na Justiça.

[324] Sadek, Costa, e Junkes, *O Uso da Justiça e o Litígio no Brasil*.

Gráfico 3.6 – Reclamações Fundamentadas 2014
Top 10 Empresas com mais reclamações



Fonte: Procon/São Paulo, disponível em http://sistemas.procon.sp.gov.br/reclamacao_fundamentada/, acesso: 7 set. 2015

Tabela 3.2 – As cinco atividades empresariais com maior número de reclamações por parte dos consumidores (2012)			
Posição	Setor	Total	%
1	Telefonia Celular	172.119	9,17%
2	Banco Comercial	169.427	9,02%
3	Cartão de Crédito	154.501	8,23%
4	Telefonia Fixa	125.403	6,68%
5	Financeira	97.032	5,17%
Fonte: Brasil. Ministério da Justiça, Secretaria Nacional do Consumidor, "Boletim Sindec – Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor, 2012, 5			

Portanto, não se deve aceitar acriticamente a afirmação de que a elevada litigiosidade é fruto de uma cultura adversarial por parte do cidadão. A concentração de tantos litígios em poucos atores indica que, ao lado de um eventual exercício abusivo de direitos por parte de alguns cidadãos, há também:

(i) inadequação legislativa, pela obrigatoriedade de judicialização de procedimentos que em outros países não são judicializados e pela ausência de um mecanismo efetivo de solução de conflitos coletivos;[325]

(ii) insegurança jurisdicional, por resultados muito díspares de ações idênticas propostas entre membros de uma dada coletividade contra litigantes habituais;[326]

[325] Caso, por exemplo, da execução fiscal inteiramente judicializada e da obrigatoriedade da propositura de ação de busca e apreensão pelos Bancos para fins fiscais conforme a Lei 9.430/1996.

[326] Caso das zonas cinzentas de regulação, explicadas por Daniela Monteiro Gabbay e Luciana Gross Cunha, orgs., *Litigiosidade e Litigância Repetitiva no Judiciário: uma Análise Empírica*, Série Produção Científica Direito, Desenvolvimento, Justiça (São Paulo: Ed. Saraiva, 2012).

(iii) ausência de políticas públicas de pacificação de litígios,[327] a par de entendimentos complacentes dos tribunais quanto à configuração de interesse processual, dispensando até mesmo o prévio requerimento administrativo por força de uma interpretação exageradamente ampla do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Não é a elevada taxa de ações judiciais por habitantes no Brasil que demonstra que existe "excesso de acesso" à Justiça. Acervos judiciais volumosos não significam que uma determinada sociedade possui uma cultura adversarial, mas, apenas, que existem conflitos ou questões para cuja solução, nessa sociedade, o litígio pode contribuir.[328] Deve-se ponderar, portanto, que o volume de litígios está inserido numa determinada configuração institucional e que, nesse contexto, seus efeitos podem ser positivos ou negativos, não sendo possível afirmar, de forma genérica, que a litigiosidade *per se* é boa ou ruim para a sociedade.[329]

Na configuração brasileira, o que se verifica é que os números superlativos da litigiosidade revelam que alguns setores – que compõem o grupo dos litigantes habituais – consomem significativamente a capacidade da Justiça, o que dificulta sua atuação na defesa de direitos, constituindo "evidência de situações perniciosas, tanto no que se refere à deturpação das atribuições do Poder Judiciário, quanto no aumento das dificuldades de democratização do direito de acesso à justiça".[330]

Por fim, deve-se advertir que, ao lado do discurso do "excesso de litigiosidade", caminha o de que os ônus que são impostos aos litigantes habituais pelo Poder Judiciário, sobretudo em ações de consumo, acabam por ser pagos pelos seus próprios beneficiários, os consumidores. O argumento de que decisões judiciais que impõem deveres de conduta às grandes organizações prejudicam os consumidores, porque, em última análise, "obrigam" as empresas a repassarem seus novos custos a todos os seus clientes, faz parte da mesma estratégia retórica que responsabiliza os litigantes eventuais pelo elevado número de litígios. Esse discurso, utilizado sobretudo pelos bancos,[331] deve ser sopesado com cautela.[332]

---

[327] A este respeito, ver a pesquisa do Brasil. Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, "Estudo sobre Resolução Extrajudicial de Conflitos dos Serviços Regulados por Agências Governamentais", Diálogos sobre Justiça (Brasília, 2013).

[328] Galanter, "The Day After the Litigation Explosion", 38.

[329] Ibidem.

[330] Sadek, "Acesso à Justiça: um Direito e seus Obstáculos".

[331] A este respeito, ver Persio Arida, Edmar Lisboa Bacha, e André Lara-Resende, "Credit, Interest, and Jurisdictional Uncertainty: Conjectures on the Case of Brazil", acessado 11 de fevereiro de 2016, que defendem a tese da incerteza jurisdicional como justificativa para os altos encargos bancários brasileiros.

[332] Uma análise crítica deste discurso pode ser vista em: Duncan Kennedy, "Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power", *Maryland Law Review* 41 (1982): 563.

3.3.1 Litigiosidade e ineficiências regulatórias

Os setores regulados, sobretudo bancário e de telecomunicações, são os campeões da insatisfação do consumidor. Como constou da pesquisa "Utilizacão de Meios de Resolução Extrajudicial de Conflitos no Âmbito de Serviços Regulados por Agências Governamentais":

> "Embora as informações acima revelem uma expressiva reclamação de serviços por parte dos consumidores (quase um milhão e novecentas reclamações), uma pesquisa de opinião realizada para este projeto revelou que 19% dos consumidores não têm o hábito de reclamar seus direitos. Esse contingente, somados aos 34% que disseram reclamar algumas vezes forma um expressivo grupo de consumidores que praticamente não reivindicam direitos desrespeitados. Em grande medida isso ocorre porque há uma concepção generalizada de que não compensa reclamar ou os efeitos da reclamação demorariam muito. Ou seja, a insatisfação com a prestação de serviços - e particularmente a prestação de serviços regulados nos setores analisados neste projeto - pode ser ainda maior do que a revelada pelos órgãos de defesa do consumidor. Some-se a isso o fato de nem sempre o PROCON ou o Judiciário serem os canais mais acessados para reclamações de direitos por parte dos consumidores.
> A pesquisa de opinião mostrou que, entre os consumidores que se dispõem a reclamar de direitos desrespeitados, 63% disseram fazê-lo diretamente com empresas ou prestadores de serviços. O PROCON aparece como segunda opção entre estes entrevistados (15%). Apenas 3% deste contingente afirmaram a disponibilidade de buscar o Judiciário diante de uma situação de conflito ou problema e, como será retratado posteriormente, somente 2% disseram que procuram as agências reguladoras."[333]

A mesma pesquisa revelou que apenas um pequeno número de consumidores afirma conhecer bem ou muito bem seus direitos.[334] Esse fato leva a concluir que o regulador deve atuar de forma consistente, pois ainda que a litigiosidade repetitiva possa ser um problema – na medida em que implica um custo social – sua simples contenção não é a solução.

No entanto, há evidências de dificuldades de efetivação de decisões do regulador e de baixa arrecadação efetiva de multas aplicadas. Nesse sentido, levantamentos do Tribunal de Contas da União (TCU) revelam que os órgãos reguladores federais arrecadaram, entre 2005 a 2013, menos de 10% do montante total das penalidades que aplicaram.[335] Em 2013, o percentual consolidado de recolhimento de multas arrecadadas, aplicadas por quinze entidades

---

[333] Brasil. Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, "Estudo sobre Resolução Extrajudicial de Conflitos dos Serviços Regulados por Agências Governamentais", 16.

[334] Ibidem, 24.

[335] Ver dados consolidados dos diversos órgãos e entidades de regulação e fiscalização da administração pública federal em: (i) http://portal.tcu.gov.br/tcu/paginas/contas_governo/contas_2009/Textos/Ficha%204%20-%20Arrecadacao%20de%20Multas.pdf; (ii) http://portal.tcu.gov.br/tcu/paginas/contas_governo/contas_2011/fichas/3_2_ArrecadacaoMultas.pdf.; (iii) http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/019.872-2014-3%20Monitoramento%20Ag%C3%AAncias%20Reguladoras.pdf .

fiscalizadoras, foi de 2,93%. Esses dados revelam clara ineficiência do regulador, mas não esclarecem se são justas e proporcionais as multas aplicadas pelas entidades fiscalizadoras.

Outro problema que permeia a litigiosidade relacionada a setores regulados diz respeito à possível captura do regulador. A teoria da captura questiona o pressuposto de que as agências reguladoras independentes atuam de acordo com o interesse público, pois, fruto de demanda do próprio setor, elaboram e operam normas "primariamente em seu benefício".[336] Outros desafios que podem ser apontados para a atuação imparcial e eficiente do regulador são o despreparo técnico, a arbitrariedade, as limitações financeiras, as deficiências estruturais,[337] a inabilidade para impor regras de qualidade na prestação dos serviços[338] e a atuação privilegiada de determinados grupos de interesse nos mecanismos de participação pública de agências reguladoras, como a Anatel.[339] Diante da tais riscos e da ausência de conhecimento técnico e de disponibilidade de meios de fiscalização pelo cidadão comum, o Poder Judiciário pode contribuir para o controle democrático da regulação.[340]

Atenção especial merece a burocracia que exerce a regulação do sistema financeiro nacional, pois na sua estruturação manifesta-se notadamente a tensão entre autonomia e controle democrático. A necessidade de controle é própria do exercício democrático da função legislativa ínsita ao Estado Democrático de Direito. Além disso, evita o isolamento da burocracia, o qual agrava os riscos de captura por interesses particulares e de prevalência de objetivos meramente fiscais, monetários ou técnicos sobre outros igualmente relevantes e legítimos, tais como redução do desemprego e desenvolvimento econômico e social. Forçoso é reconhecer que mesmo as melhores instituições, dotadas do mais perfeito desenho institucional, estão sujeitas ao risco de captura e de atuação burocratizada – por isso que, apesar de possíveis inter-relações entre ineficiências regulatórias e judiciárias, a dificultar o exercício da regulação – a possibilidade de judicialização das decisões do regulador é vista como positiva e assegurada na maioria dos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.[341]

---

[336] George J. Stigler, "The Theory of Economic Regulation", *The Bell Journal of Economics and Management Science* 2, nº 1 (1971): 3.

[337] Ministro Herman Benjamin, Voto vencido no Recurso Especial 911.802-RS, Ministro José Delgado (STJ 2007).

[338] Leslie Shérida Ferraz, "Acesso à Justiça e Processamento de Demandas de Telefonia: o Dilema dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil", in *O Judiciário e o Estado Regulador Brasileiro*, org. Mariana Mota Prado (Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2016), 183.

[339] Ver pesquisa de Paulo Todescan Lessa Mattos, "Agências Reguladoras e Democracia: Participação Pública e Desenvolvimento", in *Regulação e Desenvolvimento*, org. Calixto Salomão Filho (São Paulo: Malheiros, 2002), 229.

[340] Jean-Paul Veiga da Rocha, "A Capacidade Normativa de Conjuntura no Direito Econômico: o Déficit Democrático da Regulação Financeira" (Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 2004), 68.

[341] Ver: "As Inter-Relações entre o Processo Administrativo e o Judicial sob a Perspectiva da Segurança Jurídica no Plano da Concorrência Econômica e da Eficácia da Regulação Pública", Pesquisa Aplicada, CNJ Acadêmico (São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011).Ver ainda Caio Mário da Silva Pereira Neto, Filippo

A litigiosidade referente a políticas regulatórias pode se dar sob vários aspectos, tais como o questionamento (i) do mérito da decisão do regulador, (ii) da legitimidade democrática e procedimental da agência reguladora na emissão da norma regulada e (iii) da conformidade da atuação das empresas que atuam no setor regulado com o conteúdo da regulação ou da lei. Não há consenso sobre quais os limites da atuação judicial contra o Estado prestador de serviços e o Estado regulador.[342] Pode-se afirmar que não há preponderância de um único modelo de atuação do Judiciário, e que as várias correntes têm por fundamento o mesmo princípio constitucional, segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (Constituição, art. 5º, XXXXV).

3.4 SEPARAÇÃO DE PODERES E VANTAGENS INSTITUCIONAIS DO PODER JUDICIÁRIO

Ações coletivas podem configurar desafios institucionais segundo um princípio constitucional da máxima relevância: o da separação de poderes. O risco de embate com os outros Poderes da República é maior nas ações coletivas tanto porque alguns temas sensíveis só podem ser tratados nesse tipo de ação, quanto porque as questões que podem ser objeto de ações coletivas e individuais assumem maior escala nas primeiras do que nas segundas. Disso decorre que ações relacionadas a direitos individuais são consideradas "área segura" para os julgadores, ao passo que ações coletivas envolvem riscos institucionais para o Poder Judiciário. Diante da preocupação sobre como são decididas as ações coletivas no Brasil, este trabalho não poderia se furtar a abordar o tema da separação de poderes, que, como se verá nos estudos de caso dos capítulos seguintes, tem grandes reflexos nos resultados práticos das ações coletivas no Brasil.

De início, é preciso lembrar que o princípio da separação de poderes é cláusula pétrea constitucional e é importante para a tutela da democracia, do profissionalismo no trato da coisa pública e dos direitos humanos.[343] Há, entretanto, entendimentos sobre o alcance deste princípio

---

Maria Lancieri, e Mateus Piva Adami, "O Diálogo Institucional das Agências Reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: uma Proposta de Sistematização", in *Direito da Regulação e Políticas Públicas*, org. Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho (São Paulo: SBDP/Malheiros Editores, 2014), 165–85.

[342] A regulação é um novo papel que, devido às privatizações da década de 1990, o Estado brasileiro assumiu, a ponto de hoje se falar em Estado Regulador. Juliano Maranhão, "A Revisão Judicial de Decisões das Agências Regulatórias: jurisdição exclusiva?", in *O Judiciário e o Estado regulador brasileiro*, org. Mariana Mota Prado (Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2016), 36.

[343] Bruce Ackerman, "The New Separation of Powers", *Harvard Law Review* 113, nº 3 (janeiro de 2000): 633–729.

que são indefensáveis e que devem ser prontamente rechaçados: são aqueles que, fundamentando-se em um liberalismo oitocentista exacerbado, enxergam como útil a separação estanque de funções governamentais, gerando contradições insuperáveis entre as exigências do capitalismo regulado contemporâneo e os cânones de nosso discurso jurídico e político.[344]

Um argumento em prol de uma leitura mais contemporizada do princípio diz respeito à dificuldade de classificar a atividade governamental em três, e apenas três categorias, exclusivas.[345] Não há, portanto, razão lógica para sustentar o ultrapassado entendimento que reserva ao juiz o papel de "boca da lei".

A concepção rígida da separação de poderes também não encontra arrimo na história, porque o mecanismo de freios e contrapesos se somou ao conceito de separação de poderes proposto por Montesquieu com a fundação da Constituição norte-americana: enquanto o pensador francês escreveu sua obra à luz de uma sociedade estamental, hierárquica, os federalistas buscavam a formulação teórica que permitisse a preservação da liberdade e, para tanto, "a solução teria que ser endógena, com o poder controlando o próprio poder".[346] A harmonia entre os poderes e a própria compreensão do Judiciário como Poder de Estado se ligam a este passado histórico, do qual deriva um Judiciário que nasceu ligado à defesa dos direitos fundamentais.[347]

Embora já se tenha, em grande parte, superado a ideia de que o princípio da separação de poderes corresponde a uma simplória atribuição de três funções estatais a três Poderes distintos, ainda não se forjou, e talvez nem seja possível forjar, uma linha mestra que delimite as situações exatas nas quais o Poder Judiciário deve ser autocontido e aquelas nas quais deve agir. Há um relativo consenso de que, por força de seu comprometimento com os valores fundamentais da república democrática, cabe ao Poder Judiciário atuar de forma a coibir ações ou omissões governamentais inconstitucionais. Essa proposta de ação, infelizmente, não

---

[344] Jean-Paul Veiga da Rocha, "Quem tem medo da delegação legislativa?", *Revista de Direito Administrativo* 271 (2015): 193–221.

[345] Chayes, "The Role of the Judge in Public Law Litigation", 1307.

[346] Conrado Hubner Mendes, "Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação" (Universidade de São Paulo, 2008), 11. Assim, para o autor, "A interação entre instituições que buscam maximizar seus respectivos desempenhos deliberativos é o que de melhor podemos esperar de uma democracia organizada sob o princípio da separação de poderes. Estimula uma competição pelo melhor argumento e traz vibração ao regime. Implanta uma pressão por consistência. Fundamentalmente, insere a tensão entre forma e substância no centro desse arranjo." Ibidem, 204. Para este autor, o Poder Judiciário pode propiciar uma interação deliberativa institucional com os outros Poderes, sem que um deles detenha a última palavra sobre questões coletivas relevantes, em especial na defesa de direitos fundamentais – ainda que, mantido o desacordo, seja necessário encontrar soluções temporárias legítimas. Conrado Hubner Mendes, "Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação" (Universidade de São Paulo, 2008), 17.

[347] Enrique Ricardo Lewandowski, "Revisão Constitucional e o Fortalecimento do Judiciário", *Tribuna da Magistratura*, nº 47 (1993): 15.

responde a todas as inquietações que surgem na prática forense diante de casos concretos – a prudência que deve nortear a ação judicial leva à rejeição de um papel messiânico do Poder Judiciário no campo de ação do Executivo e do Legislativo, mas não compactua com a ação ou omissão que viole direitos fundamentais.

A justificativa para a regra da atuação prudente pode ser extraída da lição de Ran Hirschl, que explica o sofisticado dilema que deriva da ascensão do conceito de supremacia constitucional e da consequente transferência de poder de instituições representativas para tribunais que ele provocou.[348] Para o autor, a judicialização de grandes temas políticos, articulados como questões constitucionais, é uma das principais manifestações dessa tendência, que parte do pressuposto de que os tribunais seriam os fóruns mais adequados para a solução de temas centrais nas democracias contemporâneas. Hirschl chama a atenção para a ambivalência das soluções judiciais, que podem atender a reclamos de grupos sistematicamente excluídos da esfera política, mas também podem ser resultado da captura de discursos constitucionais por grupos privilegiados, sobretudo porque, do seu ponto de vista, tribunais têm sido tímidos na promoção de justiça distributiva. Hirschl assevera que da dificuldade de conceituação do que é o político decorre a dificuldade no estabelecimento dos limites da atuação judicial, atuação esta que goza de apoio, explícito ou implícito, dos atores políticos. Esses atores, Hirschl explica, transferem sua responsabilidade para instituições imunes aos controles democráticos tradicionais para com isso evitar sua responsabilização política por decisões difíceis e frequentemente impopulares. O fenômeno da juristocracia é, para o autor, um desafio teórico e prático da maior importância e que, mais do que jurídico, é político, devendo sob esta ótica ser estudado.

O protagonismo do Poder Judiciário anda lado a lado com a necessidade de se revalorizar a atividade política, que é, numa democracia, o meio por excelência da tomada das grandes decisões coletivas.[349] Empirica e normativamente, entretanto, a sobreposição de poderes dos atores políticos dos três Poderes é necessária, porque embora razões prudenciais justifiquem a separação de poderes, o Poder Judiciário pode ter vantagens institucionais em relação a outros Poderes na solução de determinadas questões.[350]

---

[348] Ran Hirschl, "O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo", trad. Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano, *Revista de Direito Administrativo* 251, nº 0 (13 de março de 2013): 139–78.

[349] Nesse sentido, Enrique Ricardo Lewandowski considera o protagonismo do Supremo Tribunal Federal um fenômeno passageiro, sendo a atividade política "a verdadeira seiva que anima a vida da sociedade." Enrique Ricardo Lewandowski, "Protagonismo do STF é fenômeno passageiro. [Entrevista]", *Revista Diálogos sobre Justiça* 1, nº 4 (2014): 11.

[350] Ver: Chayes, "The Role of the Judge in Public Law Litigation".

Assim, o Poder Judiciário deve, tendo por norte a prudência, atuar quando seu isolamento político gerar vantagens institucionais perante os outros Poderes, que justifiquem sua intervenção em prol dos grandes objetivos do país. Assim, além de hipóteses como as citadas no item 3.3.1 acima, deve atuar para efetivar direitos fundamentais e regras de proteção do regime democrático,[351] inclusive diante de omissões dos Poderes Públicos na implementação de direitos, pois elas são obstáculos relevantes para a efetividade das normas constitucionais.[352]

Sabe-se – e isso foi dito expressamente ao longo dos debates sobre a Reforma do Judiciário – que os eleitos têm responsabilidades perante os seus eleitores e são mais facilmente responsabilizados por atos comissivos do que omissivos.[353] A litigiosidade pode contribuir para a formação da agenda política e, desta forma, para a superação da omissão do Poder Público. Para Oscar Vilhena Vieira, a advocacia de interesse público pode aumentar "os custos políticos decorrentes das práticas violadoras de direitos",[354] de forma que o sistema jurídico dê "visibilidade pública, na forma de reconhecimento de direitos àqueles que são desconsiderados pelo sistema político e pela própria sociedade".[355]

Nesse diapasão, o sistema de Justiça pode ser um *locus* interessante para a consecução desses objetivos estratégicos porque o acesso ao Judiciário é mais simples e menos custoso do que o acesso ao Legislativo e ao Executivo.[356] O exercício da função contramajoritária do Judiciário deve ser capaz de fazer cessar omissões, protegendo os direitos de minorias incapazes de obter dos Poderes Públicos – que, como observa José Reinaldo Lima Lopes, podem ser muito suscetíveis, no exercício do processo político, à interferência de grupos de interesse[357] – a efetivação de seus direitos.

---

[351] Ver: Oscar Vilhena Vieira, "A Moralidade da Constituição e os Limites da Empreitada Interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein", in *Interpretação Constitucional*, org. Virgílio Afonso da Silva (São Paulo: Malheiros, 2005), 244–45.

[352] Flávia Piovesan, *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção*, 2a ed (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003), 21.

[353] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão Especial, Destinada a Proferir Parecer à Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992, que 'Introduz Modificações na Estrutura do Poder Judiciário' e Apensadas. (Estrutura do Poder Judiciário). Atas da 25ª Reunião, de 21 de setembro de 1999; 26ª, de 22 de setembro de 1999; 27ª, de 23 de setembro de 1999; 28ª, de 28 de setembro de 1999; 29ª, de 29 de setembro de 1999; 30ª, de 19 de outubro de 1999; 31ª, de 20 de outubro de 1999; 32ª, de 21 de outubro de 1999 e 33ª, de 26 de outubro de 1999. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 55912-56099."

[354] Oscar Vilhena Vieira, "Estado de Direito e Advocacia de Interesse Público", in *Estado de Direito e o Desafio do Desenvolvimento*, org. Dimitri Dimoulis e Oscar Vilhena Vieira, Coleção Direito, Desenvolvimento e Justiça. Série Produção Científica (São Paulo: Saraiva, 2011), 370.

[355] Oscar Vilhena Vieira, "A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito", *Revista Internacional de Direitos Humanos*, 4, 6, nº 6 (2007): 49.

[356] Marc Galanter, "Why the 'Haves' Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", *Law & Society Review* 9, nº 1 (1974).

[357] José Reinaldo Lima Lopes, "Em Torno da Reserva do Possível", in *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*, org. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013), 155–73.

Noutro vértice, a impermeabilidade de instituições que compõem o *status quo* aos controles políticos tradicionais pode levar ao reconhecimento de vantagens institucionais na atuação do Poder Judiciário como *locus* de exercício de "direitos de desestabilização" – expressão cunhada por Unger, que vê na ação judicial um dos canais pelos quais, na democracia estadunidense, a sociedade civil tem exercido direitos de influir e questionar estruturas de poder infensas ao controle público, provocando a mudança necessária a essas práticas ou instituições.[358]

Unger afirma ter se inspirado,[359] para desenvolver o conceito de direitos de desestabilização, no texto não publicado de Sargentich, intitulado "*Complex Enforcement*".[360] Nesse manuscrito,[361] Sargentich reflete sobre a atuação judicial na efetivação (*remedy*) de sentenças coletivas nas quais houver o reconhecimento da desconformidade da atuação de grandes instituições sociais com a lei e, consequentemente, sobre a escala e a complexidade das práticas a serem corrigidas e dos respectivos corretivos, que visam, em última análise, a reorganizar instituições burocráticas protagonistas da vida social e que são perfeitamente viáveis enquanto tais, ainda que de seu funcionamento normal derive a percepção de que sua prática institucional está sistematicamente em desacordo com a ordem jurídica. Para Sargentich, o *enforcement* complexo pode ser descrito como uma forma de julgar uma prática, à qual subjaz uma estrutura que projeta efeitos para o futuro, que é sistemática e que se contrapõe a um *ato*; nesses casos, o *remedy* deve consistir num plano de ação, no qual é estruturada uma via voltada à resolução coletiva do conflito.[362]

Sargentich enfatiza que reconhecer a existência de práticas em desconformidade com a lei é relevante porque há uma crença, subjacente à doutrina processual civil e influente sobre os limites tradicionais da adjudicação,[363] de que esta pode ser exercida apenas sobre o ato, e

---

[358] Roberto Mangabeira Unger, *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*, New ed., 1. publ, Politics, a Work in Constructive Social Theory (London: Verso, 2001), 530–35. No mesmo sentido: Roberto Mangabeira Unger, *What Should Legal Analysis Become?* (Verso, 1996), 30–33. Entretanto, Unger acredita que um outro braço do sistema político, a ser criado com propósito específico de levar a cabo o experimentalismo democrático, poderia ser institucionalmente melhor capacitado para levar a efeito as mudanças necessárias.

[359] Ver: Unger, *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*, 637.

[360] Lewis Sargentich, "Complex Enforcement", 1978, Harvard Law School Library, isites.harvard.edu/fs/docs/.../SargentichComplexEnforcement.pdf. O título, que poderia ser traduzido como "execução complexa de sentença", refere-se à fase executiva das *injuctions*.

[361] O manuscrito de Sargentich, disponível apenas na biblioteca da Faculdade de Direito de Harvard, foi citado por Unger em mais de uma oportunidade – ver: Roberto Mangabeira Unger, *What Should Legal Analysis Become?* (Verso, 1996), 30. Acredita-se que a presente pesquisa se beneficia de seu acréscimo, ainda que o manuscrito não tenha sido finalizado por seu autor, conforme informação obtida junto à referida biblioteca.

[362] Sargentich, "Complex Enforcement".

[363] *Adjudicação* corresponde ao ato de julgar, no qual o juiz adjudica – ou seja, atribui – uma solução ao caso concreto. Trata-se de expressão corrente e útil da língua inglesa, que ocasionalmente será adotada neste trabalho. No mesmo sentido, defendendo a utilidade da expressão em português, veja-se nota dos tradutores

não sobre a prática. O autor sustenta que as normas jurídicas são igualmente aplicáveis a atos e a práticas – para ele, todas as normas têm o potencial de aplicação sistemática, pois a elas subjaz uma teoria de prática social que integra o espírito da lei e que deve ser alcançada no bojo da adjudicação – e que princípios jurídicos, sobretudo, podem ser especialmente invocados contra práticas inaceitáveis. Entretanto, as formas de adjudicação relacionadas a atos e práticas são vistas como antagônicas porque refletem crenças radicalmente diferentes sobre a profundidade com que a adjudicação pode operar de forma racional e justa, e sobre a extensão da vida social que pode ser alterada pela crítica jurídica. Para ele, a adjudicação complexa assume uma visão transcendente do direito em razão da forma característica de antijuridicidade da moderna ordem social. [364]

Uma importante observação de Sargentich é de que a complexidade é decorrência direta da necessidade de reordenar uma prática; assim, de nada adiantaria, e seria redundante, determinar meramente que a instituição ré cumpra a lei – o próprio fato de haver uma ação judicial a respeito já demonstraria que o simples comando legal é insuficiente para promover o respeito à lei (a *compliance*). A *injuction*, assim, deve concretamente apontar o caminho, o plano, para a adequação normativa, pois deixar de fazê-lo, limitando-se a vagamente determinar a obediência à norma, seria patentemente ineficiente. É nisso que reside, para Sargentich, o desafio da litigância coletiva: extrair de uma norma jurídica abstrata o comando para a reordenação concreta de uma prática afirmativa e sistemática. Em outras palavras, cabe ao juiz produzir não um tratado, mas uma determinação judicial concreta e eficaz, que contenha um plano de ação. Esse plano, cuja elaboração pode ser dialogada, ou pode mesmo ser apresentada pelo réu, deve sempre estar contemplado nas opções do juiz, para não privar as normas sistêmicas de exequibilidade.

Num passo adiante, Sargentich retorna à crença da intangibilidade das práticas pela via judicial e da concepção personalista do processo civil para, então, denunciar três aspectos negativos desta concepção, que, em última análise, negam a legitimidade da atuação judicial pela via coletiva:

(i) distorção de princípios legais substantivos, que ocorreria quando a finalidade da norma é beneficiar a coletividade, e não o indivíduo;

(ii) prejuízo ao *enforcement* legal, consequência óbvia do comprometimento de normas sistêmicas a processos fragmentados, nos quais resta ao autor o ingrato ônus de alegar e provar

---

Carlos Alberto de Salles, Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós em: Fiss, *Um Novo Processo Civil: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*, 26.

[364] Sargentich, "Complex Enforcement".

seu prejuízo pessoal decorrente de práticas sistemáticas que são, em sua essência, impessoais – como, por exemplo, no caso do paciente que sofre com a indiferença sistemática do hospital psiquiátrico para com todos os seus pacientes;

(iii) resultados injustos e disfuncionais, que são a alternativa direta ao item (ii), na medida em que, sem saber o suficiente sobre a causa, os tribunais deferem aos autores determinadas presunções ou simplificações que podem beneficiá-lo, mas ao deixar de reajustar a situação do grupo ao qual pertencem, acabam por permitir a coexistência de situações paradoxais.[365]

Para o autor, esses três aspectos negativos são suficientes para se chegar a uma conclusão favorável à feição coletiva de ações judiciais contrárias a práticas estabelecidas, nas quais seja possível concretizar normas sistêmicas de forma integral, justa e racional. Essa conclusão contrasta com uma visão tradicional de processo civil, para a qual um pleito nunca pode ser abstraído do impacto pessoal provocado a um indivíduo específico. A esta visão tradicional do processo civil, contrapõe-se uma transformadora (*transformative law*), que defende o dever de a adjudicação assumir novas tarefas, que vão a fundo nas práticas e instituições para transformá-las, e que compõem novas práticas judiciais abrangidas pelo *complex enforcement*. Este ponto de vista transcendente do direito vê a ilegalidade que reside no bojo da vida social moderna, crê no potencial dos ideais legais vigentes para guiar uma reordenação dessa vida social pela adjudicação, e defende que esse processo adjudicatório seja profundo, libertando-se do modelo que vê no Poder Judiciário um instrumento meramente aplicável à solução de conflitos privados.[366]

Charles Sabel, em artigo escrito em coautoria com William Simon, relaciona os conceitos de direitos de desestabilização de Unger e de litigância de interesse público de Chayes para, ao rejeitar a ideia de que responsabilidade e transparência possam ser pressupostas pelo simples fato de um órgão estar submetido a uma estrutura na qual há um oficial eleito, pensar na litigância de interesse público enquanto instrumento promissor de *accountability* democrática ao desestabilizar instituições imunes aos controles democráticos.[367]

Para tanto, as decisões judiciais devem, nesses casos, abandonar paulatinamente o formato "comando-e-controle" – um formato intrusivo de intervenção judicial, que não tem funcionado por faltar aos tribunais informação e poder para implementar esse tipo de julgado – e assumir um formato experimentalista, baseado em incentivos à participação de todos os

---

[365] Ibidem.
[366] Ibidem.
[367] Charles F. Sabel e William H. Simon, "Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds", *Harvard Law Review*, 2004, 1055.

interessados e à transparência da instituição escrutinizada. Desse modo, contribuem para estabelecer objetivos gerais que possam ser alcançados por meios eleitos pela instituição, resguardada, porém, a mensuração da *performance* institucional, a ser feita de acordo com os compromissos iniciais e o desempenho de instituições similares.

Segundo esse raciocínio, o exercício dos direitos de desestabilização seria importante para promover a abertura de instituições isoladas do controle público e que relutam em cumprir suas obrigações, estabelecendo uma estrutura para a reforma institucional, sem que se detalhe o plano para isso.

Os autores, após apresentarem exemplos concretos de áreas em que o exercício de direitos de desestabilização tem produzido resultados interessantes – por exemplo, em escolas, hospitais psiquiátricos, prisões, abuso policial e direito à moradia –, realçam o que consideram uma das principais fontes de resistência à atuação do Poder Judiciário – inclusive pelos próprios juízes – na litigância de interesse público: o fato de que o cumprimento do julgado não está especificamente atrelado ao ilícito declarado, e as habilidades a serem demandadas do juiz não são as tradicionais, ligadas à interpretação de texto, mas sim estratégicas.

Sabel e Simon enfatizam a interdependência entre a declaração do direito e a execução do julgado, porque o simples vislumbre das dificuldades a serem enfrentadas na efetivação da decisão influenciam o juiz na própria declaração do direito. No enfoque experimentalista que adotam, o papel do juiz na fase de execução seria de facilitador da deliberação e da negociação entre os interessados. Neste sentido, as dificuldades não podem ser antevistas com tanta precisão, assim como as consequências a serem impingidas às instituições rés, já que, no plano experimentalista, não há consequências específicas, salvo perda de independência da instituição e maior incerteza sobre sua atuação. Para os autores, o Poder Judiciário contribui para uma democracia empoderada ao desestabilizar instituições impermeáveis a controles sociais, que passam a responder aos interessados que anteriormente elas haviam excluído do processo deliberativo.[368] Essa imunidade política se apresenta sob a forma de três padrões recorrentes:

(i) opressão de minorias: política majoritária irresponsiva aos interesses de minorias vulneráveis e estigmatizadas;

(ii) captura: imunidade decorrente da captura administrativa;

(iii) dilema do prisioneiro: incapacidade de coordenação dos grupos interessados na própria instituição ré.[369]

---

[368] Sabel e Simon, "Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds".
[369] Ibidem.

Para Sabel e Simon, a contribuição do Poder Judiciário, neste cenário, seria reconhecer publicamente a ilegitimidade e insatisfatoriedade do *status quo*, tendo por consequência a desestabilização institucional – uma medida que tem por principal característica a edição de regras provisórias a serem periodicamente revisadas à luz de avaliações transparentes dos avanços obtidos, e por consequências típicas as seguintes:

(i) negociação, geralmente presidida por um perito ou mediador nomeado pelo juiz, em que se espera das partes que deliberem de boa-fé almejando atingir um consenso, que, ainda que não venha a ser alcançado, tem o papel de reforçar o dever de respeito e disposição para com os argumentos contrários;

(ii) provisoriedade das regras que decorram da negociação, embora as metas e a documentação sejam específicas e formais;

(iii) transparência, que serve tanto como uma ferramenta de *accountability* quanto de aprendizado.[370]

Sabel e Simon ponderam que, após o reconhecimento da infringência ao ordenamento jurídico por parte da instituição descumpridora, é de se esperar que efeitos individuais, institucionais e sociais sejam desencadeados, dentre os quais destacam-se:

(i) melhor abertura das partes à colaboração para solução do problema, em função do novo posicionamento e da ignorância quanto ao seu papel na correção de rumos;

(ii) reversão da presunção favorável ao *status quo*, levando as partes a considerar novas alternativas;

(iii) incentivos à deliberação fundada em valores públicos;

(iv) escrutínio público como pressão em prol de comportamento responsivo ao interesse público;

(v) reequilíbrio de poder entre autores e réus, bem como nas próprias instituições, e empoderamento de novos participantes;

(vi) efeitos colaterais para reforma de outras instituições.[371]

Ao final, Sabel e Simon abordam a suposta discricionariedade na execução para recomendar que a atuação judicial evite atitudes ineficientemente rígidas e desnecessariamente intrusivas, adotando, ao contrário, uma atitude que reforce a *accountability* da instituição visada. Uma atuação experimentalista é compatível com noções tradicionais de separação de poderes e evita que esse dogma se torne um formalismo vazio. Os autores fazem notar que o exercício de direitos de desestabilização é ferramenta útil e importante para o aperfeiçoamento

---

[370] Ibidem.
[371] Ibidem.

da democracia, responsiva a preocupações ligadas à legitimidade e à eficácia da atuação do Poder Judiciário, integrando o conjunto de instrumentos necessários para a concretização do experimentalismo democrático.

Para complementar os pontos de vista citados, é fundamental relembrar a distinção feita por Owen Fiss entre dois modelos de litigância, igualmente válidos, legítimos e voltados à concretização de valores públicos: o modelo chamado de "solução de controvérsias" e o modelo chamado de "reforma estrutural".[372] O primeiro responde a demandas entre indivíduos, e não entre grupos sociais e organizações burocráticas; o antagonismo é binário e a premissa é de que o *status quo* é satisfatório. Diferentemente, a reforma estrutural responde à evolução da realidade social, que hoje é controlada por organizações burocráticas. Para Fiss, o modelo estrutural de litigância, que se contrapõe ao modelo de resolução individualizada de disputas e que mais parece colidir com a separação dos poderes é o mais compatível com a função social do Poder Judiciário de dar concretude a valores públicos, constantes da lei e da Constituição, no contexto do Estado burocrático contemporâneo.[373]

Embora Fiss reconheça a existência de objeções aos julgamentos estruturais, tais como relacionadas à sua operacionabilidade da reforma estrutural e à legitimidade[374] do Poder Judiciário para efetivá-los, defende que o modelo de solução de controvérsias distância-se da realidade política e social da sociedade moderna. Para ele, a resistência ao modelo estrutural decorre da emergência de um modelo de vida social que privatiza todos os fins. Nesse sentido, o paradigma do processo estrutural recoloca o Poder Judiciário no centro do poder governamental, ao partir da convicção de que a realidade atual precisa ser modificada, de que a distribuição de poder e privilégios na sociedade não é satisfatória e de que a mudança social só é possível se as organizações burocráticas que definem o *status quo* forem reestruturadas. Em ambos os modelos, a independência judicial e a capacidade do juiz de se engajar em um processo comunicativo, dialógico, que enseja a justificação cuidadosa de suas decisões, são possíveis e fundamentais.[375]

Ante o que foi exposto, conclui-se que o dogma da separação de poderes deve ser compreendido de forma a reforçar o mecanismo de interação entre os poderes. Nesse sentido, o Poder Judiciário tem um papel a cumprir em nosso sistema político, sempre que estiverem

---

[372] Fiss, *Um Novo Processo Civil: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*, 48.
[373] Fiss, *Um Novo Processo Civil: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*.
[374] No tocante à legitimidade das instituições, Owen Fiss faz observar que o consentimento social, base da legitimidade, é dado ao sistema político como um todo. A legitimidade de cada instituição depende de sua capacidade de exercer a função que lhe cabe nesse sistema. Ibidem, 114.
[375] Fiss, *Um Novo Processo Civil: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*.

presentes as condições necessárias para que suas características institucionais produzam resultados socialmente relevantes. Ao longo dos estudos de caso, será possível refletir de forma mais concreta sobre a presença dessas variáveis em episódios recentes de litigiosidade repetitiva.

3.5 MÉTODO

A hipótese deste trabalho, tal como já exposta na introdução desta tese, só poderia ser testada mediante (i) dados empíricos, na medida em que analisar "a efetividade de uma reforma judicial requer pesquisa sobre os casos efetivamente julgados, partes envolvidas, trajetórias e resultados, e o tempo de processamento das ações judiciais"[376] e (ii) perspectiva comparada, por iluminar possíveis mudanças utilizando outra jurisdição como contraponto.

Esta tese combina as duas opções metodológicas possíveis, para empreender estudos de caso de litigiosidade repetitiva e compará-los com outros similares de outra jurisdição – como será explicado adiante, dos EUA.

3.5.1 Estudos de caso

Para o teste da hipótese, selecionaram-se casos típicos de litigiosidade repetitiva que já tivessem sido objeto de pesquisas empíricas, visando-se a aproveitar a riqueza de detalhes proporcionada pelos estudos prévios e submetendo-se tais casos a uma análise secundária à luz da hipótese desta tese. Por meio de estudos de caso, este trabalho se propôs a comparar a prestação jurisdicional resultante das ações judiciais individuais e coletivas em termos de acesso à Justiça (que, como já visto, implica inclusão, imparcialidade, celeridade, eficácia e segurança jurídica).[377] O teste da hipótese visa a verificar se são realistas ou idealistas as expectativas depositadas na ação coletiva no Brasil de hoje.

---

[376] "Effective judicial reform requires research on the cases courts actually hear, the parties involved, the trajectories and outcomes, and the time required to deliver judgments" Banco Mundial, "Reforming courts: the role of empirical research.", 2002, tradução nossa.

[377] O ponto de vista que este trabalho adota sobre justiça é de garantia de direitos. Porém, por vezes, na avaliação dos casos, serão feitas considerações utilitárias. Esta dupla abordagem consta de artigo de David Rosenberg, "The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A 'Public Law' Vision of the Tort System", *Harvard Law Review* 97, nº 4 (Fevereiro de 1984): 849–929.

O método de estudo de caso pressupõe o exame detalhado do exemplo escolhido.[378] A escolha pelo método de estudo de caso funda-se na convicção de que é por meio da experiência com casos concretos que o pesquisador se torna perito em determinado tema.[379] O valor dos estudos de caso reside na sua maior aptidão para demonstrar a riqueza do comportamento humano, que não se resume a modelos preestabelecidos e que é dependente do contexto e da concretude dos fatos da vida.[380] O estudo de casos concretos, assim, permite o aprendizado dos assuntos humanos, dos seus dilemas e contextos.

A escolha deve recair sobre casos relevantes em relação à hipótese central e acerca dos quais exista abundância de informações, com o fim de permitir inferências para o problema em abstrato.[381] Os estudos de caso escolhidos são três, dois deles relacionados à litigiosidade repetitiva em atividades reguladas (bancárias e de telecomunicações) e um deles retratando a litigiosidade sobre direitos sociais em que figura como parte um ente do Poder Público. De acordo com os dados levantados, esses três casos são representativos dos setores de maior impacto no Judiciário brasileiro. Os estudos de caso selecionados são instrumentais, pois visam à compreensão da atuação do litigante habitual, do litigante eventual e do Poder Judiciário no litígio.[382]

Desde já é importante destacar que não existem respostas objetivas para a avaliação dos casos.[383] Diante do objeto da pesquisa – acesso à Justiça – optou-se por fazer uma análise tendo em vista apenas as características do acesso à Justiça, e não uma análise jurídica dos argumentos das partes.

As caraterísticas do acesso à Justiça estão muito intrincadas entre si para que seja possível separar com rigor sua análise; esta separação rigorosa também não é o propósito deste trabalho. Assim, deve-se tomar a análise feita nos casos como uma facilitação da discussão. As interpretações são abertas à crítica, e comportam a discordância, a depender do espectro que a interpretação quer abranger.

---

[378] Bent Flyvbjerg, "Five Misunderstandings about Case-Study Research", *Qualitative Inquiry* 12, nº 2 (2006): 219–245.
[379] Ibidem, 222.
[380] Ibidem, 223.
[381] Ibidem, 230.
[382] Ver: Robert Stake, "Case Studies", in *Handbook of Qualitative Research*, org. Norman K. Denzin e Yvonna S. Lincoln (Thousand Oaks: SAGE Publications, Inc, 1994), 237.
[383] O presente trabalho partilha do ponto de vista de Siri Gloppen, que ressalta a dificuldade de mensuração direta dos efeitos das decisões judiciais na medida em que muitos fatores podem se combinar e não é possível isolar os efeitos das decisões de outras circunstâncias políticas e econômicas. Siri Gloppen, "Courts and Social Transformation: An Analytical Framework", in *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor*, org. Roberto Gargarella, Pilar Domingo, e Theunis Roux (Aldershot, Hampshire, England ; Burlington, VT, USA: Ashgate, 2006), 35–59.

Ao final dos estudos de caso, pretende-se elaborar sugestões que contribuam para o aprimoramento legislativo e jurisprudencial, sem descurar de argumentos contrários às propostas que forem feitas. Como pondera Maria Tereza Sadek, "não é tarefa fácil encontrar soluções. Propostas de mudança sempre encontrarão resistência, ferirão interesses, alterarão posições consolidadas, provocarão impactos na correlação de forças".[384] Portanto, propostas de mudança são mais úteis se contiverem as respostas às principais objeções que lhes serão opostas. Por isso, as justificativas da rejeição ao Projeto de Lei 5.139/2009 na Câmara dos Deputados, tal como vistas no capítulo 1, serão levadas a sério quando da elaboração de propostas de alteração legistativa nos capítulos subsequentes.

3.5.2 Perspectiva Comparada: *class actions*

Observação metodológica importante diz respeito à opção por fazer comparações pontuais com o sistema da *class action*. Dois são os motivos principais que justificam esta opção comparativa.

Primeiro, a importância das contribuições de pensadores estadunidenses – cujas pesquisas tiveram por base a *class action* – para o desenvolvimento da hipótese de trabalho, como foi visto acima.

Em segundo lugar, o papel proeminente da *class action* para o desenvolvimento do estudo comparado de direito processual coletivo no mundo e no Brasil.[385] É digno de nota que, embora o Brasil tenha sido um dos países pioneiros na edição de leis de proteção a direitos coletivos, sobretudo por meio da edição da Lei da Ação Civil Pública, em 1985,[386] e por meio do próprio texto constitucional em 1988, que prestigiou e expandiu a tutela coletiva de direitos, seja quanto ao leque de ações disponíveis, seja quanto à legitimação de entes para promovê-

---

[384] Sadek, "Acesso à Justiça: um Direito e seus Obstáculos", 64.

[385] Ver: Mauro Cappelletti, Bryant G. Garth, e Nicolò Trocker, *Access to Justice: Comparative General Report* (Tuebingen: J.C.B. Mohr, 1976); Mauro Cappelletti e Bryant G. Garth, *Acesso à Justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet (Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988); Ugo Mattei, "A Theory of Imperial Law: a Study on US Hegemony and the Latin Resistance", *Global Jurist Frontiers* 3, nº 2 (2003); Mattei, "Access to Justice. A Renewed Global Issue."

[386] Grinover, "Novas Tendências em Matéria de Legitimação e Coisa Julgada nas Ações Coletivas".

las,[387] as ações coletivas brasileiras têm por inspiração as *class actions* norte-americanas, ainda que tenham chegado a nós por via indireta, por meio da doutrina italiana.[388]

As ações coletivas estadunidenses também interessam a este trabalho por vários outros motivos. Um deles é a inexistência, nesse sistema jurídico estrangeiro, da categorização ontológica de direitos coletivos,[389] aumentando o leque investigativo desta pesquisa para que se reflita se a categorização dos direitos coletivos em direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos pode ter sido responsável pela compartimentalização dos direitos, relegando-se aos últimos, sob o ponto de vista da cultura nacional predominante, restrições ligadas à concepção de sua natureza ontologicamente individual.

Outro fator de interesse pelo sistema estadunidense de *class actions* reside no fato de que, nos EUA, a litigiosidade repetitiva já preocupa os juristas há muito mais tempo, porque os processos que implicam a mudança no perfil do litígio ocorreram antes do que no Brasil, e com mais força: industrialização, urbanização, burocratização, acesso ao crédito e ao consumo, modernização da sociedade, maior escolaridade, democratização do país e o surgimento de novos direitos. Uma das principais respostas do direito estadunidense para a litigiosidade contestadora de políticas públicas e regulatórias foi a reforma da legislação relativa às *class actions*, em 1966.

Adicionalmente, as semelhanças entre os EUA e o Brasil possibilitam rico aprendizado recíproco. A respeito dessas similitudes entre os dois países, assim resumiu Unger:

> "O Brasil é o país no mundo mais parecido com os EUA, embora não se reconheça esse fato em nenhum dos dois países. São de tamanho quase idêntico, fundados na mesma base, de povoamento europeu e de escravidão africana. Cada um é o mais desigual de seu tipo: os EUA, dos países ricos; o Brasil, dos países grandes em desenvolvimento. Paradoxalmente, nesses dois países muito desiguais, a maior parte das pessoas comuns continua a acreditar que tudo é possível. Essa orientação esperançosa, peregrina e aventureira representa o vínculo mais importante entre as duas nações, feitas, cada uma, de muitas nações." [390]

---

[387] Ver histórico no capítulo 2 desta tese. Ver ainda: Flávia Piovesan, "A Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Constitucional Brasileiro", org. Luís Roberto Barroso e Clèmerson Merlin Clève (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011), 657; Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 13ª ed (São Paulo: Saraiva, 2012), 91.

[388] Antonio Gidi, *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos: as Ações Coletivas em uma Perspectiva Comparada* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007), 17.

[389] Como explica Antonio Gidi: "As categorias existentes no direito processual civil coletivo americano são de teor eminentemente pragmático, em nada se assemelhando às categorias abstratas previstas no direito brasileiro, que se utiliza dos conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos." Ibidem, 15.

[390] Roberto Mangabeira Unger, "O Brasil e os Estados Unidos", *Folha de São Paulo - Tendências e Debates*, 11 de abril de 2008, http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0411200808.htm.

As semelhanças quanto ao tamanho do país, da economia, da população e das desigualdades históricas justificam utilizar os EUA como contraponto, na medida em que este é um estudo referente a acesso à Justiça.

Ressalte-se, ainda, a vocação da ação coletiva para a efetivação de direitos humanos e que a lógica quanto a principiologia dos direitos humanos se fortalecem por meio da consagração dos direitos nos sistemas comparados e internacionais.[391] É importante conhecer a experiência estrangeira e trazê-la para o contexto nacional, fomentando o "diálogo baseado na referência recíproca de precedentes jurisprudenciais, no intercâmbio de argumentação jurídica e de experiências no enfrentamento de violações de direitos".[392]

Entendeu-se que comparações pontuais poderiam, sem a pretensão de constituir propriamente um estudo comparado, elucidar questões complexas, iluminar proposições e contribuir para a elaboração de uma crítica construtiva. Neste sentido, optou-se por fazer comparações quando tivessem utilidade para a formulação de críticas construtivas ao sistema brasileiro, que é o que está em escrutínio.

Para que as comparações pontuais entre os sistemas brasileiro e estadunidense fossem realistas, buscaram-se estudos de caso de *class actions* similares aos brasileiros, razão pela qual foram escolhidos estudos de caso representativos de cada tipo de litigiosidade repetitiva objeto desta tese: no âmbito regulatório das telecomunicações, bancária e na área da educação. Para a escolha dos dois primeiros estudos de caso estadunidenses, a fonte utilizada foi o livro *Class Action Dilemmas*, sobretudo porque os casos analisados na referida obra são comuns[393] e, portanto, representativos dos potenciais e das imperfeições das *class actions*. Para a escolha do terceiro estudo de caso pesou a importância e a notoriedade do caso *Brown*, que foi selecionado por bem iluminar as virtudes e as limitações da atuação do Poder Judiciário no âmbito de políticas públicas sociais.

Ressalte-se que a proteção de direitos coletivos é uma das principais bandeiras do movimento internacional de acesso à Justiça.[394] O aprendizado recíproco é de todo proveitoso inclusive quanto à própria concepção de acesso à Justiça que, nos EUA, desdobra-se "em duas

---

[391] Flávia Piovesan, "Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional", in *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*, org. Daniel Sarmento, Daniela Ikawa, e Flávia Piovesan (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008). Vale lembrar que a ação coletiva é instrumento básico do direito de acesso à Justiça.

[392] Flávia Piovesan, "Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições no Contexto Latino-Americano", in *O Direito nos Tribunais Superiores: com Ênfase no Novo Direito Processual Civil*, org. J.S. Fagundes Cunha (Curitiba: Bonijuris, 2015), 397. Deve-se enfatizar que, na ótica deste trabalho, fortalecer a ação coletiva é uma forma de robustecer a própria proteção dos direitos humanos.

[393] Deborah R. Hensler et al., *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain* (Rand Corporation, 2000), 138–39.

[394] Cappelletti e Garth, *Acesso à Justiça*.

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 judiciárias."[395] Em suma, as possibilidades de aprendizado conjunto são infinitas, como demonstrou o Projeto Florença no passado e como no presente se verifica, por exemplo, pela realização do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América.

Deve-se ter claro que, apesar da notoriedade da *class action* do sistema estadunidense e da inspiração que por vezes se buscou nele, a confiança na ação coletiva como importante meio de proteção dos interesses que afetam a todos não é um produto estranho à tradição jurídica nacional. Não houve transplante da *class action* para o Brasil: as leis têm acentuadas características nacionais e guardam diferenças significativas para com as *class actions.*[396] No entanto, testar inovações é importante como ferramenta de desenvolvimento:[397] o que funciona em um país em um determinado período, pode funcionar ou não em outro. O incentivo ao experimentalismo é uma importante qualidade da democracia.[398]

O momento atual é de reflexão sobre qual o papel da Justiça diante dos níveis atuais de consumo e das novas demandas de massa da população. A proteção integral dos direitos é uma preocupação do mundo contemporâneo, assim como a necessidade de aperfeiçoamento dos sistemas jurídicos. Muitos países têm se voltado para a *class action* como um modelo possível.[399] Daí também a importância deste estudo.

---

[395] Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, e Nelson Nery Junior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, vol. II-Processo Coletivo (Rio de Janeiro: Forense, 2011), 128.

[396] Transplante deve ser entendido como importação de instituições alheias à cultura nacional. Visão crítica sobre os transplantes pode ser vista em: Mattei, "A Theory of Imperial Law: a Study on US Hegemony and the Latin Resistance"; Maximo Langer, "From Legal Transplants to Legal Translations: the Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure", *Harvard International Law Journal* 45 (2004): 1–64.

[397] Dani Rodrik, *The New Development Economics: We Shall Experiment, But How Shall We Learn?*, Faculty Research Working Paper Series ; RWP08-055 (Cambridge, Mass: John FKennedy School of Government, Harvard University, 2008).

[398] Roberto Mangabeira Unger, *O Direito e o Futuro da Democracia*, trad. Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp (São Paulo: Boitempo, 2004).

[399] Na União Europeia, foi expedida há poucos anos a Recomendação da Comissão de 11 de junho de 2013, que trata dos princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indenizatórios dos Estados-Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pela União. No Reino Unido, em 2015, uma nova lei foi adotada com esta finanidade, adotando inclusive o sistema "opt-out" norte-americano, tendo este por clara inspiração: trata-se do *Consumer Rights Act 2015*. Na Coreia do Sul, no Japão, no México, em Israel e em muitos outros países ao redor do globo, o tema também está em voga.

3.6 BREVE APRESENTAÇÃO DO SISTEMA ESTADUNIDENSE DA *CLASS ACTION*

Passa-se a expor, de forma sucinta e sem pretensão de esgotar o tema, o sistema das *class actions* estadunidenses, visando a facilitar a compreensão das comparações que serão feitas nos capítulos subsequentes. A proposta deste trabalho não é um exame exauriente de direito comparado, que implicaria um exame mais aprofundado de todo o sistema jurídico estrangeiro. Por isso, embora muitas diferenças pudessem ser apontadas, priorizaram-se as mais relevantes para fins de comparação entre a ação coletiva brasileira e a *class action*.[400]

Dito isso, convém notar, de início, que embora existam diferenças importantes entre os sistemas jurídicos em questão (romano-germânico e anglo-saxão)[401] e entre a regulação da ação coletiva brasileira da *class action*, vivencia-se hoje uma aproximação dos sistemas, que ameniza a dificuldade de entendimento.

Em termos da regulação legal, devem-se distinguir os tipos de *class actions* existentes no direito federal de acordo com a regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure* (*FRCP*),[402] que constitui a legislação básica federal sobre *class action* e que concorre com leis específicas para a tutela de determinados direitos, como é o caso das *securities*, e com leis estaduais sobre *class action*s, com inspiração na legislação federal.[403] Optou-se pela análise da legislação federal porque muitas das leis estaduais são idênticas ou similares a ela, e porque as leis específicas são dela derivadas. Sendo assim, os tipos de *class actions* da regra 23 são os que seguem:

---

[400] Por exemplo, optou-se por não abordar a importância do júri para a essência da Justiça norte-americana, embora haja autores que entendem que este instituto é fundamental para sua compreensão. Ver: William G. Young, "Vanishing Trials, Vanishing Juries, Vanishing Constitution", *Suffolk University Law Review* 40 (2007 de 2006): 67. Marc Galanter, ao tratar da responsabilidade civil punitiva, enfatizou que ela está intimamente associada a julgamentos por júris, que costumam ser mais rigorosos do que juízes togados na sua fixação. Marc Galanter e David Luban, "Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism", *American University Law Review* 42 (1993 de 1992): 1408.

[401] A este respeito, Carlos Alberto de Salles assevera que a repercussão jurídica e social dos institutos varia conforme os sistemas jurídicos, criando o problema de transferibilidade dos institutos legais. Na mesma obra o autor descreve a ascensão da *civil right injunction* e as possibilidades de mudança estrutural que ela permite ao Poder Judiciário produzir na inércia dos demais Poderes. Carlos Alberto de Salles, *Execução Judicial em Matéria Ambiental* (Editora Revista dos Tribunais, 1999). Uma comparação profunda sobre os sistemas pode ser encontrada em: Gidi, *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos: as Ações Coletivas em uma Perspectiva Comparada*. O autor ressalta que "a metodologia de análise das questões jurídicas é completamente diferente: em vez de fundar-se em princípios abstratos e imutáveis, o sistema americano funda-se na especificidade fática de cada caso concreto e no substrato político de cada solução pragmática" Ibidem, 22.

[402] William B. Rubenstein, *Newberg on Class Actions*, 5th ed. / William B. Rubenstein, vol. 1 (Eagan, MN: West-, 2011), 5.

[403] A definição do juízo competente no sistema norte-americano é complexa, e não teria como ser exposta neste trabalho. O *Class Action Fairnesse Act* (*CAFA*), de 2005, transferiu para a Justiça Federal a competência para o julgamento de *class actions* de interesse nacional, assim identificado pelo elevado valor da causa e pelo diversificado domicílio dos interessados, residentes em mais de um Estado da federação.

(i) Regra 23(b)(1)(A): *class action* cabível quando a propositura de ações individuais criaria o risco de padrões incompatíveis de conduta para a parte contrária;
(ii) Regra 23(b)(1)(B): *class action* cabível quando o julgamento de forma individualizada inviabilizaria a situação de alguns dos membros na prática. Um exemplo clássico se dá quando o réu não tem fundos disponíveis para o ressarcimento de todos os membros da classe, gerando uma corrida pelo ressarcimento;
(iii) Regra 23(b)(2): *class action* cabível quando a solução para a situação litigiosa só é possível de forma coletiva. O exemplo clássico é o de dessegregação escolar;
(iv) Regra 23(b)(3): *class action* cabível quando, presentes os requisitos da regra 23(a) das *FRCP* (*numerosity, commonality, typicality* e *adequacy*),[404] o tribunal entender que as questões de direito ou de fato que afetam os membros da classe predominam sobre outras questões que afetam apenas alguns de seus membros, e que a *class action* é o modo mais adequado (superior) para o julgamento justo e eficiente da controvérsia.

O sistema da *class action* não contém a distinção entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos usada no Brasil. Conforme Carlos Alberto de Salles,

> "[p]rimeiro ponto a se destacar, portanto, é o fato de a *class action* servir tanto para defesa de interesses individuais homogêneos, quanto daqueles propriamente coletivos, segundo as categorias utilizadas no Brasil, sem identidade naquele sistema estrangeiro. Assim, a *class action* pode ser utilizada, por exemplo, para a defesa de consumidores lesados individualmente, como também para garantir o acesso de crianças negras a uma determinada escola pública. No primeiro caso busca-se uma compensação pecuniária aos consumidores lesados, no segundo cuida-se de um daqueles chamados *civil right cases*, tendo um objeto indivisível, isto é, a acessibilidade do grupo ao sistema educacional, cujo direito se pretende garantir."[405]

Vale notar que a inexistência de tal classificação dos direitos no sistema da *class action* é indicativa de que tal distinção entre direitos coletivos *lato sensu* e direitos individuais homogêneos, da qual decorrem diferenças procedimentais injustificáveis, merece ser objeto de reflexão.

Em termos de legitimidade ativa, as *class actions* podem ser propostas por cidadãos que, por meio de seus advogados, representam uma determinada coletividade.[406] Mais do que uma

---

[404] "Rule 23. (a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable; (2) there are questions of law or fact common to the class; (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class."

[405] Carlos Alberto de Salles, "Class Actions: Algumas Premissas para Comparação", in *Processo Coletivo: do Surgimento à Atualidade*, org. Ada Pellegrini Grinover et al. (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014), 249.

[406] Existem nos EUA, também, ações coletivas propostas por "state attorneys", chamadas de "*parens patriae*". Uma descrição crítica delas pode ser vista em: Margaret H. Lemos, "Aggregate Litigation Goes Public: Representative Suits by State Attorneys General", *Harvard Law Review* 126 (2012): 486–549. Ponderações

forma de litígio em grupo, a *class action* é forma de litígio por meio de representantes. O sistema jurídico estadunidense valoriza a justiciabilidade privada de direitos (*private enforcement*)[407] como meio eficiente de garantir a prevenção de atos lesivos (*deterrence*) e a compensação (*compensation*) dos danos, cabendo ao particular o papel de fiscal da lei.[408]

A relevância dada à função *deterrence* é uma característica marcante do sistema norte-americano. Como destaca Antonio Gidi,

> "[a] função *deterrence* da responsabilidade civil, extremamente evoluída e bem explorada pelo direito privado americano, é um aspecto negligenciado tanto em nossa cultura, como em nossa doutrina jurídica e nossa política legislativa. Ainda não aprendemos que não é possível ao Estado controlar a conduta de cada cidadão e é mais efetivo incentivar o cumprimetno voluntário do direito, através do exemplo e de incentivos e punições. No Brasil, os elementos inibitório e dissuasor do direito são identificados apenas no direito penal, ainda que, como sabemos, sejam pouco efetivos na prática, em face da certeza da impunidade. É ilustrativo que as expressões "deterrência" e "deterrente" não sejam sequer utilizadas no discurso jurídico brasileiro."[409]

Há salvaguardas legais aptas a garantir que o representante e seu advogado tenham condições efetivas de representar os interesses da coletividade da melhor forma possível, tais como a expedição de notificações, realização de audiências, nomeação de peritos, cabendo ainda ao juiz, decidir sobre a capacidade de representação dos interesses do grupo, que deve ser aferida tanto em relação ao membro do grupo que figura no polo ativo da ação (*class representative* ou *named plaintiff*) quanto em relação ao advogado do grupo (*class attorney* ou *class counsel*).[410] O requisito da representação adequada deve estar presente – e ser fiscalizado

---

contrárias às críticas de Lemos podem ser vistas em: Deborah R. Hensler, "Goldilocks and the Class Action", *Harvard Law Review Forum* 126 (2012): 56–60.

[407] Matthew Stephenson ressalta que a substituição de órgãos integrantes do Poder Executivo com poder de polícia por atores privados é uma decisão política complexa, com vantagens e desvantagens sob o ponto de vista de desenho institucional. Dentre as vantagens, as mais salientes seriam a maior probabilidade de observância da lei, de eficiência na alocação de recursos públicos, de resguardo da sociedade contra regulação deficiente e de inovação em estratégias de litígios e de formulação de acordos. As desvantagens consistiriam nos riscos de excessiva imposição legal, acarretando interrupção de atividades socialmente benéficas, distorção de políticas públicas governamentais e déficit democrático do Poder Judiciário e dos atores privados em comparação com membros da administração pública que são regularmente eleitos. Matthew C. Stephenson, "Public Regulation of Private Enforcement: The Case for Expanding the Role of Administrative Agencies", *Virginia Law Review* 91, nº 1 (2005): 93–173.

[408] Nos EUA, utiliza-se, para retratar essa ideia do particular como fiscal da lei, a expressão *private attorney general*. Ver: William B. Rubenstein, "On What a Private Attorney General Is - and Why It Matters", *Vanderbilt Law Review* 57 (2004): 2127; John C. Coffee Jr, "Rescuing the private attorney general: Why the model of the lawyer as bounty hunter is not working", *Md. L. Rev.* 42 (1983): 215–216.

[409] Gidi, *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos: as Ações Coletivas em uma Perspectiva Comparada*, 37.

[410] Ibidem, 243. Ver ainda Regra 23(g) das *FRCP*. No sistema estadunidense, a *adequacy of representation* é analisada no caso concreto; vale notar que também no sistema brasileiro o controle da representatividade adequada pode ser feito pelo julgador. Ver: Grinover, Watanabe, e Nery Junior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, II-Processo Coletivo: 178.

pelo juiz, de ofício – durante todo o processamento da ação, não se tratando de questão sujeita à preclusão.[411]

O tema da representatividade adequada é da máxima importância no sistema da *class action*, sendo fundamental para a conformação do sistema, inclusive quanto à autoridade da coisa julgada. Grinover sintetiza o espírito da legislação da *class action* no que tange à *adequacy of representation*:

> "Já se afirmou que a extensão da coisa julgada a quem não foi pessoalmente parte no processo, mas nele foi, na fórmula norte-americana, 'adequadamente representado' pelo portador em juízo dos interesses meta-individuais ou dos direitos subjetivos coletivamente tratados, não seria, em última análise, uma verdadeira ampliação *ultra partes*. 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 coisa julgada, porquanto os 'adequadamente representados' não são propriamente terceiros. Com efeito, a cláusula norte-americana tem fundamento constitucional e pretende exatamente conciliar as garantias do devido processo legal com as técnicas peculiares às ações coletivas. A parte ideológica leva a juízo o interesse meta-individual, 'representando' concretamente a classe, que terá exercido seus direitos processuais através das garantias da defesa e do contraditório asseguradas ao 'representante'. O mecanismo baseia-se na concepção de que o esquema representativo é apto a garantir aos membros da categoria a melhor defesa judicial, a ponto de afirmar-se que nesse caso o julgado não atuaria propriamente *ultra partes*, nem significaria real exceção ao princípio da limitação subjetiva do julgado, mas configuraria antes um novo conceito de 'representação substancial e processual', aderente às novas exigências da sociedade.
> O que vale frisar é que, assim como repugna às garantias constitucionais a sujeição, *ex post*, ao julgado de terceiros que permanecerem estranhos ao contraditório, coaduna-se com ela a ideia de 'representação adequada' dos interesses da categoria por parte de pessoas e sobretudo de entes exponenciais. [...] Reconhecida a complementariedade entre o interesse individual e social, também se indica a coincidência e solidariedade entre o processo constitucional e as modernas exigências de efetiva tutela jurisdicional dos direitos e interesses emergentes na sociedade de massa."[412]

Há ainda outras salvaguardas do interesse da coletividade que merecem menção nesta breve exposição. Se for apresentado acordo para homologação judicial, o juiz detém também amplos poderes para certificar-se da equidade do acordo, protegendo os interesses dos membros da classe que não estão representados no litígio (*absent members*).[413] A regra 23(d) prevê uma série de situações em que, discricionariamente e com vistas a garantir a lisura do andamento da ação, o tribunal pode determinar a notificação dos membros da classe. Em fevereiro de 2005, o *Class Action Fairnesse Act* foi promulgado, visando a reforçar a proteção aos membros

---

[411] Gidi, *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos: as Ações Coletivas em uma Perspectiva Comparada*, 102.

[412] Ada Pellegrini Grinover, "O Novo Processo do Consumidor", in *Processo Coletivo: do Surgimento à Atualidade*, org. Ada Pellegrini Grinover et al. (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014), 296.

[413] Hensler et al., *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, 14–15.

ausentes da classe. Uma de suas disposições determina que, em até 10 dias da apresentação de acordo firmado entre as partes, o agente administrativo apropriado, que geralmente é o equivalente ao Ministério Público ou ao órgão regulador, seja notificado a respeito.[414] Esta nova regulamentação, que tem outros pontos importantes, veio responder a críticas de que as salvaguardas anteriores não eram suficientes para evitar a colusão.[415]

Os incentivos institucionais à tutela privada de interesses públicos por meio de *class actions* são, sobretudo, financeiros, consistindo em honorários advocatícios generosos, que compensam a especialização e a dedicação dos advogados. Os valores geralmente atribuídos aos honorários são uma relevante fonte de discórdia que envolve as *class actions* nos EUA, porque pode haver uma desproporção entre o benefício auferido pela classe e pelo advogado, despertando a suspeita de colusão.[416] Nas ações individuais, os honorários são discutidos entre a parte e seu advogado, mas, nas *class actions*, não sendo viável esta opção, a fixação dos honorários cabe ao juiz, que geralmente fixa a remuneração dos advogados em um percentual do fundo comum que os membros da coletividade auferiram como benefício econômico do litígio, em um sistema conhecido como honorários contingentes (*contingency fee*).

Ao tratar de honorários contingentes, Yeazell explica que normalmente o acordo de honorários advocatícios embasado em êxito contempla, em favor do advogado, 20% do valor do acordo se firmado antes da propositura da ação; 25% se a ação é proposta; 33% se o caso vai a julgamento e até 50% se há necessidade de recurso, tudo isso tendo como contrapartida que, se a ação não for vitoriosa, as custas judiciais não serão repassadas ao cliente.[417] Disso decorre que a porcentagem de um terço do valor total é considerada razoável quanto se trata de honorários advocatícios que recaem sobre o fundo comum das *class actions*.[418] Esse fundo

---

[414] Ver 28 U.S. Code § 1715. Ver também: William B. Rubenstein, "Understanding the class action fairness act of 2005". *Acesso em* 1 (2005): 06–11.

[415] Hensler et al., *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, 86. Para evitar a colusão, cabe ao juiz ser ativo, sem perder a imparcialidade: deve insistir na notificação adequada dos interessados, convidar organizações especializadas, acadêmicos e organizações governamentais para participar como *amicus* do litígio. Em sentido semelhante, Owen Fiss argumenta que, no contexto estrutural, cabe ao juiz construir uma ampla estrutura representativa: Fiss, *Um Novo Processo Civil: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*, 60.

[416] As inovações do *CAFA* vieram em parte a responder aos abusos verificados na prática, sobretudo quando se trata de honorários que incidem sobre acordos prevendo pagamentos em cupons ou a existência de fundos *cy pres.*

[417] Ao tratar de honorários contingentes, Yeazell afirma que os honorários, em geral, correspondem a 20% do valor total do acordo se ele é firmado antes do ingresso com a ação judicial, 25% se a ação é proposta, 33% se o caso é sentenciado e até 50% se há interposição de apelação. Em contrapartida, se não há nenhuma recompensa para o autor, o advogado concorda em abrir mãos dos valores adiantados a título de custas judiciais. Yeazell, *Civil Procedure*, 321.

[418] Hensler et al., *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, 436. Ver ainda Coffee Jr, "Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working", 216.

comum, do qual são retirados os honorários advocatícios, tem fundamento jurídico em uma decisão do fim do século XIX da Suprema Corte, que entendeu que aquele que é beneficiado pela atuação de um advogado deve ressarcir o seu trabalho.[419] Essa doutrina judicial foi fundamental como forma de incentivo para a propositura das *class actions.* Os advogados geralmente antecipam as custas do processo e são posteriormente reembolsados, razão pela qual são considerados empreendedores.

Outro método recorrente para fixação dos honorários é conhecido como *lodestar*, pelo qual o juiz calcula qual a razoável quantidade de tempo demandada dos advogados, e qual seria o valor razoável da hora do advogado, para fixar a remuneração.

Diferenças significativas podem ser apontadas em relação ao sistema brasileiro de intimações. No Brasil, a divulgação da ação coletiva é feita nos termos do artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor, numa fórmula que normalmente se restringe ao edital, podendo ser acompanhada por "ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor". Há previsão normativa também de um cadastro público de ações coletivas, nos termos da Resolução Conjunta 2/2011 do CNJ e do CNMP. Nos processos judiciais, intimações pessoais existem para fins de obter a prática de atos pela parte, mas não para a notificação de interessados em ações coletivas.

Nos EUA, diferentemente, a notificação aos potenciais interessados é obrigatória sempre que houver certificação de classe (notificação de certificação), acordo (notificação de acordo) ou pedido de honorários por parte dos advogados do representante dos autores (notificação de honorários), exceto nas *mandatory class action* quanto à certificação.[420] A importância da notificação aumenta para os tipos de *class action* nos quais existe a possibilidade de autoexclusão do membro da classe. Nestes casos, a notificação deve ser individualizada e devem ser feitos esforços razoáveis pelos autores para a identificação dos membros da coletividade afetados. A notificação individualizada deve ser feita, normalmente, por correspondência, porque a notificação pela imprensa é considerada genérica. Nos EUA, há empresas especializadas neste serviço, que são contratadas pelos autores. Por vezes, a notificação é atribuída ao próprio réu nas suas correspondências regulares com os membros da coletividade, por exemplo, em extratos enviados mensalmente pelas empresas rés aos seus

---

[419] Trustees v. Greenough, 26 L. Ed. 2d 1157 (Supreme Court 1882).

[420] Nestas, cabe ao tribunal, discricionariamente, decidir sobre a necessidade e a forma de notificação de alguns ou de todos os membros da classe. A menor importância da notificação quanto à certificação da *mandatory class action* decorre da impossibilidade dos membros da classe de exercer a opção de sair (*opt-out*), dos custos elevados da notificação, e do fato de que os membros da classe, nestas ações, geralmente têm interesses coesos, e não concorrentes. Ver: William B. Rubenstein, *Newberg on Class Actions.*, 5th ed. / William B. Rubenstein., vol. 3 (Eagan, MN: West-, 2013), 237-243.

clientes.[421] A notificação aos interessados da existência da *class action* por meio da publicação em veículos de comunicação é muito utilizada para suplementar a notificação individual, podendo substituí-la quando inviável a notificação individual.[422] A notificação também pode ser postada em lugares específicos, ou ser transmitida pela televisão, rádio ou pela Internet, em *sites* de acesso provável por membros da coletividade afetada. Esta última tem sido muito utilizada para fins de notificação pelo seu baixo custo. Já a notificação por e-mail é mais controvertida e tem sido melhor aceita quando é possível supor que os membros das coletividades tenham familiaridade com a Internet, como em uma *class action* envolvendo compras *on line.*[423] Embora haja liberdade para a decisão sobre o meio adequado de notificação, a sua insuficiência pode acarretar a não-vinculação dos membros da classe ao resultado do litígio.

Nem a Constituição nem a lei estadunidenses esclarecem quem deve arcar com o custo da notificação. A Suprema Corte decidiu, em *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, que este ônus cabe, em princípio, aos autores, havendo ocasiões em que este custo pode ser transferido aos réus. Em razão desse custo, os autores tendem a adiar a certificação até um momento posterior, em que os méritos do caso estejam mais claros, e, muitas vezes, concentrar a notificação cabível quanto à certificação, ao acordo e aos honorários dos advogados dos representantes da classe, imputando tais custos, no acordo, ao réu.[424] Além disso, a Suprema Corte decidiu que, quando o réu tiver condições de identificar e notificar os membros da classe com mais facilidade do que os autores, os tribunais podem determinar que ele desempenhe esta tarefa, podendo também transferir-lhe o custo.[425] O custo pode ser transferido ao réu também em outros casos, como quando ele for substancialmente maior para os autores do que para o réu, ou houver provas preliminares que indiquem a responsabilidade civil do réu.[426] Os tribunais admitem que os advogados dos autores adiantem os custos da notificação em substituição aos representantes da classe.[427]

Em termos de eficácia da coisa julgada, diferentemente do sistema brasileiro, que adotou a eficácia *in utilibus* da coisa julgada da ação civil pública, as *FRCP* prevêem *class actions* mandatórias nas Regras 23(b)(1) e 23(b)(2), sendo aquelas nas quais os efeitos do julgado vinculam os membros da classe de forma obrigatória, e *class actions* que admitem o exercício

---

[421] Este tipo de ônus é imposto ao réu quando o custo da notificação lhe é atribuído. Ibidem, 3:313.
[422] Ibidem, 3:314.
[423] Ibidem, 3:309–24.
[424] Trata-se das *settlement class action*. Ibidem, 3:325.
[425] Ver *Oppenheimer Fund, Inc. V. Sanders*.
[426] Rubenstein, *Newberg on Class Actions*, 2013, 3:333.
[427] Ibidem, 3:341.

do direito de autoexclusão (*opt-out*) pelos membros da classe. Pelo sistema *opt-out*, a decisão final na ação coletiva torna-se vinculante para todos os membros da classe que não expressamente requeiram sua autoexclusão. Como o sucesso do princípio de *private enforcement* depende, sobretudo, de incentivos econômicos, o sistema *opt-out* aumenta a viabilidade econômica das causas, por agregar prejuízos que, somados, totalizam o montante econômico perseguido.

Dois outros traços distintivos do sistema estadunidense sobressaem como fundamentais para a atual forma de funcionamento da *class action*.[428] O primeiro deles é a *discovery,*[429] ou seja, o sistema de produção de provas que demanda das partes a troca de informações antes do julgamento, sendo considerada essencial para que causas meritórias tenham sucesso.[430] A instrução probatória que precede o julgamento permite que se preserve a prova de riscos associados à passagem do tempo e estabelece limites claros à controvérsia e ao que será possível demonstrar em juízo, promovendo transparência e incentivando as empresas a comportar-se de acordo com a lei, já que a regulação legal da *discovery* incentiva que milhares de advogados ajam como "fiscais da lei".[431] Dessa forma, o acesso a informações torna-se muito mais amplo, reduzindo-se ou eliminando-se o problema de assimetria de informações.[432] Acesso a informação é peça essencial do modo estadunidense de entender o acesso à Justiça.[433]

A segunda destas características é a responsabilidade civil punitiva (*punitive damages*). A responsabilidade civil punitiva pode ser a forma mais eficiente de sancionar ofensores que detêm elevado poder econômico, além de ser uma forma de incentivo financeiro para advogados e partes, porque a perspectiva de aplicação da penalidade em múltiplas ações individuais enfraquece a posição do réu e fortalece a do autor da ação coletiva e, nessa medida, serve como reforço do próprio sistema da *class action*.[434]

---

[428] Agradeço ao Professor Duncan Kennedy por ter me mostrado a importância destas outras características do sistema estadunidense que têm reflexos importantíssimos no sistema da *class action*. Ugo Mattei explica a força do sistema de justiça norte-americano pela amplitude da *discovery*, pelo sistema de honorários contingentes, pela existência de responsabilidade civil punitiva, pelo emprego do júri em ações de responsabilidade civil e pela própria *class action.* Ver: Mattei, "A Theory of Imperial Law: a Study on US Hegemony and the Latin Resistance", 36–37.

[429] Ver Título V das FRCP.

[430] Jack H. Friedenthal, *Civil Procedure: Cases and Materials*, Eleventh edition., American Casebook Series (StPaul, MN: West, 2013, 2013), 831. O novo Código de Processo Civil brasileiro deu um passo de aproximação da *discovery* com a inclusão do artigo 381, III.

[431] Ibidem, 832.

[432] Neste sentido, ver: Scott Dodson, "New Pleading, New Discovery", *Mich. L. Rev.* 109 (2010): 74. No mesmo sentido, ver: Arthur R. Miller, "McIntyre in Context: A Very Personal Perspective", *SCL Rev.* 63 (2011): 474.

[433] Lonny Sheinkopf Hoffman, "Access to Information, Access to Justice: The Role of Presuit Investigatory Discovery", *U. Mich. JL Reform* 40 (2006): 217.

[434] Galanter e Luban, "Poetic Justice", 1414.

Nos EUA, o sistema da *class action* não angariou somente simpatia ao longo dos anos,[435] e enfrenta muitas resistências no próprio Poder Judiciário.[436] Há críticas a aspectos do procedimento, à extensão da *discovery*,[437] à coerção que a *class action* pode exercer sobre as empresas (que podem firmar acordos excessivamente desvantajosos),[438] à ausência de efetiva reparação dos membros da coletividade, inclusive em caso de acordo,[439] à diminuta participação dos interessados no procedimento, que é dirigido pelos advogados[440] e à própria capacidade da *class action* de produzir resultados socialmente interessantes.

Como instrumento jurídico que é, a *class action* está sujeita a mudanças em decorrência de novos entendimentos jurisprudenciais[441] ou legislativos, como ocorreu em 2005 com a introdução da *Class Action Fairness Act.* A *class action* também enfrenta riscos e desafios em seu país de origem, sobretudo porque contratos que preveem que a resolução de controvérsias se dará exclusivamente por meio de arbitragem, inclusive em matérias trabalhistas e consumeristas, têm sido mantidos pelos tribunais, o que exclui muitas lesões do âmbito de cabimento da *class action*.[442]

---

[435] Hensler et al., *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, 4. Richard H. Underwood, "Legal Ethics and Class Actions: Problems, Tactics and Judicial Responses", *Kentucky Law Journal* 71 (1983 de 1982): 787.

[436] Ver julgados como (i) Dukes v. Wal-Mart Stores, Inc., 603 F.3d 571, 2010 U.S. App. LEXIS 8576, 109 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 15, 93 Empl. Prac. Dec. (CCH) P43,872, 76 Fed. R. Serv. 3d (Callaghan) 928 (9th Cir. Cal. 2010)

[437] Embora a controversa *fishing expedition* possa ocorrer em todos os tipos de ação, na *class action* a dimensão é sempre maior.

[438] Bruce Hay e David Rosenberg, "Sweetheart and Blackmail Settlements in Class Actions: Reality and Remedy", *Notre Dame Law Review* 75 (2000 de 1999): 1377.

[439] As críticas se dirigem sobretudo ao risco de o acordo não contemplar toda a extensão da lesão, sobretudo se envolver vítimas futuras ou o controverso pagamento por meio de cupons, que poderiam ser vistos até mesmo como uma recompensa aos ofensores, por estimular novos negócios entre eles e as vítimas. Hensler et al., *Class Action Dilemmas*, 27 e 33.

[440] Ver, a respeito: William Rubenstein e Nicholas Pace, "Shedding Light on Outcomes in Class Actions", in *Confidentiality, Transparency, and the U.S. Civil Justice System*, org. Joseph W. Doherty, Robert T. Reville, e Laura Zakaras (Oxford University Press, 2012); Hensler et al., *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, 34.

[441] Ver, por exemplo, o seguinte julgado: Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, 131 S. Ct. 2541 (Supreme Court 2011).

[442] Jessica Silver-greenberg e Robert Gebeloff, "Arbitration Everywhere, Stacking the Deck of Justice", *The New York Times*, 31 de outubro de 2015, http://www.nytimes.com/2015/11/01/business/dealbook/arbitration-everywhere-stacking-the-deck-of-justice.html; The Editorial Board, "Arbitrating Disputes, Denying Justice", *The New York Times*, 7 de novembro de 2015, http://www.nytimes.com/2015/11/08/opinion/sunday/arbitrating-disputes-denying-justice.html; Shauhin Talesh, "How the Haves Come out Ahead in the Twenty-First Century", *DePaul Law Review* 62 (2013 de 2012): 519.

4 ESTUDO DE CASO 1: LITIGIOSIDADE REPETITIVA NO ÂMBITO DAS TELECOMUNICAÇÕES

O Estudo de Caso 1 (EC1) analisa a litigiosidade repetitiva cuja tese jurídica diz respeito à inexigibilidade do pagamento de tarifa de assinatura residencial pela propriedade de linha telefônica. Nas ações individuais, o litigante eventual é o consumidor, que promove ação declaratória de inexigibilidade de valores contra o litigante habitual, a concessionária do Serviço Telefônico Fixo Comutado. Nas ações coletivas, a empresa mantém sua posição de litigante habitual, e é demandada por um substituto processual, que representa os litigantes eventuais.

O estudo visa à compreensão desta litigiosidade no Estado de São Paulo, tanto em nível federal quanto estadual. A litigiosidade repetitiva decorrente desta tese jurídica não foi objeto de nenhuma política de administração judiciária. Dúvidas processuais sobre (i) litispendência, (ii) conexão, (iii) continência, (iv) limites territoriais da coisa julgada e (v) pertinência da participação da Anatel nos processos, que resultaram em muitos recursos e deslocamentos de competência, impactaram negativamente o tramitar das ações coletivas.

A atuação do Poder Judiciário, por meio da interpretação formalista de textos legais, levou a um paradoxo: no EC1, o litigante habitual sustentou a natureza coletiva dos direitos individuais homogêneos envolvidos e pleiteou o cabimento exclusivo de ações coletivas. Essa conduta demonstra a degeneração da ação coletiva brasileira, dado que, como já foi exposto, a lógica subjacente à adoção legal desta ação é a de superar a vulnerabilidade do litigante eventual, no caso concreto, o consumidor.

A estrutura deste estudo de caso, assim como a dos demais, segue os cincos critérios expostos no capítulo 1 para a definição do efetivo acesso à Justiça. Dessa forma, os efeitos dos litígios individuais e coletivos serão analisados das óticas de inclusão, da imparcialidade, da celeridade, da eficiência e da segurança jurídica.

4.1 DESCRIÇÃO

No âmbito das telecomunicações, a litigiosidade repetitiva concentra-se principalmente na remuneração tarifária,[443] que aumentou de maneira exponencial após as privatizações.[444] A Lei Geral de Telecomunicações – LGT (Lei 9.472/1997) dispõe que compete à Anatel estabelecer a "estrutura tarifária para cada modalidade de serviço" (artigo 103). Expressiva litigiosidade repetitiva no setor decorreu da cobrança de assinatura básica, autorizada por meio de resoluções da Anatel.[445] O EC1 retrata esse fato.

O estudo deste caso pressupõe que se compreenda a mudança no setor de telecomunicações levada a efeito pela reforma do Estado dos anos 90, sob a liderança do então Presidente Fernando Henrique Cardoso.[446] Juridicamente, redesenhou-se a relação do Estado com a Economia nesta área, sobressaindo as mudanças trazidas pela Emenda Constitucional 8/1995.[447] Sob o paradigma do Estado-empresário e da antiga Telebrás havia uma notória demanda reprimida por serviços de telecomunicações, e a universalização dos serviços era nada mais do que uma quimera.[448]

As privatizações tinham por objetivo aumentar a competição no setor de telecomunicações e permitir a universalização dos serviços.[449] Consequentemente, foi instituída

---

[443] Watanabe et al., "Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas".

[444] Luciano dos Santos Danni, "Análise do Efeito das Reformas Regulatórias e Privatização dos Serviços Públicos no Brasil – Eletricidade e Telefonia", in *Regulação de Serviços Públicos e Controle Externo*, org. Brasil. Tribunal de Contas da União. (Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008).

[445] Resoluções 42/04 e 85/98 da Anatel.

[446] Ver: Dinorá Adelaide Musetti Grotti, "Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação", in *Direito Administrativo Econômico*, org. Carlos Ari Sundfeld (São Paulo: Malheiros, 2000).

[447] A emenda alterou o artigo 21, inciso XI, da Constituição, passando a dispor que compete à União "explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais".

[448] Como explica Diogo Rosenthal Coutinho, "nos países do mundo desenvolvido, as redes de infra-estrutura já estão totalmente ou quase totalmente construídas, seja pelo Estado (como na Europa), seja pelo mercado, com subsídios e incentivos estatais (como nos EUA). Neles, a regulação é geralmente orientada para a promoção da concorrência e a repartição dos benefícios com os consumidores, cuja quase totalidade é atendida pelo serviço público. A universalidade do serviço público ainda é, todavia, uma meta social distante em países em desenvolvimento, mormente naqueles de dimensões continentais e populosos como o Brasil. Esses países ainda não têm redes de infra-estrutura extensas e capilarizadas o suficiente para atingir áreas distantes dos grandes centros, pouco povoadas e/ou de baixa renda." Diogo Rosenthal Coutinho, "A Universalização do Serviço Público para o Desenvolvimento como uma Tarefa da Regulação", in *Regulação e Desenvolvimento*, org. Calixto Salomão Filho (São Paulo: Malheiros, 2002), 74. Quanto à meta de universalização das telecomunicações brasileiras antes das privatizações, diz Renato Ferreira que "estavam atravancadas a modernização do sistema e a universalização dos serviços, e não se enxergava um caminho pela atuação direta do Estado no setor." Renato Soares Peres Ferreira, "A (In)adequação dos Mecanismos Regulatórios Setoriais aos Institutos Jurídicos de Índole Constitucional do Mercado e da Universalização de Serviços Públicos" (Dissertação, Universidade de Brasília, 2009), 131–32. Ver, ainda: Ibidem, 163–64.

[449] Ferreira, "A (In)adequação dos Mecanismos Regulatórios Setoriais aos Institutos Jurídicos de Índole Constitucional do Mercado e da Universalização de Serviços Públicos", 165. Além do mais, existe doutrina no

a regulação do setor, que ficou a cargo da Anatel. As agências reguladoras independentes, encarregadas de disciplinar determinados setores econômicos, caracterizam-se, além da independência em relação ao Executivo, pelo exercício de poder normativo e por "desenvolverem uma tripla regulação: 'a regulação dos monopólios', a 'regulação para a competição' e a 'regulação social'". [450]

No caso brasileiro, o grande desafio foi encontrar o equilíbrio entre oferecer vantagens econômicas às empresas pela exploração do serviço público e, por outro lado, exigir contrapartidas, que necessariamente incluem investimentos na qualidade do serviço público ao lado de tarifas acessíveis.[451] Esse desafio é potencializado em um país com grandes níveis de desigualdade, como o Brasil, e mais ainda pela forma como se deu a privatização: destituída de uma estratégia clara para possibilitar a universalização e voltada a maximizar o valor de venda das estatais para proporcionar a estabilização econômica necessária ao sucesso do Plano Real.[452]

Os principais riscos inerentes à privatização são os de captura do regulador, de assimetria de informações entre regulador e regulado e de o regulador privilegiar a razão econômica em detrimento da razão social.[453] A eles soma-se a dificuldade de diálogo institucional entre a agência reguladora e a Administração direta, que pode provocar a intervenção do Poder Judiciário para solucionar discórdias.

Esta contextualização é importante porque ela se apresentou como componente essencial subjacente da litigiosidade repetitiva que é descrita no EC1.

---

sentido de que a universalização de serviços é forma de redistribuição direta, sendo ela, em regra, não lucrativa, por implicar "estender a rede até consumidores longínquos e sem poder aquisitivo." Calixto Salomão Filho, "Regulação, Desenvolvimento e Meio Ambiente", in *Regulação e Desenvolvimento: Novos Temas*, org. Calixto Salomão Filho (São Paulo: Malheiros, 2012), 30. A LGT assim descreveu a meta de universalização, no artigo 79, § 1°: "Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição socioeconômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público."

[450] Carlos Ari Sundfeld e Oscar Vilhena Vieira, orgs., *Direito Global* (São Paulo: Max Limonad, 1999), 162.

[451] Coutinho, "A Universalização do Serviço Público para o Desenvolvimento como uma Tarefa da Regulação", 69.

[452] Ibidem, 70.

[453] "A regulação que se desenvolveu para o Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), assim, consagrou tanto a *rationale* econômica, em prol da liberdade, da propriedade, do contrato e da defesa da concorrência, pela criação de um ambiente competitivo, quanto a *rationale* não econômica, voltada especialmente para a universalização, por intermédio de políticas substantivas fixadas em metas de universalização. Houve momentos de prevalência de uma ou outra das racionalidades, mas é possível identificar o reflexo de ambas as lógicas, nas medidas adotadas em relação ao serviço." Ferreira, "A (In)adequação dos Mecanismos Regulatórios Setoriais aos Institutos Jurídicos de índole Constitucional do Mercado e da Universalização de Serviços Públicos", 174.

Em 2003, o então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva discordou das previsões contratuais de reajustes tarifários pelo IGP-DI[454] dos contratos de concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado/STFC por considerá-los abusivos. Coube ao Ministro das Comunicações informar ao presidente da Anatel que deveria haver a suspensão do reajuste até a celebração de novo acordo, mais justo e consentâneo com o interesse público, que tivesse como parâmetro o IPCA.[455] A Anatel discordou da orientação por entender claras as regras contratuais, e autorizou os reajustes. A questão acabou extrapolando o âmbito do mero aumento ou redução das tarifas, passando a abranger a legitimidade do regulador e a própria segurança da política regulatória de telecomunicações. A reação do Ministro das Comunicações acabou tornando-se um incentivo à judicialização da questão.[456] O tema também deu ensejo a muitos projetos de lei que buscavam evitar as majorações excessivas das tarifas. [457] No relatório de atividades do Ministério das Comunicações, houve expressa menção crítica ao modelo tarifário, que dificultaria a universalização ao permitir "forte manipulação do item da assinatura, item esse que tem grande impacto na fatura mensal dos usuários de baixa renda".[458]

Assim, a partir de 2004, ocorreu um aumento exponencial de litigiosidade contestando a cobrança de tarifa de assinatura residencial pelas concessionárias do Serviço Telefônico Fixo Comutado. Relativamente aos consumidores do Estado de São Paulo, foram propostas milhares de ações individuais, muitas delas nos Juizados Especiais, bem como 26 coletivas.

A multiplicação das demandas causou um grande impacto na organização das serventias judiciais pelo expressivo aumento do volume de ações em trâmite. As coletivas não lograram reduzir a demanda individualizada nem congregar os interessados para que somassem forças em prol de uma decisão favorável. Dúvidas procedimentais diversas geraram a ineficácia da

---

[454] Trata-se do Índice Geral de Preços - Disponibilidade Interna (IGP-DI), calculado pela Fundação Getúlio Vargas.

[455] Trata-se do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, calculado mensalmente pelo IBGE.

[456] "Miro Teixeira discordou da decisão e chegou a dizer que a Anatel havia se rendido às empresas do setor. A partir daí, Teixeira passou a defender que a população, por meio de entidades organizadas da sociedade civil, questionassem o aumento na Justiça.", texto disponível em http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0211200420.htm, citado por Pereira Neto, Lancieri, e Adami, "O Diálogo Institucional das Agências Reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: uma Proposta de Sistematização", 151–52.

[457] "No âmbito do Poder Legislativo, a discussão do primeiro semestre de 2004 girou em torno de projeto de lei que propunha a extinção da assinatura básica da telefonia fixa para o fim de desonerar o assinante dos serviços. A posição da Anatel, já pela voz de seu novo presidente indicado pelo novo governo, foi contrária ao projeto por entender que isto inviabilizaria o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão." Márcio Iorio Aranha, "Democracia participativa e a agência reguladora de telecomunicações brasileira" (Seminário Internacional de Regulação de Serviços Públicos: Direito Comparado da Energia Elétrica e das Telecomunicações. In: Anais do I Seminário Internacional de Regulação de Serviços Públicos, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008).

[458] Watanabe et al., "Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas".

tutela coletiva para reduzir o contencioso individual, em especial pelas incertezas processuais sobre litispendência, competência e abrangência territorial das decisões e sentenças.

As ações coletivas foram propostas nas cidades de Bauru, São Carlos, Mauá, Catanduva, São Paulo (dez), Pinto Ferreira, Campinas (três), Distrito Federal, Dracena, Marília, Santo André (duas), São José dos Campos (três) e Sorocaba, com sete deferimentos de medidas liminares, que posteriormente foram suspensas; cinco dessas ações foram propostas perante a Justiça Federal.[459] A discussão sobre a inclusão da Anatel no polo passivo da ação foi um complicador que gerou a remessa de autos para a Justiça Federal, sendo digno de nota o fato de que após considerável tramitação das ações coletivas o juízo federal entendeu que a Anatel não era parte legítima para figurar no polo passivo das ações.

As interpretações contraditórias sobre competência para o julgamento das ações culminaram no Conflito de Competência 47.731 – DF, perante o Superior Tribunal de Justiça. Esse incidente processual, conquanto tenha levado à suspensão das ações coletivas e individuais por um período de tempo, ao final não foi conhecido. Votos vencidos ponderaram os prejuízos decorrentes da desconsideração da natureza do conflito (litigiosidade de massa) e defenderam a reunião das ações para julgamento único.[460] A questão foi suscitada pelo Ministro Luiz Fux, que, em seu voto vencido, afirmou residir a conexão na necessidade de garantir a uniformidade das decisões e a coerência com as finalidades da ação coletiva. Este foi o posicionamento do Ministro Fux:

> "A grande realidade é saber se podemos conviver com nossa função, tal como prevista na Constituição Federal, assistindo passivamente, chegarem aqui cem mil ações com decisões diferentes sobre a mesma matéria. Isso significa abdicar do dever de velar pela cláusula máxima consectária da tutela da dignidade da pessoa humana, que é a igualdade. Sabemos que um dos fatores que levou o Poder Judiciário a um profundo descrédito perante a opinião pública foi a falta de sintonia nas decisões. [...] No meu modo de ver, a conexão é inegável. [...] Essas ações repetidas nos juizados especiais estão fazendo as vezes de ações coletivas de altíssima complexidade - vejam agora como estamos nos deparando com essa dificuldade toda - nos juizados especiais, que

[459] Ibidem.

[460] "Uma das questões processuais mais importantes em todos esses processos disse respeito à competência. Originalmente, cinco dessas ações foram propostas perante a Justiça Federal e as 21 restantes perante a Justiça Estadual. Todavia, em virtude (i) das alegações de conexão de causas feitas pela ré e da avocação das causas pelo juízo da 32ª Vara Cível da Justiça Estadual de São Paulo, (ii) da manifestação de interesse da Anatel quanto aos casos, (iii) de liminar concedida nos autos de conflito de com- petência instaurado perante o Superior Tribunal de Justiça, (iv) do julgamento desse conflito de competência e (v) de declaração subseqüente de incompetência pela 9ª Vara da Justiça Federal de São Paulo, tais processos foram, em muitos casos, encaminhados de um juízo para outro por até quatro vezes." Ibidem, 64. Vale notar que para decidir sobre a conexão entre ações coletivas, o pedido mediato, ou seja, o bem da vida pretendido, é que deve nortear o julgador, ainda que o pedido imediato seja diverso. Paulo Henrique dos Santos Lucon et al., "Interpretação do Pedido e da Causa de Pedir nas Demandas Coletivas (Conexão, Continência e Litispendência)", in *Tutela Coletiva: 20 Anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 Anos do Código de Defesa do Consumidor* (São Paulo: Atlas, 2006).

> não têm a menor competência para julgar tais causas. Na verdade, é um simulacro de uma ação individual. Esta é uma ação coletiva, que versa e que interessa a todos. Uma ação dessa tem gerado a repetição de inúmeras ações. [...] Diante desse panorama, reformulando meu voto, já que entendo que não podem permanecer nos juizados especiais, assento que a *ratio essendi* da conexão das ações coletivas é manter a uniformidade das decisões, do contrário, estaremos criando, com as ações coletivas, a possibilidade de decisões contraditórias, isto é, estamos indo na contramão da finalidade do instituto. Sugiro que todas as ações sejam reunidas no juízo federal para uma decisão única, porque, mesmo aquela primeira solução de grupos ficarem em locais diferentes, gera a possibilidade de essas decisões serem contraditórias nesses grupos. Essa é a complementação da minha sugestão de voto."

A solução que prevaleceu, porém, foi formalista: o voto vencedor, da lavra do Ministro Teori Zavascki, explicitou que as dúvidas sobre conexão e competência para julgamentos coletivos não são aptas a justificar o conflito de competência, deixando de reconhecer a conexão por entendê-la tema estranho ao Conflito de Competência e indeferindo o pedido de suspensão das ações individuais até o julgamento das ações coletivas:

> "Do sistema da tutela coletiva, disciplinado na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC, nomeadamente em seus arts. 103, III, combinado com os §§ 2º e 3º, e 104), resulta (a) que a ação individual pode ter curso independente da ação coletiva; (b) que a ação individual só se suspende por iniciativa do seu autor; e (c) que, não havendo pedido de suspensão, a ação individual não sofre efeito algum do resultado da ação coletiva, ainda que julgada procedente. Se a própria lei admite a convivência autônoma e harmônica das duas formas de tutela, fica afastada a possibilidade de decisões antagônicas e, portanto, o conflito.
> Por outro lado, também a existência de várias ações coletivas a respeito da mesma questão jurídica não representa, por si só, a possibilidade de ocorrer decisões antagônicas envolvendo as mesmas pessoas. É que os substituídos processuais (= titulares do direito individual em benefício de quem se pede tutela coletiva) não são, necessariamente, os mesmos em todas as ações.
> O pedido de suspensão das ações individuais até o julgamento das ações coletivas, além de estranho aos limites do conflito de competência, não pode ser acolhido, não apenas pela autonomia de cada uma dessas demandas, mas também pela circunstância de que as ações individuais, na maioria dos casos, foram propostas por quem não figura como substituído processual em qualquer das ações coletivas."[461]

Não obstante a existência de ações coletivas, as ações individuais continuaram sendo propostas, em quantidade significativa: no Estado de São Paulo, tramitavam, no início de 2005, 95 mil ações individuais relativas ao tema;[462] o número total teria chegado a 130 mil feitos.[463] Uma das estratégias processuais do litigante habitual foi sustentar a inadmissibilidade das ações individuais e o cabimento exclusivo da litigância coletiva, pela natureza incindível da relação jurídica material. Essa argumentação não teve grande acolhida, pois justamente o entendimento

---

[461] Conflito de Competência 47.731-DF, Ministro Teori Albino Zavascki (Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça 2005).

[462] Watanabe et al., "Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas", 74.

[463] Kazuo Watanabe, "Relação entre Demanda Coletiva e Demandas Individuais", *Revista de Processo*, Ano 31, 139 (setembro de de 2006).

que prevaleceu no Superior Tribunal de Justiça foi da divisibilidade das relações jurídicas entre os diversos usuários do serviço regulado. Não há nenhum relato de que a existência das ações coletivas tenha auxiliado, de qualquer maneira, na administração da litigiosidade individual. As demandas individuais repetitivas consumiram, nos Juizados Especiais Cíveis Centrais da cidade de São Paulo, cerca de 9,45% de sua capacidade.[464]

A existência de litispendência entre as demandas também foi aventada,[465] mas foi rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça:

> "Ao contrário do que ocorre com os direitos transindividuais — que, por não terem titular determinado, são, necessariamente, tutelados em regime de substituição processual (em ação civil pública ou ação popular) —, os direitos individuais homogêneos podem ser tutelados tanto por ação coletiva (proposta por substituto processual), quanto por ação individual (proposta pelo próprio titular do direito). O sistema da tutela coletiva, disciplinado na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC), entretanto, evidencia que entre a ação coletiva e as ações individuais promovidas pelos próprios titulares desses direitos não há litispendência (CDC, art. 104) nem possibilidade de decisões antagônicas."[466]

O Superior Tribunal de Justiça firmou seu entendimento final pelo cabimento da cobrança da tarifa no julgamento de ações individuais. Conforme crítica que será melhor desenvolvida no item 4.2.2, esse fato é problemático pela vulnerabilidade jurídica do consumidor individual em face das grandes corporações interessadas no resultado do litígio. Desses julgados resultou a Súmula 356/STJ, que preconiza ser "legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa". Os precedentes que embasam a súmula são os Recursos Especiais 911.802/RS, 870.600/PB, 994.144/RS, 983.501/RS e 872.584/RS. Por fim, o entendimento sumulado foi cristalizado sob a Lei dos Recursos Repetitivos no Recurso Especial 1068944/PB, de 12.11.2008.[467]

---

[464] Watanabe et al., "Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas", 75.

[465] "Foi referida, por vários dos atores envolvidos nesse contencioso, a existência de importantes dúvidas quanto à regulamentação legal incidente sobre o procedimento de mencionadas ações coletivas, dúvidas essas que disseram respeito, sobretudo, aos seguintes elementos: (i) necessidade de participação da agência de regulação nos processos, (ii) competência originária para análise das ações coletivas, (iii) existência de litispendência ou conexão entre as várias ações e possibilidade ou impossibilidade de sua reunião em um mesmo juízo, (iv) possibilidade de suspensão ou mesmo reunião das ações individuais em um mesmo juízo, durante a pendência das ações coletivas e (v) determinação da abrangência (limites subjetivos da coisa julgada) em cada uma das ações coletivas". Ibidem, 12.

[466] Conflito de Competência 47.731-DF, Ministro Teori Albino Zavascki.

[467] O acórdão foi assim ementado: "Administrativo. Processual Civil. Serviços de Telefonia. Demanda entre Usuário e Concessionária. Anatel. Interesse Jurídico. Litisconsórcio Passivo Necessário. Inexistência. Tarifa de Assinatura Mensal. Legitimidade da Cobrança. Súmula 356/STJ. 1. Pacificou-se a jurisprudência das Turmas da 1ª Seção do STJ no sentido de que, em demandas sobre a legitimidade da cobrança de tarifas por serviço de telefonia, movidas por usuário contra a concessionária, não se configura hipótese de litisconsórcio passivo necessário da Anatel, que, na condição de concedente do serviço público, não ostenta interesse jurídico qualificado a justificar sua presença na relação processual. 2. Conforme assentado na Súmula 356/STJ, "é legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso dos

4.2 IMPLICAÇÕES PARA O ACESSO À JUSTIÇA

No EC1, não foi constado o uso de nenhuma ferramenta de gestão processual para lidar com o contencioso coletivo e individual multitudinário. Uma dificuldade adicional foi a evidência de que a litigiosidade representava um desafio à política regulatória do setor, do que decorreu a dúvida sobre o cabimento da inclusão da Anatel no polo passivo da ação. Neste panorama, visa-se a compreender qual o legado, em termos de acesso à Justiça, das ações individuais ou coletivas estudadas no EC1.

4.2.1 Inclusão

Ações coletivas seriam *a priori* mais aptas a produzir inclusão do que as ações individuais, já que mesmo quem não tem condições de pedir em juízo pode ser beneficiado pela procedência do pedido coletivo, nos termos do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor. Porém, o Superior Tribunal de Justiça[468] limitou a capacidade inclusiva das ações coletivas ao optar por aplicar restritivamente o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública.[469]

Este artigo confunde os conceitos de (i) competência territorial, isto é, a medida da jurisdição do órgão julgador, que é definida com a distribuição da ação e que só pode ser alterada nas hipóteses descritas em lei e (ii) extensão subjetiva da coisa julgada, que diz respeito às pessoas que estarão vinculadas pelo resultado da ação judicial. É o que explica Daniela Gabbay, ao criticar a interpretação literal do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública:

> "Quando se trata de coisa julgada coletiva, é importante atentar ainda para os efeitos práticos da alteração do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, que restringiu os efeitos *erga omnes* da sentença aos limites territoriais de competência do órgão prolator, trazendo à tona sérios riscos de contradições fáticas e jurídicas entre as decisões judiciais, principalmente no caso de indivisibilidade do objeto, sujeito a fracionamento para atingir apenas parte dos interessados, sem estender-se àqueles que estiverem espalhados fora do respectivo foro judicial.
> A partir da leitura do teor desse artigo, percebe-se que houve nítida confusão de critérios de definição de competência e limites subjetivos da coisa julgada: a falha está em não se diferenciar as pessoas que serão atingidas pelos efeitos da coisa julgada (efeitos subjetivos) e a competência territorial, pois qualquer sentença poderá ter eficácia para além de seu território [...]."[470]

---

serviços de telefonia fixa ". 3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08."

[468] Conflito de Competência 47.731-DF, Ministro Teori Albino Zavascki.

[469] Ver: Daniela Monteiro Gabbay, "Ações Coletivas e Contencioso de Massa: o Caso da Assinatura Básica de Telefonia Fixa", in *Estratégias Processuais na Advocacia Empresarial*, org. Carlos Alberto Carmona e Sidnei Amendoeira Junior (São Paulo: Saraiva, 2011), 143–44.

[470] Ibidem, 132.

Note-se que embora seja possível o reconhecimento da conexão ou da continência entre ações coletivas, a utilidade dos institutos fica seriamente limitada pela interpretação literal do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, que restringe os efeitos da sentença à competência territorial do órgão prolator. [471] Conquanto não se negue que o entendimento adotado pelo Relator do acórdão no STJ é uma das leituras possíveis do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública (que o interpreta como aplicável apenas a direitos individuais homogêneos),[472] é preciso ponderar que as consequências de uma interpretação individualista do artigo e da própria natureza dos direitos individuais homogêneos resultam no enfraquecimento da tutela coletiva desses direitos, com a consequente redução do acesso à Justiça.[473] Compromissos constitucionais primordiais justificariam a adoção da interpretação mais abrangente da lei.[474]

---

[471] O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública em outra oportunidade, entendeu que limitações territoriais de órgão julgador de ação coletiva não seriam justificativa bastante para se autorizar a repropositura de ação coletiva quando já julgada improcedente em outro ente da Federação e ainda que a improcedência da primeira ação tenha se fundado em insuficiência probatória (REsp 1.302.596-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 9/12/2015, DJe 1°/2/2016).

[472] O relator foi o Ministro Teori Zavascki, que também em seu doutorado justificou a referida interpretação: "O sentido da limitação territorial contida no art. 16, antes referido, há de ser identificado por interpretação sistemática e histórica. Ausente do texto original da Lei 7.347/85, sua gênese foi a nova redação dada ao dispositivo pelo art. 2º da Lei 9.494, de 10/09/97. Essa Lei, por sua vez, tratou de matéria análoga no seu art. 2º-A, que assim dispôs: "A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa de direitos e interesses dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator". Aqui, o desiderato normativo se expressa mais claramente. O que ele visa é limitar a eficácia subjetiva da sentença (e não da coisa julgada), o que implica, necessariamente, limitação do rol dos substituídos no processo (que se restringirá aos domiciliados no território da competência do juiz). Ora, entendida nesse ambiente, como se referindo à sentença (e não à coisa julgada), em ação para tutela coletiva de direitos subjetivos individuais (e não em ação civil pública para tutela de direitos transindividuais), a norma do art. 16 da Lei 7.347/85 produz algum sentido. É que, nesse caso, o objeto do litígio são direitos individuais e divisíveis, formados por uma pluralidade de relações jurídicas autônomas, que comportam tratamento separado, sem comprometimento de sua essência. Aqui sim é possível cindir a tutela jurisdicional por critério territorial, já que as relações jurídicas em causa admitem divisão segundo o domicílio dos respectivos titulares, que são perfeitamente individualizados. Compreendida a limitação territorial da eficácia da sentença nos termos expostos, é possível conceber idêntica limitação à eficácia da respectiva coisa julgada. Nesse pressuposto, em interpretação sistemática e construtiva, pode-se afirmar, portanto, que a eficácia territorial da coisa julgada a que se refere o art. 16 da Lei 7.347/85 diz respeito apenas às sentenças proferidas em ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos, de que trata o art. 2º-A da Lei 9.494, de 1997 e não, propriamente, às sentenças que tratem de típicos direitos transindividuais." Teori Albino Zavascki, "Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos" (Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005), 65.

[473] Para Didier Jr e Zaneti Jr, os dispositivos seriam inconstitucionais, ineficazes e irrazoáveis. Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr, *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*, 10º ed, vol. 4 (Salvador: JusPodivm, 2016), 413.

[474] Oscar Vilhena Vieira ressalta a importância de a interpretação judicial se pautar em princípios constitucionais fundamentais e na argumentação racional. Oscar Vilhena Vieira, "Discricionariedade Judicial e Interpretação Constitucional", in *Constituição Federal de 1988: Dez Anos (1988-1998)*, org. Antônio Carlos Mathias Coltro (São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999), 432.

Lesões de massa implicam a necessidade de uma tutela verdadeiramente coletiva dos direitos, isto é, centrada no que eles têm de coletivo, e não de individual.

Na sociedade de massas, a complementaridade entre os interesses individuais e os sociais deveria orientar os pensadores que interpretam a lei. Nesse sentido, a orientação adotada por Ada Pellegrini Grinover – que entende ser ineficaz o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, porque o artigo 103, III, do Código de Defesa do Consumidor seria o único aplicável aos direitos individuais homogêneos, bem como por força dos parâmetros previstos no artigo 93 do mesmo diploma legal[475] – é preferível, porque decorre de interpretação sistemática e teleológica dos dispositivos. O entendimento já havia sido, inclusive, adotado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça em outras oportunidades.[476] O estudo de caso revela a significativa relevância da questão e o quanto a limitação advinda do artigo 2º da Lei 9.494/1997 pode significar em termos de inviabilizar a própria existência de processos coletivos estruturais.

Infelizmente, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o pedido liminar da ADIn 1.576, deixou de corrigir o equívoco legislativo. A leitura dos votos dos Ministros deixa entrever, porém, que alguns deles interpretaram a nova redação do artigo 16 em sentido bastante mais amplo do que o que foi dado pelo Superior Tribunal de Justiça no EC1, aproximando-o do que dispõe o artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor. Da leitura dos votos dos Ministros Nelson Jobim (p. 180) e Carlos Velloso (p. 184), vê-se que o que se pretendia era vincular a eficácia subjetiva da decisão referente a danos de abrangência nacional ao Estado da Federação a que o juiz estivesse vinculado. A leitura do voto do Ministro Marco Aurélio (p. 138) não infirma essa conclusão. Apenas o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que alegou abusos na utilização da ação civil pública – a qual poderia servir indevidamente como uma ADIn regional, apta a esvaziar a competência do Supremo Tribunal Federal – pareceu defender que a correta interpretação do novo artigo fosse exatamente a dada pelo Superior Tribunal de Justiça no EC1.[477] Após a Medida Provisória 1.570/1997 ser convertida na Lei 9.494/1997, a ação foi julgada prejudicada pela ausência de aditamento à petição inicial.[478] Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, rejeitou a alegação de existência de

---

[475] A explicação completa das razões da ineficácia do referido artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, não apenas quanto a direitos individuais homogêneos mas também quanto a direitos coletivos, consta de: Grinover, Watanabe, e Nery Junior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, II-Processo Coletivo:190–91.

[476] Exemplar é o Conflito de Competência 26.842 – DF, em que o Superior Tribunal de Justiça adotou entendimento incompatível com o adotado no EC1 (STJ, CC 26.842 – DF, 2ª Seção, Relator Cesar Asfor Rocha, DJ 05/08/2002 p. 194).

[477] STF, ADIn-MC 1.576, Pleno, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ 16.4.1997.

[478] STF, ADIn-MC 1.576, Pleno, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ 6.6.2003.

repercussão geral no tema do alcance territorial da eficácia das decisões proferidas em ações coletivas, sob o argumento de que o debate é infraconstitucional.[479]

Diante da interpretação literal adotada pelo Superior Tribunal de Justiça ao alcance subjetivo das ações coletivas, impõe-se a conclusão de que a capacidade inclusiva delas ficou muito reduzida. Esta interpretação incentiva a propositura das ações individuais e desestimula a união de esforços dos cidadãos em prol da causa. Assim, o Poder Judiciário reduziu ao mínimo possível o impacto da judicialização coletiva.

O EC1 também revela que, não obstante a previsão legal de publicação de edital em órgão oficial para fins de conhecimento de terceiros acerca da existência da ação coletiva,[480] a publicidade dada às ações coletivas não foi suficiente para que os interessados pudessem delas participar e se beneficiar quando ainda em trâmite. Contraditoriamente, às ações individuais foi dado o devido destaque: o estudo de caso revela que advogados envolvidos neste contencioso deram ampla publicidade às ações individuais, que foram veiculadas inclusive pelo rádio.[481] Esse fato chama a atenção para a diferença de incentivos financeiros entre as ações individuais, nas quais os honorários advocatícios são fixados em prol do vencedor a cada uma das causas ganhas, e as ações coletivas, nas quais não há parâmetros para a fixação dos honorários advocatícios e nem uma tradição clara de premiação dos advogados vitoriosos em ações coletivas por meio de honorários advocatícios substanciosos.

Em termos de divulgação, no EC1, constatou-se a falta de dados sobre as ações coletivas até mesmo dentro das próprias organizações que estavam atuando no polo ativo.[482] Também não existiam cadastros oficiais que permitissem o conhecimento e a consulta das ações coletivas pelos eventuais interessados, o que dificulta a participação e o aproveitamento de seu resultado pelos interessados, além de contribuir para o ingresso multitudinário de ações individuais.

Deve-se ressaltar que atualmente já existe o Cadastro Nacional de Ações Coletivas, previsto na Resolução Conjunta 2/2011 do CNJ e do CNMP. Referido cadastro, porém, não tem sido alimentado com os dados que possibilitariam sua utilização a contento. A concretização do cadastro é fundamental não só para a melhor administração dos litígios, mas,

---

[479] STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 885.451-CE, Rel. Ministra Rosa Weber, DJ 10 de novembro de 2015; STF, ARE no 796.473, Rel. Min. Gilmar Mendes; STF, ARE 807.445/PE, Rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática, DJe 11.6.2014; STF, RE 468.140-AgR/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJe 26.9.2013; STF, ARE 694.468- AgR/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJe 18.12.2013.

[480] Art. 94 do Código de Defesa do Consumidor: "Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor."

[481] Watanabe et al., "Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas", 76.

[482] Ibidem, 11. O mesmo estudo apontou que nem o Ministério Público nem órgãos judiciários dispunham de dados para subsidiar uma pesquisa empírica a respeito do tema no Brasil: Ibidem, 24.

também, para que o cidadão possa acompanhar as ações coletivas de seu interesse e habilitar-se nelas, evitando assim a propositura desnecessária de ações judiciais individuais.

A adequada notificação aos interessados acerca da existência e do resultado da ação coletiva seria também fundamental para a realização do potencial inclusivo da ação coletiva. O anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo elaborado por Antonio Gidi, em seu artigo 5º, traz inovações compatíveis com o sistema nacional e que poderiam trazer benefícios em termos de inclusão, ao facilitar a ciência de todos os interessados acerca de informações importantes sobre a ação coletiva.[483] Não se pode concordar com o entendimento de ser

[483] Transcreve-se, pela importância do tema, o texto do anteprojeto: "**Artigo 5.** Na fase inicial do processo coletivo, o juiz promoverá, com o auxílio das partes, a melhor notificação possível para o grupo e seus membros, em face das circunstâncias do caso concreto (vide arts. 3.2, 14.6 e 16.1) **5.1** A notificação deverá ser econômica, eficiente e abrangente, direcionada a atingir o maior número possível de legitimados coletivos (vide art. 2) e membros do grupo. O Ministério Público, o Fundo dos Direitos de Grupo, as entidades e órgãos públicos relevantes, as associações nacionais e regionais mais representativas e uma pequena amostra dos membros do grupo facilmente identificáveis serão sempre notificados (vide arts. 5.10, 14.9 e 24.3). **5.2** O juiz utilizará todas as técnicas disponíveis para uma adequada notificação ao grupo, inclusive anúncios na imprensa e na Internet, em instrumentos de circulação compatível com a dimensão e o tipo do grupo. **5.3** A notificação e a identificação dos membros do grupo e entidades relevantes é de responsabilidade de ambas as partes e do juízo mas, em princípio, será custeada pelo representante do grupo (vide art. 5.12). Quando a identificação ou a notificação for difícil e custosa para o representante e não para a parte contrária ao grupo, o juiz atribuirá tal função à parte contrária, que poderá ter o direito de ser ressarcida das suas despesas pelo representante do grupo (vide art. 5.13). **5.4** A notificação será transmitida em linguagem simples, clara e acessível em face das circunstâncias e deverá incluir, entre outras informações: **5.4.1** a definição do grupo; **5.4.2** a identificação do réu; **5.4.3** a identificação e a informação para contato do representante e do advogado do grupo; **5.4.7** o caráter vinculante da sentença coletiva e a possibilidade e o prazo para propositura de ação individual, se o membro tiver interesse em se excluir do grupo (vide art. 20.1); **5.4.8** cópia da petição inicial, da contestação e de documentos relevantes, selecionados pelo juiz com o auxílio das partes; **5.4.9** instruções sobre como obter mais informações sobre o processo coletivo; **5.4.10** qualquer outra informação relevante no caso concreto. **5.5** A notificação será enviada em nome do juízo. **5.6** O texto da notificação será redigido de forma neutra e imparcial. O juiz poderá atribuir tal função ao representante do grupo, sob fiscalização do réu e controle do juiz. **5.7** O juiz poderá reduzir ou dispensar a notificação individual dos membros do grupo, se ela for desproporcionalmente custosa ou se a propositura da ação coletiva tiver obtido notoriedade adequada. **5.8** O representante do grupo deverá manter os membros do grupo constantemente informados sobre os aspectos importantes do desenvolvimento da ação coletiva, sob pena de ser considerado inadequado. O juiz poderá promover a notificação formal de qualquer evento do processo, se estiver insatisfeito com a notificação periódica promovida pelo representante. **5.9** Os legitimados coletivos mais significativos a critério do juiz deverão e os que assim solicitarem poderão receber notificação dos atos importantes realizados no processo. **5.10** O juiz não promoverá a notificação, se a ação coletiva for manifestamente incabível ou infundada. **5.11** Para evitar prejuízo ao réu ou para poder dar uma informação mais completa ao grupo, o juiz poderá adiar a notificação ampla até ter convicção do cabimento e da boa-fé da ação coletiva, limitando a notificação, em um primeiro momento, aos legitimados coletivos mais significativos (vide art. 14.9). **5.12** O juiz poderá ordenar que as despesas com a notificação ampla e identificação dos membros do grupo sejam total ou parcialmente suportadas pelo réu, se houver probabilidade de sucesso da pretensão coletiva. **5.13** Se a parte contrária ao grupo envia correspondência aos membros do grupo ou mantém a publicação de periódicos ou brochuras ou um sítio na Internet, o juiz poderá ordenar a notificação através desse método, se houver probabilidade de sucesso da pretensão coletiva, de forma a notificar adequadamente o grupo sem aumentar substancial e desnecessariamente as despesas (vide arts. 5.3 e 5.12). **5.14** O juiz poderá ordenar a criação de um sítio na Internet, contendo informações importantes sobre o processo coletivo e sobre os fatos que levaram à sua propositura, com cópias da notificação, da petição inicial, da contestação e das principais peças, documentos e decisões do juiz. O sítio deverá ser atualizado frequentemente com o objetivo de informar os membros do grupo sobre o andamento do processo e poderá conter mensagens importantes para o grupo e seus membros, tais como a solicitação de informações ou provas e a divulgação de uma eventual proposta de acordo. O endereço eletrônico do sítio será amplamente divulgado.

impraticável a intimação pessoal,[484] que, conforme será visto no item 4.3, já existe nos Estados Unidos. Nesse sentido, consideram-se insuficientes as previsões do artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor.[485] O avanço tecnológico, com as facilidades de comunicação trazidas pela internet e pela existência do processo digital, além de diversos canais de relacionamento utilizados pelas grandes organizações burocráticas, também possibilita que a notificação seja individualizada em relação aos potenciais interessados no desfecho da ação coletiva. A ausência de notificação efetiva reduz a participação e o controle social sobre a demanda.

Finalmente, insta analisar o caso sob o ângulo substantivo do acesso à Justiça. Esta análise, conquanto extremamente complexa,[486] é especialmente importante por conta de seis princípios constantes da Lei Geral de Telecomunicações (LGT) que têm aplicação no EC1 e que demandam do julgador uma análise mais aprofundada da realidade social do país e das relações contratuais no âmbito das telecomunicações: função social da propriedade, defesa do consumidor, manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, redução das desigualdades sociais, modicidade das tarifas e preços e vedação de discriminação.[487]

Ao analisar a questão, não se pode descartar a possibilidade de que nem ações individuais nem ações coletivas tenham sido inclusivas o suficiente a ponto de reverter decisões administrativas que talvez estivessem excluindo os mais pobres do acesso ao serviço público de telefonia, pela adoção de um sistema de remuneração regressivo, que cobra dos pobres para subsidiar a utilização dos ricos, que são os que utilizam mais pulsos.

No campo dos preços do serviço de telefonia, a tarifa de acesso pode ser uma explicação para a inacessibilidade do serviço público às camadas mais pobres da população, comprometendo o ideal de universalização sob o ponto de vista da demanda, e não mais da oferta.[488] Isso é problemático porque a própria Lei 9.472/1997 dispõe, no artigo 5º, que "[n]a

---

O juiz poderá ordenar que seja inserida uma conexão para referido sítio no sítio do representante do grupo, do interveniente e da parte contrária ao grupo."

[484] Grinover, Watanabe, e Nery Junior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, II-Processo Coletivo:150.

[485] Ver, a este respeito: "A publicidade deve ser efetiva, através de comunicação aos interessados identificáveis (ainda que em grupo), seja por via eletrônica (e-mail), seja por *pop ups* em páginas da internet de interesse da coletividade lesada, seja por lançamento de notícia nos modos de comunicação utilizados entre os condenados e os usuários de seus serviços (home banking, extratos bancários, contas de energia, telefone, etc)." *in* Gajardoni, "O Processo Coletivo Refém do Individualismo", 146.

[486] Hensler et al relatam que uma análise do custo-benefício das *class actions* é tarefa árdua e é, por envolver tantas variáveis, uma questão razoavelmente aberta ao julgamento individual. Hensler et al., *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, 466–67.

[487] Artigo 5º da LGT. Ver ainda: STJ, REsp 1068944-PB, Voto Vencido do Ministro Herman Benjamin, DJe 09/02/2009.

[488] "No caso do setor de telefonia, verificou-se um aumento maior dos benefícios marginais de acesso para as faixas intermediárias de renda. Este fato, associado à estagnação nos níveis de acesso a partir do ano 2000, sinalizam que após superadas as barreiras relacionadas à falta de oferta, passam a ser relevantes as barreiras de demanda, associadas à falta de capacidade de pagamento da população mais pobre. Apesar do relevante

disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da [...] redução das desigualdades regionais e sociais".

Em seu voto vencido, o Ministro Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça, expôs o entendimento de que a cobrança da assinatura básica seria "uma forma de discriminação ao contrário, ao cobrar de ricos e pobres o mesmo valor e a mesma quantidade de pulsos/minutos, como se fossem iguais", violando, no seu entender, o art. 3º, da Lei Geral de Telecomunicações, porque, assim o fazendo, "inviabiliza o acesso de largas parcelas da população aos serviços de telefonia fixa residencial (inciso I) e discrimina 'quanto às condições de acesso e fruição do serviço' (inciso II)".[489] O Ministro concluiu ser ela "o cavalo-de-troia da exclusão digital".[490] É interessante transcrever a conclusão do raciocínio desenvolvido por ele:

> "Em síntese, conclui-se que a cobrança da assinatura básica: a) é ilegal, por não estar prevista e autorizada pela LGT, havendo *in casu* afronta ao princípio da legalidade por parte da Anatel ao prevê-la em Resolução; b) mesmo que ausente a desconformidade com a LGT, viola o art. 39, I, do CDC, ao obrigar o usuário a adquirir uma franquia de pulsos (a consumir), independentemente do uso efetivo, condicionando, assim, o fornecimento do serviço, sem justa causa, a limites quantitativos; c) infringe o CDC, pois constitui vantagem exagerada, uma vez que "ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence" (art. 51, §1º, I), notadamente os princípios do amplo acesso ao serviço, da garantia de tarifas e preços razoáveis (art. 2º, I, da LGT) e da vedação da discriminação (art. 3º, III, da LGT); d) mostra-se excessivamente onerosa (art. 51, §1º, III, do CDC) ao impor o pagamento de quantia considerável (cerca de 10% do salário-mínimo só pela OFERTA do serviço, lembre-se!) ao assinante que utiliza pouco o serviço público; e e) importa desequilíbrio na relação contratual (art. 51, §1º, II, do CDC), já que, ao mesmo tempo que onera excessivamente o usuário, proporciona arrecadação extraordinária às concessionárias (cerca de treze bilhões de reais por ano, conforme consta da página eletrônica da Anatel)."[491]

Por outro lado, a transição do sistema de telecomunicações brasileiro de um modelo estatizado para outro privatizado envolve questões técnicas de relevo. Assegurar a viabilidade da atividade econômica do sistema privatizado também é um dos compromissos da regulação. Assim, deve-se levar em consideração que riscos empresariais foram assumidos pelas empresas,[492] aos quais se somaram dificuldades tais como os encargos regulatórios,[493] a tensão

---

crescimento da planta telefônica, superando as metas de universalização tanto no que se refere aos acessos individuais como aos de uso público, ainda persistem grandes desigualdades inter e intra-regionais no acesso aos serviços de telefonia." Danni, "Análise do Efeito das Reformas Regulatórias e Privatização dos Serviços Públicos no Brasil – Eletricidade e Telefonia".

[489] Ministro Herman Benjamin, Voto Vencido no Recurso Especial 1068944-PB (STJ 2 de setembro de 2009).

[490] Ibidem.

[491] Ibidem.

[492] Ana Novaes, "Privatização do Setor de Telecomunicações no Brasil", *A Privatização no Brasil: o Caso dos Serviços de Utilidade Pública. OCDE/BNDES*, 2000.

[493] Exemplo disso são as incertezas sobre a reversão do patrimônio.

entre os deveres de inovação e de universalização pela expansão da rede[494] e a herança de uma estrutura obsoleta, que teve de ser modernizada.[495] Tais fatores não são desprezíveis e, progressivamente, a eles se juntaram os desafios referentes à substituição da telefonia fixa pela telefonia móvel e pela internet.[496]

É de se ver, ainda, que a correção das distorções da estrutura tarifária brasileira – tarifas locais desproporcionalmente baixas e tarifas de longa distância desproporcionalmente altas, que subsidiavam as ligações locais – foi considerada condição essencial para o sucesso do sistema privatizado.[497]

Ainda que ponderadas todas essas circunstâncias, o Ministro Herman Benjamin considerou que a cobrança da assinatura básica constitui "um perverso e regressivo subsídio em favor dos mais ricos",[498] e que a Anatel poderia garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato por outros meios que não ampliassem a desigualdade.[499] Em sentido semelhante, Coutinho ressalta que a diferenciação de tarifas conforme o poder econômico do cidadão

---

[494] O diretor de regulamentação da Oi, Carlos Eduardo Monteiro, exemplifica um dos ônus da universalização: a atual planta de orelhões, que tem quase um milhão de aparelhos ainda em serviço, que precisam ser mantidos a um custo alto, mas têm pouca utilidade. "Concessão de telefonia ficará insustentável em cinco anos, diz Oi", *TeleSíntese*, 22 de setembro de 2015, http://www.telesintese.com.br/concessao-de-telefonia-ficara-insustentavel-em-cinco-anos-diz-oi/.

[495] O mesmo Carlos Eduardo Monteiro, citado na nota de rodapé acima, durante o 29º Seminário Internacional ABDTIC, afirmou que "passamos de 2,4 milhões de assinantes na fila de espera para telefone, que a taxa de habilitação custaria hoje, em valor reajustado pela Selic, R$ 5.300, para uma penetração de 70% dos domicílios com telefone fixo, maior que na China, África do Sul e Índia. E, quando fala por cem habitantes, o Brasil tem 22 a cada 100. Se usar estes indicadores, não resta dúvida de que universalização deu certo" (disponível em http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&infoid=41307&sid=8&tpl=printerview, acesso em 25 de abril de 2016). O seu discurso ilustra a complexidade da mensuração do sucesso da universalização e, de modo geral, de todo o projeto de privatização.

[496] Segundo relatório do IPEA, 45,6% dos domicílios pesquisados não contam com o serviço de telefonia fixa, e desta porcentagem 59,4% "afirmaram que a comunicação via aparelho móvel (celular) substitui o telefone fixo". Por outro lado, 20,2% afirmaram não ter condições financeiras de pagar pelo serviço. Ver: Ipea - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, "Sistema de Indicadores de Percepção Social (Sips): Serviços de Telecomunicações", 12 (Brasília, 13 de março de 2014), http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140313_sips_telecomunicacoes.pdf.

[497] Novaes, "Privatização do Setor de Telecomunicações no Brasil", 152. A autora acrescenta que o valor das tarifas levava em consideração também objetivos alheios ao sistema de telecomunicações, como a redução da inflação. Ibidem, 161.

[498] STJ, REsp 1068944-PB, Voto Vencido do Ministro Herman Benjamin, DJe 09/02/2009. Ver ainda Guilherme Ferreira da Cruz, "A Ilegalidade da Abusiva Tarifa de Assinatura Mensal do Serviço de Telefonia Fixa e o Consequente Direito à Repetição do Indébito", *Revista de Direito do Consumidor* 55 (julho de 2005).

[499] "O certo é que a Anatel e as concessionárias não estão sujeitas, por laço umbilical cuja remoção significará a morte da atividade econômica, a um modelo tarifário no qual quem não consome ou não quer consumir, por não ter condições financeiras, subsidia a tarifa daqueles que, podendo consumir e pagar, pagam menos em razão desse dreno de recursos das camadas menos aquinhoadas. A Anatel, após os necessários estudos técnicos, bem poderá entender que, para simultaneamente manter o equilíbrio econômico-financeiro e ajustar a política tarifária com base na justiça social, cabe aumentar a tarifa do minuto da telefonia fixa, das ligações interurbanas ou internacionais, ou ainda promover outra medida econômico-financeira de compensação." Ministro Herman Benjamin, STJ, REsp 1068944-PB, Voto Vencido do Ministro Herman Benjamin, DJe 09/02/2009.

(tarifação redistributiva) existe em outros países e deve ser objeto de atenção em países desiguais como o Brasil.[500]

Ante as desigualdades econômicas e sociais do Brasil, muito deve ser feito na área para a concretização de um ideal de inclusão. Conforme o IPEA, em 9,1% dos domicílios brasileiros não há utilização de nenhum serviço de telecomunicação (telefonia fixa, móvel, banda larga e TV por assinatura) e, especificamente quanto à telefonia fixa, 20,2% dos domicílios afirmaram não ter condições financeiras de pagar pelo serviço, perpetuando-se um quadro de exclusão.[501]

4.2.2 Imparcialidade

Em termos de imparcialidade, pode-se apontar que, embora o resultado substantivo tenha sido semelhante em julgados individuais e coletivos, a ação coletiva deixou de propiciar a soma de esforços dos litigantes eventuais e de equiparar seu poder de persuasão ao do litigante habitual. A leitura do caso comporta a interpretação de que existe resistência no próprio Judiciário contra o fortalecimento da ação coletiva. Isto porque, em consequência do entendimento literal adotado do STJ à luz do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, a ação coletiva passou a implicar riscos menores aos litigantes habituais, bem como a congregar menor quantidade de litigantes eventuais.

Comparada com a litigância individual multitudinária, que exige dispêndio de recursos significativos, a ação coletiva enfraquecida é uma opção atraente para o litigante habitual. Não surpreende, por isso, que ele tenha defendido a vedação da propositura de ações individuais e o cabimento exclusivo da litigância coletiva no EC1.

Adotada a interpretação do Superior Tribunal de Justiça que leva à ação coletiva enfraquecida, a *class action* que Galanter defendeu passa a ser preferível à ação individual, mesmo com todas as vantagens que a litigiosidade repetitiva individualizada permite ao litigante habitual gozar. Assim, o litigante habitual sustentou a tese, defendida por Kazuo Watanabe, de que as ações individuais não seriam cabíveis em razão da natureza incindível da relação jurídica substancial. Para Watanabe,

---

[500] Coutinho, "A Universalização do Serviço Público para o Desenvolvimento como uma Tarefa da Regulação", 75. O mesmo autor alerta para a complexa discussão jurídica que a implementação desta ideia provoca. Ibidem, 83.

[501] Ipea - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, "SIPS 2014 - Sistema de Indicadores de Percepção Social: Serviços de Telecomunicações", 10. Ver ainda, sobre o desafio da universalização das telecomunicações, a crítica de Carlos Eduardo Vieira de Carvalho à incompatibilidade da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97) ao texto constitucional. Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, *Regulação de Serviços Públicos na Perspectiva da Constituição Econômica Brasileira* (Belo Horizonte: Del Rey, 2007), 98–100.

> "[...] qualquer demanda judicial, seja coletiva ou individual, que tenha por objeto a impugnação da estrutura tarifária fixada pelo Estado no exercício do seu poder regulatório, somente poderá veicular pretensão global, que beneficie todos os usuários, de modo uniforme e isonômico, uma vez que a estrutura tarifária, como visto, deve ter natureza unitária para todas as partes que figuram no contrato de concessão e nos contratos de prestação de serviços de telefonia. Uma ação coletiva seria mais apropriada para essa finalidade. As ações individuais, acaso fossem admissíveis, e não o são, devem ser decididas de modo global, atingindo todos os usuários, em razão da natureza incindível da relação jurídica substancial."[502]

Trata-se de tese da "ação pseudoindividual", cujo reconhecimento implica a extinção da ação sem resolução do mérito.[503] Embora essa tese tenha plausibilidade, ela leva à triste constatação de que a ação coletiva brasileira é uma versão degenerada do que se espera de uma legítima ação coletiva e precisa de urgente reformulação. Ora, se a ação coletiva passa a ser a opção preferível para o litigante habitual, conclui-se que as vantagens estruturais do litigante habitual nesse tipo de litígio são ainda maiores do que as já significativas vantagens estratégicas de que ele usufrui na litigiosidade individual.

É bom reforçar que a tese das ações pseudoindividuais não é necessariamente contrária aos interesses dos litigantes eventuais. Como pontuou o Ministro Luiz Fux, ações individuais podem servir como simulacros de complexas ações coletivas,[504] mascarando a profundidade do conflito, ao passo que a ação coletiva tende a favorecer a tomada de decisão judicial da forma mais informada possível, o que passa pela junção de forças e informações dos litigantes eventuais. O que causa preocupação em termos de garantia de acesso à Justiça é a adoção dessa tese de forma conjugada com entendimentos que albergam (i) a limitada eficácia territorial da ação coletiva e (ii) a restrita legitimação para a propositura da ação coletiva.

Não obstante tudo o que foi dito sobre o enfraquecimento da ação coletiva no caso concreto, a ação individual não é a melhor forma de assegurar a paridade de forças entre os litigantes. O EC1 permite aprofundar o tema por meio, mais uma vez, do voto vencido do Ministro Herman Benjamin no Recurso Especial 911.802-RS[505] – um dos acórdãos que, ao afirmar a legalidade da assinatura básica de telefonia fixa, embasou a súmula 356 do Superior Tribunal de Justiça. Nele, o Ministro Herman Benjamin teceu importantes observações sobre a

---

[502] Watanabe, "Relação entre Demanda Coletiva e Demandas Individuais", 134.

[503] No âmbito dos juizados especiais cíveis, Leslie Ferraz também defende a tese da extinção das ações pseudoindividuais. Ver: Ferraz, "Acesso à Justiça e Processamento de Demandas de Telefonia: o Dilema dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil", 196.

[504] Voto Vencido no Conflito de Competência 47.731-DF, Ministro Luiz Fux (Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça 2005).

[505] REsp 911.802-RS, Relator: Ministro José Delgado, Julgamento: 24/10/2007, Órgão Julgador: 1ª Seção, DJe 01/09/2008

impropriedade de solucionar conflitos coletivos pela via da ação individual formadora de precedente, que tem por notas características a pujança do litigante habitual e sua maior capacidade de formação de jurisprudência favorável. O Ministro denominou essa situação de "perplexidade político-processual", *verbis*:

> "[...] escolheu-se exatamente uma ação individual, de uma contratante do Rio Grande do Sul, triplamente vulnerável na acepção do modelo constitucional welfarista de 1988 - consumidora, pobre e negra -, para se fixar o precedente uniformizador, mesmo sabendo-se da existência de várias ações civis públicas, sobre a mesma matéria, que tramitam pelo País afora. Ou seja, inverteu-se a lógica do processo civil coletivo: em vez da ação civil pública fazer coisa julgada *erga omnes*, é a ação individual que, por um expediente interno do Tribunal, de natureza pragmática, de fato transforma-se, em consequência da eficácia uniformizadora da decisão colegiada, em instrumento de solução de conflitos coletivos e massificados.
> Não se resiste aqui à tentação de apontar o paradoxo. Enquanto o ordenamento jurídico nacional nega ao consumidor-indivíduo, sujeito vulnerável, legitimação para a propositura de ação civil pública (Lei 7347/1985 e CDC), o STJ, pela porta dos fundos, aceita que uma demanda individual - ambiente jurídico-processual mais favorável à prevalência dos interesses do sujeito hiperpoderoso (*in casu* o fornecedor de serviço de telefonia) - venha a cumprir o papel de ação civil pública às avessas, pois o provimento em favor da empresa servirá para matar na origem milhares de demandas assemelhadas - individuais e coletivas."

O Ministro foi claro quanto à importância da litigância estratégica desenvolvida pelo litigante habitual e das vantagens que ele obteve em razão de a Corte ter selecionado uma ação individual – de uma consumidora triplamente vulnerável – para firmar um precedente que afetou milhares de consumidores (os "litigantes-sombra"):

> "Em síntese, a vitória das empresas de telefonia, que hoje se prenuncia, não é exclusivamente de mérito; é, antes de tudo, o sucesso de uma estratégia judicial, legal na forma, mas que, na substância, arranha o precioso princípio do acesso à justiça, uma vez que, intencionalmente ou não, inviabiliza o debate judicial e o efetivo contraditório, rasgando a *ratio essendi* do sistema de processo civil coletivo em vigor (Lei 7.347/85 e CDC)."

As palavras do Ministro, para além do caso concreto, adaptam-se perfeitamente à crítica que está sendo desenvolvida nesta tese quanto ao trajeto traçado pela Reforma do Judiciário, que, sem resolver nenhuma das mazelas do processo coletivo, fortaleceu o sistema de precedentes formados em ações individuais de modo a praticamente substituir o processo coletivo no que tange à litigância envolvendo demandas repetitivas.

Por fim, a utilização de argumentos *ad terrorem* pelo litigante habitual tampouco passou despercebida pelo Ministro Herman Benjamin:

> "De todo o exposto, percebe-se que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão não serve à defesa da assinatura básica. Pelo contrário, abre as portas da discussão do tema sem que se possa apontar, como óbice à incursão jurisdicional, o argumento ad terrorem de risco de colapso na prestação do serviço ou impossibilidade do cumprimento das obrigações pelas empresas."

O raciocínio desenvolvido pelo Ministro ecoa o artigo de Galanter já citado.[506] Ao que ele disse é possível acrescentar que a litigiosidade individual multitudinária também leva ao fortalecimento dos laços do Judiciário com o litigante habitual, como ilustra a seguinte passagem de estudo empírico sobre a litigiosidade de que trata o EC1, ilustrando a cooperação entre o Poder Judiciário e o litigante habitual:

> "Em razão disso, foi verificada junto à Telesp, pela própria administração dos Juizados, a possibilidade de dispensar-se a juntada, numeração e autuação em ficha de suas milhares de contrarrazões de recurso repetitivas, ficando os documentos respectivos disponíveis para consulta no sítio da empresa e em arquivo na Corregedoria de Justiça."[507]

No EC1, nem a litigiosidade individual nem a coletiva lograram evitar a concretização das vantagens estratégicas do litigante habitual.

4.2.3 Celeridade

Em termos de celeridade, as ações coletivas, seja pelas múltiplas dúvidas suscitadas no curso do seu processamento, seja porque seu julgamento não foi priorizado, tramitaram muito mais lentamente do que as ações individuais. A prioridade na tramitação da ação coletiva é inerente à lógica do instituto, como forma de estimular os interessados a aguardar o resultado de uma ação que naturalmente será mais complexa do que a individual. A concessão de prioridade a determinados feitos não é desconhecida no processo brasileiro e, desde o novo Código de Processo Civil, pode ser concedida nas ações coletivas relativas a processos repetitivos por analogia ao artigo 980 e ao § 4º do artigo 1.037, que estabelece a preferência no julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. *De lege ferenda*, o ideal é que regra idêntica fosse editada para estabelecer, em todas as instâncias, a prioridade na tramitação das ações coletivas perante às demais ações, tendo por únicas exceções as ações que

---

[506] Marc Galanter, "Why the 'Haves' Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", *Law & Society Review* 9, nº 1 (1974), 11.
[507] Watanabe et al., "Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas", 75–76.

envolvessem réus presos ou pedidos de habeas corpus. A prioridade se aplicaria a todos os atos do processo, e não apenas à prolação de sentença ou acórdão, conforme a regra relativa à ordem cronológica de julgamento prevista no artigo 12, inciso VII, do novo Código de Processo Civil.

Não é demais ressaltar que a precedência no julgamento das ações coletivas poderia ser, num sistema como o brasileiro – em que é comum litigar independentemente do pagamento de custas judiciais e contratar honorários advocatícios contingentes – um dos poucos incentivos para o indivíduo aguardar o resultado da ação coletiva.

Uma opção para garantir mais celeridade às ações coletivas seria a criação de varas especializadas, com competência territorial ampliada para além de uma única comarca, já que isto evitaria que casos mais simples fossem priorizados em razão de escolhas pragmáticas ligadas à produtividade quantitativa do juiz. Esta opção traria como vantagem adicional a maior familiaridade e sofisticação do julgador e do corpo técnico, e se justificaria à vista das complexidades e particularidades dos processos coletivos.[508] Seria possível assim incrementar a eficiência no julgar em decorrência da concentração da estrutura necessária para o processamento das ações, incluindo a estrutura administrativa federal ou estadual, que geralmente se situa nas principais cidades do Estado.[509]

No estudo de caso, constatou-se que a propositura das ações coletivas deixou de influenciar positivamente a celeridade do Judiciário na medida em que não desestimulou o ingresso de ações individuais. Isto significa que a tramitação de ações judiciais no Judiciário paulista foi mais lenta após a expansão do acervo provocada pelo ingresso das ações repetitivas estudadas no EC1, e que não se logrou fazer um uso produtivo das ações coletivas como forma de administrar a litigiosidade repetitiva.

A dúvida sobre a inclusão da Anatel no polo passivo da ação foi um complicador relevante na tramitação das ações coletivas. A sua manifestação de interesse no feito levou à instauração de conflito de competência no Superior Tribunal de Justiça, suspensão das ações coletivas, remessa delas para a Justiça Federal e, posteriormente, retorno delas à Justiça Estadual, quando o juízo federal entendeu que a Anatel não era parte legítima para figurar no polo passivo das ações. [510]

---

[508] Neste sentido, o Projeto de Lei do Senado no 472/2013 estimula a criação de tais varas, facultando a propositura de ação civil pública em vara especializada quando possuir jurisdição sobre o local do dano.

[509] No mesmo sentido: "As Inter-Relações entre o Processo Administrativo e o Judicial sob a Perspectiva da Segurança Jurídica no Plano da Concorrência Econômica e da Eficácia da Regulação Pública", 306.

[510] Para que se tenha a dimensão da tramitação errante das ações coletivas, ver: Watanabe et al., "Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas", 64–65.

Prevaleceu, ao final, o entendimento de que, em se tratando de ação judicial entre particulares, não havia razão que justificasse a participação da Anatel. Porém, a questão não está pacificada. Posteriormente o Superior Tribunal de Justiça, por maioria, veio a decidir que a participação da Anatel nas ações coletivas era devida, mas não nas individuais, estabelecendo a diferença com base na presença do consumidor final no polo ativo da ação.[511] Não obstante todos os precedentes firmados segundo as questões postas pelo EC1, não é possível antever qual seria o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça caso uma litigiosidade semelhante se repetisse. Vale notar que eventual repetição não chegaria a ser surpreendente, dadas as dificuldades inerentes a conciliar os interesses divergentes dos consumidores e do setor regulado.[512]

Como o órgão regulador dispõe de elementos técnicos e jurídicos relevantes para o deslinde da ação coletiva, e como eventualmente a decisão que vier a ser tomada o impelirá a rever ou adequar a regulação, seria importante que seus argumentos fossem ponderados à luz do contraditório. Sobretudo nas ações coletivas cujo pano de fundo é regulatório, seria relevante a participação do órgão regulador, porque contar com suas contribuições garante maior qualidade e participação ao debate público que se trava na ação coletiva. Confere-se, assim, maior legitimidade à decisão que vier a ser proferida, além de propiciar um ambiente mais favorável a um eventual acordo que abranja a revisão das normas do setor.[513] Mais uma vez, o caso revela a necessidade de desenvolvimento legislativo e jurisprudencial da matéria, firmando-se como indispensável a presença do órgão regulador em um dos polos das ações coletivas relativas a temas de competência das agências reguladoras.

O aprimoramento do controle judicial da legislação produzida em decorrência do poder normativo exercido pelos órgãos reguladores é parte de uma configuração institucional que visa a atender a exigências democráticas ínsitas ao Estado Democrático de Direito.[514] O espaço da

---

[511] Ver EDcl no AgRg no Ag 1195826 / GO, Ministra Eliana Calmon (Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça 2010)., em cuja ementa consta: "1. Nas demandas coletivas ajuizadas contra prestadoras de serviços de telecomunicação, em que se discute a tarifação de serviços, com base em regramento da Anatel, reconhece-se a legitimidade passiva desta agência como litisconsorte necessário, bem como firma a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito. 2. Inaplicabilidade do posicionamento firmado em julgamento sob o rito do art. 543-C do CPC (REsp 1.068.944/PB), em razão da divergência com o suporte fático do precedente (demandas entre usuários e as operadoras de telefonia)."

[512] A análise dos fatos de Márcio Iório Aranha é de que "o ambiente de regulação do setor de telecomunicações e, em especial, do de telefonia, gera uma polarização natural entre propostas de diminuição dos custos evidentes dos serviços de telefonia impostos sobre seus consumidores, de um lado, e de interesses de manutenção do equilíbrio das relações contratuais, de otimização de lucros e de expansão das empresas do setor." Aranha, "Democracia Participativa e a Agência Reguladora de Telecomunicações Brasileira".

[513] Um ponto de vista diferente é perfilhado por Héctor Valverde Santana, "A Ilegalidade da Cobrança da Tarifa de Assinatura Básica de Telefonia Fixa", *Revista Jurídica da Presidência* 9, nº 84 (2007): 116–30.

[514] Jean-Paul Cabral Veiga da Rocha leciona que a democracia deliberativa, de que trata Jürgen Habermas, "reconhece como democrático o papel do controle de constitucionalidade numa sociedade complexa". Jean-

ação judicial é um espaço de debate jurídico público,[515] e o controle jurisdicional é garantia inafastável do cidadão. Aumenta-se assim o controle democrático sobre a capacidade normativa das agências reguladoras.[516]

Infelizmente, prevaleceu, no Conflito de Competência 47.731-DF, o entendimento de que a tramitação das ações coletivas em nada influenciava a das ações individuais, por se entender que o curso delas seria independente. Assim, a suspensão da ação individual só se daria por iniciativa de seu autor e, na falta de pedido de suspensão, a "ação individual não sofre efeito algum do resultado da ação coletiva, ainda que julgada procedente".[517]

Por fim, o EC1 revela uma intensa e improdutiva movimentação de ações coletivas de um foro para outro, reiteradas vezes, sem nenhum resultado concreto de direito material. O EC1 também faz observar que, após mais de 30 anos de existência, a Lei da Ação Civil Pública ainda contém lacunas jurisprudenciais inadmissíveis, tais como a ausência de clareza sobre o cabimento da inclusão do órgão regulador num dos polos da demanda.[518] A tramitação das ações coletivas foi errante, e seus resultados ficaram aquém do esperado: quando o Superior Tribunal de Justiça formou os precedentes que afirmaram a legalidade da cobrança da tarifa pela assinatura de linha telefônica fixa, os quais passaram a orientar a jurisprudência brasileira, as ações coletivas ainda tramitavam na primeira instância.[519]

Paul Veiga da Rocha, "A Capacidade Normativa de Conjuntura no Direito Econômico: o Déficit Democrático da Regulação Financeira" (Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 2004).

[515] Tanto é assim que novos instrumentos, que facilitam o debate público, vêm sendo paulatinamente incorporados à nossa legislação processual. Exemplos disso são as audiências públicas e a figura do *amicus curiae*.

[516] Sobre o debate, ver: Veiga da Rocha, "A Capacidade Normativa de Conjuntura no Direito Econômico: o Déficit Democrático da Regulação Financeira".

[517] Conflito de Competência 47.731-DF, Ministro Teori Albino Zavascki.

[518] Sabe-se que o STJ decidiu, sob o rito dos recursos repetitivos, que a Anatel não tem legitimidade para figurar na ação judicial coletiva: "Ora, no caso em exame, ninguém contesta que a relação de direito material posta em juízo é, exclusivamente, a que se estabeleceu, por força de um vínculo contratual, entre a concessionária e o usuário do serviço de telefonia. A Anatel não faz parte nem do contrato e nem, portanto, da relação jurídica dele decorrente. Assim, a Anatel, porque não ostenta sequer a condição para se legitimar como parte, não pode ser litisconsorte, nem facultativo e muito menos necessário. Aliás, na petição inicial, nada é pedido em relação a ela, nenhuma pretensão é deduzida contra ela. A sentença, consequentemente, não a beneficiará e nem a prejudicará. Não merece guarida, à toda evidência, a tese sustentada pela recorrente, segundo a qual a condição litisconsorte necessária decorre da competência (= poder) normativa ou reguladora dos serviços de telefonia e, especialmente, da estrutura tarifária correspondente. Para que essa afirmação pudesse ser verdadeira seria indispensável afirmar que o exercício do poder normativo ou controlador ou de polícia ou de concedente de serviços públicos, pelos entes estatais, transforma tais entes em partes em todas as relações de direito material estabelecidas pelos destinatários das normas por eles editadas, ou pelas entidades por eles fiscalizadas ou pelas empresas titulares de concessões ou autorizações por eles expedidas." (STJ, REsp 1068944 / PB, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 09/02/2009). No entanto, a conclusão é aplicável apenas ao caso concreto, não a futuras ondas de litigiosidade que vierem a envolver políticas regulatórias.

[519] Watanabe et al., "Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas", 73.

4.2.4 Eficiência

Ineficiências intrínsecas à numerosidade das ações individuais ficaram evidenciadas de forma marcante no EC1: a dispersão de uma única tese judicial em milhares de ações resultou na dificuldade de tramitação de outras ações judiciais, porque os juízos ficaram sobrecarregados.

Mais do que isso, ficou evidenciado que, em um contexto de litigiosidade multitudinária, o Poder Judiciário pode tender ao conservadorismo, reduzindo-se as chances de promoção de mudanças sociais por meio dos tribunais.[520] O estudo de caso permite relacionar diretamente as ineficiências decorrentes da litigiosidade repetitiva à própria concepção da improcedência liminar do pedido,[521] inicialmente consagrada no artigo 285-A do CPC/1973,[522] que atualmente corresponde, com algumas modificações, ao artigo 332 do CPC/2015. O estudo de caso chama a atenção para a importância de se refletir sobre quais são os incentivos do sistema para que o julgador assuma determinada postura perante a ação individual e a ação coletiva.

Diante de uma litigiosidade repetitiva multitudinária e da carga de processos a ela associada, se o juiz não estiver *a priori* convencido da importância da causa, é preciso reconhecer que existe um incentivo a julgar improcedentes as pretensões de mudança do *status quo*. Ao legislador cabe, enquanto "arquiteto de escolhas", levar em conta as predisposições acarretadas por incentivos institucionais para que o debate judicial globalmente considerado venha a ser o melhor possível.[523] O impacto deste conservadorismo faz-se sentir, sobretudo, no direito do consumidor: como a sociedade moderna baseia suas relações contratuais em contratos de adesão, estes tendem a ser mantidos, em favor das grandes organizações.

As ações coletivas não permitiram incrementos em termos de eficiência, porque não desestimularam o ingresso multitudinário de ações individuais. Não se logrou, desta forma, economizar recursos públicos escassos por meio da concentração da litigância em poucas ações coletivas. Pelo contrário, a tramitação das próprias ações coletivas foi ineficiente, dadas as sucessivas remessas de autos para diversos juízos. As incertezas sobre competência, conexão e

---

[520] Ver o artigo já citado de Marc Galanter, "Why the 'Haves' Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", *Law & Society Review* 9, nº 1 (1974): 121.

[521] Watanabe et al., "Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas".

[522] "Art. 285-A do Código de Processo Civil/1972: 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."

[523] A expressão utilizada, "arquiteto de escolhas", é tradução livre de "choice architect", usada por Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness* (Yale University Press, 2008).

abrangência dos julgamentos nas ações coletivas geraram incidentes contínuos, que demandaram recursos das empresas, do Judiciário e dos particulares. Conclui-se, portanto, que não se realizou um dos principais objetivos do processo coletivo, "evitar o ajuizamento de milhares de ações individuais repetitivas, economizando, com isso, importantes recursos públicos e particulares (nesse último caso, tanto de consumidores quanto de fornecedores)."[524]

De mais a mais, nas ações individuais relativas a questões regulatórias, em que as partes litigam individualmente sobre direitos de natureza coletiva, a dispersão das discussões tende a dificultar o debate organizado, entendido como aquele em que a maior amplitude possível de reflexões seja ponderada e em que se compreenda exatamente quantas pessoas são afetadas e qual o alcance das decisões.

4.2.5 Segurança Jurídica

Nem as ações coletivas, tampouco as ações individuais, foram capazes de proporcionar segurança jurídica e previsibilidade no curso da litigiosidade estudada no EC1. Justamente diante da importância basilar da segurança jurídica, o Ministro Luiz Fux queria ver reconhecida a conexão das ações coletivas relativas ao caso, para manter a uniformidade das decisões e evitar a possibilidade de que estas fossem contraditórias. Para o Ministro, decidir diferentemente implicaria contrariar a finalidade do instituto:

> "A grande realidade é saber se podemos conviver com nossa função, tal como prevista na Constituição Federal, assistindo passivamente, chegarem aqui cem mil ações com decisões diferentes sobre a mesma matéria. Isso significa abdicar do dever de velar pela cláusula máxima consectária da tutela da dignidade da pessoa humana, que é a igualdade. Sabemos que um dos fatores que levou o Poder Judiciário a um profundo descrédito perante a opinião pública foi a falta de sintonia nas decisões."[525]

O voto do Ministro Fux foi vencido pelo do Ministro Zavascki, que entendeu que o conflito de competência somente seria admissível se as ações coletivas dissessem respeito a direitos transindividuais, caso em que não seria admissível a prolação de decisões antagônicas; tratando-se de direitos individuais homogêneos, porém, haveria convivência harmônica entre a tutela individual e a coletiva e, mesmo entre ações coletivas, o conflito seria improvável pela limitação territorial própria da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos. Além de prestigiar a segurança jurídica e a isonomia, o reconhecimento da conexão entre as ações

[524] Watanabe et al., "Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas", 13.
[525] Voto Vencido no Conflito de Competência 47.731-DF, Ministro Luiz Fux.

coletivas permitiria que o juízo competente tivesse acesso ao maior número possível de argumentos dos legitimados, possibilitando o exaurimento da matéria e a congregação de saberes que a ação coletiva visa prestigiar. A reunião dos processos para julgamento conjunto agrega os argumentos contidos nas várias ações, o que facilita a defesa dos interesses coletivos, sem prejuízo ao contraditório. Outrossim, a existência de decisões divergentes em ações coletivas tem uma abrangência e, possivelmente, um efeito nocivo maior do que em ações individuais, dado o número de atingidos pelas decisões.

Sob o ponto de vista procedimental, as ações individuais produziram menos insegurança jurídica do que as ações coletivas. Isto porque, além das dúvidas sobre competência, conexão, litispendência, outras incertezas permearam o procedimento de tramitação das 26 ações coletivas. Relembre-se, neste sentido, a já citada indefinição sobre a legitimidade da Anatel para figurar no polo passivo das ações coletivas, que acarretou idas e vindas de processos da Justiça Estadual para a Federal e vice-versa e repetição de atos processuais.

O potencial da ação coletiva para produzir decisões que afetem igualmente todos os litigantes não foi confirmado no estudo de caso, pois, no ano de 2007, quando as ações individuais que se tornaram os precedentes da jurisprudência brasileira já estavam sendo julgadas pelo STJ,[526] as ações coletivas ainda tramitavam na primeira instância.[527] Assim, não havendo prioridade na tramitação das ações coletivas nem suspensão das ações individuais, o papel de produzir segurança jurídica não coube à litigância coletiva, mas sim à individual, que findou por gerar a súmula que pacificou o entendimento do Poder Judiciário sobre o tema.

Também é grave a dubiedade sobre o alcance subjetivo do julgado, problema já exposto acima. O legado da litigiosidade estudada no EC1, tal como cristalizado no Conflito de Competência 47.731-DF, é de difícil aplicação futura. O entendimento nele cristalizado felizmente foi rejeitado quando do julgamento proferido no Recurso Especial 1.243.887/PR, de 19.10.2011, em julgamento representativo de controvérsia sob o rito dos recursos repetitivos, em cuja ementa constou:

> "A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474,CPC e 93 e 103, CDC)."[528]

---

[526] Veja-se, nesse sentido, o REsp 911.802-RS, Rel. Min. José Delgado, DJ 24/10/2007.
[527] Watanabe et al., "Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas", 73.
[528] Corte Especial do STJ, Recurso Especial 1.243.887-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2011.

O aresto afastou a aplicação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública e, tendo sido julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, espera-se que promova a uniformização da jurisprudência nacional quanto ao tema, rejeitando-se de forma definitiva um entendimento que nega aos interesses metaindividuais a sua legítima extensão. Assim constou do voto vencedor:

> "Tal interpretação, uma vez mais, esvazia a utilidade prática da ação coletiva, mesmo porque, cuidando-se de dano de escala nacional ou regional, a ação somente pode ser proposta na capital dos Estados ou no Distrito Federal (art. 93, inciso II, CDC). Assim, a prosperar a tese do recorrente, o efeito *erga omnes* próprio da sentença estaria restrito às capitais, excluindo todos os demais potencialmente beneficiários da decisão.
> A bem da verdade, o art. 16 da LACP baralha conceitos heterogêneos - como coisa julgada e competência territorial - e induz a interpretação, para os mais apressados, no sentido de que os 'efeitos' ou a 'eficácia' da sentença podem ser limitados territorialmente, quando se sabe, a mais não poder, que coisa julgada - a despeito da atecnia do art. 467 do CPC - não é 'efeito' ou 'eficácia' da sentença, mas qualidade que a ela se agrega de modo a torná-la 'imutável e indiscutível'.
> É certo também que a competência territorial limita o exercício da jurisdição e não os efeitos ou a eficácia da sentença, os quais, como é de conhecimento comum, correlacionam-se com os 'limites da lide e das questões decididas' (art. 468, CPC) e com as que o poderiam ter sido (art. 474, CPC) - *tantum judicatum, quantum disputatum vel disputari debebat*.
> A apontada limitação territorial dos efeitos da sentença não ocorre nem no processo singular, e também, com mais razão, não pode ocorrer no processo coletivo, sob pena de desnaturação desse salutar mecanismo de solução plural das lides.
> A prosperar tese contrária, um contrato declarado nulo pela justiça estadual de São Paulo, por exemplo, poderia ser considerado válido no Paraná; a sentença que determina a reintegração de posse de um imóvel que se estende a território de mais de uma unidade federativa (art. 107, CPC) não teria eficácia em relação a parte dele; ou uma sentença de divórcio proferida em Brasília poderia não valer para o judiciário mineiro, de modo que ali as partes pudessem ser consideradas ainda casadas, soluções, todas elas, teratológicas.
> A questão principal, portanto, é de alcance objetivo ('o que' se decidiu) e subjetivo (em relação 'a quem' se decidiu), mas não de competência territorial.
> Pode-se afirmar, com propriedade, que determinada sentença atinge ou não esses ou aqueles sujeitos (alcance subjetivo), ou que atinge ou não essa ou aquela questão fático-jurídica (alcance objetivo), mas é errôneo cogitar-se de sentença cujos efeitos não são verificados, a depender do território analisado."

Nota-se uma evolução em termos de segurança jurídica quando se compara o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no EC1 com o adotado no Recurso Especial 1.243.887-PR.

4.3 PERSPECTIVA COMPARADA

Conforme foi exposto no capítulo 3, passa-se agora a comparações pontuais com o sistema da *class action*, utilizando-se um caso real da jurisprudência estadunidense como paradigma.

Em termos de perspectiva comparada, a *class action Selnick v. Sacramento Cable*, objeto de um estudo de caso detalhado pelo *Institute for Civil Justice*, guarda semelhanças com o presente caso.[529] A semelhança entre os casos diz respeito tanto às partes (consumidores *versus* empresas que prestam serviços regulados de telecomunicações) quanto ao objeto das ações (tarifas).

Em síntese, a empresa *Sacramento Cable Television* atendia aproximadamente 209.000 assinantes por mês entre 1992 e 1994, prestando-lhes o serviço de televisão a cabo. Em 1993, a empresa instituiu uma política administrativa de cobrar U$ 5,00 pelo atraso no pagamento da conta mensal. Depois de reclamações dos consumidores, o regulador de telecomunicações local (*Sacramento Metropolitan Cable Television Commission*) instaurou uma investigação a respeito das tarifas de atraso. Durante esta investigação, Mark Anderson, advogado especializado em *class actions* relativas à proteção do consumidor, estudou o assunto e concluiu que a cobrança era ilegal. Após identificar e contatar um membro da coletividade atingida, que concordou em ser representante da classe, o advogado ingressou com a *class action*, pretendendo tanto o ressarcimento dos valores pagos a título de tarifa pelo atraso quanto a condenação da ré a se abster de cobrar tarifas ilegais pelo atraso no pagamento das contas.

A base legal da ação foi o dispositivo do Código Civil da Califórnia que previa a admissibilidade de cobranças referentes a danos estimados, decorrentes de inadimplemento de contrato, somente se fosse impossível ou muito difícil estipular os danos efetivos. A discordância das partes residia, sobretudo, na dúvida sobre se a *Sacramento Cable* tinha feito um esforço razoável para calcular os danos efetivos ao estipular o valor de multa pelo atraso. Enquanto a ré confirmava, os autores negavam, e alegavam ter uma testemunha que poderia falar sobre a intenção e o efeito prático da instituição das tarifas: o aumento das receitas. Três meses após a propositura da ação, a empresa mudou sua prática comercial e passou a conceder um período de gratuidade maior para os consumidores em atraso, não sendo possível afirmar se esta mudança de postura decorreu da *class action*, da investigação pelo regulador ou de alguma outra motivação.

Após a certificação da classe, a notificação de seus membros coube à empresa ré, que arcou com o seu custo e transmitiu pela televisão anúncios da notificação. Antes do julgamento, as partes firmaram um acordo para a compensação dos lesados, no valor de um milhão e quinhentos mil dólares. Não houve acordo sobre a proibição da cobrança porque durante o curso da ação uma nova lei, que teve o apoio da *California Cable Television Association*, foi

[529] Hensler et al., *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, 211–23.

aprovada, permitindo às empresas cobrar tarifas de até U$ 4,75. A notificação do acordo coube à ré, que enviou a notícia nas faturas mensais dos usuários e pela imprensa. O limite de compensação de cada usuário individual foi fixado em U$ 50,00, bastando ao usuário contatar o administrador com uma declaração do número de vezes que foi cobrado indevidamente, sem necessidade de comprovação. No acordo ao final homologado, a representante da classe teve uma recompensa de U$ 2.500,00 e 7.629 pedidos de membros da classe foram atendidos, totalizando U$ 271.450,00. Os custos e honorários do advogado da autora renderam o pagamento de U$ 58.101,00 e U$ 457.000,00, respectivamente. Para a administração do fundo, incluindo impostos, foram destinados U$ 66.353,00. O valor que sobrou, de U$ 669.466,00, foi doado a uma universidade por determinação judicial, pois a lei californiana determina que o tribunal decida sobre a destinação dos valores remanescentes.

Comparando-se os casos, muitas diferenças podem ser apontadas entre eles. Uma primeira diferença diz respeito ao fato de *Selnick v. Sacramento Cable* haver produzido resultados práticos de forma rápida, atingindo-se o ideal de pacificação global. No EC1, diferentemente, verificou-se longa tramitação de ações individuais e coletivas, e não se pode afirmar que foi alcançada a paz global – ainda em 2016 há ações referentes ao caso em tramitação, embora já haja precedente consolidado sobre o tema.[530]

O EC1 e o estudo realizado a partir de *Selnick v. Sacramento Cable* tratam de ações coletivas referentes a pequenas causas (*small claims class action*). A maior qualidade desse tipo de ação residiria na interrupção do comportamento danoso e na prevenção de novos danos (*deterrence*).[531] No EC1, não é possível afirmar que tenha ocorrido prevenção ou dissuasão, já que as poucas liminares deferidas aos autores foram prontamente reformadas pela instância superior. A prevenção em *Selnick v. Sacramento Cable* foi mais efetiva, embora, como se viu, uma lei posterior veio a permitir a cobrança de um valor próximo do que foi impugnado na *class action*.

Interessa a este trabalho, porém, apontar diferenças de desenho institucional que levaram aos resultados constatados. Embora as principais divergências entre os sistemas jurídicos já tenham sido brevemente tratadas no capítulo anterior, neste capítulo o que se pretende é salientar as repercussões práticas dos contrastantes desenhos institucionais.

---

[530] Ver, por exemplo: STJ, Reclamação nº 31.329–PB, Relatora Ministra Assusete Magalhãe, DJ 18/04/2016.
[531] Yeazell, *Civil Procedure*, 331.

4.3.1 Notificação

Uma primeira divergência que se nota ao se comparar o estudo de *Selnick v. Sacramento Cable* ao EC1 diz respeito à abrangência do sistema de notificação estadunidense em relação ao brasileiro: enquanto, como se viu pela descrição, em *Selnick v. Sacramento Cable* a notificação foi ampla e permitiu a habilitação de muitos interessados na repartição dos ganhos, no caso brasileiro o que se constatou foi que as ações individuais foram mais noticiadas do que as coletivas, estimulando-se a propositura de milhares de ações individuais. Dessa diferença decorre ser a *class action* mais inclusiva do que a ação coletiva brasileira. Um bom sistema de notificação permite não apenas congregar os interessados para um debate judicial de maior qualidade, mas, também, em caso de vitória, a distribuição adequada dos fundos disponíveis.

Já se tratou brevemente do sistema de notificação das *class actions* no capítulo 3, em que se demonstrou sua amplitude. Deve-se reconhecer, porém, que o modelo estadunidense não é uma panaceia e tem sido criticado pelo custo da notificação individual dos membros da classe. Além disso, pode haver dificuldades na implementação prática do dever de notificação. Para garantir o potencial inclusivo da notificação, é preciso que esforços redobrados sejam direcionados aos grupos excluídos, seja quanto à forma de divulgação, seja quanto à redação da notificação. Pessoas que estejam presas ou que vivam em comunidades pobres devem ser especialmente levadas em consideração no processo de notificação, pois são justamente os que menos tendem a se beneficiar do resultado de um litígio coletivo que lhes seja favorável. [532] Os outros Poderes devem colaborar para que o processo de notificação seja da maior transparência e lisura, disponibilizando o auxílio de órgãos públicos que tenham contato com a coletividade interessada no desfecho do processo coletivo. Notificações aleatórias devem ser aceitas quando ficar demonstrado de forma inequívoca a inviabilidade da notificação pessoal.

4.3.2 Honorários contingentes

Selnick v. Sacramento Cable ilustra bem os incentivos institucionais para que advogados sofisticados sejam atraídos a patrocinar ações coletivas em prol de litigantes eventuais: eles possibilitam ao advogado auferir honorários advocatícios compatíveis com os que ele receberia de clientes dotados de grande poder econômico, por meio do sistema conhecido como "honorários contingentes" (*contigency fees*), a respeito do qual se discorreu no capítulo 3. Como

[532] Kenneth R. Feinberg, "Democratization of Mass Litigation: Empowering the Beneficiaries", *Columbia Journal of Law and Social Problems* 45 (2012 de 2011): 481.

lá se afirmou, os honorários contingentes recaem sobre o fundo comum, formado pela soma dos valores devidos à coletividade, que posteriormente será distribuído pelo gestor. As *class actions* relativas a direitos individuais homogêneos, ao lado de uma feição voltada à obtenção de bens de interesse público, são movidas por ganhos privados,[533] e neles reside o incentivo aos melhores advogados, o que é essencial para o sucesso do sistema da *class action.*

São notórias as críticas a casos estadunidenses nos quais advogados negociam acordos milionários e recebem uma porcentagem alta deste valor (por volta de um terço) a título de honorários, ao passo que seus clientes auferem indenizações irrisórias. De fato, podem ocorrer conflitos de interesse entre o advogado e as partes que ele representa, já que o advogado negocia em nome próprio e da coletividade, que é seu cliente, o recebimento de um valor total que será repartido entre eles. Por outro lado, essas críticas podem envolver comparações indevidas. O valor correto a ser comparado é o do montante recebido pelos indivíduos e o dos danos por eles sofridos, e apenas quando estes montantes forem muito discrepantes é que se está de fato diante de um problema. Comparações que envolvam, de um lado, indenizações individuais e, de outro, o valor dos honorários, utilizam parâmetros equivocados. Além disso, frequentemente tais comparações não computam o valor do efeito dissuasório que decorre da condenação de réus que se engajaram em práticas socialmente prejudiciais. Dissuasão (*deterrence*) é, possivelmente, mais importante do que compensação enquanto forma de regulação do mercado e não é quantificável individualmente.[534]

O sistema estadunidense de fixação de honorários pode servir de inspiração para o aprimoramento do sistema brasileiro. No Brasil, a regra é de que o perdedor da ação arca com ônus sucumbenciais, exceto na ação civil pública, em que o autor, em princípio, não arca com tais ônus, salvo se a ação for proposta por associação civil que agir de má-fé. Havendo acordo, porém, não há regra específica a respeito. No entanto, como a conciliação deve ser estimulada inclusive na ação coletiva, o sistema dos honorários contingentes poderia ser adotado no Brasil. Neste caso, o ideal seria que os honorários recaíssem sobre os valores efetivamente desembolsados em prol dos lesados, porque assim haveria incentivos para que fossem tomadas todas as medidas para a efetiva reparação, evitando-se as armadilhas que podem levar à colusão, como no caso da empresa que concorda com honorários mais substanciosos aos advogados do autor e que, em troca disso, recebe a garantia de que fundos não reclamados retornam à própria empresa. Este tipo de disposição tende a não beneficiar o interesse público, e pode ser coibido

---

[533] Hensler et al., *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, 7.

[534] As ideias constantes deste parágrafo foram desenvolvidas nas aulas do Professor William Rubenstein em Harvard e também em conversas com Gustavo Ribeiro. Agradeço a ambos pelo aprofundamento na matéria.

pela forma de calibrar os incentivos. É claro que os advogados terão pressa para recolher seus proventos, mas ao menos parte do valor deve aguardar a confirmação de desembolso em favor da classe. Entretanto, os honorários, que devem ser generosos a ponto de atrair os mais brilhantes advogados para causas de interesse público, deveriam recair sobre o fundo comum sempre que houver a possibilidade de que os valores não venham a ser reclamados e não houver possibilidade de distribuição dos fundos sem a participação pessoal dos lesados, como nos casos de prejuízos de pequeno valor.

Em sentido semelhante, caso acordos que preveem pagamentos em cupons (*vouchers*) fossem admissíveis – a regra deveria ser a clara excepcionalidade deste tipo de acordo –, os honorários deveriam recair sobre cupons resgatados, e não sobre os disponibilizados, para que os advogados tivessem incentivos a refletir se o recebimento dos cupons seria, no caso concreto, de interesse da coletividade, ou se seria apenas uma forma de vinculá-la novamente a uma organização que lhe lesou anteriormente.[535]

Por fim, advogados e peritos que formulassem objeções e contribuições aos acordos deveriam ser contemplados com remuneração quando sua participação fosse relevante para que o acordo ou a sentença fossem mais justos.

4.3.3 Alcance Subjetivo da Coisa Julgada na Ação Coletiva

O sistema de honorários contingentes é alavancado pelo sistema *opt-out* (sistema de autoexclusão), que eleva o número de pessoas representadas e que indiretamente contribuem para o montante dos honorários: ao congregar mais pessoas substituídas pelo representante de coletividade, maior será o valor da indenização global, sobre o qual recairão os honorários devidos aos advogados que patrocinam a causa. [536]

A adoção do sistema de autoexclusão fortalece imensamente a ação coletiva ao ampliar o alcance subjetivo da coisa julgada a uma maior quantidade de lesados por determinado ato. Este sistema deveria ser seriamente considerado no Brasil, pois por meio dele é possível atingir a paz global de forma eficiente – o que atende ao interesse público (ao facilitar reparações de lesões, desincentivar comportamentos lesivos de grandes organizações burocráticas e fazer com

---

[535] O problema de acordos envolvendo cupons é que estes se destinam à utilização justamente perante a empresa causadora do dano, o que pode ser contrário ao interesse dos lesados. Ao utilizar como parâmetro os cupons resgatados, visa-se criar incentivos aos advogados para que só aceitem acordos envolvendo cupons se acreditarem que os prejudicados terão efetivo interesse em fazer uso da indenização por meio dos cupons. Ver: Hensler et al., *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, 491.

[536] Ibidem, 15.

que prevaleça na sociedade a sensação de que existe um sistema efetivo de justiça) e também ao interesse das próprias empresas, como o presente caso demonstra. As empresas se beneficiam do uso das *class actions* como forma de resolver de maneira eficiente situações de litigiosidade repetitiva, que foi justamente o que o litigante habitual do EC1 pretendeu alcançar ao defender o descabimento das ações individuais.[537]

O principal sistema que contrasta com o *opt-out* é o *opt-in* (sistema de autoinclusão). Nos Estados Unidos, antes da reforma legislativa de 1966, as *FRCP* facultavam aos litigantes a auto-inclusão nas *spurious class action*, com as quais as atuais ações da regra 23(b)(3) se assemelham.[538] Contrapondo-se ao sistema de autoexclusão, o sistema de autoinclusão é aquele por meio do qual o interessado vincula-se ao resultado da ação coletiva se expressamente vier a nela se habilitar.

O sistema de autoinclusão pode ser considerado adequado quando há determinadas condições presentes, tais como coletividades pequenas com membros identificáveis, que possam compartilhar informações, e desde que o montante pedido não seja inexpressivo. Porém, demandar uma atitude ativa – de autoinclusão – para que cada membro da coletividade seja reparado por um comportamento ilícito acarreta um problema relevante: o da baixa efetividade do processo coletivo. As pessoas têm, frequentemente, uma inclinação a adotar atitudes que envolvam menos obstáculos (nas palavras de Thaler e Sunstein, *path of least resistence*),[539] deixando assim de se beneficiar do processo coletivo.

Segundo Thaler e Sunstein, muitos indivíduos optam por caminhos que envolvam menos esforço, por uma tendência à inércia e à manutenção do *status quo* (*status quo bias*), ainda que cientes de que há alternativas melhores. Eles explicam que, diante de diversas possibilidades, opções padrão ("uma opção que vá se concretizar se a pessoa responsável pela escolha não fizer nada") tendencialmente serão selecionadas, mesmo diante de opções melhores, enfatizando que "essas tendências de comportamento passivo serão reforçadas se a opção padrão vier com uma sugestão explícita ou implícita que ela representa o normal ou o recomendado".[540]

---

[537] Ibidem, 4–5.
[538] Ibidem, 14.
[539] Thaler e Sunstein, *Nudge*.
[540] Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness* (Yale University Press, 2008), p. 96.

Além dessa tendência natural das pessoas à inércia, também a falta de familiaridade com procedimentos legais pode ser desestimulante para a autoinclusão.[541] Evidentemente, os menos dotados de recursos financeiros e educacionais serão mais prejudicados pela sua dificuldade de habilitação no processo.

Noutro vértice, as críticas ao sistema de autoexclusão apontam para a falta de controle da atuação dos advogados pelos interessados, para o risco de colusão e de que o tamanho da coletividade interessada pressione as empresas à realização de acordos desvantajosos, que sufoquem sua atividade empresarial, para reduzir sua exposição financeira. Alguns países adotam soluções que combinam os sistemas de autoinclusão e de autoexclusão, de forma que este último sirva para casos residuais, que envolvam danos individuais de pequena monta.[542] Esta é uma opção interessante, mas, sob a ótica deste trabalho – de que o processo coletivo, desde que aprimorado, pode congregar as forças dos litigantes eventuais, estimular o debate público e produzir melhores resultados em termos materiais – o sistema de autoexclusão seria preferível na generalidade dos casos.

É indispensável, porém, para o adequado funcionamento do sistema de autoexclusão, que haja previsão de efetiva notificação aos interessados e de controle rigoroso de representatividade adequada, cabendo ao juiz escrutinar cuidadosamente a capacidade técnica e econômica daqueles que se propõem a representar a classe, e que deverão fazê-lo com competência, seriedade e credibilidade. O exercício do direito à autoexclusão tem uma função preventiva, e no sistema da *class action* pode fazer ruir acordos cujos benefícios são discutíveis. Como explicam *Hensler et al.*, a perspectiva de obtenção de paz global para réus que respondem a litígios repetitivos de caráter nacional é profundamente atrativa; porém, se um número considerável de pessoas exercer o direito à exclusão, o acordo deixa de implicar a paz global almejada, servindo como incentivo para que os termos do acordo sejam aprimorados.[543]

Vale ressaltar que não apenas nos Estados Unidos, um país de tradição jurídica diferente da brasileira, o sistema de autoexclusão foi adotado. Como lembra Rodolfo de Camargo Mancuso:

> "É interessante observar que essa disciplina, desenvolvida em país de *common law*, não obstante acabou recepcionada noutro país, de família romano-germânica, assim

[541] Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, e Linda Mullenix, *Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma Análise de Direito Comparado*, 2º ed (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011), 240.
[542] Seria o caso de Dinamarca, Noruega, Suécia e Israel. Ibidem.
[543] Hensler et al., *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, 109.

> surgindo na Lei da *Ação Popular Portuguesa* (nº 83, de 31.8.1995), cujo art. 14 dispõe que o autor representa 'todos os titulares dos direitos ou interesses em causa que não tenham exercido o direito de auto-exclusão [...]', esclarecendo o artigo seguinte que, uma vez citados, os sujeitos concernentes ao objeto da lide declaram 'nos autos se aceitam ou não ser representados pelo autor ou se, pelo contrário, se excluem dessa representação, nomeadamente para o efeito de lhes não serem aplicáveis as decisões proferidas, sob pena de sua passividade valer como aceitação...)'. Em princípio, prossegue o art. 19, a coisa julgada tem 'eficácia geral, não abrangendo, contudo, os titulares dos direitos ou interesses que tiverem exercido o direito de se auto-excluírem da representação'."[544]

No Brasil, tanto o sistema de autoexclusão quanto o de autoinclusão foram descartados, adotando-se o sistema da coisa julgada *secundum eventum litis*, que serve apenas para beneficiar os membros do grupo. Para Ada Pellegrini Grinover, a justificativa desta escolha reside nas dificuldades inerentes ao acesso à Justiça de grandes coletividades: falta de informação a respeito dos direitos, dificuldades de comunicação, distância e precariedade dos meios de transporte e barreiras para a contratação de advogado.[545]

Pode-se responder a tais objeções da seguinte forma:

(i) nosso sistema atual padece de grave inoperância;

(ii) essas ressalvas também seriam aplicáveis aos Estados Unidos, onde o sistema de notificação tem funcionado a contento;

(iii) como salvaguarda da coletividade, há a previsão de fiscalização da ação coletiva pelo Ministério Público;

(iv) o sistema de autoexclusão, feitas as reformulações necessárias, tais como as referentes à notificação ampla do processo coletivo e ao controle rigoroso da representatividade adequada, poderia garantir maior eficiência na solução das lides.

Fato inelutável é que a solução brasileira carrega consigo inconvenientes que dificultam sobremaneira o acesso à Justiça, como se viu ao longo do capítulo 2 e também do presente estudo de caso.

Uma das desvantagens da solução brasileira reside no desestímulo à participação das pessoas no processo, o que reduz a qualidade do debate público na ação coletiva. Nas precisas palavras de Zavascki:

---

[544] Rodolfo de Camargo Mancuso, "A Concomitância de Ações Coletivas, Entre Si, e em Face das Ações Individuais", in *Processo Coletivo: do Surgimento à Atualidade*, org. Ada Pellegrini Grinover et al. (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014), 152.

[545] Grinover, Watanabe, e Mullenix, *Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma Análise de Direito Comparado*, 240–41.

> "De certo modo, a lei até desestimula a intervenção de litisconsortes, na medida em que lhes impõe um risco, não existente para quem não participa do processo: o risco de sofrer os efeitos da coisa julgada decorrente da sentença de improcedência da ação coletiva (art. 103, § 2º). Relativamente aos demais interessados, que não aderirem ao processo, o efeito da coisa julgada somente se fará sentir se o pedido for julgado procedente (art. 103, III)."[546]

Há um problema de desenho institucional na ação coletiva brasileira: o atual produz incentivos indesejáveis de comportamento, por estimular o efeito carona (*free riding*) em vez de efetiva participação dos interessados. Esta questão reclama reforma legislativa para aprimoramento do sistema.

4.3.4 Aperfeiçoamento Regulatório

A postura deferente para com o regulador adotada pelo Superior Tribunal de Justiça foi prudente, mas não chegou a provocar nenhuma espécie de revisão ou de aprimoramento da política regulatória. Nos Estados Unidos, após a judicialização da questão por meio da *class action*, a regulação da questão acabou sendo revista.

Ações judiciais devem servir para melhorar o funcionamento do mercado, cumprindo assim uma importante função regulatória,[547] inclusive sob a ótica do próprio regulador, que enfrenta limitações no exercício de seus poderes. Nos casos em que o objeto do processo é o descumprimento da regulação, o regulador tende a apoiar a ação coletiva, já que sua própria capacidade de fazer cumprir a regulação é limitada econômica e politicamente.[548]

Além disso, em estudo sobre *class actions*, representantes de empresas norte-americanas afirmaram que, quando a litigiosidade é meritória, ela os leva a repensar e aprimorar práticas empresariais.[549]

A possibilidade de criação de um espaço institucional de debate e a submissão dos atos administrativos das empresas e das agências reguladoras a testes de razoabilidade e proporcionalidade – sobretudo à vista de sua motivação, mas sem substituição de seu

---

[546] Zavascki, "Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos", 176.
[547] Hensler et al., *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, 50.
[548] Ibidem, 4.
[549] Ibidem, 119.

julgamento técnico – deve fazer parte de um processo de maturação institucional de cuja falta o espaço jurídico brasileiro ainda se ressente.[550]

4.3.5 Fase de Efetivação do Julgado

Por força do que dispõe o artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor, a sentença da ação coletiva brasileira geralmente é proferida com tal grau de generalidade que as liquidações individuais acabam tornando-se indispensáveis. Consequentemente, muito do que se alcança em termos de eficiência e inclusão na fase de conhecimento, se perde na execução, sobretudo quando os valores envolvidos não são significativos.

Um modelo que se contrapõe ao da sentença genérica é o utilizado em *Selnick v. Sacramento Cable*, que ilustra a técnica da indenização global a ser repartida entre os beneficiários. Herman Benjamin explica seu funcionamento:

> "Um dos aspectos mais inovadores da *class action* tem a ver com a distribuição dos valores objeto da condenação. A regra é que, após a condenação genérica, no caso da *class action* de questão comum, as vítimas peticionam, individualmente, apontando sua cota. No entanto, em casos em que a individualização dos danos é impossível ou extremamente difícil (normalmente quando a classe é extremamente numerosa e o valor dos prejuízos individuais é pequeno), permite-se a fixação de um valor único e geral para as perdas e danos (*lump sum damages*), que toma como referencial o comportamento antecedente do réu e dos seus ganhos ilícitos. Nesse contexto, permite-se, igualmente, a chamada *fluid recovery*, em que o *quantum debeatur*, após a fixação da *lump sum*, não é sequer distribuído às vítimas individuais, isto é, aos membros da classe. O juiz, reconhecendo que no Estado democrático os infratores econômicos não podem ser beneficiados pela inoperância, deficiência ou fragilidade do aparelho judicial, encontra meios para, mesmo sem a identificação de cada vítima em particular, retirar os proveitos da ação ilícita e, pela via transversa, beneficiar os membros da classe. Evidente aqui o papel conferido à *class action* de via assecuratória do interesse público, que deflui da exigência social moderna de combate à danosidade coletiva."[551]

Como em *Selnick v. Sacramento Cable* os valores envolvidos não eram expressivos, a indenização global foi a forma utilizada para cumprimento do acordo, após a homologação pelo juiz. Essa técnica é interessante porque evita o alto custo de se liquidar individualmente, centavo a centavo, o valor do acordo ou da condenação. Além disso, esta técnica fortalece a posição do grupo, porque (i) ao garantir a paz global, estimula a empresa a aceitar acordos que beneficiam os membros do grupo e (ii) evita que a perspectiva de estímulo à propositura de

---

[550] Pereira Neto, Lancieri, e Adami, "O Diálogo Institucional das Agências Reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: uma Proposta de Sistematização", 174–75.

[551] Benjamin, "A Insurreição da Aldeia Global Contra o Processo Civil Clássico: Apontamentos sobre a Opressão e a Libertação Judiciais do Meio Ambiente e do Consumidor", 347.

uma multiplicidade de ações ou liquidações individuais incline o julgador, já assoberbado, em favor da improcedência, como forma de desestímulo aos litígios – hipótese que encontra eco no EC1, como se disse acima, quando se tratou da gênese da improcedência liminar.[552]

4.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE O CASO

Ao longo deste estudo de caso, pode-se constatar que as ações coletivas deixaram de cumprir seu papel de ampliação do acesso à Justiça e que persistem grandes inseguranças quanto a procedimentos básicos que dizem respeito às ações coletivas.

Embora já se tenha exposto o porquê de não ser a litigiosidade individualizada, a princípio, o caminho legal mais profícuo para a mudança social, nem sempre ela deixa de produzir resultados práticos em prol de uma coletividade. Um exemplo recente de produção de resultado coletivo pela multiplicação da litigiosidade individualizada pode ser visto nos casos de desistência de aquisição de imóvel, que acabou produzindo um ambiente favorável a um acordo coletivo para facilitar distratos na área imobiliária.[553] No EC1, porém, a litigiosidade individualizada, não obstante a proporção que tomou, não parece ter produzido ganhos institucionais relevantes.

Uma discussão interessante que o EC1 evoca, devido às suas repetidas dúvidas sobre competência, é sobre a conveniência de concentração nos tribunais superiores das lides de caráter nacional, ou sobre a possibilidade de avocação. A questão foi expressamente suscitada pelo Ministro Teori Zavascky e pelo Ministro Castro Meira,[554] assim como pelo Ministro

---

[552] A existência da *fluid recovery* no direito brasileiro (artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor) não evita este efeito possível da repetição da litigiosidade, ainda que possa servir ao fim de garantir que haja algum grau de indenização na ausência de habilitações de interessados de forma compatível com o dano.

[553] É sempre difícil avaliar a qualidade de um acordo coletivo. Segundo reportagem jornalística, para "uma autoridade do governo que participou da elaboração das regras, o acordo procura evitar o 'risco sistêmico' na incorporação imobiliária, porque a crise econômica e o desemprego levaram a uma enxurrada de pedidos de distrato. A preocupação maior, disse, é que os distratos gerem insolvência de tal magnitude que prejudique os consumidores que querem continuar com o imóvel." ("Acordo cria regras para desistência de imóvel", O Globo, 27 de abril de 2016, http://oglobo.globo.com/economia/acordo-cria-regras-para-desistencia-de-imovel-19174591.)

[554] Conflito de Competência 47.731-DF, Ministro Teori Albino Zavascki. No Conflito de Competência no 47.731 – DF o Ministro Castro Meira, ao tratar da possibilidade de decisões contraditórias no contexto de litigiosidade repetitiva, afirmou que "essa situação tem que ser entregue ao legislador, que poderá resolvê-la pela avocatória." Também o Ministro Teori, no mesmo julgamento, afirmou que o instrumento da avocação, se existisse, permitiria concentrar o julgamento de múltiplos processos a respeito da mesma questão jurídica perante um mesmo órgão jurisdicional.

Nelson Jobim quando do julgamento da supracitada ADIn 1.576, na parte em que tratou da nova redação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública.[555]

No curso da Reforma do Judiciário, foi discutida a possibilidade de modificação do artigo 105 da Constituição Federal, §§ 2º e 3º, para atribuir ao Superior Tribunal de Justiça a competência para definir o foro em determinadas ações coletivas, bem como para restringir o alcance territorial das decisões, considerando-se a magnitude da lesão.[556]

A emenda que concedia ao Superior Tribunal de Justiça a atribuição de julgar originariamente as ações populares e as ações públicas civis foi justificada pelo Deputado Vicente Arruda sob a alegação de que o juiz não pode "julgar extraterritorialmente. Ele concede uma liminar e obriga todo o país a obedecer sua liminar".[557] Na realidade, o discurso do Deputado repete o equívoco que consta do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, já esclarecido acima.

Contudo, à época da aprovação da EC 45/2004, havia muita resistência à avocatória, que foi instrumento integrante da EC 7/1977, conhecida como "Pacote de Abril".[558] No curso das discussões parlamentares, foi suscitada a questão de que as instâncias superiores do Judiciário podem ser excessivamente influenciadas pelo governo, em razão da indicação pelo Executivo,[559] e da maior facilidade de cooptação de um grupo menor de ministros de tribunais

---

[555] Disse o Ministro: "Quando relator da fracassada Revisão constitucional [...] propusemos exatamente a competência dos órgãos superiores, considerando o âmbito territorial de sua jurisdição" (STF, Adin 1.576, 181).

[556] Regina Maria Groba Bandeira, "Destaque dos pontos mais relevantes da Reforma do Judiciário - PEC 358, de 2005", fevereiro de 2010, http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/3161.

[557] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão Especial, destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992, que 'Introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário' e apensadas. (Estrutura do Poder Judiciário). Atas da 34ª Reunião, de 27 de outubro de 1999; 35ª, de 28 de outubro de 1999; 36ª, de 3 de novembro de 1999; 37ª, de 4 de novembro de 1999; 38ª, de 9 de novembro de 1999; 39ª, de 10 de novembro de 1999; 40ª, de 11 de novembro de 1999 e 41ª, de 18 de novembro de 1999. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, p. 56287-56533", 56425.

[558] A representação avocatória foi prevista na Emenda Constitucional 7/1977, que estabeleceu que competia ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar "as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido". Foi criada por sugestão da Comissão de Ministros do Supremo Tribunal Federal que elaborou o Diagnóstico para a Reforma do Poder Judiciário, e, durante os anos em que esteve em vigor, foi poucas vezes acolhida (Ver: Lenz, Carlos Eduardo Thompson Flores. A avocação de causas pelo STF: a avocatória. Disponível em http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181677/000421284.pdf?sequence=3. Acesso: 21 maio 2014) , tendo sido suprimida como competência do Supremo Tribunal Federal pela Constituição de 1988.

[559] Deputado Fernando Coruja: "Temos um problema de difícil solução: a influência política na indicação pelo Executivo. Essa é uma questão que o mundo não resolveu. Há sempre uma preocupação – aqui já levantada pelo Deputado Vicente Arruda e compartilhada por todos – quanto à influencia dos outros Poderes sobre o Judiciário. No Brasil, temos uma história remota, recente e de larga influência do Executivo no Poder Judiciário. É uma influência forte – a história está cheia de exemplos – que possibilita que leis inconstitucionais sejam declaradas constitucionais, leis constitucionais sejam declaradas inconstitucionais, por influência do poder político do Executivo. [...] É preciso aumentar a influência do Legislativo, porque o poder emana do povo." O Deputado Aloysio Nunes Ferreira contestou: [...] o Supremo Tribunal Federal é composto de pessoas

superiores do que de um grupo maior de juízes de primeiro grau.[560] A avocatória foi considerada por alguns parlamentares como antidemocrática, da mesma forma que o incidente de inconstitucionalidade, que foi a ela equiparado nas discussões. O Deputado José Roberto Batochio assim se manifestou:

> "No mesmo berço autoritário da arguição de relevância nasceram a avocatória e o efeito vinculante. Mediante a avocatória, entregava-se ao Supremo Tribunal Federal a faculdade de atrair para seu julgamento causas processadas perante quaisquer juízes ou tribunais. De um só golpe feria-se a independência da Magistratura, o princípio do juiz natural e a garantia dos jurisdicionados. O pacote de abril transformara o Supremo em um tribunal de exceção que, para 'prevenir imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas', poderia suspender os efeitos de qualquer decisão judicial proferida no país ou avocar o respectivo processo."[561]

No mesmo sentido, o Deputado Nelson Pellegrino, ao tratar do incidente de inconstitucionalidade, sustentou:

> "Esse projeto, de certa forma, traz à lembrança uma página já virada da história do Brasil – o período do regime autoritário – quando a figura da avocatória, trazida para o sistema constitucional brasileiro por pacote, permitia à ditadura militar avocar processos de seus interesses, suprimindo o juízo natural e qualquer perspectiva de construção de jurisprudência de base e de respeito à tradição constitucional brasileira. [...] os entes que representam os interesses do Governo têm legitimidade ativa para propor essa ação. Portanto, não procede a ideia de que esse será um instrumento de aprimoramento do sistema constitucional brasileiro, uma vez que não será qualquer cidadão ou entidade que poderá propor este incidente."[562]

Redarguiu o Deputado Bonifácio de Andrada que "no momento em que as forças partidárias [...] se dispõem a anexar, para iniciativa dessa providência judicial, os partidos políticos e a OAB [...] há uma extraordinária democratização desse dispositivo", ao que,

---

que já estão – digamos – no ápice da sua vida profissional, têm uma experiência diversificada do mundo, são pessoas prudentes. Portanto, não há no Supremo Tribunal Federal, a ideia de partidarismo que muitas pessoas, nesse quadro de niilismo, que grassa na opinião pública brasileira, atribuem aí." "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Discussão: Proposta de Emenda à Constituição 96, de 1992. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 20 nov. 1999, [artigo 102], 288890."

[560] Deputado Miro Teixeira: "Celso Bandeira de Mello escreve: 'Além disso, cooptar um círculo restrito de magistrados é tarefa possível. Conquistar todos (ou a maioria deles) para teses do agrado do Governo é impossível. Compreende-se, então, o desejo do Executivo de fortalecer ao máximo a influência de um pequeno grupo, ensejando-lhe antecipar o sentido das soluções a serem dadas por toda a magistratura. Eis o inconveniente terrível das súmulas vinculantes. (Reforma em favor de quem? Folha de São Paulo)." "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Continuação da votação, em primeiro turno, da Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 26 de janeiro de 2000, 3592."

[561] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão Especial, destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992, que 'Introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário' e apensadas. (Estrutura do Poder Judiciário). Atas da 34ª Reunião, de 27 de outubro de 1999; 35ª, de 28 de outubro de 1999; 36ª, de 3 de novembro de 1999; 37ª, de 4 de novembro de 1999; 38ª, de 9 de novembro de 1999; 39ª, de 10 de novembro de 1999; 40ª, de 11 de novembro de 1999 e 41ª, de 18 de novembro de 1999. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 56287-56533".

[562] Ibidem.

seguindo o debate, o Deputado José Roberto Batochio respondeu: "duplo grau de jurisdição é uma garantia individual assegurada no nosso Texto Magno [e] o princípio do juiz natural também é princípio assegurado no corpo permanente da nossa Constituição".[563]

Ao final da reforma, prevaleceu o ponto de vista de que a avocatória não era a melhor solução para os problemas da ação coletiva brasileira. Aos argumentos já citados somou-se a percepção de alguns parlamentares de que o tramitar das ações em diversos graus permite o amadurecimento das questões e que soluções aflorem desde a base do Poder Judiciário.[564] Pesou, ainda, contra a transferência de competência originária, a notória sobrecarga dos tribunais superiores, que poderia tornar mais lenta a instrução dos processos.

Uma solução interessante, que poderia ser transportada para o sistema de processos coletivos, é a aplicável ao IRDR: mediante provocação adequada, ações coletivas poderiam ser centralizadas em instância superior. Esta solução é compatível com a possibilidade, que já existe hoje, de levar à instância superior uma determinada causa mediante o uso de ações objetivas. Ao se propor a criação de mecanismo que possibilite a centralização de ações coletivas em instância superior, supera-se em parte o receio, já expresso por parlamentares, contrário à atribuição de poderes exagerados ao juiz de primeiro grau, na medida em que as instâncias superiores do Poder Judiciário julgam de forma colegiada. Porém, ainda que se criem novos mecanismos para centralizar em instâncias superiores determinados processos coletivos, essa solução, sozinha, não resolveria outros problemas relacionados ao tempo de tramitação e à insegurança que cercam as ações coletivas.

O importante é refletir sobre como evitar que episódios de litigiosidade como o retratado no EC1 não se repitam. O EC1 permite concluir que as incertezas processuais sobre as ações coletivas não só geram delongas na sua tramitação; elas inviabilizam sua utilidade e razão de ser. Pode-se afirmar mais ainda: episódios de litigiosidade como o retratado no EC1 – de grave

---

[563] Ibidem, 56415. Destaque do Deputado Miro Teixeira – Justificação: "Referido destaque visa à exclusão do incidente de inconstitucionalidade. Tal dispositivo permite que questões, consideradas relevantes, sejam arrancadas do exame pelo juiz singular, competente para a matéria, e levadas à análise do Supremo. É a chamada 'avocatória', cujo uso serviu aos regimes militares por não terem estes compromissos com a Democracia. Trata-se de grave afronta ao duplo grau de jurisdição e ao princípio do juiz natural, constituindo infringência à cláusula pétrea, nos termos do artigo 60 da Constituição, não podendo, portanto, ser objeto de deliberação por este Poder." O Deputado José Roberto Batochio também requereu destaque dos mesmos dispositivos que introduziam o incidente de inconstitucionalidade na Constituição, e justificou da seguinte forma: "O Dispositivo destacado objetiva restaurar a figura antidemocrática da avocatória, que fere o princípio do juiz natural e a independência da magistratura, concentrando potencialmente nos tribunais superiores a competência para o julgamento de toda e qualquer questão." "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Continuação da votação, em primeiro turno, da Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 3521."

[564] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Continuação da votação, em primeiro turno, da Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 3522."

ineficiência do sistema de resolução de conflitos coletivos – corrompem a legitimidade do Poder Judiciário e, sendo ele integrante do poder estatal, a de todo o sistema político.[565]

Para José Eduardo Faria, a "crescente estratificação da moderna sociedade de classes"[566] tem um papel fundamental no redesenho da legitimidade estatal. Nas palavras de Faria:

> "Por trás da ideia de legitimidade, como se vê, está a necessidade de cada sistema político de institucionalizar formas e procedimentos capazes de regular, disciplinar e reprimir conflitos. As funções específicas de seu ordenamento jurídico consistem assim quer na resolução de antagonismos e tensões entre indivíduos, grupos e classes, quer na tentativa de ordenação racional das vidas pública e privada - o que se dá mediante um intricado processo de prevenção e desarme dos conflitos desagregadores da ordem estabelecida. Essa prevenção e esse desarme são obtidos por meio da legislação, dos múltiplos acordos normativos de caráter contratual, da jurisprudência cautelar e das decisões judiciais."[567]

O Poder Judiciário, ao chancelar interpretações da lei que inviabilizam a solução coletiva de conflitos, nega as evidências de desigualdades estruturais em termos de acesso à Justiça, erodindo sua própria legitimidade enquanto órgão estatal direcionado à solução de conflitos. Assim como o questionamento judicial da legalidade da cobrança da tarifa básica de telefonia gerou um quadro de litigiosidade repetitiva expressiva, outros episódios semelhantes podem se repetir: o setor de telecomunicações, a exemplo de outros setores regulados, é dinâmico. Além disso, é próprio da regulação albergar interesses contrastantes, que podem contrapor até mesmo a agência reguladora e o Poder Executivo, como aconteceu no EC1. Imprescindível, portanto, refletir sobre as sugestões legislativas que o caso evoca, que é o que se fará a seguir.

4.4.1 Sugestões Legislativas

Tendo em mente o convite de David Kennedy ao pensamento pragmático em Direitos Humanos,[568] este trabalho não estaria completo sem apresentar, de forma didática, os pontos que representam as mudanças legislativas sugeridas ao longo do capítulo, e sem considerar quais seriam as prováveis resistências legislativas que um novo projeto de lei relativo ao

---

[565] Ver, a este respeito: Fiss, *Um Novo Processo Civil: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*, 114.

[566] José Eduardo Faria, "A Crise Constitucional e a Restauração da Legitimidade", *Revista de Ciência Política*, 1985, 27. Para o autor, "Historicamente, portanto, o moderno problema da legitimação do poder está associado a múltiplas formas de organização política da sociedade de classe e aos diferentes modos de obtenção do consenso em torno de seus respectivos procedimentos decisórios." Ibidem, 29.

[567] Faria, "A Crise Constitucional e a Restauração da Legitimidade", 27.

[568] David Kennedy, "The International Human Rights Movement: Part of the Problem?", *Harvard Human Rights Journal* 15 (2002): 101–125.

processo coletivo enfrentaria, bem como quais seriam os pontos em que concessões deveriam ser feitas, inclusive de antemão – uma vez que, de posse dos documentos legislativos relacionados ao Projeto de Lei 5.139/2009, já se pode antever quais as contemporizações necessárias para a aprovação de um projeto que pretenda reformular o processo coletivo brasileiro.

Assim, o EC1, sobretudo após a perspectiva comparada levada a efeito no item 4.3, ilumina diversos pontos em que o aprimoramento legislativo se faz possível. Recapitulando os pontos mencionados ao longo do capítulo, temos que as sugestões legislativas compreendem o estabelecimento de:

(i) critérios claros e abrangentes de competência e de extensão da coisa julgada (conforme visto no item 4.2.1);

(ii) sistema de notificação efetivo que contemple, sempre que possível, a intimação pessoal dos interessados (conforme visto no item 4.2.1);

(iii) prioridade na tramitação das ações coletivas (conforme visto no item 4.2.3);

(iv) participação do órgão regulador nas ações coletivas (conforme visto no item 4.2.3);

(v) varas especializadas no julgamento de ações coletivas (conforme visto no item 4.2.3);

(vi) sistema de honorários contingentes, que devem corresponder a uma porcentagem do valor total da condenação ou do acordo (conforme visto no item 4.3.2);

(vii) sistema de autoexclusão das demandas coletivas (conforme visto no item 4.3.3);

(viii) controle da representatividade adequada (conforme visto no item 4.3.3);

(ix) técnica da indenização global, a ser repartida entre os beneficiários, quando essa opção for indicada para o caso (conforme visto no item 4.3.5);

(x) técnicas de centralização de ações coletivas em instâncias superiores (conforme visto no item 4.4).

Em alguns pontos, as modificações legislativas propostas remetem a disposições do Projeto de Lei 5.139/2009 – integrante do pacote infraconstitucional da Reforma do Judiciário e rejeitado pelo Poder Legislativo pelas razões vistas no capítulo 1 desta tese. Considerando as evidências documentadas referentes ao histórico da tramitação do Projeto de Lei 5.139/2009, um novo projeto que apresentasse as disposições acima sugeridas, sem contrabalancear as vantagens conferidas ao processo coletivo com algum tipo de ônus aos legitimados, não seria aprovado.

Recapitulando o que se viu, a rejeição do Projeto deveu-se, sobretudo, ao tratamento excessivamente desigual dado às partes, com destaque para custos de litigar e poderes processuais.

Assim, no tocante a custos de litigar, é preciso ponderar que o Projeto manteve intacta a estrutura da lei atual, que se resume, grosso modo, a estimular o ingresso da ação coletiva mediante isenção de custas iniciais e de ônus sucumbenciais, salvo na hipótese de má-fé.[569] Esse é um sistema em que os incentivos são pequenos e os riscos também o são – e esse sistema, como já se explicou, não tem atraído os melhores advogados em prol das causas da coletividade.

O sistema federal estadunidense de *class actions* poderia servir de inspiração para o aprimoramento da lei brasileira neste quesito: o sistema impõe ônus e custos aos legitimados coletivos, mas os remunera adequadamente caso tenham sucesso na demanda. O uso do sistema de Justiça tem custo e é justo o anseio parlamentar de que aquele que litiga arque com esse custo, bem como remunere aquele que venceu a demanda e teve gastos ao litigar.

No sistema estadunidense, o próprio reconhecimento da representatividade adequada é precedido da prova de capacidade econômica dos representantes da classe ou de seus advogados para arcar com os riscos da demanda, e com todos os seus custos, incluindo perícias complexas. Por isso, a despeito das desigualdades estruturais e das violações sistemáticas de direitos que vitimizam determinados grupos no Brasil, é razoável entender que a sugestão legislativa (viii) deve ter a amplitude de determinar ao juiz que perquira sobre a capacidade financeira dos representantes e a seriedade do pleito, relegando-se a casos excepcionais a isenção de custas e honorários advocatícios – apenas quando comprovada a relevância da demanda e a impossibilidade financeira tanto dos representantes do grupo lesado quanto de seus advogados.

O Projeto de Lei 5.139/2009 integrou o pacote de leis processuais civis da Reforma do Judiciário, mas foi rejeitado, precipuamente, pela forma desigual com que tratou os direitos das partes. As sugestões legislativas feitas à luz do estudo de caso não poderiam ignorar as ponderações do Poder Legislativo sobre o tema. Nesse sentido, constata-se que houve convergência com as críticas do legislador ao Projeto apresentado no curso da reforma. As sugestões formuladas vão ao encontro do sentimento dos parlamentares, conforme exposto naquela ocasião.

---

[569] O artigo 18 da Lei da Ação Civil Pública dispõe que: "Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais." O Projeto de Lei 5.139/2009 dispunha, em seu artigo 55, § 2º, que: "Os legitimados coletivos não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados em honorários de advogado, custas e demais despesas processuais, salvo comprovada má-fé."

5 ESTUDO DE CASO 2: LITIGIOSIDADE REPETITIVA BANCÁRIA

O Estudo de Caso 2 (EC2) analisa a litigiosidade repetitiva cuja tese jurídica diz respeito a reajuste inferior ao devido de valores depositados em cadernetas de poupança, nas décadas de 1980 e 1990, no contexto de edição de planos econômicos heterodoxos voltados a combater a inflação inercial e evitar um cenário de hiperinflação.[570] O litigante individual é o poupador e o litigante habitual é a instituição financeira. Nas ações individuais, o litigante eventual promove ação de cobrança contra o litigante habitual. Nas ações coletivas, o legitimado coletivo representa vários litigantes eventuais na ação de cobrança contra o litigante habitual. A grandeza dessa litigiosidade repetitiva levou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) a redesenhar a relação entre as demandas individuais e coletivas, dando prioridade às últimas. Essa política de administração judiciária ficou conhecida como Projeto Poupança.

5.1 DESCRIÇÃO

Em 2007, diante da iminência de se completar o prazo prescricional de 20 anos a contar da edição do Plano Bresser (ao qual se seguiram outros planos econômicos heterodoxos, a saber: Plano Verão, Plano Collor I e Plano Collor II), milhares de ações com o objetivo de cobrar expurgos inflacionários foram distribuídas ao Judiciário brasileiro. Ante o influxo de litigiosidade, a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul ajuizou ações coletivas contra as instituições financeiras.[571] Os magistrados do TJRS vislumbraram nas ações coletivas uma ferramenta para responder de forma célere à demanda e determinaram a suspensão das ações individuais durante o trâmite das ações coletivas, às quais foi dada prioridade de julgamento.[572] Com a procedência das ações coletivas, as ações individuais passaram a ser convertidas em liquidação de sentença.

---

[570] Para uma descrição precisa e detalhada das medidas constantes dos planos econômicos, ver: Marcos Cavalcante de Oliveira, *Moeda, Juros e Instituições Financeiras: Regime Jurídico*, 2º ed (Rio de Janeiro: Forense, 2009).

[571] Amanda de Araújo Guimarães, "Ações Coletivas como Meio de Molecuralização de Demandas" (Tese de Láurea, Universidade de São Paulo, 2012), 15.

[572] Guimarães, "Ações Coletivas como Meio de Molecuralização de Demandas". A tramitação prioritária vem prevista em leis esparsas, tais como no Estatuto do Idoso (Artigo 71 da Lei 10.741/2003) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Artigo 152, parágrafo único, da Lei 8.069/90). O rol não é exaustivo. Os tribunais gozam de autonomia administrativa para estabelecer prioridade processual. Neste sentido, as Normas da Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo estabelecem a prioridade dos pedidos de habeas corpus formulados em primeira instância (artigo 494).

No EC2, foi reconhecida a prejudicialidade externa da ação coletiva em relação à ação individual.[573] Como decorrência do reconhecimento da prejudicialidade, foram suspensos os processos individuais[574] e determinou-se que esses processos aguardariam o resultado das ações coletivas. Esta solução foi chancelada pelo STJ (Recurso Especial nº 1.110.549 – RS). No acórdão paradigmático transparece clara a preocupação com a administração da litigiosidade repetitiva ao fazer menção à "macro-lide geradora de processos multitudinários". Consta da ementa do julgado:

> "Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei 11.672, de 8.5.2008)."[575]

O STJ considerou a mudança legislativa decorrente da edição da Lei dos Recursos Repetitivos como diretriz processual apta a justificar a suspensão das ações individuais até o julgamento da ação coletiva, a fim de conferir interpretação teleológica à legislação processual, para realizar os direitos consumeristas e também para viabilizar a atividade judiciária diante de

---

[573] A prejudicialidade externa está prevista no artigo 265, IV, a, do Código de Processo Civil de 1973, segundo o qual "suspende-se o processo quando a sentença de mérito depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente". Para o Superior Tribunal de Justiça, "[a] interpretação presente preserva a faculdade de o autor individual acionar (poderá, diz o art 81 do Código de Defesa do Consumidor) e observa precedentes deste Tribunal, não fulminando o processo individual pela litispendência." Segunda Seção do STJ, Recurso Especial 1.110.549-RS, Ministro Sidnei Beneti (Superior Tribunal de Justiça 2009). Ver também o REsp 1.189.679-RS, DJe 17/12/20103, Relatora Ministra Nancy Andrigui, que manteve o que foi decidido no Recurso Especial nº 1.110.549-RS: "A suspensão de ofício das ações individuais foi corroborada por esta Corte no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia Repetitiva nº 1.110.549/RS, de modo que não cabe, nesta sede, revisar o que ficou ali estabelecido. Tendo-se admitido a suspensão de ofício por razões ligadas à melhor ordenação dos processos, privilegiando-se a sua solução uniforme e simultânea, otimizando a atuação do judiciário e desafogando-se sua estrutura, as mesmas razões justificam que se corrobore a retomada de ofício desses processos, convertendo-se a ação individual em liquidação da sentença coletiva. Essa medida colaborará para o mesmo fim: o de distribuir justiça de maneira mais célere e uniforme." No corpo do acórdão, lê-se: "É sempre importante, neste ponto, consoante já observou o i. Min. Beneti no precedente supracitado, manter a percepção de que uma lide multitudinária, como a que se está a discutir, com potencial de geração de milhares de ações individuais idênticas, todas a entravar a já saturada estrutura judiciária nacional, demanda iniciativas diferenciadas e medidas efetivas para sua melhor solução, colocando-se em primeiro plano o interesse público e a imprescindível racionalização dos procedimentos. Sem isso, o exercício da atividade jurisdicional justa, célere e uniforme torna-se impossível."

[574] A sugestão de suspensão partiu da Vice-Coordenadoria Cível de Porto Alegre, conforme Rosane Wanner da Silva Bordasch, Carlos Eduardo Richinitti, João Ricardo dos Santos Costa, Gladis de Fatima Ferrareze, Pio Giovani Dresch, Ricardo Pippi Schmidt, Roberto Behrensdorf Gomes da Silva, Vanessa Gastal de Magalhães e Volcir Antonio Casal et al., "Projeto Poupança. Prêmio Innovare - Edição V" (Prêmio Innovare - Edição V, 2008), http://www.premioinnovare.com.br/praticas/projeto-poupanca-2208/.

[575] Segunda Seção do STJ, Recurso Especial 1.110.549-RS, Ministro Sidnei Beneti.

uma realidade processual de litigiosidade repetitiva. O STJ interpretou o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor de forma a preservar o direito à propositura da ação individual na pendência de ação civil pública (não ficando caracterizada a litispendência), mas autorizou a suspensão dos pleitos individuais em qualquer fase processual até o julgamento do processo coletivo:

> "Note-se que não bastaria, no caso, a utilização apenas parcial do sistema da Lei dos Processos Repetitivos, com o bloqueio de subida dos Recursos ao Tribunal Superior, restando a multidão de processos, contudo, a girar, desgastante e inutilmente, por toda a máquina jurisdicional em 1º Grau e perante o Tribunal de Justiça competente, inclusive até a interposição, no caso, do Recurso Especial. Seria, convenha-se, longo e custoso caminho desnecessário, de cujo inútil trilhar os órgãos judiciários e as próprias partes conscientes concordarão em poupar-se, inclusive, repita-se, em atenção ao interesse público de preservar a viabilidade do próprio sistema judiciário ante as demandas multitudinárias decorrentes de macro-lides."[576]

O STJ entendeu ainda que a suspensão do processo individual seria justificável para possibilitar que o juízo de primeiro grau, a depender do resultado das ações coletivas, passasse, alternativamente, ao julgamento liminar de improcedência ou à conversão das ações individuais em cumprimento de sentença da ação coletiva, em ambos os casos privilegiando-se a atuação racional do Poder Judiciário, que consiste no emprego de solução que priorize o bom uso de recursos públicos.

Por conta destas providências de administração processual, estimou-se que aproximadamente 30.000 ações individuais prescindiriam da "circulação relativa à fase de conhecimento, com a prolação de sentença, apelação, decisão de Segundo Grau e demais recursos pertinentes, com demora muitas vezes superior a um ano"[577] e que "as 11 ações ajuizadas pela Defensoria Pública do Rio Grande do Sul substituíram cerca de 24 mil ações individuais, as quais suscitariam cerca de 100 mil recursos".[578]

No EC2, as ações coletivas propostas pela Defensoria Pública do Rio Grande do Sul expressamente pediram "que fosse a sentença exequível de modo não judicial, ou seja, para que os lesados que não ajuizaram suas próprias ações pudessem receber seus créditos sem a necessidade de proceder à execução judicialmente, mas de forma extrajudicial",[579] o que foi

---

[576] Ibidem.

[577] Rosane Wanner da Silva Bordasch, "Gestão Cartorária: Controle e Melhoria para a Razoável Duração dos Processos" (Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2008), 95, https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2764.

[578] Guimarães, "Ações Coletivas como Meio de Molecuralização de Demandas", 19.

[579] Ibidem, 16.

acolhido em primeira instância e posteriormente confirmado em segunda instância.[580] Note-se que a jurisprudência, nessa época, já estava pacificada no sentido de que cabia ao Banco apresentar os extratos dos períodos abrangidos pelos planos econômicos.[581] Foi inovador,

---

[580] Na Apelação Cível 70025082371, Relatora Desembargadora Catarina Rita Krieger Martins, Segunda Câmara Especial Cível, foram expressamente confirmados os comandos da sentença, que, no que tange à execução do julgado, assim dispôs: "Para efetivação do julgado, consoante retro fundamentado, determino: a) que o banco demandado junte aos autos relação de todos os titulares de cadernetas de poupança (nome, CPF e número da conta) nas suas agências no Estado do Rio Grande do Sul, no prazo de 60 dias a contar da data em que não houver mais recurso dotado de efeito suspensivo, sob pena de multa diária de R$ 100.000,00 (cem mil reais). O prazo dilatado considera eventuais dificuldades da instituição requerida para efetuar o levantamento dos dados, que poderão ser comparados com as informações armazenadas no Banco Central; b) oficie-se ao BACEN para que informe a este juízo se dispõe de tais dados no prazo de cinco dias, visando eventual requisição na fase executiva. c) quanto aos poupadores que já propuseram ações individuais contra o banco ora demandado, a satisfação dos créditos se dará, em princípio, naquelas demandas, não se aplicando, nesta hipótese, os prazos estabelecidos nos itens "d" e "e" que seguem; d) em relação aos poupadores que não ingressaram com ações individuais em juízo, deverá o banco réu disponibilizar, nas suas respectivas agências, em contas ou depósitos individuais, aos correntistas ou seus sucessores, os valores relativos às diferenças ora reconhecidas, no prazo de 90 dias a contar da data em que não houver mais recurso dotado de efeito suspensivo, com comprovação nos autos até o quinto dia útil após o referido prazo, sob pena de multa de 20% sobre o montante do valor que deveria ser depositado. A disponibilização dos valores deverá ser comunicada por escrito aos poupadores, por correio, com base nos endereços de que o requerido disponha; e) na hipótese de interposição de recurso, o prazo acima referido será reduzido para 30 dias a contar da data em que não houver mais recurso dotado de efeito suspensivo, mantida a multa, justificando-se a redução do prazo porquanto o julgamento do recurso demandará maior decurso de tempo; f) os depósitos efetuados pelo demandado em favor dos poupadores que não ingressaram com ações individuais só serão por estes levantados após o trânsito em julgado da presente demanda, o que será feito diretamente nas agências bancárias; g) caso os titulares de cadernetas de poupança que não tenham ingressado em juízo com ações individuais não formulem requerimento administrativo no prazo de um ano a contar da data do depósito, os valores disponibilizados pelo banco demandado decorrentes da presente decisão e não solicitados serão destinados ao Fundo de que trata a Lei nº 7.347/1985; h) para ciência da presente decisão aos interessados e considerada a probabilidade de mudança de endereço ou mesmo de falecimento, deverá o requerido publicar às suas expensas, no prazo de trinta dias a contar da data em que não houver mais recurso dotado de efeito suspensivo, o inteiro teor da parte dispositiva da presente decisão em três jornais de circulação estadual, na dimensão mínima de 20cm x 20cm e em cinco dias intercalados, sem exclusão da edição de domingo, pena de multa diária de R$ 100.000,00; i) para fins de fiscalização e execução da presente decisão, forte no § 4º do art. 84 do Codecon, nomeio perito o Sr. José Albino Giardino Filomena (fone 3223-1467), auditor, o qual, em nome deste juízo, terá acesso a todos os dados e informações necessárias para o cumprimento e efetividade do aqui decidido, seja para os poupadores que já ingressaram com ações individuais, seja para os que não o fizeram, podendo requisitar documentos e acessar banco de dados mantidos pelo banco demandado ou pelo Bacen, devendo ser intimado para apresentar sua proposta de honorários, os quais serão suportados pelo requerido; j) a Sra. Escrivã, decorrido o prazo recursal contra esta sentença, deverá disponibilizar, através do sistema de informática a todos os cartórios cíveis e judiciais do Estado do Rio Grande do Sul, cópia da ementa da presente decisão, com certidão de interposição de recurso e dos efeitos em que recebido, ou do trânsito em julgado, se for o caso, para, se assim entender o titular da jurisdição, iniciar-se a liquidação provisória do julgado, nos termos dos arts. 97 do CDC, c/c art. 475-A do CPC. l) para as ações individuais que tramitam nesta jurisdição e que se encontram suspensas, determino a Sra. Escrivã que junte em cada uma a certidão referida no item j. m) o cumprimento espontâneo da presente decisão ensejará liberação do demandado das custas processuais e das multas fixadas, desde que atendidos os prazos estabelecidos. n) os provimentos desta decisão poderão ser modificados, na forma do art. 461, parágrafo 6º do CPC, visando à efetividade da decisão. o) dê-se total prioridade de tramitação a presente demanda e decisório, face o caráter coletivo. [...]"

[581] Segundo a Ministra Nancy Andrighi: "O segundo argumento, de inexistência de obrigação de manutenção dos extratos, não se sustenta a uma análise mais detida da questão. A discussão a respeito de diferenças de correção monetária decorrente de planos econômicos não é nova. Ela vem sendo travada há muitos anos e iminente necessidade de apresentação de tais extratos era perfeitamente previsível. [...] Ainda que não houvesse uma obrigação legal, fixada pela autoridade monetária brasileira, de manutenção de tais extratos por mais de cinco anos, a possibilidade de discussão das diferenças de correção monetária por parte dos poupadores, cuja pretensão estava sujeita à prescrição vintenária, seria motivo suficiente para que, em observância a deveres de

porém, o entendimento que prevaleceu, no TJRS, de que o cálculo seria de incumbência do devedor, e não dos credores.

Assim, as instituições financeiras foram condenadas a fornecer a relação de poupadores à época de cada Plano Econômico e foi nomeado perito judicial para o acompanhamento da execução extrajudicial do julgado. Como relataram os juízes responsáveis pelo Projeto, quando de sua inscrição à V Edição do Prêmio Innovare:

> "As ações coletivas, por sua vez, também inovaram em seus dispositivos. Em primeiro lugar, valorizando e atribuindo efeito mandamental, determinaram que, após o trânsito em julgado, os bancos disponibilizem a todos os consumidores atingidos pela decisão, as diferenças nas respectivas agências, como foi feito, por exemplo, com o FGTS, evitando-se a liquidação coletiva prevista na legislação que é, por sua forma, praticamente inexequível. Para implementar e assegurar o cumprimento do que foi decidido, foi nomeado, em cada decisão, um perito, o qual se denominou gestor da sentença, que são pessoas com experiência nas áreas financeiras e que poderão, em nome do juízo, ter acesso a todas as informações necessárias para implementar o direito reconhecido. Invertendo a lógica conhecida, no sentido de que vale a pena postergar direitos, pois poucos são os que buscam a tutela judicial, foi determinado aos bancos o prazo de um ano para disponibilizar a todos os poupadores as diferenças, recolhendo a um fundo de defesa do consumidor o saldo de valores cujos titulares não foi possível encontrar ou não se habilitaram para o recebimento."[582]

A forma de execução do julgado coletivo, inovadora e inclusiva, é relevante para a compreensão da abrangência do presente estudo de caso e será aprofundada no item 5.2.1.

Tudo parecia caminhar para um caso de sucesso na condução de ações coletivas como forma de administrar um grande contingente de litigiosidade repetitiva. Porém, antes do trânsito em julgado das ações coletivas, o STJ mudou entendimento anterior para decidir que o prazo prescricional da ação coletiva seria quinquenal e, portanto, muito inferior ao prazo prescricional vintenário até então reconhecido às ações individuais.

Decidiu o STJ que "não havendo previsão de prazo prescricional para a propositura da ação civil pública, recomenda-se a aplicação, por analogia, do prazo quinquenal previsto no art. 21 da Lei 4.717/65".[583] O mesmo tribunal manteve o entendimento de ser vintenária a prescrição

---

informação, lealdade, colaboração, solidariedade e boa-fé, a instituição financeira mantivesse a microfilmagem dos documentos." (Recurso Especial 1.189.679 – RS, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Segunda Seção, DJ 24/11/2010).

[582] Rosane Wanner da Silva Bordasch, Carlos Eduardo Richinitti, João Ricardo dos Santos Costa, Gladis de Fatima Ferrareze, Pio Giovani Dresch, Ricardo Pippi Schmidt, Roberto Behrensdorf Gomes da Silva, Vanessa Gastal de Magalhães e Volcir Antonio Casal et al., "Projeto Poupança. Prêmio Innovare - Edição V".

[583] REsp 1.070.896/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 4/8/2010. Em sentido contrário, porém, ver os seguintes julgados: REsp 200.827/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 9/12/02; REsp 761.114 – RS, Rel. Ministro. Nancy Andrighi, DJ 3/8/2006; REsp 331374/São Paulo, Rel. Ministro. Francisco Falcão, DJ 17/06/2003. No REsp nº 331.374/SP (Relator Ministro Francisco Falcão) o Superior Tribunal de Justiça decidiu que "não seria caso de se falar no prazo prescricional quinquenal previsto no art. 21 da Lei nº 4.717/1965, eis que a presente lide não se configura em ação popular e, sendo independente a ação civil pública, no teor do art. 1º da Lei nº 7.347/1985, não é cabível a aplicação analógica do referido dispositivo". Constou da ementa do mencionado julgado: "II - Na ação civil pública aplica-se o prazo prescricional vintenário do art.

nas ações individuais em que fossem questionados "os critérios de remuneração da caderneta de poupança e são postuladas as respectivas diferenças, sendo inaplicável às ações individuais o prazo decadencial quinquenal atinente à Ação Civil Pública".[584] O que essa mudança de entendimento implica, em termos de segurança jurídica, será visto com maior detalhe no item 5.2.5.

Após a mudança de entendimento do STJ no Recurso Especial 1.070.896/SC, o TJRS, por meio da Ordem de Serviço 1/2010 - Projeto Cadernetas de Poupança, determinou que as ações que tramitavam como liquidação provisória de sentença fossem recadastradas como ações ordinárias de cobrança. Conforme será visto detidamente no item 5.2 e em seus subitens, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça enfraqueceu muito a ação coletiva e revelou também que, por mais que em tese a ação coletiva seja uma forma de congregar as forças dos litigantes eventuais, ela pode não ser necessariamente a melhor ferramenta para obtenção de resultados que lhes sejam favoráveis.

Como consequência do novo entendimento do STJ, os poupadores que estavam aguardando um resultado favorável nas ações coletivas ingressaram com suas ações individuais, argumentando que a propositura das ações coletivas havia suspendido o prazo prescricional das ações individuais. Em resposta a este argumento, houve julgados no sentido de que "o poupador que não ajuizou a ação individual no prazo vintenário não se pode beneficiar da interrupção da prescrição operada na ação civil pública, uma vez que ambas têm prazos prescricionais diversos"[585] e outros no sentido de que o ajuizamento de ação coletiva interrompeu a prescrição para as ações individuais.[586] Mais uma vez, o litigante eventual deparou-se com a falta de segurança jurídica no âmbito do processo coletivo, como será aprofundado no item 5.2.5.

Amanda Guimarães, em estudo empírico sobre o caso, relata que todos os envolvidos no Projeto Poupança afirmaram que ele não alcançou os seus objetivos em razão da decisão do STJ, que passou a declarar ser quinquenária a prescrição da ação civil pública de cobrança de

---

177, do Código Civil, como regra geral, devido à falta de lei que regule a matéria, não sendo caso de incidência dos prazos trienal ou quinqüenal, por incompatibilidade dos dispositivos que os prevêem." (REsp 331374/SP, Órgão Julgador Primeira Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 08/09/2003.) É paradoxal atribuir prazos prescricionais – tradicionalmente ligados ao direito material – diferentes a depender do instrumento de tutela processual, uma vez que "[q]uando se fala, pois, em 'defesa coletiva' ou em 'tutela coletiva' de direitos homogêneos, o que se está qualificando como coletivo não é o direito material tutelado, mas sim o modo de tutelá-lo, o instrumento de sua defesa" (Teori Albino Zavascki, *Processo Coletivo*, 3º ed (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008), 39–40).

[584] AgRg no Ag 1.238.378/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 25/6/2012.

[585] Reclamação 22.484 – RS, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJ 05/12/2014.

[586] REsp 1426620 - RS, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJ 12/08/2015.

expurgos inflacionários, e não mais vintenária. Assim, "o projeto teve sua conclusão obstada pela mudança jurisprudencial no que tange à prescrição".[587]

De outro lado, a litigiosidade individual que serve de parâmetro para a análise do caso ainda não se encerrou. As ações individuais estão suspensas, ao aguardo do julgamento de quatro recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida (RE 626307, RE 591797, RE 631363 e RE 632212) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 165/DF (ADPF 165), que poderão levar à reversão do entendimento favorável aos poupadores que até então prevaleceu nas ações individuais julgadas pelo Poder Judiciário.

A ADPF 165 será o último capítulo do processo coletivo na matéria em questão, e sua peculiaridade é ter sido proposta não pelos litigantes eventuais, mas sim por entidade que congrega os litigantes habituais – a Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif). Na ação, a Consif alega lesões a preceitos fundamentais provocadas por decisões judiciais violadoras do artigo 5º, XXXVI, da Constituição, por incluírem em seu campo de aplicação a proteção a regime monetário revogado, hipótese que não estaria contemplada do referido preceito fundamental, e dos artigos 21, VII e VIII, 22, VI, VII e XIX e 48, XIII e XIV, da Constituição Federal, por desconsideração ao poder monetário da União e do Congresso Nacional. Há notícias na imprensa de que um acordo para pôr fim amigável à contenda estaria sendo negociado pelas partes.[588]

5.2 IMPLICAÇÕES PARA O ACESSO À JUSTIÇA

O que o EC2 e o tratamento que foi dado por seus atores às ações coletivas revelam em termos de ampliação do acesso à Justiça? Quais as nuances, os pontos positivos e os pontos negativos que o caso ilumina? Ainda não há uma resposta definitiva para essas questões porque, como se pontuou acima, o desfecho das ações individuais que aguardam o julgamento pelo STF da ADPF 165 e dos Recursos Extraordinários dotados de Repercussão Geral ainda é desconhecido. Neste cenário, a análise que se fará, sob a ótica do acesso à Justiça e de suas características tal como apontadas no capítulo 1 – de que a tutela jurisdicional deve

---

[587] Guimarães, "Ações Coletivas como Meio de Molecuralização de Demandas", 18.

[588] Segundo a reportagem, "A negociação considera apenas os poupadores cobertos por ações coletivas". Julio Wiziack e Mariana Carneiro, "Acordo sobre perdas na poupança com planos econômicos deve sair até agosto - 10/07/2017 - Mercado", *Folha de S.Paulo*, acessado 10 de julho de 2017, http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/07/1899804-acordo-sobre-perdas-na-poupanca-com-planos-economicos-deve-sair-ate-agosto.shtml.

ser inclusiva, imparcial, célere, eficiente e segura – também não poderá ser conclusiva; será uma análise voltada primordialmente para as potencialidades e dificuldades que o caso revela.

5.2.1 Inclusão

Em termos de inclusão, o potencial do manejo das ações coletivas para beneficiar todos os litigantes eventuais – inclusive aqueles que não tiveram as oportunidades para promover a ação, mas têm interesse direto no resultado – ficou claro no EC2. Isto ocorreu porque foi acolhido o pedido de caráter mandamental[589] formulado na ação coletiva, de forma tal que o entendimento prevalente na primeira e na segunda instâncias foi no sentido de que os bancos deveriam pagar a todos os poupadores, mesmo àqueles que não tivessem requerido seu ingresso na ação nem mesmo na fase de liquidação e execução, por meio de um dispositivo que se aproximava da *injuction* estadunidense.[590] Esta inovação do Projeto Poupança é importante em termos de inclusão porque, como já se viu, por conta de particularidades do processo de nomear, culpar e pleitear (*naming, blaming, claiming*), é provável que os que mais precisam da prestação jurisdicional sejam justamente os que menos têm condições de pleiteá-la. O dispositivo mandamental da sentença tem um grande potencial de inclusão dos menos favorecidos, e o caso aponta a solução para uma grande falha da legislação brasileira: a regulamentação da efetivação do julgado coletivo.[591]

Além disso, o potencial de inclusão também foi notável porque no EC2 prevaleceu o entendimento mais abrangente do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, dando-se amplitude à eficácia subjetiva da ação coletiva. Na decisão interlocutória que determinou a suspensão das ações individuais do Projeto Poupança, o juízo da 15ª Vara do Rio Grande do Sul afirmou que "o caráter homogêneo do direito deve ser o critério determinante da amplitude da jurisdição e não a competência territorial do órgão julgador. Conclusão imperiosa em face da indivisibilidade dos interesses postos *sub judice*".[592] Este entendimento, diferente do que prevaleceu no STJ no EC1, é mais consentâneo com os ditames do acesso à Justiça.

---

[589] A respeito da sentença que assume eficácia preponderantemente mandamental, ver: José Carlos Barbosa Moreira, "A Sentença Mandamental: da Alemanha ao Brasil", *Revista de Processo*, Estudos em Homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 98 (junho de 2000): 251–64.

[590] *Injunctions* são, genericamente, as medidas utilizadas para imposição de obrigações de fazer a uma das partes pelo juiz. Para compreender sua utilização no sistema estadunidense como forma de alcançar reformas estruturais, ver: Salles, *Execução Judicial em Matéria Ambiental*.

[591] Ver item 5.3.3.

[592] Guimarães, "Ações Coletivas como Meio de Molecuralização de Demandas".

O potencial inclusivo da ação coletiva foi confirmado na primeira e na segunda instâncias, mas infirmado no STJ, no qual foi dada primazia – por meio do reconhecimento de um prazo prescricional ampliado – às ações individuais. É por isso que se enfatizou que o caso revela potencialidades que não se confirmaram quando do julgamento final pelo STJ das ações coletivas. O entendimento do STJ fragilizou a ação coletiva ao atribuir-lhe um prazo prescricional inferior ao da ação individiual. Assim, não obstante a atuação do Poder Judiciário ter sido, num primeiro momento, muito consistente no sentido de extrair do processo coletivo todas as suas potencialidades, num segundo momento este avanço se perdeu, prejudicando o potencial inclusivo da ação coletiva.

Finalmente, a análise do potencial inclusivo sob a ótica dos resultados substantivos do litígio demanda que se considere, em caso de condenação dos bancos, a possibilidade de configuração de risco sistêmico e de atuação do Banco Central como emprestador de última instância, com os prováveis custos sociais inerentes. Analisar a inclusão sob a ótica dos resultados substantivos de uma dada litigiosidade significa não só que o direito deve ser contextualizado ante os grupos que compõem a sociedade, mas também que os efeitos econômicos e sociais que recaem sobre os grupos e sobre toda a sociedade devem ser sopesados.[593] É o que Cappelletti define como análise tridimensional do direito, que engloba um olhar crítico sobre o impacto concreto das decisões nos níveis social, econômico e político.[594]

A Consif, autora da ADPF 165, tem sido categórica quanto ao "grave risco de efeito sistêmico capaz de atingir a higidez do sistema financeiro e o próprio Tesouro Nacional"[595] no caso de improcedência da ADPF, embora esta alegação seja contestada pela parte contrária: o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) entendem, respectivamente, que a estimativa do valor das indenizações está exagerada e que a exigibilidade dos valores não é imediata, o que afastaria o risco sistêmico.[596] O risco de efeitos sistêmicos que prejudiquem todo o sistema financeiro nacional pode servir como argumento *ad terrorem*, e esse é o tipo de argumentação que beneficia o litigante habitual em ações coletivas.

---

[593] Mauro Cappelletti, Bryant Garth, e Nicolo Trocker, "Access to Justice Variations and Continuity of a World-Wide Movement", *Revista Juridica de la Universidad de Puerto Rico* 54 (1985): 223.

[594] Mauro Cappelletti, "Access to Justice as a Theoretical Approach to Law and a Practical Programme for Reform", *South African Law Journal* 109 (1992): 22.

[595] Relatório do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 165, disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/relatorio_adpf_165.pdf, acesso em 28 de novembro de 2015.

[596] A alegação de risco sistêmico, sobretudo à vista de recentes vitórias jurídicas dos bancos no Superior Tribunal de Justiça, é veementemente contestada em: Luiz Fernando Casagrande Pereira, "Planos Econômicos: não há divergência sobre os números da conta", *JOTA*, 29 de agosto de 2016, http://jota.uol.com.br/planos-economicos-nao-ha-divergencia-sobre-os-numeros-da-conta.

É neste contexto que deve ser lida a fala do Advogado Geral da União (AGU), em sustentação oral na ADPF 165: "uma ação coletiva tratando dos planos representa um risco sistêmico".[597]

O risco sistêmico decorreria da corrida bancária dos poupadores, que obrigaria os bancos a sacarem suas reservas para quitar as dívidas para com os poupadores nas ações judiciais, gerando crise de liquidez de ativos. Em decorrência de eventual derrota jurídica dos bancos e de uma subsequente situação de risco sistêmico, ou seja, de risco de colapso do sistema financeiro, o Banco Central possivelmente assumiria o ônus de agir como emprestador de última instância.[598] Os bancos centrais, como emprestadores de última instância, costumam agir emitindo papel moeda e aumentando a base monetária da sociedade para "estancar a corrida por liquidez, de modo a evitar a contração do crédito e a possível quebra do sistema bancário, com consequências graves e imprevisíveis".[599]

Este tipo de intervenção do Banco Central tem um custo significativo, que geralmente é pago pela sociedade na forma de impostos,[600] porque "nas condições concretas de operação dos BC, a operação de socorro de última instância deverá ser feita aceitando títulos de qualidade muito variada".[601]

Diante da possibilidade de ter a sociedade como possível pagadora da conta do risco sistêmico, é mister verificar quais e como os grupos sociais seriam afetados conforme os resultados possíveis da ADPF 165. Pode-se identificar três conjuntos sociais afetados pelos possíveis resultados do litígio:

(i) bancos, que são instituições com notório poder econômico;

(ii) poupadores, que são pessoas com relativo poder econômico, pois tinham economias depositadas em contas bancárias;

---

[597] Martha Beck e Carolina Brígido, "Derrota de bancos no STF pode gerar risco sistêmico, diz AGU", *O Globo*, 28 de novembro de 2013, http://oglobo.globo.com/economia/derrota-de-bancos-no-stf-pode-gerar-risco-sistemico-diz-agu-10911169.

[598] Como ensina Christine Desan, uma das características do sistema bancário da atualidade é que os bancos comerciais contam com o suporte do Banco Central como emprestador de última instância. Christine Desan, "Money as a Legal Institution", in *Money in the Western Legal Tradition*, org. David Fox e Wolfgang Ernst (Oxford University Press, 2016), 18–36.

[599] Carlos Eduardo Carvalho, "O Banco Central como Emprestador de Última Instância: Mão Quase Invisível ao Sustentar os Mercados", *Revista Oikos* 11, nº 2 (2012): 217–39.

[600] "O desenho e a execução do socorro tendem a preservar os interesses dos responsáveis pelos problemas e a maior parte do custo da intervenção é quase sempre assumido pelo Tesouro Nacional. [...] A aceitação generalizada do papel de emprestador de última instância do banco central é um reconhecimento dos riscos inerentes à natureza da atividade bancária em uma economia de crédito. [...] A denominação "emprestador de última instância" indica que os bancos podem recorrer a estes recursos quando se esgotaram as possibilidades de obter financiamento junto ao público ou junto a outros bancos. [...]A presença do Tesouro decorre de que a ação de emprestador de última instância do Banco Central quase sempre gera um custo fiscal. O BC em geral incorre em prejuízo nessas operações e as perdas precisam ser transferidas para o Tesouro, ou, se ficarem no BC, o Tesouro terá que capitalizar o BC." Ibidem, 219.

[601] Carvalho, "O Banco Central como Emprestador de Última Instância: Mão Quase Invisível ao Sustentar os Mercados".

(iii) sociedade civil como um todo, que contém os mais variados grupos com poder econômico distinto, incluindo a parcela mais pobre da população.

Os resultados materiais possíveis da ADPF 165 e dos recursos extraordinários com repercussão geral estabelecida também são, grosso modo, três, já que além da questão sobre a existência da dívida dos bancos, existe também a dúvida sobre se a condenação acarretaria ou não o risco sistêmico – dúvida esta que remanesce, inclusive, pela ausência de consenso sobre os números envolvidos numa eventual condenação. Deve-se ter em mente que, caso se confirmasse a existência de risco sistêmico, seria muito provável a intervenção do Banco Central como emprestador de última instância.[602]

À luz de tudo o que foi dito, as possibilidades que se apresentam são:

(a) os bancos *não devem* pagar as diferenças de expurgos inflacionários. Caso esta hipótese se confirme, obviamente não há risco sistêmico nem intervenção do Banco Central como emprestador de última instância;

(b) os bancos *devem* pagar as diferenças de expurgos inflacionários, mas *não há* risco sistêmico. Caso esta hipótese se confirme, não há necessidade de intervenção do Banco Central como emprestador de última instância;[603]

(c) os bancos *devem* pagar as diferenças de expurgos inflacionários e *há* risco sistêmico. Caso esta hipótese se confirme, é muito provável a intervenção do Banco Central como emprestador de última instância.

Na hipótese de prevalecer o entendimento descrito em (a), apenas os poupadores deixarão de ganhar poder econômico, ao passo que os bancos e a sociedade em geral conservarão sua situação atual. Este resultado prestigiará a lógica da política regulatória em questão – a de não prejudicar nem favorecer nenhum grupo social de forma específica. Como explica Luiz Gonzaga de Mello Belluzzo em parecer na ADPF 165,[604] a lógica subjacente aos planos econômicos foi de que era preciso evitar a hiperinflação – que foi realmente evitada – devido aos seus efeitos devastadores sobre diversas camadas sociais e sobre a economia do

---

[602] No caso de risco sistêmico em razão de derrota na ADPF 165, o Advogado-Geral da União afirmou que "o governo federal teria que intervir no mercado para garantir o cumprimento da decisão do Tribunal". (Beck e Brígido, "Derrota de bancos no STF pode gerar risco sistêmico, diz AGU".)

[603] "Em situações de crise financeira, para evitar a contração do crédito e a quebra do sistema bancário, o Banco Central deve emitir moeda e criar crédito a partir 'do nada', como emprestador de última instância." Carvalho, "O Banco Central como Emprestador de Última Instância: Mão Quase Invisível ao Sustentar os Mercados", 217.

[604] Luiz Gonzaga de Mello Belluzzo, "Parecer 'Planos Econômicos'- ADPF 165-0/DF", 21 de dezembro de 2007.

país. Para ele, nenhum grupo social seria prejudicado ou favorecido com as medidas de política monetária adotadas.[605]

Diversamente, se a situação descrita em (b) vier a se confirmar, perderão os bancos e indiretamente perderá também a sociedade como um todo, pois, neste caso, as instituições financeiras terão de fazer provisões para pagamento dos valores devidos em juízo, diminuindo os limites para criação de moeda estrutural, o que reduz a capacidade dos bancos de fazer empréstimos que movimentam a economia. [606]

Finalmente, se a situação descrita em (c) vier a se confirmar, os grupos vencedores serão os bancos e os poupadores, mas haverá grande risco de produção de efeitos sociais e econômicos maléficos para a sociedade como um todo, sobretudo porque no Brasil os impostos são regressivos.[607] É provável que o STF, nesta hipótese, module os efeitos da decisão final. Essa possibilidade chegou a ser aventada no STJ, quando do julgamento de reconhecimento da prescrição quinquenal da ação coletiva. O relator do acórdão fez constar que:

> "[...] segundo estimativas de especialistas, o impacto total ao sistema financeiro, decorrente apenas de aplicação dos índices alegadamente expurgados aos correntistas, no caso dos Planos Verão e Bresser, poderá atingir a incrível cifra de 208,551 bilhões de reais, o que, por si só, representa sério risco às instituições financeiras. Por outro lado, e apenas para realçar, convém sublinhar que é dever desta Corte ter em conta a repercussão social e econômica de suas decisões, modulando, caso necessário, seus efeitos, a fim de evitar consequências deletérias para a saúde financeira do país."[608]

A primazia que foi dada às ações individuais em detrimento das coletivas pelo STJ e a prevalência que tem sido dada aos direitos dos poupadores, quando adotada a análise sob a ótica de grupos sociais, demonstram o privilégio conferido a direitos individuais subjetivos em detrimento dos interesses coletivos, o que beneficia o litigante habitual. A redistribuição de

---

[605] O economista acrescenta: "Os bancos – como intermediários financeiros – receberam de um lado e pagaram de outro, segundo as mesmas regras." Ibidem, 4. Ele ainda ressalta que a hiperinflação é, em si mesma, uma forma de expropriação. Ibidem, 9 (p. 1255 dos autos da ADPF). Esta questão tem relevância porque a neutralidade distributiva pode ter papel central nos julgamentos atualmente pendentes no Supremo Tribunal Federal a respeito dos planos econômicos.

[606] Essa informação é dada pelo Banco Central em seus memoriais de *amicus curiae* na ADPF 165, disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1135_Memorial_BACEN_para_PGR.pdf, acesso em 29 de novembro de 2015.

[607] Deve-se ponderar que há quase três décadas o Imposto sobre Grandes Fortunas encontra previsão constitucional, porém carece de regulamentação legal. Isto demonstra a dificuldade do Congresso brasileiro de taxar os mais ricos, e o grave risco de que toda a sociedade fosse penalizada na hipótese de atuação do Banco Central como emprestador de última instância. Além disso, sobreviria uma discussão sobre o dever da União de indenizar os bancos pelos prejuízos causados em decorrência das determinações do Conselho Monetário Nacional que vierem a ser julgadas como contrárias à lei. Neste sentido: Oliveira, *Moeda, Juros e Instituições Financeiras: Regime Jurídico*, 236. No entanto, a taxação poderia ser direcionada aos mais ricos, caso em que este prejuízo social seria minorado.

[608] REsp 1.070.896/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 04/08/2010.

ônus econômicos para grupos sociais de forma diversa da que foi adotada pelo governo em sua política regulatória ilustra esta crítica.[609] Há formas mais promissoras do que a litigiosidade atomizada de o Poder Judiciário contribuir para a ampliação do acesso à Justiça.

5.2.2 Imparcialidade

O EC2 demonstrou que a ação coletiva poderá não estar infensa às vantagens estruturais de que goza o litigante habitual em comparação com o eventual. O que se afirmou encontra respaldo no EC2 tanto pelo sepultamento de ações coletivas pela prescrição – diante do reconhecimento do prazo prescricional diferenciado no Superior Tribunal de Justiça[610] – quanto porque as ações coletivas referentes a expurgos inflacionários não tiveram, de modo geral, resultados mais favoráveis do que as ações individuais.[611] As previsões de Marc Galanter não tiveram eco na prática da ação coletiva brasileira.

O caso ilustra um aspecto pouco mensurável, que diz respeito às facilidades do litigante habitual para agir estrategicamente e obter vantagens não explícitas, conquanto não ilícitas, do sistema jurídico.

Uma primeira explicação para o usufruto dessas vantagens reside numa característica comum desse tipo de litigante, o seu poder econômico, que lhe permite contratar os melhores advogados e desenvolver sofisticadas estratégias processuais, além de lhe propiciar acesso constante a Brasília, onde estão situados os tribunais superiores, para sustentar oralmente seus casos e despachar diretamente com os Ministros.[612] Já os litigantes eventuais, dada a dimensão continental do país, contam, nas ações coletivas, com a substituição processual por parte de agentes públicos que geralmente não dispõem de verbas específicas para se deslocar até Brasília e exercer a defesa dos interesses coletivos de forma personalizada.

---

[609] Além disso, "como não há direito adquirido a uma determinada moeda, o Estado pode mudar a moeda, pode suprimir a correção monetária e pode determinar que os índices deixem de ser calculados pelas entidades que os divulgam, sem que os indivíduos tenham, só por isso, a possibilidade de arguir direito adquirido." Belluzzo, "Parecer 'Planos Econômicos'- ADPF 165-0/DF", 11.

[610] Segundo o IDEC, o reconhecimento do prazo prescricional diferenciado para a ação coletiva no REsp 1.070.896/SC, implicou "a eliminação de cerca de 998 (ações) coletivas, restando, hoje, pouco mais de 15 ações com tramitação (ou seja, inicialmente, as coletivas eram em número de aproximadamente 1.013 ações)". Petição protocolada na ADPF 165, disponível em http://www.idec.org.br/ckfinder/userfiles/files/peticaoSTF_ADPF165_ago2016.pdf

[611] "Desde a retenção indevida de extratos a consumidores, os artifícios dos bancos foram capazes de sufragar mais de 99% das ações coletivas e reduzir drasticamente os juros devidos." Walter Moura e Elici Maria Checchin Bueno, "A Maratona dos Poupadores e a ADPF 165 no Supremo", *JOTA*, 1º de agosto de 2016, http://jota.uol.com.br/maratona-dos-poupadores-e-adpf-165-no-supremo.

[612] A título exemplificativo, o advogado do Banco do Brasil no REsp 1.070.896/SC é o Dr. Nelson Buganza Júnior, cujo escritório de advocacia teria "foco nos tribunais superiores e no Supremo Tribunal Federal" (disponível em http://nelsonbuganza.adv.br/quem-somos.html, acesso em 20 de abril de 2016).

Outra explicação para as vantagens usufruídas pelo litigante habitual no sistema coletivo provém da Economia Comportamental (*behavioral economics*). Segundo esta corrente de pensamento teórico, embora não devesse haver mudanças no resultado do julgamento pela quantidade de pessoas envolvidas em uma ação judicial, na prática os juízes podem ser mais propensos a garantir direitos por meio de ações individuais do que por meio de ações coletivas.[613] Uma das explicações para essa tendência seria a maior empatia do juiz para com um indivíduo que se contrapõe a uma grande corporação, do que para com uma grande coletividade na mesma situação.[614] Assim, um maior risco de insucesso das ações coletivas seria decorrente da despersonalização dos autores que, por não estarem pessoalmente representados e atuantes na demanda, seriam considerados como um grupo massificado, tratado com menor sensibilidade pelo julgador, para o qual, em um contexto de dano disseminado, a importância dos danos sofridos pelas pessoas invidualmente seria menor.[615] Segundo este entendimento, ações para a defesa de direitos de litigantes eventuais poderiam se valer estrategicamente do apelo emotivo maior do pleito individual ante o coletivo.

No âmbito do sistema financeiro, esta explicação dada pela Economia Comportamental parece especialmente plausível, sobretudo quando a ela se soma o risco de desestabilização do próprio sistema (o risco sistêmico). Essas considerações prudenciais, somadas às relativas à problemática da separação de poderes e à hesitação dos julgadores tanto a contrariar o entendimento da tecnocracia financeira quanto a impactar de forma relevante o orçamento público, podem sensibilizar significativamente os julgadores em benefício dos litigantes habituais.

No entanto, essas razões seriam suficientes para rejeitar a ação coletiva como um bom instrumento de defesa dos direitos das coletividades? Sob a ótica desta tese, a resposta é negativa, porque o apelo à empatia dos juízes – que realmente parece ser maior em alguns tipos de ações individuais – não torna as decisões mais justas. Ainda que a chance de afirmação de alguns direitos seja maior nas ações individuais, é preciso sopesar custos e benefícios da concessão de direitos, o que pode ser feito com maior amplitude e pragmatismo, ponderando-se os custos envolvidos na universalização de direitos, nas ações coletivas. O pensamento

---

[613] Alexandre Biard Louis T. Visscher, "Judges and Mass Litigation: Revisiting the Judicial Cathedral through Rational Choice Theory and Behavioural Economics", *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade [Liability, Insurance & Damage]'*, nº 2014(02) (2014): 39–48.

[614] Ibidem.

[615] Ibidem, 11.

pragmático sobre direitos – inclusive sobre direitos humanos – é fundamental para não esvaziar a sua importância.[616]

Um segundo motivo apontado pela Economia Comportamental para explicar porque os juízes seriam mais propensos a conceder direitos em ações individuais do que em ações coletivas é o de que os custos pessoais para o juiz na tomada de decisão em ações coletivas são maiores do que em ações individuais.[617] Por custos pessoais deve-se entender tanto o aumento da carga de trabalho em virtude da complexidade inerente às ações coletivas quanto a exposição pública do juiz à crítica social, à qual os juízes são particularmente avessos.

Diante dessa argumentação, uma solução possível seria a criação de varas especializadas em ações coletivas. Provavelmente há um número limitado de juízes com o perfil ideal para a administração de litígios coletivos, e a especialização de varas teoricamente atrairia justamente os juízes melhor preparados para responder à visibilidade e às dificuldades inerentes à gestão do contencioso coletivo.

Um caso que guarda semelhanças com o do EC2, por ilustrar a hesitação do Poder Judiciário a decidir contrariamente às instituições financeiras em ações coletivas – e o uso que o litigante habitual faz dessa hesitação – é o Conflito de Atribuições (CA) 35-1-RJ,[618] acolhido pelo STF na década de 1980. Ele foi instaurado no bojo de uma ação coletiva que tratava, dentre outros temas, da legalidade da cobrança de comissão de permanência no caso de mora do mutuário. A comissão de permanência é um encargo moratório cujo montante não raro é objeto de revisão judicial em ações individuais.[619] No bojo de ação coletiva proposta com esta mesma finalidade, foi concedida a liminar para limitar a cobrança de comissão de permanência de forma a preservar direitos individuais homogêneos.

Esse fato levou os representantes das instituições financeiras a propor um incidente chamado Conflito de Atribuições, sob alegação de que o juízo de primeira instância teria usurpado a competência do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central para regular o sistema financeiro nacional. No bojo da ação, o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central concordaram com a tese de usurpação de competência, que prevaleceu por maioria,

---

[616] Kennedy, "The International Human Rights Movement: Part of the Problem?"

[617] Ver: Louis T. Visscher, "Judges and Mass Litigation: Revisiting the Judicial Cathedral through Rational Choice Theory and Behavioural Economics", 6.

[618] Agradeço a Jean-Paul Veiga da Rocha por me apresentar ao julgado, que foi por ele examinado em: "A Capacidade Normativa de Conjuntura no Direito Econômico: o Déficit Democrático da Regulação Financeira" (Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 2004).

[619] Existem várias súmulas do STJ a respeito do tema, que se formaram com base em precedentes de ações individuais.

tendo vingado o entendimento que nega à ação coletiva a sua integral amplitude.[620] A revelar a resistência do Poder Judiciário às ações coletivas, tem-se que os julgamentos que levaram à edição de súmulas restringindo a cobrança de comissão de permanência, tal como se almejava na ação coletiva, foram firmados em ações individuais. No CA 35-RJ, assim como nos julgamentos das ações coletivas referentes a expurgos inflacionários, é possível que o risco de desestabilização do sistema financeiro tenha sido o ônus responsável pela desvantagem que a ação coletiva apresentou diante da ação individual.[621]

Se, como prega a Economia Comportamental, custos pessoais do juiz podem ser desfavoráveis às ações coletivas, poucos custos são maiores do que o risco de desestabilização sistêmica do sistema financeiro nacional. E, se por um lado já não restam dúvidas de que o peso da alegação de risco sistêmico dificulta a consagração de direitos pela via da ação coletiva em comparação com a via da ação individual, por outro lado não se pode dizer que este mesmo peso não terá a mesma força, ou até maior, nas ações individuais designadas como paradigmáticas para a formação do precedente.

É necessário insistir neste ponto: o sistema brasileiro sempre foi o da liberdade do juiz de decidir conforme sua convicção motivada. Porém, após a Reforma do Judiciário, isto não é mais verdade, pois determinados julgamentos tornam-se vinculantes para os julgadores. Assim, nos últimos anos, os incentivos dos litigantes habituais para formar precedentes favoráveis nas ações individuais cresceram, e eles têm passado a concentrar seus esforços nesse tipo de ação também.

---

[620] É interessante que no acórdão cita-se trecho de Mauro Cappelletti: "Estamos assistindo ao lento, mas seguro declínio de uma concepção individualista do processo e da justiça. Todos os princípios, os conceitos, as estruturas, que estavam radicadas naquela concepção demonstram-se sempre mais insuficientes a dar uma aceitável resposta para assegurar a necessária tutela aos novos interesses difusos e de grupo, que são vitais para as sociedades modernas." (*Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*. Rivista di Diritto Processuale, 30, 1975, 401). Houve, portanto, a percepção de que uma concepção de ação civil pública estava sendo formada naquele julgamento.

[621] Contudo, não foram estabelecidos critérios (nem substanciais nem procedimentais) para o controle judicial dos limites da delegação e das normas decorrentes do exercício do poder normativo. Embora o Conflito de Atribuições 35-RJ seja anterior à Constituição atual, o posicionamento então delineado permanece sendo a tônica do Poder Judiciário. Jean-Paul Veiga da Rocha assim resume o desenvolvimento do reconhecimento dos poderes normativos do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central: "Não é, de forma alguma, mediante uma clara evolução jurisprudencial. Não há uma orientação coerente, construída de forma consistente ao longo do tempo. O que existe é um conjunto de decisões *ad hoc* que seguem estratégias formais e informais distintas para lidar com a tensão entre racionalidade formal e material, entre governabilidade substantiva e legitimidade legal-racional, entre eficiência burocrática e legitimidade democrática. Ao invés de interpretação construtiva, mediante uma hermenêutica mais sofisticada e aberta ao sopesamento de *princípios* jurídicos, o que se percebe é a reação auto-limitadora, expressada em pautas hermenêuticas tradicionais ou em estratégias informais de decisão, que lidam de forma ambígua e contraditória com *valores* e com pressões dos sistemas político e econômico." Veiga da Rocha, "A Capacidade Normativa de Conjuntura no Direito Econômico: o Déficit Democrático da Regulação Financeira", 171.

Foi justamente a reforma que estruturou o sistema de precedentes. No caso dos expurgos inflacionários, não se sabe ainda se os litigantes eventuais serão vitoriosos no julgamento dos recursos e na ADPF que aguardam julgamento pelo STF. Sabe-se, porém, que os litigantes habituais têm invocado o risco sistêmico como argumento *ad terrorem*, como aliás o Ministro Herman Benjamin já havia ressaltado no EC1.

O momento atual é um ponto de inflexão: quando a argumentação do litigante habitual, no sistema de paradigmas vinculantes, passar a ser o do discurso do risco sistêmico, a alegação de que a ação coletiva traz custos pessoais maiores ao julgador do que a ação individual deixará de ser verdadeira, pelo menos no que diz respeito aos ministros dos tribunais superiores incumbidos da formação dos *leading cases*. Em outras palavras, o sistema de precedentes equipara o ônus que ambos os tipos de ações repreentam para o juiz. Se antes a amplitude da tutela pleiteada na ação coletiva poderia criar resistências no julgador, hoje é o paradigma – na ação individual selecionada para firmá-lo – que cumpre o papel de centro de poder. Vale ressaltar que é sobretudo no contexto de litigiosidade repetitiva que o *leading case* goza de máxima importância, haja vista a sistemática dos recursos repetitivos, das súmulas vinculantes e do IRDR do novo Código de Processo Civil. Até o julgamento pelo STF das ações que formarão o precedente determinante, este item deve ser inconclusivo.

5.2.3 Celeridade

Como, no EC2, foi dada prioridade às ações coletivas, estas tramitaram muito rapidamente, tendo sido sentenciadas em menos de um ano pelo juízo de primeiro grau.[622] Este é um aspecto marcante e de fundamental importância do EC2, que o contrapõe ao EC1, no qual nenhuma precedência foi dada à ação coletiva – a ponto de se haver sugerido que tal prioridade fosse regulamentada por lei. A comparação do EC1 com o EC2 revela que, embora determinados aprimoramentos legislativos sejam possíveis, eles podem não ser necessários, porque o Poder Judiciário pode se valer de princípios e garantias constitucionais – tais como: acesso à Justiça, eficiência e razoável duração do processo, dentre outros – para dar a melhor

[622] A este dado pode se contrapor o prazo médio de 35 meses para o início de cumprimento de sentença em processos semelhantes, conforme: Rosane Wanner da Silva Bordasch, Carlos Eduardo Richinitti, João Ricardo dos Santos Costa, Gladis de Fatima Ferrareze, Pio Giovani Dresch, Ricardo Pippi Schmidt, Roberto Behrensdorf Gomes da Silva, Vanessa Gastal de Magalhães e Volcir Antonio Casal et al., "Projeto Poupança. Prêmio Innovare - Edição V". Não havia dados sobre o tempo médio de tramitação de processo no ano de 2007. Porém, levando-se em conta o tempo médio atual de tramitação de processo de conhecimento, igualmente tem-se que a tramitação das ações coletivas foi célere, conforme dados disponibilizados em: Brasil. Conselho Nacional de Justiça, "Justiça em Números 2016: Ano-Base 2015", 70.

interpretação à legislação de regência do processo coletivo. Neste sentido, o julgador deve dar preferência à tramitação da ação coletiva porque ela possibilita a economia de recursos públicos preciosos, por ser mais inclusiva e por permitir maior celeridade no julgamento dos processos. Quanto mais lento o tramitar da ação coletiva, mais proliferam as ações individuais, assoberbando o Judiciário e consumindo recursos que a ação coletiva pouparia.[623]

Se o Projeto Poupança não tivesse se frustado pela prescrição, muitas pessoas teriam sido beneficiadas pelo reconhecimento do direito de forma célere, pois, além dos poupadores representados pelas ações coletivas, também as pessoas cujas ações individuais ficaram suspensas seriam favorecidas, visto que estas seriam convertidas em liquidação. Esta potencial economia de tempo foi estimada pelos autores do Projeto Poupança em dois terços do período de processamento até a fase de cuprimento de senteça.[624]

O EC2 acena com a possibilidade de benefícios em termos de celeridade pelo uso da ação coletiva, que poupa a estrutura do Poder Judiciário da tramitação de milhares de ações judiciais individuais, substituídas por poucas ações coletivas. Neste sentido, tal suspensão foi essencial para o sucesso do projeto, pois, como já foi dito, não havia estrutura para comportar tantas ações individuais simultaneamente.[625] A tramitação dos demais processos seria muito mais morosa com o processamento adicional dos processos individuais que, num primeiro momento, foram evitados. As externalidades positivas da coletivização são, portanto, aproveitadas por toda a sociedade e, sobretudo, pelos mais pobres, que têm custos de oportunidade mais altos em decorrência um Judiciário lento. [626]

Existem divergências doutrinárias sobre a relação entre as ações coletivas e as ações individuais e, em especial, sobre a solução adotada no Projeto Poupança, de suspensão das ações individuais. Embora as decisões de suspensão já tenham sido qualificadas como *contra legem*,[627] não há consenso a respeito. Para Kazuo Watanabe, a solução de suspensão dos processos é correta, ainda que não haja pedido de suspensão do processo pelo autor individual;

---

[623] Para fins de tramitação prioritária, pode-se aplicar analogicamente o artigo 980 do novo CPC, que é destinado ao IRDR.

[624] Ver item "Qual a principal inovação da sua prática?" em: Rosane Wanner da Silva Bordasch, Carlos Eduardo Richinitti, João Ricardo dos Santos Costa, Gladis de Fatima Ferrareze, Pio Giovani Dresch, Ricardo Pippi Schmidt, Roberto Behrensdorf Gomes da Silva, Vanessa Gastal de Magalhães e Volcir Antonio Casal et al., "Projeto Poupança. Prêmio Innovare - Edição V".

[625] Bordasch, "Gestão Cartorária: Controle e Melhoria para a Razoável Duração dos Processos".

[626] Custo de oportunidade é um conceito econômico que se refere ao valor do melhor uso alternativo de um determinado recurso e às oportunidades perdidas em razão da indisponibilidade desse recurso.

[627] A este respeito, ver: Débora Chaves Martines Fernandes, "Relação entre Demandas Individuais e Coletivas: 'Projeto Cadernetas de Poupança – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul' – Uma Análise do Caso", *Revista de Processo*, 36, 201 (novembro de 2011). Ver ainda: Lenio Luiz Streck, "O novo Código do Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano", 2015.

para ele, porém, a solução do artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor seria a de suspensão obrigatória apenas pelo prazo de um ano, após o qual os processos individuais deveriam voltar a tramitar, exceto se o pedido de suspensão for feito pelo próprio autor do processo individual.[628]

A suspensão de ofício dos processos individuais atende a um argumento de política judiciária e tem fundamentação robusta, na medida em que se ampara em interpretação sistemática e teleológica da lei, ante a inovação que representou a Lei de Recursos Repetitivos. Deixar de suspender as ações individuais sob a alegação de que isto provocaria seu retardamento implica ignorar a realidade de que a tramitação multitudinária de ações também provoca retardamento na solução de ações coletivas.

A suspensão levada a cabo no EC2 foi breve: as ações individuais foram suspensas entre agosto e outubro de 2007 e as ações coletivas foram julgadas entre novembro e dezembro de 2007; entre janeiro e maio de 2008, foram encaminhadas certidões das ações coletivas para todas as comarcas do Estado, para conversão das ações individuais de cobrança em liquidação provisória das sentenças coletivas.[629] O curto prazo de suspensão foi compatível com a solução proposta por Kazuo Watanabe, de restrição da suspensão obrigatória de ação individual por apenas um ano, ressalvando-se a suspensão voluntária até o julgamento definitivo da ação coletiva.

No EC2, mesmo com a tramitação célere das ações coletivas, verificou-se descontentamento dos autores com a suspensão das ações individuais, e essa insatisfação mostrou-se, ao final, justificada, porque as ações coletivas foram malsucedidas devido à mudança de orientação jurisprudencial relativa ao prazo prescricional. Os reveses que sofreram as ações coletivas nos EC1 e EC2 no STJ justificam a desconfiança dos litigantes eventuais, bem como a adoção de uma regra geral de suspensão limitada das ações individuais para aqueles litigantes que não quiserem aguardar o resultado das ações coletivas. A previsibilidade proporcionada pelo estabelecimento *a priori* do prazo anual de suspensão das ações individuais é positiva; por este motivo, seria preferível à opção adotada no Projeto de Lei 5.139/2009, segundo o qual a suspensão perduraria até o julgamento da demanda coletiva em primeiro grau

---

[628] Neste sentido: "Assim, parece efetivamente melhor resolver a questão da concomitância da ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos e das ações individuais pelas regras da prejudicialidade: ou seja, os processos individuais permanecerão suspensos nos termos do artigo 265, IV, *a*, do CPC." Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, e Nelson Nery Junior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, vol. II-Processo Coletivo (Rio de Janeiro: Forense, 2011), 215.

[629] Rosane Wanner da Silva Bordasch, Carlos Eduardo Richinitti, João Ricardo dos Santos Costa, Gladis de Fatima Ferrareze, Pio Giovani Dresch, Ricardo Pippi Schmidt, Roberto Behrensdorf Gomes da Silva, Vanessa Gastal de Magalhães e Volcir Antonio Casal et al., "Projeto Poupança. Prêmio Innovare - Edição V".

de jurisdição (artigo 37). A suspensão ora proposta, que se coaduna com o prazo previsto nos artigos 980 e 1.037, § 4º do novo Código de Processo Civil – deve, porém, admitir a prorrogação do prazo de suspensão, desde que de forma excepcional e fundamentada.

A regra da suspensão limitada das ações individuais equilibra (i) o interesse público de priorização do processo coletivo, em razão da economia de recursos públicos escassos que decorre da suspensão das ações individuais e (ii) o interesse particular no julgamento da ação individual, compatível com a garantia constitucional de razoável duração do processo. Ela, porém, só se justifica se observada fielmente a precedência na tramitação da ação coletiva, que deve ser fiscalizada pelas partes com base nas disposições do artigo 12 do novo Código de Processo Civil.

Noutro giro, merece destaque a criativa forma encontrada para a execução do julgado coletivo, a mandamental, que representa um avanço porque as vantagens da molecularização das demandas seriam significativamente menores se a execução da sentença coletiva se atomizasse em milhares de execuções individuais.

A execução das sentenças decorrentes de ações coletivas é regulamentada pelos artigos 97 a 100 do Código de Defesa do Consumidor. A redação original dos artigos (em especial, artigos 95 e 98) gerou a interpretação de que a execução é sempre precedida por liquidação individual.[630] É preciso observar, porém, que as mudanças recentes no processo de execução comum (trazidas inicialmente por meio da Lei 11.232/2005 e, posteriormente, pelo novo Código de Processo Civil) têm reflexos importantes na execução oriunda de título judicial constituído no bojo de processo coletivo, já que por meio delas foi incorporada a sistemática do cumprimento espontâneo das obrigações decorrentes de títulos judiciais. Essa nova racionalidade é importante para o aprimoramento da execução coletiva, cabendo ao juiz estimular e, sempre que possível, desjudicializar a efetivação da condenação.

Em casos análogos ao do EC2 figura como réu da ação coletiva um litigante habitual, que poderá efetuar o cálculo do valor da condenação ao consumidor lesado independentemente de específica provocação, por dispor dos documentos para tanto e de contadorias aptas a verificar o valor devido, cabendo-lhe depositá-lo na conta bancária de cada membro da coletividade que é representada no polo ativo da ação. Assim, em se tratando de obrigação de pagar quantia, pode o juiz determinar ao devedor que proceda ao cálculo aritmético necessário para a determinação do valor da condenação, independentemente de liquidação judicial individual. A relevância desta forma de atuação judicial deve ser enfatizada também à vista da

[630] Neste sentido: Marques, Claudia Lima; Benjamin, Antonio Herman; Miragem, Bruno, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Revista do Tribunais, 2006, 1095-1096.

alta taxa de congestionamento na execução no Poder Judiciário nacional, de 86%, que impacta a celeridade dos processos ao elevar em 10,6 pontos percentuais da taxa de congestionamento total do Poder Judiciário.[631]

5.2.4 Eficiência

O potencial da ação coletiva para a eficiência na administração da Justiça ficou evidenciado no Projeto Poupança, ainda que ao final tenha se perdido pelo reconhecimento da prescrição pelo STJ. Conforme os idealizadores do Projeto Poupança, dele decorreram "racionalização do custeio do processamento, com menor alocação de mão-de-obra e mínima circulação individualizada" e "simplificação e concentração de atos, tornando mais ágil o cumprimento e prática dos atos processuais, com minimização de retrabalho por erro".[632]

Em termos numéricos, se o Projeto Poupança não tivesse se frustrado, a economia corresponderia ao aproveitamento de recursos públicos pela desnecessidade de tramitação de cerca de 24 mil processos em virtude do julgamento de onze ações coletivas. A perspectiva de aumento do acervo processual foi de mais de 20% do número de ações em curso nas Varas Cíveis de Porto Alegre – cerca de 2 mil novas ações num universo de aproxidamente 8 mil ações por vara.[633] Em segundo grau, estima-se que mais de 100 mil recursos seriam interpostos em decorrência do descontentamento com decisões e sentenças proferidas nesses 24 mil processos.[634]

Quando do ingresso maciço das ações individuais, medidas de urgência e realocações de recursos humanos e materiais foram necessárias para o atendimento da súbita demanda, inflada pela iminência do prazo prescricional. À época, não era possível dar tratamento separado às ações, pela inexistência de mecanimos de pronta identificação, o que inviabilizava a administração especializada das ações.[635] As medidas adotadas foram: ampliação dos horários de atendimento nos fóruns, criação de novos protocolos de recebimento de petições e deslocamento de equipes de apoio para atender a esta demanda.

---

[631] Sendo "desconsiderados tais processos, o índice poderia atingir 60,8%, ao invés dos atuais 71,4%." Brasil. Conselho Nacional de Justiça, "Justiça em Números 2015: Ano-Base 2014", 43.

[632] Rosane Wanner da Silva Bordasch, Carlos Eduardo Richinitti, João Ricardo dos Santos Costa, Gladis de Fatima Ferrareze, Pio Giovani Dresch, Ricardo Pippi Schmidt, Roberto Behrensdorf Gomes da Silva, Vanessa Gastal de Magalhães e Volcir Antonio Casal et al., "Projeto Poupança. Prêmio Innovare - Edição V".

[633] Dados numéricos disponíveis em: Guimarães, "Ações Coletivas como Meio de Molecuralização de Demandas"; Bordasch, "Gestão Cartorária: Controle e Melhoria para a Razoável Duração dos Processos".

[634] Note-se que foram interpostos 53 recursos no bojo das ações coletivas. Guimarães, "Ações Coletivas como Meio de Molecuralização de Demandas", 18.

[635] Dados disponíveis em: Bordasch, "Gestão Cartorária: Controle e Melhoria para a Razoável Duração dos Processos".

Os números e as medidas descritas acima demonstram que a litigiosidade repetitiva pode comprometer significativamente os recursos do Poder Judiciário para dar andamento aos pleitos que a ele acorrem. Repentinos aumentos de litigiosidade repetitiva impactam a administração da justiça. Por isso, é eficiente evitar, sem ofensas a direitos fundamentais das partes, o tratamento individualizado das ações repetitivas. As ações coletivas, como o estudo de caso faz observar, podem ser uma ferramenta bem adaptada para a administração de litígios envolvendo direitos individuais homogêneos.

O EC2 revela mais uma faceta da litigância individualizada sobre interesses de natureza coletiva: a tendência de provocar uma situação análoga à tragédia dos bens comuns, que corresponde ao esgotamento de um recurso pela sua superexploração – que, no caso do Judiciário brasileiro, pode estar associada ao baixo custo de litigar e aos possíveis benefícios a serem auferidos, seja em termos de chances relativas de êxito, seja em termos de adiamento da satisfação de compromissos. No caso do sistema de justiça, uma situação equiparável à tragédia dos bens comuns[636] implicaria lentidão e acúmulos de processos.

Numa situação clássica de tragédia dos bens comuns, o administrador deve gerenciar o uso de recursos naturais para permitir sua viabilidade duradoura e evitar seu colapso pelo uso desenfreado. A analogia com o sistema de Justiça é útil, pois também o Judiciário está sujeito ao colapso pela utilização inadequada ou predatória. É preciso pensar em formas de incentivar a utilização do sistema de forma a extrair-se dele sua utilidade, sem esgotá-lo. O EC2 mostrou que a ação coletiva pode ser uma forma eficiente de evitar o esgotamento do sistema, sem privar as pessoas de usá-lo.

Em uma sociedade complexa, marcada pelas relações de consumo, a capacidade do Judiciário de oferecer respostas pode ficar comprometida pelo excesso de ações repetitivas, que discutem individualmente direitos homogêneos. Além disso, o custo do Judiciário, em razão deste comprometimento, pode prejudicar a realização de outros direitos, sobretudo ante a expansão constante do conceito de Justiça.[637] O EC2 ilustra como a ação coletiva tem o potencial de ampliar a eficiência do Judiciário, poupando tempo e recursos públicos.

---

[636] Acerca da tragédia dos bens comuns, destaca-se o trabalho de Garrett Hardin, "The Tragedy of the Commons", *Journal of Natural Resources Policy Research* 1, nº 3 (8 de julho de 2009): 243–53.

[637] Ver, a este respeito: Marc Galanter, "Access to Justice in a World of Expanding Social Capability", *Fordham Urban Law Journal* 37, nº 1 (1º de janeiro de 2010): 115.

5.2.5 Segurança Jurídica

Em termos de segurança jurídica, o legado do EC2 é dúbio. Tem-se por um lado que o potencial da ação coletiva para produzir decisões que afetam igualmente todos os litigantes foi confirmado nos julgamentos da primeira e da segunda instâncias. Na litigiosidade individualizada, cada caso pode ser decidido como se não houvesse outros idênticos, o que gera imprevisibilidade jurídica e, consequentemente, uma sensação de injustiça para os que veem seus direitos negados. A solução para este problema, no sistema de litigiosidade individualizada, é dada por meio da estruturação do sistema com base em precedentes vinculantes.

Na descrição do Projeto Poupança, o ganho advindo do projeto em termos de segurança jurídica foi devidamente valorizado ao se enfatizar, ao lado do ganho de tempo e da economia de recursos, a "uniformidade do direito a ser alcançado, afastando-se a insegurança jurídica advinda de sentenças conflitantes."[638] Diferentemente do que ocorreu no EC1, houve reunião dos processos coletivos nas 15ª e 16ª Varas Cíveis do Foro Central de Porto Alegre e foi reconhecida a abrangência estadual dos julgamentos. As medidas citadas contribuem para maior segurança jurídica, pela uniformidade e amplitude subjetiva das decisões.

Por outro lado, a mudança de entendimento do STJ sobre o prazo prescricional da ação coletiva revela que o sistema de processo coletivo ainda é objeto de muita incerteza jurisdicional. E não se trata apenas de insegurança quanto ao prazo prescricional propriamente dito: a insegurança se revelou também quanto aos efeitos da propositura da ação coletiva sobre o prazo prescricional para a propositura das ações individuais. Embora o sistema devesse ter uma resposta clara para este problema, essa resposta unívoca ainda não existe.

O entendimento de que o prazo prescricional da ação civil pública seria de cinco anos decorreu de aplicação analógica da Lei da Ação Popular. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, a Lei da Ação Civil Pública e a Lei da Ação Popular comporiam um microssistema de tutela dos direitos difusos, razão pela qual seria justificável a aplicação analógica do prazo quinquenal previsto na Lei da Ação Popular.[639] O Tribunal acrescentou que as ações individuais poderiam prosseguir, mas não as coletivas, pois a possibilidade de tutela dos direitos individuais

---

[638] Rosane Wanner da Silva Bordasch, Carlos Eduardo Richinitti, João Ricardo dos Santos Costa, Gladis de Fatima Ferrareze, Pio Giovani Dresch, Ricardo Pippi Schmidt, Roberto Behrensdorf Gomes da Silva, Vanessa Gastal de Magalhães e Volcir Antonio Casal et al., "Projeto Poupança. Prêmio Innovare - Edição V".

[639] Artigo 21 da Lei 4.717/1965.

homogêneos não existia à época da lesão, tendo sido incorporada ao nosso ordenamento pelo Código de Defesa do Consumidor, que prevê também o prazo prescricional de cinco anos.

No entanto, o entendimento adotado pelo STJ quanto ao prazo prescricional da ação coletiva restringe exageradamente a sua utilização como instrumento para a racionalização dos trabalhos do Judiciário e como ferramenta de acesso à Justiça. Além disso, condicionar o prazo prescricional do direito ao tipo de ação utilizado (individual ou coletiva) não é correto, por confundir institutos de direitos material (prescrição) e processual (ação individual ou coletiva).[640]

Para que os litigantes eventuais tenham incentivos para aguardar a resposta a ser dada à ação coletiva, não basta que os prazos prescricionais sejam iguais para os dois tipos de ação: é preciso que a propositura da ação coletiva suspenda os prazos prescricionais em curso até o seu trânsito em julgado.

Nesse sentido, o EC2 revela ser necessária uma resposta legislativa que ponha fim a tantos focos de insegurança jurídica no sistema do processo coletivo. O fato de não haver, mais de trinta anos depois da promulgação da Lei da Ação Civil Pública, jurisprudência consolidada sobre questões fundamentais tais como as relacionadas a prescrição, legitimação,[641] extensão subjetiva da coisa julgada, revela a hesitação do próprio Poder Judiciário diante do processo coletivo, corroborando a necessidade de inovação legislativa.

O EC2, de forma semelhante ao EC1, confirma a narrativa de Marilena Lazzarini acerca das dificuldades enfrentadas pelo IDEC em 17 anos litigando em ações coletivas consumeristas, sendo as principais delas, de um lado, a atuação do réu "buscando provocar alarmismo acerca dos efeitos das decisões *erga omnes*" e, de outro lado, parcela da Justiça desconfortável com julgamentos coletivos, que evita enfrentar o efetivo mérito da lide.[642]

---

[640] A este respeito, Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr são categóricos: "O prazo prescricional para a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos será o prazo prescricional das respectivas pretensões individuais. Não há qualquer razão para que haja prazos diversos [...]". Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr, *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*, 10ª ed, vol. 4 (Salvador: JusPodivm, 2016), 287–88.

[641] Cite-se, como exemplo, o Recurso Especial 1.192.577/RS e o Recurso Extraordinário 573.232/SC. Note-se ainda a contraproducente disputa por poder entre legitimados (como exemplifica a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3943).

[642] Marilena Lazzarini, "As Investidas Contra as Ações Civis Públicas", in *Tutela Coletiva: 20 Anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 Anos do Código de Defesa do Consumidor*, org. Paulo Henrique dos Santos Lucon (São Paulo: Atlas, 2006), 160.

5.3 PERSPECTIVA COMPARADA

Conforme previamente exposto,[643] neste item serão feitas comparações pontuais com o sistema da *class action*, utilizando-se um caso real da jurisprudência estadunidense como paradigma para exercício da perspectiva comparada. A *class action* exemplar de litigiosidade bancária escolhida foi *Pinney v. Great Western*, objeto de estudo de caso realizado pelo *Institute for Civil Justice,* de onde foram extraídas as informações sobre o caso.[644] Como o EC2 aborda a litigiosidade envolvendo os planos macroeconômicos heterodoxos brasileiros voltados a evitar o risco de hiperinflação, não há analogia perfeita com ações judiciais dos Estados Unidos, pelo cenário econômico único que se desenhou no Brasil de então.[645] Entretanto, a semelhança entre os casos diz respeito tanto às partes (banco *versus* clientes) quanto ao objeto das ações (prejuízos financeiros por conduta atribuível ao banco).

Em síntese, o banco *Great Western Bank* (GWB) teria passado informações inverídicas aos seus clientes para a venda de produtos financeiros que lhes causaram prejuízos. Após Ruby Rosenthal, a parente idosa do advogado Michael Linfield, ter perdido quase todas as suas reservas financeiras em função de conduta que atribuía ao banco, este advogado conduziu conferências pela imprensa anunciando a ação judicial que ingressaria em nome dessa parente. Depois disso, ele foi procurado por vários outros consumidores, tendo, juntamente com outras firmas de advogados, ingressado com uma ação coletiva em nome de vários autores, paralelamente ao ingresso com ação individual em nome de Ruby Rosenthal. Ao julgar o pedido de certificação da classe, o juiz sugeriu que a falta de experiência dos advogados dos autores naquele tipo de litígio poderia inviabilizar a certificação, o que levou ao convite para que outra firma de advocacia, mais experiente, se juntasse a eles (posteriormente, um dos advogados dos autores admitiu que essa adição ao time, feita por ocasião da certificação, foi essencial para o resultado do litígio, pois eles haviam subestimado a experiência e os recursos financeiros necessários para conduzir este tipo de caso).

A coletividade abrangida pela ação, conforme decisão de certificação de classe, correspondia aos californianos que, no período de 13 de abril de 1992 a 13 de abril de 1995, foram clientes do braço do *Great Western Bank* do sul da Califórnia e que no mesmo período

---

[643] Ver item 3.5.2.

[644] As informações trazidas neste relato foram todas extraídas do referido estudo de caso, que está disponível em: Hensler et al., *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, 175–89.

[645] É importante notar que da mesma forma como se cogita de risco sistêmico e de atuação do Banco Central como emprestador de última instância no Brasil, também em *Pinney v. Great Western* os autores da ação alegaram que os representantes do banco lhes disseram que só perderiam seu dinheiro se o tesouro viesse a falir. Ibidem, 176.

compraram *securities* de um dos corréus do grupo GWB.[646] O trabalho dos autores na fase de *discovery* (produção probatória)[647] incluiu a análise de aproximadamente 275.000 páginas de documentos e 23 oitivas, além da contratação de uma empresa privada de investigação que contatou cerca de 250 antigos funcionários do grupo réu, tendo entrevistado mais de cem pessoas. O trabalho dos réus incluiu a produção de prova documental e a oitiva de 22 membros da classe que não figuraram no polo passivo da *class action* (*absent class members*).

Após ampla produção probatória, os autores concluíram que havia um risco razoável de improcedência, o que reforçava o poder de barganha dos réus. A negociação, que foi conduzida por um mediador experiente contratado pelas partes, resultou no acordo de pagamento de U$ 17.2 milhões, incluindo os custos de notificação, administração dos pedidos e honorários advocatícios. Uma vez identificados os membros do grupo por meio de documentação fornecida pelos réus, foram expedidas 112.000 notificações sobre o acordo e sobre os honorários pretendidos pelos advogados. A notificação também foi publicada na imprensa, gerando um custo total de notificação de aproximadamente U$ 138.000,00.

Não houve objeções ao acordo, e os membros que pediram sua autoexclusão o fizeram, em sua maioria, por não se sentirem lesados pelo réu. Os advogados receberam 30% do valor do fundo em honorários (aproximadamente U$ 4.8 milhões), além do reembolso de suas despesas, que foram de aproximadamente U$ 454.000,00. O administrador dos pedidos considerou elegíveis 7.595 pedidos, e inelegíveis 5.775;[648] destes, sabe-se que 6.290 sofreram perdas de cerca de U$ 28.6 milhões. O montante a ser distribuído à classe foi de cerca de U$ 11.8 milhões. Descontados os honorários e as custas, cada membro da coletividade recebeu aproximadamente 34% do seu pedido. No decorrer do processo judicial, houve indícios de que a *Securities and Exchange Commision* (SEC)[649] estava conduzindo uma investigação sigilosa a respeito dos mesmos fatos.

Pinney v. Great Western permite contrapor a celeridade na tramitação da *class action* à da ação individual, porque Ruby Rosenthal não figurou na *class action*, tendo optado por propor uma ação individual. A *class action* foi distribuída em 31 de março de 1995, e o acordo foi protocolado em novembro de 1996, sendo aprovado definitivamente em 14 de abril de 1997. A propositura da ação judicial individual de Ruby Rosenthal se deu em outubro de 1994 (*Rosenthal et al. v. Great Western Bank et al.*) e o acordo só foi firmado em novembro de 1997.

---

[646] Posteriormente, o acordo estendeu-se a clientes do GWB de toda a Califórnia.
[647] A respeito da *discovery*, ver capítulo 3 deste trabalho.
[648] Os pedidos inelegíveis foram aqueles nos quais não se constataram perdas ou para os quais não havia informações suficientes para determinar a elegibilidade.
[649] A SEC é a equivalente estadunidense da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Não há informação sobre se o processo de Rosenthal ficou suspenso no período. O efeito, porém, foi o mesmo do EC2 – tramitação mais ligeira da ação coletiva do que da individual.

Afora os consumidores que formularam pedidos de autoexclusão no curso da *class action*, os demais foram indenizados em curto período de tempo após a perda financeira. Enquanto os planos econômicos heterodoxos ocorreram nos anos de 1987 a 1991, e em 2017 muitos poupadores brasileiros ainda litigam por indenização, em Pinney os prejuízos foram causados entre 1992 e 1995, e em 1997 a paz global envolvendo a coletividade já havia sido alcançada.

Passa-se agora ao trabalho de identificar diferenças de desenho institucional que levaram a diferentes resultados alcançados.

5.3.1 Legitimidade Ativa

Pinney v. Great Western ilustra muitas das diferenças características do modelo da *class action* perante a ação coletiva brasileira. Destaca-se, em primeiro lugar, a atuação rápida de advogados na defesa da coletividade, o que retrata uma das principais vantagens da legitimação privada do assim chamado *private enforcement*: a agilidade. Ante condutas percebidas como lesivas pelos interessados, houve reação imediata da advocacia: Ruby Rosenthal sentiu-se lesada em 1994, e em 1995, um ano depois, foi proposta uma *class action* abrangendo todas as lesões suportadas pelo grupo.

A título de comparação, no EC2, as ações coletivas no Rio Grande do Sul foram propostas às vésperas do prazo prescricional de 20 anos. Poder-se-ia argumentar que a complexidade do caso brasileiro seria maior, o que teria levado à demora na propositura das ações. Porém, pelo menos desde o início da década de 1990, a questão da correção monetária das cadernetas de poupança já estava judicializada e, em 1996, já havia sido julgada pelo Supremo Tribunal Federal.[650] Assim, a demora para obtenção de paz global no caso brasileiro pode ser um indicativo da falta de incentivos ou da incapacidade material dos órgãos públicos de atender a todas as demandas coletivas, e a necessidade de complementação da atuação dos órgãos públicos por entes particulares.

No Brasil, outros exemplos indicam a dificuldade dos atuais legitimados para atender a toda a demanda de feição coletiva que existe contra instituições bancárias. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça firmou precedentes sobre o cabimento da cobrança de Tarifa de

[650] Ver, por exemplo, o Recurso Extraordinário 200.514, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 18.10.96.

Abertura de Crédito e de Tarifa de Emissão de Carnê em ações individuais, embora claramente a matéria *sub judice* interessasse a uma coletividade ampla de pessoas. Se houve ação coletiva a respeito – o que é difícil apurar, dada a ausência de um mecanismo efetivo de divulgação das ações coletivas no Brasil –, não teve a celeridade necessária para pautar a formação do precedente nem a publicidade que seria devida em um caso desta magnitude. Tampouco o regulador foi capaz de evitar a cobrança indevida, tanto que a questão se judicializou. O que se constata é que há limitações na capacidade de fiscalização e de aplicação efetiva da lei nos casos que envolvem grandes coletividades. A atribuição de legitimidade ativa ao cidadão para a propositura de ação coletiva poderia ter efeitos positivos sobre o cumprimento da lei.[651]

As pessoas afetadas por uma conduta danosa são justamente aquelas que têm os melhores incentivos para conduzir uma ação coletiva bem-sucedida. Como esses interessados não têm a expertise de um litigante habitual, os incentivos do sistema devem ser no sentido de possibilitar a contratação dos melhores advogados. O estudo sobre *Pinney v. Great Western* permite ter clareza sobre a importância de especialização dos advogados dos autores e de controle de representatividade adequada pelo juízo. Isto ficou evidenciado pelo relato de um dos advogados que atuou no caso, reconhecendo que a experiência e a especialização de um dos escritórios integrado ao grupo por força de determinação do juízo foram fundamentais para o resultado do processo coletivo.

Assim, como vantagens institucionais dos advogados, pode-se apontar, primeiro, a liberdade funcional, que possibilita ganhos expressivos de especialização em questões jurídicas e técnicas altamente complexas. Dada a estrutura dos órgãos públicos, mesmo núcleos especializados em determinadas matérias podem não oferecer incentivos suficientes para o grau de aprofundamento em matérias consideradas menos relevantes. Ainda que instituições públicas possam ter ganhos de eficiência por serem litigantes habituais, seus membros têm formação generalista (até mesmo em decorrência do processo seletivo para ingresso na instituição), o que eleva o custo marginal de aquisição de informações mais específicas e voltadas para resultados das políticas públicas ou regulatórias. Neste contexto, pode-se imaginar uma tendência de investimento em aquisição de informação que seja inferior ao nível ótimo, já que os custos de aquisição de informação complexa serão privados, isto é, arcados exclusivamente pelo membro da instituição, que deverá renunciar a outras atividades em prol da pesquisa, ao passo que os benefícios serão públicos.[652] Consequentemente, há uma tendência

---

[651] Ver: Hensler et al., *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, 69.

[652] Matthew C. Stephenson, "Information Acquisition and institutional design", Harvard Law Review 124, no 6 (2011): 1422–83.

de que o custo de oportunidade, que se relaciona ao investimento de recursos em pesquisa e de demora na tomada de uma atitude, seja mais alto se a legitimidade para a defesa dos direitos coletivos for franqueada de forma exclusiva ou preferencial a órgãos como o Ministério Público.

No Brasil, onde há uma primazia da atuação do Ministério Público – defendida tenazmente pela própria instituição – na litigância de interesse público,[653] é preciso aprofundar o debate acadêmico sobre a conveniência dessa configuração institucional para a defesa dos interesses coletivos. Há características institucionais do Ministério Público que indicam que ele não deveria ser o único – nem na teoria, nem na prática – responsável pela litigância de interesse público no Brasil. Dentre elas, Oscar Vilhena Vieira realça as seguintes: (i) autonomia para escolher os casos nos quais agir; (ii) ausência de mecanismos de pressão da sociedade civil; (iii) tendência à burocratização; (iv) partidarismos políticos presentes em alguns setores da instituição; (v) risco de cooptação dos agentes por demandas da classe média.[654] Apontamentos críticos também são feitos por Antonio Herman Benjamin, que vislumbra risco para a instituição em caso de: (i) eventual apatia do órgão em relação a alguns tipos de demandas; (ii) sujeição a pressões políticas; (iii) risco de captura; (iv) limitações humanas e materiais.[655] Acrescente-se que não apenas no Brasil a primazia do Ministério Público tem sido questionada: segundo Mauro Cappelletti, embora nos primeiros estágios de proteção de direitos coletivos muitos países tenham atribuído a proteção desses direitos a órgãos estatais, tal como o Ministério Público, essa alternativa falhou na maioria deles, seja pela natureza privada, ainda que coletiva, de muitos direitos coletivos, seja porque sua proteção demanda elevado grau de especialização, que muito raramente é encontrado no Ministério Público.[656]

---

[653] Rogério Bastos Arantes, *Ministério Público e Política no Brasil* (Instituto de Estudos Econômicos Sociais e Políticos de São Paulo, Editora Sumaré, 2002). Natalia Langenegger, "Legitimidade Ativa de Pessoas Físicas em Ações Coletivas: Incentivos e Desincentivos Institucionais" (Dissertação de Mestrado, Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2014), 33.

[654] Vieira, "Estado de Direito e Advocacia de Interesse Público", 360–61.

[655] Benjamin, "A Insurreição da Aldeia Global Contra o Processo Civil Clássico: Apontamentos sobre a Opressão e a Libertação Judiciais do Meio Ambiente e do Consumidor", 357.

[656] Mauro Cappelletti, "Access to Justice as a Theoretical Approach to Law and a Practical Programme for Reform", South African Law Journal 109 (1992): 22. Para Ada Pellegrini Grinover, para quem a linha evolutiva no direito comparado passa pela maior especialização de órgãos públicos, ao lado da extensão da legitimação aos atores privados. Ada Pellegrini Grinover, "A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos", in *Processo Coletivo: do Surgimento à Atualidade*, org. Ada Pellegrini Grinover et al. (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014), 47. Vale ainda mencionar a crítica de Antonio Herman Benjamin: "Uma das maiores conquistas modernas do Ministério Público, a especialização temática, é, aqui e ali, estancada e, em alguns casos, simplesmente apagada." Benjamin, "A Insurreição da Aldeia Global Contra o Processo Civil Clássico: Apontamentos sobre a Opressão e a Libertação Judiciais do Meio Ambiente e do Consumidor", 364. Ver, ainda, a crítica de Sérgio Cruz Arenhart, para quem a técnica adotada no Brasil restringe o direito de ser porta-voz da coletividade a alguns entes, como o Ministério Público, cujos agentes não precisam demonstrar ter conhecimento necessário da situação concreta e das coletividades envolvidas para a promoção da tutela coletiva, ao mesmo tempo em que aliena desse direito justamente o grupo dos lesados. Sérgio Cruz Arenhart,

Voltando às vantagens institucionais dos advogados, é de se ressaltar a autonomia de que desfrutam sobre as suas respectivas agendas profissionais, que permite a eles dedicar-se exclusivamente a um único caso por longos períodos. Em contrapartida, membros de instituições públicas estão sujeitos aos incentivos da carreira em termos de promoções, que muitas vezes implicam a mudança de área de atuação e até mesmo de cidade, o que pode gerar interrupções no trabalho que estiver sendo desenvolvido. Há, também neste aspecto, incentivos institucionais diversos para diferentes níveis de qualidade das atuações.

É comum haver ações coletivas relacionadas a pessoas ou locais situados em mais de um Estado da Federação. A liberdade dos advogados em termos de limites de atuação temáticos, geográficos e jurisdicionais permite que conduzam uma defesa única da causa. Atores públicos possuem sua área de atuação limitada por lei ou por atos internos da instituição, o que pode gerar atrasos e custos na defesa de causas coletivas.

Outra vantagem institucional digna de nota diz respeito ao fato de que grandes escritórios de advocacia no país possuem os recursos financeiros, administrativos e humanos para dedicar-se a casos de litigância complexa. Esses recursos são importantes para que os autores de ações coletivas possam competir em condições de igualdade com réus que possuem elevados recursos e que muitas vezes são figuras repetidas no Judiciário. Em contrapartida, as limitações financeiras de órgãos públicos são conhecidas.

Infere-se do caso, enfim, que há importantes argumentos em prol da ampliação da figura do *private attorney general*.[657] Sabe-se, porém, que a extensão da legitimidade ativa ao cidadão encontra muita resistência em alguns setores da sociedade brasileira.[658] Ada Pellegrini Grinover resumiu – e refutou – os argumentos contrários à ampliação da legitimação ativa em audiência pública sobre o Projeto de Lei 5.139/2009, na Câmara dos Deputados:

> "Vários juízos de valor manifestam-se contra a legitimação da pessoa física. Os principais são: a ação popular é utilizada como instrumento político, e também vai ser uma ação coletiva; a própria ação popular já prevê a legitimação da pessoa física, do cidadão, então é desnecessária outra legitimação; e sobretudo a banalização das ações coletivas pelo seu mau uso e a inadequação da prática à nossa tradição jurídico-social. Inadequação da prática não há, porque nós temos a ação popular, dada ao cidadão. E

"Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a Partir do Caso da ACP do Carvão", *Revista de Processo Comparado*, 2015.

[657] Trata-se de expressão que significa algo similar a "Procurador de Justiça particular", remetendo à ideia do particular que cumpre a função de fiscalização, em prol do interesse social. A respeito do *private attorney general* nas *class actions*, ver: Rubenstein, "On What a Private Attorney General Is - and Why It Matters". Críticas à configuração institucional do private attorney general que o aproximam de um "caçador de recompensas" podem ser vistas em: Coffee Jr, "Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working".

[658] Uma excelente síntese da questão encontra-se em: Langenegger, "Legitimidade Ativa de Pessoas Físicas em Ações Coletivas: Incentivos e Desincentivos Institucionais".

> não se entende por que, se o cidadão é parte legítima para intentar uma ação popular que visa resguardar o patrimônio público em sentido lato, ele não é legitimado para a tutela de interesses ou direitos da comunidade que ele integra. Também o uso político da ação popular não é argumento que me comova, porque a democracia é feita também de embates políticos, e a ação popular utilizada frequentemente por um cidadão que é ao mesmo tempo um Parlamentar - e disso temos muitos exemplos -, é uma ampliação da arena de embate jurídico-político. O último argumento, o da banalização, que foi o que pegou, exatamente na Comissão, não pela proposta que nós fizemos, pelo Instituto, e entregamos ao Deputado Biscaia, mas porque se diz que qualquer pessoa física é legitimada, acrescentando-se alguns incisos ao art. 6º, para a defesa dos interesses difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada ou *per judicis*, no caso concreto, demonstrada por dados como: a) credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos; c) sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado; e - mais um inciso de legitimação - d) o membro do grupo categoria ou classe para a defesa dos interesses ou direitos coletivos individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, nos termos do inciso VIII desse artigo. E mais: o juiz poderá voltar a analisar a existência do requisito da representatividade adequada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo seguinte. [...] Com esses controles, penso que ao mesmo tempo se evitam os possíveis abusos pelo mau uso da Ação Civil Pública, e se abre uma outra frente de defesa desses interesses metaindividuais que ainda, apesar dos esforços do Ministério Público e da Defensoria Pública, são subutilizados em juízo, para que o representante adequado, que demonstre esses requisitos no caso concreto, seja democrática e participativamente ator perante à Justiça dos processos coletivos. Não consigo entender como se pode falar em generosidade da legitimação, que aliás corresponde à ampliação do acesso à Justiça, com foi bem posto, retirando-se da pessoa física esse poder de ação, e recorrendo, mais uma vez, aos esquemas da democracia puramente funcional, porque todas as entidades legitimadas, fora as associações, são puramente funcionais em relação à democracia. Portanto, uma democracia puramente representativa, fora a OAB, Associações e Sindicatos. E não se passe a dar um passo a mais para a democracia participativa, que exige cada vez mais a participação do cidadão."[659]

Como se vê, o receio de que sejam praticados abusos de direito embasa a resistência à ampliação da legitimação ativa. Por isso, ao lado da exigência da representatividade adequada daquele que pretender litigar em nome da coletividade, uma possível concessão legislativa para uma mudança real no regramento do processo coletivo diz respeito, como já se acentuou no item 4.4.1, ao custeio das ações coletivas, incentivando-se a análise mais cautelosa das chances de êxito na demanda e relegando-se a casos excepcionais a isenção de custas e honorários para a defesa da coletividade. A finalidade dessa proposta é de redução do risco moral do autor da ação.

Até mesmo em termos comparativos essa opção encontra arrimo: nos EUA, onde o sistema de *class action* tem funcionado a contento, a litigância coletiva implica necessariamente custos, que podem ser adiantados pelo próprio advogado que patrocina a causa da coletividade

---

[659] "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Discursos e Notas Taquigráficas. Audiência Pública sobre o Projeto de Lei 5.139, de 2009, do Poder Executivo, 'que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências'".

– lá, o advogado frequentemente litiga sob a condição de auferir parte dos ganhos do cliente na eventualidade do êxito e de arcar com as perdas na hipótese de improcedência.[660] Em *Pinney v. Great Western*, por determinação do juiz, outro escritório de advocacia se juntou aos advogados que originalmente patrocinaram a causa, agregando recursos e experiência que foram, segundo o caso revela, fundamentais para o resultado positivo do litígio.

Para além da modificação na questão do custeio do processo, é preciso incentivar uma mudança cultural que leve o próprio Poder Judiciário a ver no processo coletivo uma boa possibilidade de solução para o problema da falta de acesso à Justiça, bem como ver no indivíduo um ator confiável do sistema. A título de comparação, pesquisa empírica recente sobre números de IRDRs admitidos revelou que, proporcionalmente, as pessoas físicas foram as que mais requereram a instauração e as que menos tiveram sucesso nesse desiderato, perdendo para pessoas jurídicas, juízes, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública.[661]

Quando se propõe a extensão da legitimação ativa da ação coletiva para entes privados, não se pretende a redução do rol atual de legitimados, já que nem sempre os incentivos privados serão suficientes para a proteção coletiva de todos os bens jurídicos coletivos. Em última análise, ampliar a legitimação ativa permite a multiplicação do exercício de *direitos de desestabilização* – terminologia adotada por Mangabeira Unger[662] e por Charles Sabel e William Simon,[663] conforme visto no capítulo 3 –, os quais possibilitam uma radicalização da experiência democrática. Isso é dizer que, institucionalmente, a existência de um rol maior de legitimados ao exercício judicial de direitos de desestabilização implica uma mais completa e abrangente experiência democrática, para além da melhoria na tutela dos direitos coletivos.

Por fim, cabe uma ponderação prudencial em relação à ampliação da legitimidade ativa para um modelo de iniciativa privada: evidentemente, quando milhares de pessoas são representadas por uns poucos advogados, a relação advogado-cliente é menos direta, e o juiz deve, como parte de uma proposta de democratização da ação judicial coletiva e para alavancar a credibilidade e legitimidade da Justiça, criar um ambiente propício para que as partes possam participar e para que seus sentimentos e desejos sejam levados em consideração, ao longo de

---

[660] Yeazell, *Civil Procedure*, 321.
[661] Amanda de Araújo Guimarães, "Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Soluções e Limites." (Universidade de São Paulo, 2017), 250.
[662] Unger, *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*, 530–35.
[663] Sabel e Simon, "Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds".

todo o processo.[664] Neste sentido, audiências públicas e outros instrumentos de incentivo à participação devem ser incorporados com mais vigor à prática do processo coletivo brasileiro.

Essa observação coincide com a advertência feita por Galanter de que mudanças em termos de legitimação e de estruturação da advocacia são as mais aptas a provocar mudanças em outros níveis na defesa de direitos coletivos.[665]

5.3.2 Certificação da Classe

No Projeto Poupança, o Judiciário gaúcho adotou o entendimento de que a abrangência territorial das ações coletivas seria estadual, recusando-se a interpretação restritiva que prevaleceu no STJ no EC1. No entanto, a questão do alcance territorial poderia se apresentar futuramente, por meio de recurso especial – e o resultado poderia surpreender o jurisdicionado e o TJRS – se o STJ não houvesse modificado seu entendimento sobre a prescrição, uma prejudicial de mérito que suplantou as demais questões que poderiam enfraquecer as ações coletivas do EC2.

Comparando o EC2 com *Pinney v. Great Western*, em que a classe foi certificada e foi delimitado o grupo interessado no desfecho do caso – grupo este depois ampliado consensualmente por meio das negociações – o sistema brasileiro tem maiores focos de insegurança jurídica. Assim, *Pinney v. Great Western* ilustra a importância da regra de certificação para a solução definitiva do conflito.

A decisão de certificação tem duplo escopo, como explica Antonio Gidi:

> "A expressão *certification* (ou '*class certification*') é usada em dois sentidos. O primeiro deles é o de 'certificação do grupo' ('*certification of a class*' ou '*class definition*'), decisão através da qual o grupo tem os seus contornos definidos e obtém reconhecimento jurídico como uma entidade. Com essa decisão, a pretensão coletiva do grupo passa a ser independente da pretensão individual do representante. É o grupo, na forma definida na certificação e na sentença – *Rules* 23(c)(1)(B) e 23(c)(3) –, que será atingido pela coisa julgada coletiva. [...]
> [a] definição do grupo é importante por vários motivos. Por exemplo, somente delineando com precisão os membros do grupo será possível promover uma notificação adequada aos seus membros. [...] Ademais, somente sabendo exatamente quem faz parte do grupo representado em juízo se saberá quem será atingido pela coisa julgada coletiva.
> O outro sentido é o de certificação da ação como coletiva ('*certification of a class action*'), decisão através da qual o juiz 'certifica' que a ação coletiva atende a todos os requisitos legais e pode prosseguir na forma coletiva. Muito embora sejam atividades diversas empreendidas pelo juiz de primeiro grau, a certificação do grupo

---

[664] Ver: Kenneth R. Feinberg, "Democratization of Mass Litigation: Empowering the Beneficiaries", *Columbia Journal of Law and Social Problems* 45 (2012 de 2011): 481.

[665] Marc Galanter, "Why the 'Haves' Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", *Law & Society Review* 9, nº 1 (1974): 59.

> é realizada juntamente com a certificação da ação coletiva, em uma mesma decisão."[666]

Assim, em uma única decisão, o magistrado verifica se a ação deve prosseguir na forma coletiva, incluindo a análise sobre a capacidade daquele que se apresenta como representante do grupo de exercer bem a defesa da coletividade e, se entender que o caso é de prosseguimento nesta forma, deve delimitar a coletividade vinculada ao processo, para que se proceda à sua notificação e às fases posteriores do processo.

No caso dos litígios referentes a planos econômicos, é certo que outras ações coletivas foram propostas no Brasil anteriormente às ações objeto do EC2, mas dificuldades de identificação e insegurança jurídica quanto às coletividades nelas representadas – ao lado de incentivos financeiros para que advogados propusessem ações individuais – fizeram delas instrumentos menos úteis para a recomposição patrimonial dos poupadores.

5.3.3 Fase de Efetivação do Julgado

Uma inovação importante do EC2, que encontra inspiração na experiência estadunidense, diz respeito à forma mandamental do dispositivo da sentença coletiva, que determinou sua efetivação independentemente de liquidações individualizadas.[667]

Nos EUA, é comum que, sendo possível identificar quem são os beneficiários da ação coletiva, os valores a ele devidos sejam remetidos independentemente de requerimento específico e que, nestes casos, seja maior o ressarcimento da coletividade.[668]

No Brasil, é fundamental que seja revisto o entendimento acerca da essencialidade da liquidação individual, sobretudo à vista das elevadas taxas de congestionamento da execução brasileira. Interpretar-se o artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor como tornando obrigatória a prolação da sentença genérica é atentar contra a natureza coletiva dos direitos individuais homogêneos e contra o próprio princípio de acesso à Justiça.[669] Uma reforma

---

[666] Gidi, *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos: as Ações Coletivas em uma Perspectiva Comparada*, 193–94.

[667] A sentença mandamental "tem a grande vantagem de proporcionar uma tutela independentemente da instauração do processo de execução. [...] Ao comando da sentença mandamental normalmente vem imposta uma medida coercitiva a ser aplicada no caso de renitência do demandado no descumprimento da ordem." Paulo Henrique dos Santos Lucon e Érica Barbosa e Silva, "Análise Crítica da Liquidação e Execução na Tutela Coletiva", in *Tutela Coletiva: 20 Anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 Anos do Código de Defesa do Consumidor*, org. Paulo Henrique dos Santos Lucon (São Paulo: Atlas, 2006), 165.

[668] Hensler et al., *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, 488.

[669] Gajardoni recomenda a utilização de medidas de apoio do Código de Processo Civil para o cumprimento da sentença coletiva líquida: Gajardoni, "O Processo Coletivo Refém do Individualismo". Também propugnando

legislativa que explicitasse a preferência da eficácia mandamental do julgado coletivo faria uma enorme diferença positiva em termos de ampliação de acesso à Justiça.

Infelizmente, permanece atual a crítica de Araken de Assis, para quem, a despeito de alcançar a procedência, "o autor da ação civil pública, depois de dificuldades variadas, terá alcançado só metade do caminho, e, aí, cairá na vala comum. A meu juízo, este é o maior problema evidenciado pelos dez anos de aplicação de Lei 7.347 [...]".[670]

As peculiaridades da ação coletiva recomendam que o julgado seja expresso quanto aos incentivos para o cumprimento espontâneo desjudicializado, impedindo que as dificuldades inerentes à litigiosidade repetitiva e que foram evitadas na fase de conhecimento venham se apresentar na fase executiva. A nomeação de perito ou auxiliar do juízo incumbido do monitoramento do julgado, como foi feita no EC2, foi correta, e espelha, de forma aproximada, o que já acontece no sistema da *class action* – como se viu em *Pinney v. Great Western*, houve um administrador responsável por decidir a elegibilidade dos pedidos e operacionalizar a distribuição de recursos.

Nessa fase, outra comparação possível diz respeito à extensão da reparação. No EC2, os primeiros a litigar obtiveram sucesso no Poder Judiciário, ao passo que os derradeiros litigantes aguardam o precedente a ser firmado pelo STF. Em *Pinney v. Great Western*, a reparação foi mais uniforme entre todos os lesados, ainda que não tenha havido reparações integrais, mas sim parciais.

5.3.4 Prescrição

O EC2 lança luz sobre questões pouco exploradas no Brasil, como é o caso do prazo prescricional na ação coletiva e suas relações com a prescrição das ações individuais, reclamando atuação legislativa para consolidar uma regulamentação jurídica do caso. Subsídios para uma discussão podem ser colhidos, por exemplo, da experiência estadunidense, ainda que em *Pinney v. Great Western* a questão não tenha sido objeto de julgamento justamente pela rapidez com que a questão foi judicializada.

---

por ampla utilização das medidas estruturantes do artigo 139, IV, do CPC para a efetividade do processo coletivo, ver: Marco Félix Jobim, "A Previsão das Medidas Estruturantes no Artigo 139, IV, do Novo Código de Processo Civil Brasileiro", in *Processo Coletivo*, Coleção Repercussões do Novo CPC (Salvador: JusPodivm, 2016), 230. Importante mencionar ainda a crítica de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Gustavo Osna, e Sérgio Cruz Arenhart, "Cumprimento de Sentenças Coletivas: da Pulverização à Molecularização", *Revista de Processo* 222 (agosto de 2013): 41–54.

[670] Araken de Assis, "Execução na Ação Civil Pública", in *Processo Coletivo: do Surgimento à Atualidade*, org. Ada Pellegrini Grinover et al. (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014), 115.

Nos EUA, de maneira bastante genérica, pode-se dizer que enquanto o interessado integrar a coletividade representada numa *class action* em tramitação (por exemplo, no interregno entre a propositura e a certificação da classe, ou até o momento em que optar por sua autoexclusão), o prazo prescricional ficará suspenso. Embora prevaleça o entendimento de que a suspensão se aplica apenas às ações individuais que vierem a ser propostas por membros do grupo, discute-se se o prazo deveria ficar suspenso inclusive para a propositura de novas ações coletivas.[671]

O risco de reconhecimento da prescrição da pretensão pode potencializar a propositura desnecessária de ações individuais, o que acarreta o dispêndio de recursos ao incentivar a propositura de ações apenas como precaução contra riscos que sejam vistos como mais aparentes nas ações coletivas. Em um famoso julgado sobre suspensão da prescrição na pendência de *class action,* o Judiciário estadunidense decidiu que todos os membros do grupo se beneficiariam da suspensão da prescrição, pois decidir o contrário estimularia que todos os membros do grupo tomassem medidas para assegurar seu direito, gerando "multiplicidade de atividade", que é justamente o que se quer evitar ao se aceitar a *class action* como o método mais justo e eficiente de se julgar uma determinada controvérsia.[672] A Corte privilegiou, portanto, um entendimento que não privou a *class action* da eficiência e da economia de litigiosidade, principais propósitos de sua existência.[673]

5.3.5 Produção Probatória

A relevância da *discovery* está evidenciada em *Pinney v. Great Western*. O investimento no conjunto probatório completo envolveu a oitiva de mais de cem pessoas, permitindo que a verdade subjacente ao caso fosse investigada de forma profunda. No sistema brasileiro, dificilmente seriam realizadas tantas oitivas, nem mesmo em ações coletivas – exceto, talvez, perante o Ministério Público, que goza da prerrogativa exclusiva de condução do inquérito civil, que, tal como a *discovery*, é conduzido pela parte, sem intervenção do juiz, para o fim de colheita de provas para eventual propositura de ação coletiva.

---

[671] No tocante à prescrição da *class action,* ver: Richard W. Clary, "Issues Commonly Presented in the Application of American Pipe Tolling", in *Managing Complex Litigation: Legal Strategies and Best Practices In "high-stakes" Cases* (Practising Law Institute, 2008). Charles F. Sawyer, "Class Actions and Statutes of Limitations", *The University of Chicago Law Review* 48, nº 1 (1981): 106–24. Rhonda Wasserman, "Tolling: The American Pipe Tolling Rule and Successive Class Actions", *Florida Law Review* 58 (2006): 803.

[672] "American Pipe and Construction Co. et al., Petitioners, v. State of Utah et al.", *LII / Legal Information Institute*, acessado 30 de novembro de 2015, https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/414/538.

[673] Ibidem.

A imperiosidade de que todo o processamento ocorra perante o juiz torna-se um fator inibidor da produção de provas mais abrangente. Num sistema de processo coletivo que se pretenda funcional, não deve ser restrita ao Ministério Público a iniciativa probatória, que abrange "amplos poderes instrutórios, podendo ouvir testemunhas, requisitar documentos e informações de autoridades públicas e de particulares, solicitar a realização de perícias, dentre outras medidas".[674] A posição de proeminência do Ministério Público no processo coletivo brasileiro atual certamente deve muito à exclusividade do órgão na condução do inquérito civil público.

Além disso, a maior liberdade que envolve a produção de prova oral nos EUA contribui para que o sistema seja mais exploratório, a facilitar um conhecimento mais aprofundado do que realmente ocorreu. O sistema brasileiro tem restrições – como o fato de que a prova deve ser sempre produzida em juízo, onde há, inclusive, limitação quanto ao número de pessoas que podem ser ouvidas[675] – que podem atuar como limitações relevantes ao funcionamento ótimo do processo coletivo.

5.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE O CASO

Em termos de acesso à Justiça, o EC2 revela avanços claros em relação ao EC1. Enquanto no Conflito de Competência 47.731/DF (julgado em 2005, no princípio da Reforma do Judiciário) o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento que enfraquecia a ação coletiva, no Recurso Especial 1.110.549-RS (julgado em 2009, sob influência de leis aprovadas como parte da reforma), a realidade dos litígios contemporâneos foi considerada para fins de prestigiar a ação coletiva em prol de maior efetividade e adequação dos procedimentos.[676] Neste sentido, o EC2 permite vislumbrar novos caminhos para dar tratamento adequado à litigiosidade repetitiva entre instituições financeiras e consumidores.

Aprovada como parte integrante da reforma judiciária, a Lei 11.448/2007, responsável por atribuir legitimação para a propositura da ação civil pública à Defensoria Pública, teve papel fundamental para que o EC2 pudesse ser o marco que foi na disciplina do processo coletivo: foi graças à atuação da Defensoria Pública que foram propostas as ações que levaram ao

---

[674] Luís Roberto Barroso, "A Proteção Coletiva dos Direitos no Brasil e Alguns Aspectos da Class Action Norte-Americana", in *Processo Coletivo: do Surgimento à Atualidade*, org. Ada Pellegrini Grinover et al. (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014), 219.

[675] Ver artigo 357, § 6º, do novo CPC.

[676] Didier Jr e Zaneti Jr, *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*, 4:143–44.

nascimento do Projeto Poupança.[677] Assim, pode-se afirmar que houve alguns avanços em termos de acesso à Justiça em decorrência de leis que compõem a Reforma do Judiciário.[678]

Embora se reconheça a importância da atuação da Defensoria Pública na litigiosidade objeto de estudo no EC2, não há contradição em se afirmar que há uma evidente sobrecarga dos órgãos de litígio do Estado. Por isso, ao lado da legitimação dos entes que atualmente a detém para a propositura de ações coletivas, deveria coexistir a legitimação do particular, representado por advogados privados. Ampliar as opções de defesa de direitos da coletividade, sem retirar competências já estabelecidas, com a sobreposição de diferentes formas de proteção, é a razão para se insistir na atribuição de legitimação ao cidadão.

Noutro vértice, ainda que se reconheçam singularidades na alteração de padrão monetário que não existem em outras situações jurídicas,[679] o EC2 faz observar que a litigiosidade bancária apresenta desafios inerentes à regulação financeira. Nos Estados Unidos, os desafios que se apresentam na regulação do crédito foram abordados por Oren Bar-Gill e Elizabeth Warren,[680] cujas ponderações aplicam-se ao caso brasileiro dada a semelhança global da regulação em ambos os países. Os professores de Harvard denunciam o imperfeito funcionamento do mercado no que tange à oferta de crédito e que induz os consumidores a escolhas que lhes prejudicam, incentivando a contestação judicial.

Segundo os autores, os produtos bancários oferecidos com base em informações imperfeitas levam o consumidor a assumir riscos para a sua saúde financeira, o que é agravado pela racionalidade imperfeita do consumidor, tal como otimismo injustificado quanto às chances de inadimplência, o que acarreta sérios riscos de superendividamento. As características apontadas como particularmente agravantes do risco na contratação de crédito são a complexidade dos produtos creditícios e a facilidade que tem o banco para mudar

---

[677] A legitimação da Defensoria Pública foi objeto de questionamento nos processos e, em decorrência da lei mencionada, reconheceu-se a legitimidade da atuação da Defensoria. Veja, a título exemplificativo, as seguintes sentenças que compõem o EC2: (i) TJRS, Processo Número Themis: 001/1.07.0102625-5, Número CNJ: 1026251-35.2007.8.21.0001, Ação Coletiva, Órgão Julgador: 16ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de Porto Alegre, Data da Propositura: 30/05/2007, Data do Julgamento 9/10/2007, Juiz de Direito - Dr. João Ricardo dos Santos Costa e (ii) TJRS, Processo Número Themis 001/1.07.0102637-9, Número CNJ: 1026371-78.2007.8.21.0001, Órgão Julgador: 15ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de Porto Alegre Data da Propositura: 30/05/2007, Data do Julgamento 2/10/2007, Juiz de Direito - Dr. Roberto Behrensdorf Gomes da Silva. No entanto, há precedentes contrários à legitimação da Defensoria Pública em prol de coletividades, e é difícil afirmar se o entendimento contido nos Embargos de Divergência em REsp 1.192.577-RS será mantido em outros julgamentos.

[678] A solução é reforçada pela aprovação do novo CPC, artigo 982, I e § 3º do CPC.

[679] Por exemplo, no mais das vezes, é indispensável a existência de critérios de conversão, inclusive quanto a contratos em curso. Ver, a respeito, o RE 291.188-7/RN, Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

[680] Oren Bar-Gill e Elizabeth Warren, "Making Credit Safer", *University of Pennsylvania Law Review* 157 (2009 de 2008): 1.

unilateralmente os termos do contrato a qualquer momento, aplicando as mudanças aos contratos já em curso.[681]

A dificuldade de compreensão dos termos do contrato bancário padrão, a impossibilidade de sua discussão pelo consumidor médio e o custo de obtenção de dados adequados são alguns dos obstáculos com os quais os consumidores têm de lidar.[682] A obscuridade e a multiplicidade dos produtos financeiros eleva o custo de informação, ao que se somam a facilidade de modificação dos contratos pelo banco e o fato de que os clientes bancários não têm o direito de ser tratados de forma idêntica, podendo haver um mesmo produto contendo diferentes termos de contratação (por exemplo, diferentes taxas de juros ou encargos de inadimplência).

As advertências de Warren e Bar-Gill aplicam-se, em grande medida, ao caso brasileiro.[683]Há aqui desigualdades significativas, sobretudo pela estrutura bancária oligopolizada, nas relações entre bancos e consumidores. Essas desigualdades não têm sido, necessariamente, reparadas em juízo,[684] por uma série de razões que podem ser atribuídas tanto a características da prática judicial quanto à inexistência de reconhecimento explícito de que a burocracia exerce poder normativo, com as consequências daí decorrentes.[685]

A escolha do estudo de caso sobre litigiosidade repetitiva bancária tentou retratar algumas das questões discutidas acima.

Os planos heterodoxos de estabilização econômica, voltados a evitar a hiperinflação, foram implementados basicamente por Medidas Provisórias e decretos do Poder Executivo. As autoridades reguladoras do sistema financeiro nacional – o Conselho Monetário Nacional e Banco Central – tiveram um papel fundamental de complementação das iniciativas do Poder Executivo ao expedir Resoluções e Comunicados que davam exequibilidade a algumas medidas a serem efetivadas. Como exemplo, cite-se, quanto ao Plano Bresser, a Resolução 1.338/1987 e, quanto ao Plano Verão, o Comunicado Dimec 30/1989 do Banco Central.

Em muitas ocasiões, o Poder Judiciário já afirmou que não há direito adquirido a regime jurídico. Os julgamentos em sentido contrário nos casos que envolvem planos econômicos

---

[681] Ibidem, 10.

[682] Bar-Gill e Warren, "Making Credit Safer", 14.

[683] Naturalmente, o Brasil tem sua própria regulamentação, além de peculiaridades, como os juros elevados que fazem parte do sistema financeiro brasileiro.

[684] Ver, por exemplo, a Súmula nº 381 do Superior Tribunal de Justiça: "Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas."

[685] Ver: Veiga da Rocha, "A Capacidade Normativa de Conjuntura no Direito Econômico: o Déficit Democrático da Regulação Financeira".

representam a resistência ao poder normativo exercido por órgãos do Poder Executivo no sistema financeiro nacional.[686]

A hesitação do Poder Judiciário diante do poder normativo do regulador, somada à atuação da mídia na divulgação dos direitos dos poupadores, levou ao maior episódio de litigiosidade repetitiva bancária brasileira, que aguarda uma solução pelo Supremo Tribunal Federal.[687]

É bom que a solução venha em uma ação com natureza coletiva, como a ADPF. Nela, idealmente, todos os grupos interessados da sociedade devem ter a oportunidade de ser ouvidos e ter seus argumentos considerados. Essa é a essência de um debate democrático que se trava em âmbito judicial. Sem isso, dá-se o enfraquecimento e a dispersão da discussão democrática em múltiplas ações, em decisões judiciais variadas, em contextos fáticos e jurídicos diversos, e a saudável discussão pública fica inviabilizada.[688] Para a plena realização democrática, o espaço judicial também deve ser visto como um espaço de debate, com regras próprias (ou seja, jurídicas), mas que nem por isso perde seu caráter de *locus* do discurso deliberativo.

A publicidade dada pela mídia e por atores jurídicos a ações como a ADPF, cujas decisões, tomadas pela cúpula do Poder Judiciário, são vinculantes para todo o Poder Público, é superior à média das ações judiciais, o que eleva a qualidade do debate público sobre temas sensíveis a uma sociedade burocratizada. Há incentivos para que assim seja, como a possibilidade de designação de audiências públicas e admissão de interessados (*amicus curiae*). As ações objetivas têm sido utilizadas como importantes instrumentos para lidar com questões jurídicas ligadas ao sistema financeiro nacional. A ADPF tornou-se um meio processual da máxima importância tanto para a racionalização do sistema judiciário quanto para a institucionalização do debate público tratado acima.

---

[686] Interessante notar que: "Caso o Supremo Tribunal Federal não venha a restabelecer seu entendimento original da inexistência do direito adquirido a regimento monetário, ficará consolidada a afirmação do direito do depositante ao rendimento conforme o regime legal vigente ao tempo do início do prazo de aniversário da poupança e disso decorrerão duas outras questões: a identificação do responsável pelo pagamento feito a menor e o prazo prescricional para o depositante pleitear a diferença." Oliveira, *Moeda, Juros e Instituições Financeiras: Regime Jurídico*, 236.

[687] Apesar da notícia na imprensa acerca de um possível acordo para solução amigável do caso, não é possível realizar a análise das implicações desse acordo, dada a incerteza sobre sua realização e sobre quais seriam seus termos. Ver: Julio Wiziack e Mariana Carneiro, "Acordo sobre perdas na poupança com planos econômicos deve sair até agosto - 10/07/2017 - Mercado", Folha de S.Paulo, acessado 24 de julho de 2017, http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/07/1899804-acordo-sobre-perdas-na-poupanca-com-planos-economicos-deve-sair-ate-agosto.shtml.

[688] Exemplos do que está sendo dito sobejam. Basta pensar na diferença qualitativa do debate que houve após a propositura da ADPF referente ao aborto do feto anencéfalo e do que a antecedeu. Grupos ligados à saúde, feministas, religiosos e outros interessados organizaram-se em torno da discussão, permitindo uma franca mobilização social a respeito do tema. Antes da ação coletiva, embora o tema fizesse parte do cotidiano forense, a discussão democrática a respeito era pequena.

É interessante notar que mesmo o litigante habitual, na petição inicial da ADPF no 165, sustenta interpretação do artigo 4º, §1º, da Lei 9.882/1992 que dele extrai máxima eficácia, no sentido de se permitir discutir, via ADPF, "todos os atos e controvérsias constitucionais excluídos da órbita da ADIn e da ADC". Essa interpretação daria máxima eficácia também ao artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, que atende à demanda por "racionalizar o sistema judiciário, extirpando as ameaças que a sobrecarga de processos subjetivos representam ao livre funcionamento das Cortes de Justiça e garantindo razoável duração e celeridade dos processos judiciais e administrativos".[689] Como esta defesa da amplitude no cabimento da ADPF deixa entrever, o alcance de paz global, que é facilitado pela ação coletiva, também interessa ao litigante habitual.

Outra vantagem da coletivização é a possibilidade de análise da dimensão global do dano e das consequências da universalização no reconhecimento de direitos. Um dos pressupostos básicos de justiça de uma decisão é de que ela seja passível de extensão a todos os que estiverem na mesma situação. Se aos iguais deve ser dado tratamento igual por força de uma exigência de justiça, a ação individual não é o modo apropriado para a realização de justiça substantiva – por meio de ações individuais, apenas alguns dentre os iguais conseguem se fazer representar.

Porém, existem limitações à ação coletiva, e o EC2 facilita que elas sejam compreendidas. O fracasso do Projeto Poupança realça algumas dessas limitações, ligadas à permeabilidade do Poder Judiciário a alguns tipos de reclamos mais do que a outros e à sua própria resistência a mudanças do *status quo*, o que não é de todo surpreendente por se tratar de uma instituição do integrante do poder constituído. E vale notar que não apenas no Brasil as hesitações relativas à ação coletiva se apresentam sob a forma de insegurança jurídica: há casos exemplares nos Estados Unidos também, como *Martin v. Wilks*, em que a Suprema Corte

---

[689] E prossegue a petição inicial da ADPF 165: "Sobre o papel da arguição de descumprimento de preceito fundamental na persecução de racionalização do sistema judiciário, valioso é o magistério jurisprudencial do Min. Marco Aurélio: 'Qualquer outro meio para sanar a lesividade não surge eficaz, somente servindo ao surgimento de milhares de processos cujo desfecho é projetado no tempo, com sobrecarga da máquina judiciária e enorme instabilidade das relações jurídicas. Eis o importante papel, no que tange à paz social, atribuído ao Supremo, que não pode ficar a reboque na definição do alcance da Carta da República. Digo mesmo que a Corte há de estar sempre propensa a examinar os grandes temas nacionais, contando, para tanto, com a competência de julgar os processos objetivos. O grande número de demandas individuais, o vulto do varejo não pode servir a posicionamento esvaziador da atividade precípua que lhe é reservada constitucionalmente – de guarda da Lei Fundamental – e da qual não deve e não pode despedir–se. Tudo recomenda que, em jogo matéria de extrema relevância, haja o imediato crivo do Supremo, evitando-se decisões discrepantes que somente causam perplexidade, no que, a partir de idênticos fatos e normas, veiculam enfoques diversificados. A unidade do Direito, sem mecanismo próprio à uniformização interpretativa, afigura-se simplesmente formal, gerando insegurança, o descrédito do Judiciário e, o que é pior, com angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional.'"

interpretou o direito de participação na *class action* de forma tão estrita a ponto de fazer surgir uma nuvem de incerteza sobre todas as *class actions,* que estariam sempre vulneráveis a rediscussões.[690]

Entretanto, não se pode menosprezar a gravidade de incerteza jurisdicional que se viu no EC2. Este caso corrobora a advertência de Dinamarco, de que:

> "[n]ão só ao legislador incumbe o aprimoramento da técnica [...] mas de igual modo ao juiz. Conscientizando-se da carga teleológica que anima o sistema, ele há de utilizar o instrumental de que dispõe, sempre pelo modo mais adequado e eficiente para a plena realização do que dele esperam o Estado e a coletividade. [...] Programas de reforma são insuficientes, quando não houver um novo *método de pensamento* entre os responsáveis pelo uso do mecanismo processual."[691]

É interessante relembrar o que escreveu Joaquim Falcão, então Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça, que no curso da Reforma do Judiciário:

> "Pela resolução número 70 do CNJ, a missão do Poder Judiciário é realizar a justiça, que é uma obviedade. Mas a visão de futuro definida não é. É avanço institucional. Ela determina que o Judiciário deve "ser reconhecido pela sociedade como instrumento efetivo de justiça, equidade e de promoção da paz social". Sublinhe-se a palavra "reconhecido". Estamos agora falando que a legitimidade do Poder Judiciário está estreitamente vinculada ao seu desempenho operacional, à sua eficiência administrativa. A vinculação da legitimidade institucional ao desempenho operacional é senso comum entre os cientistas políticos, administradores e sociólogos do Direito. Não o era entre os magistrados. Agora, o é.
> Além de Poder da República, o Judiciário deve ser entendido, também, como um prestador de serviços públicos. Tanto quanto segurança pública, defesa, relações internacionais. Serviço essencial."[692]

É preciso que essa realidade da vida contemporânea – conflitos complexos que envolvem o interesse de grupos sociais e contrapõem atores políticos e técnicos – possa encontrar no Poder Judiciário uma resposta adequada. Deve ser assim não só porque a Constituição assim o determina,[693] mas também porque a harmonia entre os poderes baseia-se num sistema de influências recíprocas no qual se espera do Poder Judiciário o pronto atendimento da demanda judicial. Respostas multifacetadas e lentas, que apenas encarecem os custos do setor regulado, sem promover nenhum tipo de reflexão ou mudança, não servem ao

---

[690] 490 U.S. 755 (1989). Ao comentar esta decisão, Owen Fiss destacou entender que o que a Constituição estadunidense garante não é o direito de participação, mas sim à representação adequada dos interesses. Ver: Owen Fiss, *Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*, trad. Carlos Alberto de Salles, Daniel Porto Godinho da Silva, e Melina de Medeiros Rós (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004), 206–7 e 215.

[691] Dinamarco, "Escopos Políticos do Processo", 126–27.

[692] Joaquim Falcão, "O Brasileiro e o Judiciário", *Revista Conjuntura Econômica* 63, nº 4 (1º de janeiro de 2009): 43–49.

[693] Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição.

propósito que legitima a sua existência nem ao papel social importante que ele tem a cumprir numa república democrática. Sua legitimidade está intrinsecamente ligada à sua capacidade de garantir efetivo acesso à Justiça. Dessa forma, o procedimento da ação coletiva deve ser aprimorado para que a sua prática atual não afete a legitimidade do Poder Judiciário.

As vantagens estruturais que Galanter e outros vislumbraram no processo coletivo não necessariamente se concretizam na prática brasileira, e este estudo empírico busca promover a reflexão realista sobre como aprimorar a ação coletiva para que os seus objetivos não se frustrem. Como foi possível constatar, reformas legislativas são necessárias, mas dificilmente serão suficientes para superar as dificuldades que o processo coletivo encontra para se firmar na prática forense brasileira.

5.4.1 Sugestões Legislativas

Como no capítulo anterior, a análise, especialmente à luz da perspectiva comparada, do EC2, faz notar diversos pontos em que o aprimoramento legislativo se faz necessário, contemplando:

(i) varas especializadas no julgamento de ações coletivas (conforme visto no item 5.2.2);

(ii) prioridade na tramitação das ações coletivas (conforme visto no item 5.2.3);

(iii) suspensão das ações individuais durante o trâmite das ações coletivas, determinada de ofício e respeitando-se o prazo máximo de um ano (conforme visto no item 5.2.3);

(iv) ampliação da legitimidade ativa, com prévio controle da representatividade adequada do membro do grupo e do advogado do grupo (conforme visto no item 5.3.1);

(v) certificação da classe (conforme visto no item 5.3.2);

(vi) efetivação da sentença coletiva, sempre que possível, na forma mandamental (conforme visto no item 5.3.3);

(vii) regras claras quanto ao prazo prescricional no processo coletivo (conforme visto no item 5.3.4);

(viii) faculdade de produção antecipada e extrajudicial da prova para todos os legitimados (conforme visto no item 5.3.5).

Como se vê, as sugestões de números (i), (ii) e (iv) já constaram ou se assemelham a sugestões constantes do capítulo anterior. O item (iii) relaciona-se e complementa o item (ii). A identificação da repetição fortalece a importância das sugestões e realça o alinhamento dos casos, independentemente do tema específico da litigiosidade repetitiva que embasou os estudos de caso.

Assim como foi feito no capítulo 4, novamente aqui deve-se pensar pragmaticamente sobre as chances reais de aprovação de um projeto que contemplasse as mudanças ora sugeridas, relembrando-se a resistência explícita à disparidade de poderes das partes vista quando da votação do Projeto de Lei 5.139/2009. Felizmente, independentemente do mérito da discussão sobre se é correto ou não conferir um tratamento protetivo aos direitos da coletividade, a pesquisa empreendida nesta tese revela que ele não é indispensável à funcionalidade do processo coletivo – *i.e.*, há medidas que, adotadas, podem fazer prescindir da desigualdade de tratamento que tanto incomodou no Projeto de Lei 5.139/2009, em especial quanto à possibilidade de repropositura da ação coletiva na hipótese de insuficiência probatória que prejudique a coletividade.[694]

A sugestão de ampliação da legitimidade ativa, com prévio controle da representatividade adequada do membro e do advogado do grupo é uma dessas sugestões que, longe de desigualar prerrogativas das partes, estimula a melhor articulação da coletividade lesada para a apresentação das questões em juízo. Enquanto a ampliação da legitimidade ativa propicia maior probabilidade de defesa judicial de interesses coletivos, a regra da representatividade adequada vem atender ao reclamo de maior segurança para o litigante habitual de que não responderá a ações sem a prévia constatação de uma coletividade que se sinta efetivamente lesada – uma postulação expressa na audiência pública referente ao Projeto de Lei 5.139/2009 pela representante da Confederação Nacional da Indústria.

Com esse desenho institucional do processo, deixa-se de incorrer nos custos da desigualdade de tratamento legal, dando-se vazão às legítimas preocupações reveladas nesse sentido durante o trâmite do Projeto de Lei 5.139/2009, e atende-se à igualmente justa apreensão de desproteção da coletividade, em especial na hipótese de ocorrer colusão. Enquanto o Projeto de Lei 5.139/2009 possibilitava apenas à coletividade, e fora das hipóteses de cabimento da ação rescisória – que aproveita a ambas as partes –, a repropositura da ação coletiva em caso de improcedência por ausência de provas, a regra que prevê a representatividade adequada tem por consectário lógico que, caso se comprove que em determinado processo os representantes da coletividade não detinham representatividade adequada, a coisa julgada não prejudicará aqueles que dele não participaram. Assim, a adoção do sistema de representatividade adequada espraia diversos efeitos sobre o processo coletivo, contribuindo para maior isonomia processual.

---

[694] Artigo 33 do Projeto de Lei 5.139: "Se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá ajuizar outra ação coletiva, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova."

As sugestões (iv) e (v) são complementares. A obrigatoriedade da certificação da classe permite que, em estágios iniciais da demanda, já se possa ter segurança jurídica sobre qual coletividade será atingida pelo julgado. Após a certificação da classe e mediante o permanente controle judicial da representatividade adequada, o litigante habitual poderá analisar suas chances de êxito e os custos prováveis incorridos para obtenção de paz global, e calcular a melhor estratégia processual – eventualmente firmar um acordo, ou defender, de forma firme, sua posição inicial.

A coletividade, por outro lado, poderá confiar na expertise de seus defensores e na delimitação adequada da classe a ser representada. Note-se que o parecer vencedor, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, enfatizou a situação de insegurança quanto à qualidade da representação como uma das principais causas de rejeição do projeto.[695] A ação coletiva é uma forma importante de participação na esfera pública, sendo, desse modo, coerente que se exija demonstração de representatividade – afinal, representação é um pressuposto da própria democracia. Dessa forma, o próprio princípio democrático recomenda a adoção do conceito.

A sugestão constante do item (vi) responde ao mesmo problema que levou à sugestão constante do item (ix) do capítulo anterior (item 4.4.1). Especificamente quanto a esta sugestão, vale ressaltar que a execução mandamental do julgado, inclusive com recurso à utilização de peritos do juízo, equilibra reclamos do Poder Legislativo quando da apreciação do Projeto de Lei 5.139/2009 e demandas da coletividade: não se trata de técnica invasiva, já que a instituição executada mantém seu poder de direção, mas assegura à coletividade a reparação, reduz o movimento judiciário ligado a liquidações individuais e evita que os integrantes mais afortunados (ou melhor assessorados) da coletividade lesada consigam concretizar seu direito à custa da reparação devida aos menos afortunados.

No tocante ao item (vii), é primordial que os prazos prescricionais das pretensões sejam idênticos, independentemente da forma de tutela – individual ou coletiva. Durante o tramitar da ação coletiva, devem ficar suspensos os prazos prescricionais, exceto para aquelas pessoas que optarem pela autoexclusão.

Uma das sugestões mais relevantes deste capítulo é a de número (viii), que diz respeito à produção de prova, porque a adoção de um sistema probatório similar à *discovery* estadunidense seria fundamental para o sucesso do sistema coletivo. É importante ressaltar que essa sugestão não contraria a tônica do parecer vencedor, porém é mais abrangente do que a

---

[695] Aleluia, "Parecer Vencedor, Dep. José Carlos Aleluia (DEM-BA), pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição."

previsão do artigo 11 do Projeto de Lei 5.139/2009,[696] já que se sustentou que a produção antecipada e extrajudicial de provas deve englobar a oitiva de testemunhas – o que o projeto não prevê expressamente.

[696] "Art. 11. Nas ações coletivas, para instruir a inicial o interessado poderá requerer de qualquer pessoa, física ou jurídica, indicando a finalidade, as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de quinze dias. § 1º Não fornecidas as certidões e informações referidas no caput, poderá a parte propor a ação desacompanhada destas, facultado ao juiz, após apreciar os motivos do não fornecimento, requisitá-las. § 2º A recusa, o retardamento ou a omissão, injustificados, de dados técnicos ou informações indispensáveis à propositura da ação coletiva, quando requisitados pelo juiz, implicará o pagamento de multa de dez a cem salários mínimos."

6 ESTUDO DE CASO 3: LITIGIOSIDADE REPETITIVA CONTRA O PODER PÚBLICO

O Estudo de Caso 3 (EC3) analisa a litigiosidade repetitiva no âmbito da Justiça Estadual de São Paulo. A tese jurídica diz respeito ao direito subjetivo de crianças à educação infantil. Nas ações individuais, a criança, seus representantes legais ou o Ministério Público pleiteiam vagas em creches e pré-escolas contra o litigante habitual, o Poder Público Municipal.[697] Nas ações coletivas, o legitimado coletivo pleiteia vagas em creches e pré-escolas, bem como outras obrigações de fazer, contra o mesmo litigante habitual. O EC3 visa à compreensão da evolução da litigiosidade relativa à educação infantil na cidade de São Paulo, com ênfase na adoção de procedimentos inovadores nas ações civis públicas 0150735-64.2008.8.26.0002 (ACP1) e 0018645-21.2010.8.26.0003 (ACP2).

6.1 DESCRIÇÃO

Desde a vigência da Constituição de 1988, o Poder Judiciário passou a ser provocado a decidir sobre a justiciabilidade do direito à educação infantil por meio de litígios individuais e coletivos.

Litígios individuais relativos a vagas em unidades de educação infantil têm, pelos menos desde o ano de 2005, destino praticamente certo: a procedência da demanda.[698] Foi nesse ano que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o direito à educação infantil é direito público subjetivo.[699] A partir de então, tribunais de todo o país unificaram entendimentos no sentido de acolher os pedidos de concessão de vaga em estabelecimentos de educação infantil.

---

[697] Trata-se do Município por conta do que dispõe o artigo 211, § 2º, da Constituição Federal.

[698] Ver, a respeito da litigância individual e coletiva relativa à educação infantil na cidade de São Paulo: Carolina Martins Marinho, "Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional" (Universidade de São Paulo, 2009); Adriana Aparecida Dragone Silveira, "O direito à educação de crianças e adolescentes: análise da atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo (1991-2008)" (Universidade de São Paulo, 2010); Luiza Andrade Corrêa, "Judicialização da política pública de educação infantil no Tribunal de Justiça de São Paulo" (Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2015); Costa, "Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade? Uma Análise do Litígio sobre Creche e Pré-Escola no Município de São Paulo".

[699] Recurso Extraordinário 436.996-SP (Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22/11/2005) e Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 410.715-SP (Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22/11/2005). Porém, ainda está pendente recurso pelo qual foi atribuída repercussão geral ao tema (STF, Agravo de Instrumento 761908 – SC).

Os resultados dos litígios coletivos são, por outro lado, imprevisíveis.[700] No Tribunal de Justiça de São Paulo, a procedência deste tipo de litígio era, em regra, reservada às ações coletivas que pleiteassem direitos de crianças especificamente nomeadas na inicial, entendendo-se como genéricos e inexequíveis os pedidos baseados em projeções populacionais ou outros métodos de cálculo da demanda. Mesmo após a promulgação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/1996) e a criação, no mesmo ano, da Promotoria de Justiça de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos da Infância e da Juventude da Capital, a litigiosidade coletiva na cidade de São Paulo não triunfou, conforme revelou pesquisa acerca do destino de 14 ações coletivas referentes a vagas em creches.[701]

Nesses julgamentos, prevaleceram argumentos como o da separação de poderes, da discricionariedade da Administração Pública, da impossibilidade jurídica do pedido coletivo genérico, da falta de interesse processual, da inexistência de direito subjetivo à educação infantil, sendo poucos os casos de procedência.[702] Além dos julgados pesquisados por Marinho, foi possível identificar outros mais recentes, em ações civis públicas, que adotaram as mesmas teses que ela já havia noticiado.[703]

Entretanto, em dezembro de 2013, foram conduzidos julgamentos, em duas ações coletivas, que representaram uma mudança paradigmática no Tribunal de Justiça de São Paulo. Essas ações, propostas por associações civis integrantes do "Movimento Creche para Todos" contra o Município de São Paulo, são as supramencionadas ACP1 e ACP2, que serão, em conjunto, designadas como ACPs.

Na ACP1, proposta por Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação, Instituto de Cidadania Padre Josimo Tavares, Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo, Associação Internacional de Interesses à Humanidade Jardim Emílio Carlos e Irene em 5 de setembro de 2008 perante a Vara da Infância e da Juventude do Foro Regional de Santo

---

[700] Luiza Andrade Corrêa, "Judicialização da política pública de educação infantil no Tribunal de Justiça de São Paulo" (Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2015), p. 66/67.

[701] Marinho, "Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Análise de Julgados do Direito à Educação sob o Enfoque da Capacidade Institucional".

[702] Ibidem. Trata-se de catorze ações coletivas propostas pelo Ministério Público em 1999, que pleitearam a condenação do Município a garantir vagas em estabelecimento de educação infantil, observando-se os princípios de universalidade e gratuidade, a partir do ano letivo seguinte. Embora a maior parte destas ações tenha sido rejeitada (pela improcedência ou até mesmo pela falta de condições da ação), algumas vingaram, e os resultados que lograram foram ocasionalmente discutidos nas ACP1 e ACP2, como se verá.

[703] A título exemplificativo, (i) no Agravo de Instrumento 0100044-13.2012.8.26.0000, Desembargador Silveira Paulilo (Tribunal de Justiça de São Paulo 2012) decidiu-se que, no âmbito de ação civil pública, o pedido deve ser específico: "foge ao âmbito do Judiciário o deferimento genérico, sob pena de interferência indevida na Administração Pública"; (ii) na Apelação 0008686-37.2009.8.26.0625, Desembargador Roberto Solimene (Tribunal de Justiça de São Paulo 2012), decidiu-se que a concessão de vagas no varejo é totalmente diferente da concessão de forma coletiva e que somente a primeira opção é viável ao Poder Judiciário, pois a segunda implica ofensa à separação de poderes.

Amaro, as autoras relataram a existência de crianças privadas de educação infantil por ausência de vagas e as tentativas infrutíferas de solução administrativa do problema. [704] As associações narraram que a Prefeitura dispôs-se somente a incluir as crianças em cadastros formais de espera de vaga, sem previsão de atendimento, e destacaram a defasagem entre o número oficial da demanda divulgado por força da Lei Municipal 14.127/2006 e a real necessidade das vagas à luz da contagem populacional e dos parâmetros de atendimento do Plano Nacional de Educação (PNE, Lei 10.172/2001), cujas metas, com previsão de atendimento em 10 anos, constituem plano de Estado vinculante do administrador.

Asseveraram as autoras que o Tribunal de Contas do Município reconheceu:

(i) a não utilização integral dos recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb) pelo Município de São Paulo;

(ii) a inclusão indevida de gastos com servidores inativos no cômputo do percentual constitucional mínimo de investimentos em manutenção e desenvolvimento do ensino, previsto no artigo 212 da Constituição;

(iii) o descumprimento das metas de construção e reforma de equipamentos de educação infantil do Plano Plurianual 2006-2009 (Lei Municipal 14.123/2005); tudo a demonstrar que a ausência de vagas suficientes para atender à demanda não era derivada da falta de recursos financeiros.

A ACP1 objetivou, além do atendimento da demanda por vagas em estabelecimento de educação infantil de 736 crianças identificadas na inicial, a condenação do réu à apresentação de plano de ampliação de vagas e de construção de estabelecimentos de educação infantil, de forma a atender toda a demanda oficialmente cadastrada, além de multa, que incidiria também sobre o patrimônio do Prefeito Gilberto Kassab ou de quem viesse a sucedê-lo à frente da Prefeitura Municipal de São Paulo, e indenização aos lesados (crianças e seus familiares).

A apreciação do pedido de antecipação da tutela formulado na ACP1 foi postergada para após a oitiva da ré (p. 230/231), por conta do que dispõe o artigo 2º da Lei 8.347/1992.[705] Logo após a manifestação da ré, contrária aos pleitos das associações autoras, a petição inicial foi indeferida e o feito foi julgado extinto sem resolução do mérito por impossibilidade jurídica

---

[704] Segundo as autoras: "Em 15 de maio de 2008, fora marcarda uma audiência com o Ilmo. Sr. Marcelo Rinaldi, responsável pela Diretoria Regional de Educação de Campo Limpo, para tratar acerca dos pedidos formulados nas petições. O horário e a data da audiência foram por ele sugeridos. A audiência, porém, não foi realizada porque o coordenador de educação não compareceu, apesar de representantes de todas as associações proponentes estarem presentes." (ACP1, p. 4).

[705] Artigo 2º da Lei 8.347/1992: "No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas."

do pedido de construção de unidades educacionais, pedido este que invadiria a esfera de discricionariedade atribuída ao Poder Executivo (p. 262/267 – sentença de 1º de outubro de 2008). Apresentada apelação, que enfatizou a inaplicabilidade da separação de poderes quanto aos pressupostos fáticos necessários para o exercício de direitos fundamentais, a sentença foi mantida pelo juízo de primeiro grau (p. 270), mas reformada em segunda instância (p. 301/306 – acórdão de 18 de maio de 2009), sendo determinado o prosseguimento do feito. Retornando o processo à primeira instância, o pedido de antecipação da tutela foi indeferido por ausência de prova inequívoca da verossimilhança das alegações e de risco de ineficácia do provimento se concedido somente ao final (p. 374 – decisão de 6 de dezembro de 2010).

Na contestação à ACP1 (p. 383/420), a Municipalidade enfatizou que:

(i) não há omissão a ser sanada pela via jurisdicional;

(ii) é indevida a substituição do gerenciamento de incumbência do Poder Executivo por ações judiciais;

(iii) as decisões judiciais de inclusão imediata de crianças em unidades de ensino infantil estariam sobrecarregando as unidades e fazendo-as funcionar acima do limite máximo de lotação;

(iv) o direito à educação infantil, por não se confundir com direito à educação fundamental, não integraria o mínimo existencial.

Na réplica da ACP1, as autoras informaram que, dada a urgência e relevância do atendimento das 736 crianças listadas na inicial e a ocorrência da extinção do processo sem resolução do mérito, ingressaram com outra ação civil pública exclusivamente voltada ao atendimento de crianças específicas, tendo esta ação sido julgada procedente, razão pela qual o pedido, neste tocante, estaria prejudicado. Insistiram na procedência dos pedidos de apresentação de plano de ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil (creches e pré-escolas) de forma a atender, com garantia de qualidade, a toda a demanda oficialmente cadastrada, bem como na condenação do réu à execução do plano, sob pena de multa.

Após parecer do Ministério Público (p. 1347/1388) informando a propositura de ação de improbidade administrativa contra o Prefeito Gilberto Kassab em decorrência do descaso com a implementação do direito à educação infantil e do descumprimento de decisões judiciais relativas ao tema,[706] a ACP1 foi julgada de forma antecipada (p. 1439/1452 – sentença de 26 de janeiro de 2012). Os pleitos foram julgados improcedentes por entender o juízo que o princípio

[706] Processo nº 0012452-53.2011.8.26.0100 da Vara da Infância e da Juventude do Foro Central de São Paulo.

da separação dos poderes implicaria o respeito à discricionariedade administrativa na efetivação dos direitos, condenando as autoras ao pagamento de verbas sucumbenciais, incluindo honorários advocatícios de 20% sobre o valor da causa em prol do Município. Além disso, o pedido de fornecimento de vagas para crianças específicas foi julgado extinto sem resolução do mérito por já haver sido atendido em outra ação judicial, conforme informado pelas autoras na réplica.

Processado o recurso de apelação interposto pelas autoras na ACP1, em segunda instância, o julgamento foi adiado para a realização de sessão de conciliação, que depois, a pedido das autoras (p. 1820/1831), foi convertida em audiência pública, à vista da relevância social do caso (p. 1850/1855 – acórdão de 29 de julho de 2013). Antes de sua realização, foram noticiados nos autos a criação de um Grupo de Trabalho Interinstitucional sobre Educação Infantil (GTIEI)[707] e a instauração de Inquérito Civil pelo Ministério Público, para apuração da violação do direito de crianças à educação infantil na cidade de São Paulo (p. 1833/1845). Foi apensada, para realização conjunta da audiência pública e aproveitamento de atos processuais, a ACP2, que será descrita a seguir. Na audiência pública, que contou com a presença da imprensa, foram ouvidos atores do Poder Público e da sociedade civil. Após a realização da audiência pública, o desembargador relator presidiu também uma audiência de conciliação, realizada em 4 de novembro de 2013 (p. 1918/2013). A ACP2 foi desapensada quando frustrada a tentativa de conciliação, que não foi frutífera porque a nova gestão municipal não havia fixado os padrões de qualidade relacionados à Educação Infantil.[708] Passou-se, então, ao julgamento.

O apelo da ACP1 foi julgado pela Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (p. 2022/2065 – acórdão de 16 de dezembro de 2013). Decidiu-se ser dever do Poder Público Municipal proporcionar educação infantil aos munícipes, que têm direito público subjetivo à educação por força de disposição constitucional. O acórdão enfatizou a má gestão municipal na implementação do direito à educação infantil, ressaltou o compromisso de criação de 150 mil vagas na rede municipal constante do Programa de Metas do novo Prefeito e o descumprimento do patamar mínimo de atendimento à demanda constante do PNE.[709] Ele ainda

---

[707] Formado por: Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação, Rubens Naves, Santos Jr e Hesketh – Escritórios Associados de Advocacia, Defensoria Pública e Ministério Público do Estado de São Paulo e Grupo de Trabalho de Educação da Rede Nossa São Paulo. O objetivo do Grupo seria o de "desenvolver estratégias para solucionar a maciça violação do direito à educação infantil no Município de São Paulo, a partir da reunião de esforços de promotores, defensores, advogados e movimentos sociais enquanto importantes protagonistas na busca da efetivação desse direito" (p. 1815).

[708] Ver item 6.2.4. Ver ainda as páginas 1916, 1995 e 2014 dos autos do processo.

[709] Por força do artigo 69-A da Lei Orgânica do Município de São Paulo foi publicado o Programa de Metas da nova gestão do Executivo Municipal para os anos de 2013 a 2016, no qual constou, dentre outros, o objetivo de "ampliar em 150 mil a oferta vagas para a educação infantil, assegurando a universalização do atendimento

reconheceu que o acolhimento de ações individuais sobre o tema acabou por gerar alteração da fila de espera e superlotação das unidades, estando o problema a demandar solução coletiva. O dispositivo do acórdão assim ficou redigido:

> "Dest'arte, a decisão que julgou improcedente a ação civil pública é reformada, de forma a:
> 1. Obrigar o Município de São Paulo a criar, entre os anos de 2014 e 2016, no mínimo, 150 (cento e cinquenta) mil novas vagas em creches e em pré-escolas para crianças de zero a cinco anos de idade, disponibilizando 50% (cinquenta por cento) nos primeiros 18 (dezoito) meses, das quais 105 (cento e cinco mil) em tempo integral em creche para crianças de zero a 3 (três) anos idade, de forma a eliminar a lista de espera, garantida a qualidade da educação ofertada, observando-se para tanto, quer quanto as unidades de ensino já existentes na rede escolar, quer referentemente àquelas que vierem a ser criadas, as normas básicas editadas pelo Conselho Nacional de Educação e, suplementarmente, aquelas expedidas pelo Conselho Municipal de Educação.
> 2. Obrigar o Município de São Paulo a incluir na proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino atinente à educação infantil de acordo com a ampliação determinada.
> 3. Obrigar o Município de São Paulo a apresentar a este Juízo, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, plano de ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil para atendimento do estipulado no item "1".
> 4. Obrigar o Município de São Paulo a apresentar, semestralmente, relatórios completos sobre as medidas tomadas para efeito do cumprimento da obrigação fixada no item "1".
> A esses relatórios terão acesso, no exercício de monitoramento, a Coordenadoria da Infância e da Juventude, a quem caberá, como posto no Acórdão que apreciou o Agravo Regimental já mencionado, fornecer ao Juízo, bimestralmente, informações sobre o cumprimento do julgado e articular com a sociedade civil e com outros órgãos do Tribunal, com a Defensoria Pública e com o Ministério Público, se necessário, a forma de acompanhamento da execução da decisão, seja no tocante à criação de novas vagas, seja no referente ao oferecimento de educação com qualidade, nos termos do que está sendo determinado. Fica claro que esse monitoramento não retira do Juiz do processo o poder de determinar, de ofício ou a requerimento das partes, outras medidas que se fizerem necessárias, para que a decisão tenha efetividade.
> Uma vez ordenada prestação de informações pela Municipalidade de São Paulo, bem como o acesso a elas que terão os órgãos referidos, não há razão para fixar penalidade pelo descumprimento das obrigações impostas e, como sugerido pelas apelantes em memorial, o bloqueio de verbas, para remanejamento, das rubricas orçamentárias destinadas à publicidade institucional na Lei Orçamentária em vigor, sendo certo, ademais, que, a qualquer momento o Juiz do processo, poderá fixar astreintes para compelir os responsáveis a cumprir as determinações."[710]

Em embargos de declaração (p. 2072/2097), o Município sustentou (i) a ausência de correlação entre o pedido e o julgado, salientando que a condenação à criação de 150 mil vagas seria decorrente do Programa de Metas 2013-2016, o qual não continha determinação de atendimento de metade da meta quantitativa no prazo de 18 meses e (ii) que o Tribunal de Justiça deveria explicitar quais as consequências da sobreposição de decisões de ações

---

em pré-escola para crianças de 4 e 5 anos, atendendo a demanda declarada por creches em 01/01/2013 e consolidando o Modelo Pedagógico Único".

[710] Apelação na Ação Civil Pública 0150735-64.2008.8.26.0002, Desembargador Walter de Almeida Guilherme (Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo 2013).

individuais e coletivas pendentes e futuras, e esclarecer se deveriam ser suspensas as ações e execuções pendentes em matéria de creche. Os embargos foram rejeitados (p. 2106/2111 – acórdão de 25 de agosto de 2014).

Foram opostos recursos especial e extraordinário contra o julgado, bem como medida cautelar inominada incidental com pedido de liminar pelo Município (p. 2152/2162 – petição protocolada em 12 de novembro de 2014). Em contrarrazões (p. 2832/2873), as autoras sustentaram o acerto do que fora decidido. Alegaram elas que o acórdão se restringiu ao que fora pleiteado e até mesmo deixou de acolher de forma integral o pedido, pois, à época em que proferido, a demanda oficial cadastrada era superior a 150 mil vagas. Asseveraram que o acórdão não impôs ao Município a execução do Programa de Metas 2013-2016, tendo este composto apenas o fundamento fático da decisão como *obter dicta*.

Ao receber os recursos interpostos pelo Município, a decisão do Vice-Presidente do Tribunal de Justiça:

(i) deixou de atribuir efeito suspensivo aos recursos, indeferindo os pedidos cautelares;

(ii) sobrestou o recurso extraordinário até o julgamento do Agravo de Instrumento 761.908-SC pelo Supremo Tribunal Federal;

(iii) deu seguimento ao recurso especial, ainda não julgado (p. 3034/3039 – decisão de 15 de setembro de 2015).

Na ACP2, proposta em 7 de julho de 2010 por Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação, Associação Comunidade Ativa de Vila Clara e Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo perante a Vara da Infância e da Juventude do Foro Regional do Jabaquara, as autoras alegaram omissão estatal na garantia de vagas em estabelecimentos de educação infantil no Distrito de Jabaquara e de Saúde e ausência de políticas efetivas de expansão do número de vagas e de qualificação da rede pública, apesar da existência de recursos públicos para tanto. Os pedidos liminares englobavam:

(i) o atendimento no sistema público de ensino de 94 crianças excluídas do sistema, 2.926 crianças cadastradas em lista de espera no distrito de Jabaquara e 380 no distrito de Saúde; (ii) a inclusão em Proposta de Lei Orçamentária para o exercício de 2011 de recursos para o atendimento destas crianças com garantia de qualidade;

(iii) imposição de multa no caso de descumprimento, inclusive à autoridade responsável.

Os pedidos principais abrangiam, além da confirmação da liminar, os pleitos de condenação em obrigação de fazer consistentes em:

(i) inclusão na Proposta de Lei Orçamentária Anual e no Plano Plurianual de recursos suficientes para assegurar a todas as crianças vagas em instituições de educação infantil nos bairros pertencentes à jurisdição do Foro Regional do Jabaquara;
(ii) construção do Centro de Educação Infantil (CEI) Cidade Azul e da Escola Municipal de Educação Infantil (EMEI) Vila Clara;
(iii) apresentação de plano público de ampliação de vagas de forma a atender a toda a demanda dos distritos de Jabaquara e Saúde, com garantia de qualidade e observando-se patamares mínimos do PNE;
(iv) execução do plano que vier a ser apresentado;
(v) imposição de multa pelo descumprimento, não apenas ao ente público mas também à autoridade responsável.

As liminares pleiteadas na ACP2 foram integralmente deferidas (p. 322/323), sendo fixada multa diária, imposta ao ente público, para o caso de descumprimento do determinado no que tange a crianças específicas, sem prejuízo de caracterização de crime de desobediência. Interposto agravo de instrumento pelo Município, foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela recursal diante da relevância social referente à cláusula da reserva do possível (p. 373/376 – decisão de 8 de novembro de 2010) e, ao final, foi dado parcial provimento ao recurso para determinar ao Município apenas a matrícula das crianças referidas na inicial (p. 636/649 – acórdão de 28 de fevereiro de 2011). Neste mesmo julgamento, o Município foi dispensado da inclusão em sua proposta orçamentária dos valores necessários ao atendimento da pretensão, entendendo-se que este pedido estaria prejudicado pela aprovação da lei orçamentária referente ao ano de 2011.

Na contestação à ACP2 (p. 377/416), o Município afirmou que o decréscimo do número de matrículas na educação infantil se deveu à redução da idade mínima para ingresso no ensino fundamental[711] e à ampliação da jornada diária das unidades. Enfatizou ainda que os percentuais de atendimento previstos no PNE estariam sendo cumpridos à luz da demanda efetivamente cadastrada, tendo discordado de qualquer outro cálculo da demanda – como o feito pelas associações autoras, que levou em consideração métodos de contagem populacional – que diferisse do constante do Sistema Informatizado Escola On Line (EOL). Asseverou não existir omissão administrativa nem ilegalidade na transferência de saldos do Fundeb para o exercício seguinte, tampouco na inclusão de despesas com servidores inativos no cômputo dos gastos com educação – questão esta que já estaria judicializada. Disse das dificuldades relativas à

[711] Lei 11.114/2005.

implantação efetiva da CEI Cidade Azul e da EMEI Vila Clara, incluindo suspensão de contrato de licitação para construção da EMEI por decisão judicial. Insistiu no respeito à cláusula da reserva do possível, na impossibilidade de o Judiciário interferir na elaboração da peça orçamentária, na existência de afronta ao princípio da igualdade pelas decisões que determinam a inclusão de crianças no sistema sem observância da lista de espera e na inocuidade da imposição de multa diária.

Após réplica das autoras (p. 483/499) e parecer do Ministério Público pela procedência da demanda (p. 554/566), foi proferida sentença que, tendo apreciado o pedido apenas quanto às crianças determináveis (p. 567/571), foi embargada pelo Ministério Público e pelas autoras e anulada pelo próprio juízo de 1º grau, por ser *infra petita* (p. 612/613 – decisão de 29 de agosto de 2011).

Em 20 de janeiro de 2012, proferida nova sentença na ACP2 (p. 721/728), foi acolhido o pedido exclusivamente quanto à matrícula das crianças especificadas na inicial. Foi rejeitado o pedido de matrícula de crianças não especificadas por ser genérico, afirmando-se que tal generalidade acarretaria a falta de interesse processual. Foram julgados improcedentes os pedidos de inclusão de rubrica na lei orçamentária referente a 2011, de implementação de unidades de educação infantil e de apresentação do plano público de ampliação de vagas de forma a atender a toda a demanda. A rejeição dos pedidos se deu essencialmente por deferência à separação de poderes e por estar prejudicado o pedido de inclusão orçamentária em razão da aprovação da lei orçamentária em data anterior à da prolação da sentença. A sucumbência foi recíproca, razão pela qual às partes foram atribuídos os ônus das custas e das despesas processuais em igual proporção, bem como dos honorários advocatícios dos respectivos patronos.

A apelação interposta pelas autoras na ACP2 (p. 744/794) foi contrarrazoada (p. 801/824) e contou com parecer favorável do Ministério Público em primeiro grau (p. 900/949), no qual foi ressaltado que nas ações civis públicas 283/99, 17/99 e 12/99, que tramitaram nas Varas da Infância e da Juventude dos Foros Regionais de Santana, Penha de França e Pinheiros, todas da Capital de São Paulo, foram proferidas condenações do Município a prover vagas em creches a todas as crianças em idade escolar apropriada nas áreas das respectivas competências jurisdicionais, e que as condenações em diversas ações civis públicas referentes a creche foram descumpridas.[712] O Ministério Público em segundo grau ofertou parecer opinando apenas pela

[712] O MP opinou contrariamente a condenar a ré a construir as CEI e EMEI especificadas na inicial, por ausência de provas de ser esta a melhor solução para a falta de vagas de educação infantil na região.

isenção de custas das autoras, e concordou, no mais, com os argumentos utilizados na sentença, sobretudo no que tange à separação de poderes (p. 960/962).

Em decisão monocrática do Relator, as autoras foram isentadas de custas e despesas processuais, mantendo-se, no mais, a sentença (p. 964/975). Contra a decisão do Desembargador Relator, foi interposto agravo regimental, no qual as autoras salientaram a incoerência das decisões judiciais individuais de concessão de vaga por ocasionarem inversão da fila de espera, e atualizaram o pedido referente à rubrica orçamentária para que dissesse respeito à lei orçamentária anual e ao Plano Plurianual para os exercícios subsequentes ao do julgamento do agravo regimental (p. 982/1004). O julgamento foi convertido em diligência, para a remessa dos autos ao setor de conciliação (p. 1012/1014 – acórdão de 29 de abril de 2013). A Defensoria Pública pleiteou seu ingresso como assistente (p. 1019/1022), diante da possibilidade de realização de acordo, e foram juntados documentos referentes à criação de grupo de trabalho interinstitucional. A pedido das autoras, que noticiaram ter sido dada publicidade ao Plano de Metas do novo Prefeito municipal, com previsão de 150 mil vagas para educação infantil, foi tentada a conciliação (p. 1105/1200) e foi determinada audiência pública conjunta das ACPs (p. 1089/1090), na qual foram ouvidas as partes e os especialistas na matéria.

Como não houve acordo possível, procedeu-se ao desapensamento dos processos e ao julgamento, que resultou em provimento parcial ao agravo (p. 1208-1250, acórdão de 2 de dezembro de 2013). O voto vencedor:

(i) lamentou a falta de consenso quanto a um acordo, ainda que parcial, voltado a solucionar a questão das filas de espera, tendo entendido que a questão não poderia ser enfrentada no acórdão por ausência de pedido expresso neste sentido;

(ii) afastou o entendimento da sentença de que o pedido seria genérico, por entender que as crianças beneficiárias seriam determináveis e porque não havia necessidade da identificação de cada uma das crianças;

(iii) ressaltou a ampla documentação apta a demonstrar não ser a falta de recursos financeiros a causa para a falta de vagas na educação infantil, mas sim a reiterada má gestão de sucessivos governos no que tange à questão;

(iv) apontou os expressivos recursos não utilizados do Fundeb;

(v) enfatizou a diferença entre a quantidade de EMEIs e CEIS cuja construção foi prevista no Plano Plurianual (PPA) 2006/2009 e o número das efetivamente construídas;[713]

[713] EMEIS: 126 previstas *versus* 38 construídas; CEIS: 142 previstas *versus* 53 construídas (p. 12).

(vi) destacou que o PPA seria vinculante juridicamente e que o Prefeito Fernando Haddad, em seu programa de metas, comprometeu-se a ampliar em 150 mil vagas a oferta de educação infantil, devendo tal compromisso ser honrado;

(vii) dispôs que, diante da indeterminação do programa de metas, caberia ao acórdão estabelecer quantas vagas seriam criadas a cada ano;

(viii) asseverou o cabimento da responsabilização de administradores que não cumprem suas promessas, sendo desnecessário determinar a inclusão de rubricas orçamentárias para cumprimento dos deveres da administração municipal;

(ix) rejeitou a alegação de reserva do possível por entendê-la vinculada à escassez e por sua inoponibilidade a direitos fundamentais;

(x) deu razão às recorrentes quanto à sua insistência na garantia de qualidade do ensino, tendo ressaltado alerta do Tribunal de Contas quanto ao papel meramente assistencial de algumas entidades conveniadas.

Em conclusão, o dispositivo do acórdão da ACP2 ficou assim redigido:

> "Portanto, impõe-se que seja dado provimento parcial ao agravo regimental, para se acolher a apelação, no tocante ao item 1, e impor à municipalidade a obrigação de, no prazo de 18 meses, matricular, criando e disponibilizando, para tanto, 50% das vagas necessárias, em creches e em pré-escolas, e até 31 de dezembro de 2016, mais 50%, de forma a garantir que todas as crianças, da região submetida à jurisdição do Fórum do Jabaquara, sejam assistidas, matriculadas e recebam educação adequada e com qualidade, observando-se, para isso, as regras mínimas ditadas pelo Conselho Nacional de Educação, sem prejuízo das que forem estabelecidas a mais pelo próprio Município.
> E a qualidade deve ser, no tocante às unidades existentes e em funcionamento, imediatamente postas em execução, em especial nas conveniadas.
> Para acompanhamento do cumprimento das obrigações que estão sendo impostas à Municipalidade e para ajudar o Juízo do Processo na fase de execução, designo a Coordenadoria da Infância e da Juventude deste Tribunal de Justiça, como monitora (e que consultada já se prontificou a tanto) cabendo-lhe articular com a sociedade civil e com outros órgãos do Tribunal, com a Defensoria Pública e com o Ministério Público, se necessário, forma de acompanhar o cumprimento do julgado, seja no tocante à criação de novas vagas, seja no referente ao oferecimento de educação com qualidade, nos termos do que está sendo determinado.
> O monitoramento, de caráter administrativo, fornecerá ao Juízo informações bimestrais sobre o cumprimento do julgado, para as providências que se fizerem necessárias.
> O monitoramento ora estabelecido não tira do Juiz do processo o poder de determinar, de ofício ou a requerimento das partes, outras medidas que se fizerem necessárias, para que a decisão tenha efetividade.
> Não vejo necessidade, agora, de fixar multa diária, no tocante às obrigações impostas, mesmo porque está se estabelecendo uma forma de monitoramento, que poderá ser mais eficaz. Ademais, se necessário, a qualquer momento o Juiz do processo, durante a execução, poderá fixar *astreintes*, para compelir os gestores a cumprir as determinações.

> Em face de tais razões e nos limites estabelecidos, pelo meu voto, dou parcial provimento ao agravo regimental."[714]

O voto vencido (ACP2, p. 1251/1255), conquanto concordasse com os fundamentos do voto vencedor para a reforma da decisão agravada, entendeu ser a parte dispositiva do voto vencedor *extra petita,* na medida em que "as associações autoras não pediram a criação e a disponibilização de metade das vagas necessárias em creches e pré-escolas no prazo de 18 meses e o restante até 31 de dezembro de 2016", mas, sim, a determinação de que o Município apresentasse plano público de ampliação de vagas com qualidade e de que garantisse a matrícula de crianças em estabelecimentos educacionais em até 180 dias do registro do pedido. O voto vencido foi pelo provimento integral do agravo regimental interposto pelas autoras, dispensando-se a Coordenadoria da Infância e da Juventude do monitoramento da decisão.

Em embargos de declaração, o Município apontou a existência de erros materiais no acórdão e, sobretudo, a necessidade de que fossem explicitadas as relações entre demandas individuais e coletivas. Insistiu em que se atribuísse tratamento de macrolide à questão e em que o Programa de Metas não é cogente quanto ao plano de eficácia. Os embargos de declaração foram rejeitados (p. 1285/1290), tendo sido então interpostos, pelo Município, recurso extraordinário (p. 1302/1316), recurso especial (p. 1318/1327) e medida cautelar inominada incidental com pedido liminar (p. 1329/1336), pleiteando a concessão de efeito suspensivo aos recursos. Houve contrarrazões e parecer ministerial pelo não conhecimento e subsidiariamente improvimento dos recursos.

Por decisão da vice-presidência do Tribunal de Justiça, foi:

(i) deferido o pedido do Município de suspensão do acórdão sob o fundamento de limitação de recursos públicos do Município;

(ii) ressalvada a possibilidade de ingresso com ações individuais;

(iii) atribuído efeito suspensivo aos recursos;

(iv) sobrestado o recurso extraordinário até o julgamento do Agravo de Instrumento 761.908/SC, cuja repercussão geral foi reconhecida pelo STF (p. 2269/2273 – decisão de 19 de maio de 2015).[715]

---

[714] Ação Civil Pública 0018645-21.2010.8.26.0003, Desembargador Samuel Alves de Melo Júnior (Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2/12/2013).

[715] Ver Tema de Repercussão Geral 548: "Dever estatal de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a 5 (cinco) anos de idade"

As associações pleitearam a reconsideração desta decisão, e assim foi reconsiderada a atribuição de efeito suspensivo aos recursos, ante os compromissos assumidos publicamente pelo Município no Plano Plurianual (p. 2355/2357 – decisão de 15 de setembro de 2015).

Para o acompanhamento administrativo determinado nos acórdãos das ações civis públicas, foi instaurado o Procedimento Administrativo CIJ 2014/00015960 na Coordenadoria da Infância e da Juventude do Tribunal de Justiça de São Paulo. Por decisão do Desembargador Coordenador de Infância e Juventude, foram designados representantes de associações e de órgãos do Estado (Ministério Público e Defensoria Pública) para assessoramento no processo de monitoramento do cumprimento das obrigações impostas ao Município (p. 2914/2915 da ACP1 – decisão de 3 de novembro de 2014).

Em 6 de fevereiro de 2017, o Tribunal de Justiça de São Paulo designou nova audiência pública, para que as partes apresentassem os resultados obtidos e a fim de possibilitar, "diante da relevância social do tema, a manifestação de membros da sociedade em geral, para que possam contribuir com esclarecimentos e propostas na área de educação pública infantil".[716] Essa segunda audiência pública foi realizada em 1º de junho de 2017. Nela, os autores enfatizaram os avanços alcançados em termos de acesso à Justiça, mas, também, que houve o descumprimento do julgado pelo Município, tanto em termos quantitativos quanto, principalmente, em termos qualitativos, em razão de retrocessos na qualidade da educação infantil, causados pela expansão exagerada do setor conveniado e do número de alunos por sala. Nessa ocasião, o Município assentiu em parte com as críticas, mas ressaltou seu compromisso com o Plano Municipal de Educação na criação de novas vagas de educação infantil. Ambas as partes concordaram com a designação de audiência de conciliação, com a finalidade de manter o diálogo e a transparência do Poder Público para com a sociedade civil.

6.2 IMPLICAÇÕES PARA O ACESSO À JUSTIÇA

O EC3 mostra que, ao longo do tempo, a genuína ação coletiva, que deixa de discriminar as crianças cujo direito está sendo violado, passou por diferentes acolhidas na jurisprudência. É cedo para uma análise definitiva dos resultados produzidos pela ACP1 e pela ACP2 e, consequentemente, de suas implicações, em comparação com a litigância individual e até mesmo com outros litígios coletivos, para o acesso à Justiça, porque há recursos ainda

[716] Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Diário da Justiça Eletrônico - Caderno Judicial - 2ª Instância, São Paulo, Ano X - Edição 2340, p. 1208, disponibilização: 5 de maio de 2017.

pendentes de julgamento e porque só o tempo dirá se os acórdãos paradigmáticos irão se firmar como referências jurisprudenciais. É possível, porém, tal como no EC2, analisar as potencialidades que o caso revela.

6.2.1 Inclusão

Sob o ângulo substantivo do acesso à Justiça, o êxito da litigiosidade na área da educação infantil corresponde à universalização, já que esta etapa da educação é de importância capital para a criança, para a família e, em última análise, para toda a sociedade.[717] O acesso à Justiça tem valor como direito social enquanto forma de alcance de transformação social.[718]

Para a criança, a educação infantil é o primeiro acesso à educação formal e é etapa pedagógica essencial do processo educacional para a formação de capacidades que permitirão à criança ser uma pessoa livre.[719] O ganhador do Prêmio Nobel James Heckman demonstra como são determinantes para o sucesso as intervenções junto a crianças pequenas, sendo cruciais para enriquecer o ambiente familiar delas, o que traz também retornos sociais e econômicos maiores do que intervenções tardias: pré-distribuição é mais efetiva e justa do que redistribuição para a redução de desigualdades.[720]

A importância para a família resulta do papel assistencial da educação infantil: ela garante a liberdade aos genitores – em especial, às mães – de trabalharem fora e se integrarem ao mercado de trabalho.[721]

Perante a sociedade, de modo geral, a garantia da educação infantil demonstra real comprometimento não só com direitos constitucionais, mas também com os ideais que regem nossa democracia, tais como solidariedade social, redução da pobreza e promoção do desenvolvimento.[722]

A par de todos esses benefícios sociais decorrentes da observância do direito à educação infantil e de toda a litigiosidade relativa a esse direito, ele ainda não foi universalizado na cidade

---

[717] James J. Heckman, *Giving Kids a Fair Chance* (The MIT Press, 2013). Em termos de educação em geral, e não apenas a infantil, ver Jean Drèze e Amartya Sen, *An Uncertain Glory: India and Its Contradictions* (Princeton University Press, 2013). E, com relação à importância neurológica da educação infantil, ver Charles A. Nelson, *Romania's Abandoned Children* (Harvard University Press, 2014).

[718] No mesmo sentido, Siri Gloppen ressalta que é crucial entender quais são os fatores importantes para que a transformação social por meio do Poder Judiciário seja possível. Gloppen, "Courts and Social Transformation: An Analytical Framework".

[719] Utilizam-se os termos capacidade e liberdade da forma como preconizada por Sen, *Development as Freedom*.

[720] Heckman, *Giving Kids a Fair Chance*.

[721] Ver dados nas p. 137/138 dos autos da audiência pública.

[722] Ver, a respeito da educação enquanto componente fundamental do desenvolvimento: Cypher, *The Process of Economic Development*.

de São Paulo. Infelizmente, o EC3 revela que a litigância individual não tem contribuído para a universalização da educação infantil, mas, principalmente, para a subversão de listas de espera e para a superlotação de unidades, com comprometimento de qualidade. Esta constatação foi comum aos acórdãos proferidos nas ACPs, conforme os seguintes trechos:

> "Este estado de coisas implicou a propositura de um sem número de ações, com pedidos de liminares muitas vezes deferidos, visando à matrícula em creche que, acolhidas – e não poderia ser diferente – desorganizaram por inteiro as filas de espera, fazendo exsurgir situação mais danosa ainda: os beneficiados pelas decisões judiciais não só alteram a composição da fila e, muitas vezes, são incluídos em salas já saturadas de estudantes, com evidente prejuízo para o aprendizado." (ACP1)

> "Havia possibilidade e expectativa inclusive, que restaram frustradas, de se acertar a crucial questão das filas de espera, que acabam sendo afetadas por decisões judiciais e, até, de estabelecimento de nova ordem, observando-se os graus de vulnerabilidade das crianças, mas nem isso se conseguiu. E tais questões não podem, infelizmente, ser enfrentadas agora, aqui, já que o julgamento está limitado ao que foi pedido na inicial e reiterado no apelo e no agravo regimental." (ACP2)

As mesmas conclusões foram expostas pelas autoras, pela Procuradoria Municipal e pelo próprio Secretário de Educação do Município.[723] Embora seja possível desconfiar das informações do Município, já que, como litigante habitual, teria interesse na consolidação de uma narrativa de ineficácia total da litigiosidade individual, não há nenhum elemento nos autos que possa colocar em cheque esta narrativa e, por outro lado, há dados fáticos que a corroboram e que foram expostos e explorados pelas autoras.[724]

Ao privilegiar algumas crianças em detrimento de outras, ou ao prejudicar a qualidade de educação infantil nas creches e escolas públicas em comparação com as particulares, a

---

[723] Autoras: "Ora, mas é exatamente isso – mudar a ordem de uma fila de espera – o que as decisões do Poder Judiciário Paulista vêm promovendo com suas decisões judiciais." (ACP2, p. 985). Procuradoria Municipal: "Em razão das reiteradas decisões para inclusão imediata de crianças, muitas das unidades de ensino infantil encontram-se operando acima do limite máximo (ACP2, p. 450). Secretário de Educação do Município: "tem evoluído de maneira crescente e preocupante o número de crianças que são matriculadas por força de decisões judiciais, aproximadamente 12 mil crianças esse ano foram matriculadas por decisões judiciais e isso faz com que elas sejam deslocadas do ponto em que se encontram na fila e postas em primeiro lugar na fila" (p. 116 dos autos da audiência pública). Ver ainda: ACP2, p.1057/1058. As entrevistas realizadas por Luiza Andrade Corrêa corroboram essa narrativa: Corrêa, "Judicialização da Política Pública de Educação Infantil no Tribunal de Justiça de São Paulo", 77–80.

[724] Ver: Lopes, "Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito"; Marinho, "Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Análise de Julgados do Direito à Educação sob o Enfoque da Capacidade Institucional".

litigiosidade individual não promove inclusão,[725] mas sim desigualdade.[726] É razoável supor que as famílias mais pobres são justamente as que menos terão consciência de que o direito pode ser pleiteado judicialmente, ou que mais estarão sujeitas ao desalento, perdendo assim oportunidades e seu lugar na fila de espera administrativa.[727]

Sob outro vértice de inclusão, as ACPs têm o mérito de questionar incisivamente os números da demanda oficial pendente e da atendida, bem como as providências tomadas pelo Município a título de implementação de sua política pública na área. As autoras, no bojo das ações coletivas:

(i) inquiriram o Município de São Paulo sobre o cumprimento de metas mínimas do PNE em vista de dados de projeção populacional da própria Prefeitura Municipal;

(ii) questionaram a priorização da política de convênios pelo baixo patamar de qualidade do serviço geralmente prestado;

(iii) objetaram os números de crianças atendidas apresentados, pela existência de unidades com três turnos de funcionamento e pela transferência compulsória de crianças de apenas 3 anos de idade para pré-escolas, reduzindo-se artificialmente a demanda por meio de atendimento irregular;

(iv) expuseram que a ausência de uma política de busca ativa de crianças e a inexistência de creches e pré-escolas em uma determinada região também implica redução artificial do número de crianças desprovidas de acesso à educação infantil, porque a ciência, de antemão, de que não serão atendidos, faz com que alguns genitores deixem de procurar a vaga.

As autoras promoveram um verdadeiro escrutínio da política pública relativa à educação infantil. Diferentemente do que em geral acontece nas ações individuais e até mesmo em algumas ações coletivas, as autoras tiveram sucesso em desenvolver uma argumentação

---

[725] Embora alguns julgados, ao reconhecerem o direito à vaga em creche e pré-escola, façam expressa menção à subordinação do direito ao princípio da isonomia, condicionando a efetividade do direito à inclusão dos integrantes da lista de excedentes que precedem a criança autora da ação individual, o Supremo Tribunal Federal tem afastado a aplicação do princípio da isonomia nesses casos. Neste sentido, decisão monocrática do Ministro Celso de Mello (STF, Recurso Extraordinário 956475-RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJe 17.5.2016).

[726] Ver: Ester Rizzi e Salomão Ximenes, "Litigância Estratégica para a Promoção de Políticas Públicas: as Ações em Defesa do Direito à Educação Infantil em São Paulo", *Justiça e Direitos Humanos: Experiências de Assessoria Jurídica Popular*, junho de 2010. Costa, "Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade? Uma Análise do Litígio sobre Creche e Pré-Escola no Município de São Paulo", 274.

[727] Ver: William L.F. Felstiner, Richard L. Abel, e Austin Sarat, "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming . . .", *Law & Society Review* 15, no 3/4 (1980), 387. Além disso, como a Prefeitura de São Paulo adota cotas prioritárias para as crianças cujas famílias estão em situação de extrema pobreza, a subversão da fila prejudica justamente as crianças em maior situação de vulnerabilidade social: Victor Vieira, "Sentenças judiciais exigindo creches aumentam 365% - Educação", *Estadão*, acessado 14 de novembro de 2015, http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,sentencas-judiciais-exigindo-creches-aumentam-365,1560747.

sofisticada, convincente e amparada em ampla documentação. É possível que a ação judicial coletiva seja um dos poucos espaços públicos em que um arrazoado de tamanha qualidade possa ser realizado ante o órgão municipal. Este procedimento tem, por isso, um valor intrínseco de participação e cobrança democráticas, a confirmar que "na democracia participativa, o processo, além de garantir as liberdades públicas, é instrumento político relevante de participação".[728]

O questionamento da política pública e o exercício de criatividade institucional são de realização mais improvável no bojo das ações individuais relativas à educação infantil.[729] Há variados fatores que contribuem para isso. Podem ser citadas:

(i) a dificuldade de se analisar, em ações individuais, a situação global da educação infantil numa determinada localidade;

(ii) a maior facilidade com que determinações judiciais são cumpridas em casos individuais, ainda que à custa da inversão da lista de espera administrativa ou da inclusão de mais crianças do que seria recomendado pedagogicamente nas salas de aula.

Nesse contexto, o discurso jurídico acaba por ocupar integralmente um espaço no qual as análises política e econômica têm de prevalecer.[730] Disso resulta pouco pragmatismo na implementação de direitos,[731] sobretudo porque envolvidas questões atinentes à justiça distributiva.[732]

---

[728] Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, e Kazuo Watanabe, *Participação e Processo* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988), 412.

[729] Ao falar de criatividade institucional, tem-se em vista o experimentalismo institucional democrático que é estudado por Roberto Mangabeira Unger, em *O Direito e o Futuro da Democracia*, trad. Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp (São Paulo: Boitempo, 2004). Para ele, "[o] progresso prático depende tanto de inovação quanto de cooperação. [...] O problema fundamental da elaboração institucional para o crescimento é desenvolver as estruturas com maior chance de incitar e suportar inovação contínua, já que elas combinam cooperação com competição, reconhecem os interesses de todos os envolvidos no esforço comum e asseguram garantia individual básica em meio a mudança" Ibidem, 24–25. Para Unger, o nosso sistema jurídico, calcado, por exemplo, numa concepção monolítica do direito de propriedade, desestimula o experimentalismo e o progresso, reforçando o modelo de análise jurídica racionalizadora das configurações institucionais existentes. Seria possível construir um diálogo entre o texto de Unger e o de José Reinaldo Lima Lopes ("Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito."), para quem o individualismo, cuja raiz é o direito subjetivo inspirado no direito de propriedade, dificulta a elaboração das melhores soluções em termos distributivos para as questões que envolvem direitos sociais.

[730] Sobre o tema do direito ofuscando as escolhas políticas, ver: David Kennedy, "The 'Rule of Law,' Political Choices, and Development Common Sense", in *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, org. David M. Trubek e Alvaro Santos (Cambridge University Press, 2006), 95–173.

[731] Na área de direitos humanos, esta falta de pragmatismo é abordada por Kennedy, "The International Human Rights Movement: Part of the Problem?"

[732] Lopes, "Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito".

Evidentemente, seria possível implementar soluções inovadoras no bojo de ações individuais, mas a ação coletiva tem a vantagem de permitir debates mais ricos e completos e de evitar a perpetuação da desigualdade entre quem litiga e quem deixa de litigar.[733]

A análise da questão sob outro ângulo demonstra que a distribuição de justiça demanda o dispêndio de recursos escassos pelo Estado, já que a movimentação da máquina judiciária é custosa e implica gastos com estrutura física, materiais, pagamentos de funcionários, aluguéis, despesas de informática, dentre outros.[734] Assim, considerando-se a questão sob a ótica do dever do Estado de dar o melhor emprego para verbas públicas escassas, a multiplicação de demandas individuais pouco efetivas (na medida em que deixaram de promover efeitos concretos de aprimoramento da política pública) confirma a crítica – que permeou toda a Reforma do Judiciário – de que a distribuição de direitos pelo Judiciário pode ser contraproducente. Preciosos recursos que poderiam ser utilizados para reduzir desigualdades podem ter sido desperdiçados numa litigância que frequentemente envolve quatro órgãos públicos (Ministério Público, Defensoria Pública, Procuradoria Municipal e Poder Judiciário) e que talvez não tenha produzido efeitos concretos para o desenvolvimento de uma política pública melhor.

Deve-se ressaltar, porém, que todas as críticas feitas às ações individuais são plenamente aplicáveis a muitas das ações coletivas que já tramitaram na Justiça paulista referentes à educação infantil no Município de São Paulo. Ações coletivas inadequadamente instruídas, destituídas de argumentação convincente, de dados orçamentários e de demanda pendente e atendida, de preciso embasamento legal, além de outros elementos que permitam a intervenção na política pública, não lograrão promover a análise aprofundada que se espera seja realizada na ação coletiva – e, desta forma, tendem a favorecer a cristalização do *status quo*.[735]

---

[733] Exemplificativamente, na audiência pública da ACP1 e da ACP2, foi trazido o tema dos vouchers. Embora o sistema dos *vouchers* não possa ser considerado ideal, ele pode ser uma alternativa à subversão da fila administrativa: "vouchers permit poor students to use public funds to pay tuition in private schools." Martha Minow, *In Brown's Wake: Legacies of America's Educational Landmark* (Oxford University Press, 2008). Não há notícia de discussões sobre esse tema em ações individuais.

[734] Neste sentido: "By recognizing that law services are a scarce resource, that they should be used only when other public and private substitutes would be less efective, the rule of law can stop placing the unrealistic demands on the courts that result in formal, ineffective, and delegitimating change." Erik Jensen e Thomas Heller, *Beyond Common Knowledge: Empirical Approaches to the Rule of Law* (Stanford: Stanford University Press, 2003), 18. Ver ainda: "Because 'public funds are finite and the provision of resources for the courts has to compete with other areas of public expendidure, 'justice' cannot be achieved at any cost. Nor can the pursuit of 'justice' be used as an excuse to exclude the courts from reasonable measures of public accountability' (Baldwin, John. 2002. Assessing court procedures: the consumers' perspective. Paper presented at a seminar, Quality of Justice, organized by the European Comission, March 22, Brussels)." José Juan Toharia, "Evaluating Systems of Justice Through Public Opinion: Why, What, Who, How, and What For?," in *Beyond Common Knowledge: Empirical Approaches to the Rule of Law*, ed. Erik Jensen and Thomas Heller (Stanford: Stanford University Press, 2003), 22.

[735] A título exemplificativo, em uma ação civil pública mais antiga julgada pelo TJSP, o acórdão de improcedência argumentou que, diante da ausência de informações sobre dados orçamentários, deveria ser acolhida a alegação de reserva do possível. Ver: TJSP, Apelação 0008686-37.2009.8.26.0625, DJ 7/5/2012.

As ACPs diferenciam-se de muitas dessas ações coletivas, pois foram propostas por especialistas que se dedicaram a elaborar as petições, a bem instruí-las e a promover engajamento social, em especial por meio da mídia. As associações autoras não só fizeram um trabalho prévio de conscientização social e de busca ativa de crianças, como também lograram divulgar ao público a causa da infância.[736] A imprensa, ao dar visibilidade constante à política desenvolvida na área e aos passos gradualmente dados nas ACPs, pode pressionar o governo a agir.

Uma das principais vitórias das autoras foi a realização da primeira audiência pública, que foi fundamental para o convencimento dos julgadores acerca da existência de um problema na política pública e também da inefetividade da atuação do Poder Judiciário no equacionamento individualizado da questão. A audiência pública, como forma de fortalecimento e legitimação do processo coletivo, pressupõe participação, contribuições dos interessados no julgamento e visibilidade,[737] e sua realização contribuiu para que as ACPs se tornassem paradigmáticas.[738]

O EC3 é também importante em termos de inclusão pelo passo que foi dado em prol da maior efetividade de normas constitucionais sociais. Como visto no capítulo 3, há situações em que o Poder Judiciário apresenta vantagens institucionais em relação aos demais Poderes e,

---

[736] Vieira, "Sentenças judiciais exigindo creches aumentam 365% - Educação"; Luiz Fernando Toledo, "São Paulo bate recorde de fila em creches - Educação", *Estadão*, acessado 11 de junho de 2015, http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,sao-paulo-bate-recorde-de-fila-em-creches,1602089; Bárbara Ferreira Santos e Paulo Saldaña, "Prefeitura infla número de vagas em creches e conta criança 2 vezes - Educação", *Estadão*, acessado 11 de junho de 2015, http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,prefeitura-infla-numero-de-vagas-em-creches-e-conta-crianca-2-vezes,1618983; Juliana Diógenes e Paulo Saldaña, "Gestão Haddad não baixa fila da creche - Educação", *Estadão*, acessado 11 de junho de 2015, http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,gestao-haddad-nao-baixa-fila-da-creche,1648298; Bárbara Ferreira Santos e Paulo Saldaña, "Pais trabalham meio período enquanto esperam vaga em creche - Educação", *Estadão*, acessado 11 de junho de 2015, http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,pais-trabalham-meio-periodo-enquanto-esperam-vaga-em-creche,1618964. Note-se ainda que o esforço de comunicação com a sociedade integrou inclusive o processo de monitoramento da decisão. Neste sentido, foi feito o documentário "Direito à Educação Infantil", curta-metragem que "tem como intuito informar e mobilizar a sociedade sobre a importância do direito à Educação Infantil" e apresentar "o trabalho desenvolvido na Educação Infantil, em São Paulo, pelo Grupo de Trabalho Interinstitucional sobre Educação Infantil (GTIEI)", disponível em https://www.youtube.com/watch?v=ePzsKEiWodA&feature=youtu.be, acesso em 29 de setembro de 2016.

[737] Enrique Ricardo Lewandowski, "O Protagonismo do Poder Judiciário na Era dos Direitos", *Revista de Direito Administrativo*, maio/agosto de de 2009, 84.

[738] Para Didier e Zaneti, "[o] objetivo da audiência pública é dar mais legitimidade e qualidade ao ato final do procedimento, seja ele um ato legislativo, uma decisão administrativa ou uma decisão judicial. Trata-se de valioso instrumento de participação democrática do processo decisório, permitindo a ampliação do leque dos sujeitos envolvidos e tornando o debate de determinada matéria mais permeável à pluralidade de ideias. Também serve para a colheita de informações que irão subsidiar a decisão ou futuras investigações a respeito dos fatos alegados. Em três passagens o CPC fala em audiência pública: quando trata do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) (CPC, art. 983, § 1º); quando trata do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos (CPC, art. 1.038, II); e quando trata da possibilidade de alteração, pelo tribunal, de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos (CPC, art. 927, § 2º)." Didier Jr e Zaneti Jr, *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*, 4:344–45.

nessas situações, deve agir para efetivar direitos fundamentais, sobretudo ante omissões inconstitucionais,[739] diante das quais a ação coletiva pode ser um remédio eficaz na implementação de direitos. Foi essa crença que moveu as autoras das ACPs, conforme suas palavras:

> "Ocorre que, conforme ficou evidente nos debates mobilizados por este caso, o modelo predominante de tutela judicial, concentrado na concessão individual de matrículas por ordem judicial, é, por um lado, expressão dos inalienáveis direitos à educação e ao acesso à Justiça, consagrados na Carta de 1988; por outro lado, mostra-se pouco eficaz para enfrentar efetivamente a omissão governamental, que está na raiz do problema.
> Essa omissão consiste precisamente em não assumir uma obrigação de planejamento público de longo, médio e curto prazo, voltado à resolução do problema, vinculado à apresentação de plano de expansão público em ritmo condizente com a demanda a ser atendida e, ainda, dotado de indicadores de monitoramento – nos termos exigidos pela legislação do ensino e toda a normativa internacional de direitos fundamentais. [...]
> Os pedidos veiculados na demanda [...] PERMITEM AO JUDICIÁRIO ENFRENTAR EFETIVAMENTE A OMISSÃO DO PODER EXECUTIVO, SEM QUE PARA ISSO SEJA NECESSÁRIO INVADIR SUA ESFERA DE ATUAÇÃO FUNCIONAL, JÁ QUE A ESTE ÚLTIMO CABE APRESENTAR O PLANO ADMINISTRATIVO DE EXPANSÃO E QUALIFICAÇÃO DE SUA PRÓPRIA REDE, RESPEITADOS OS PARÂMETROS LEGAIS JÁ EXISTENTES." (ACP1, p.2857/2858).

O Estado Social – embasado na Constituição Social, instrumento de transformação social e marcada pelo imperativo de justiça social – legitima-se por meio de políticas sociais que visam a estabelecer "igualdade efetiva e solidária entre todos os membros da mesma comunidade política".[740] As políticas públicas distributivas e promocionais reclamam atuação dos poderes públicos, e "é neste cenário que se vislumbra o drama jurídico das Constituições contemporâneas, que é a dificuldade de converter a enunciação de princípios na disciplina de direitos acionáveis".[741]

Esse dilema, que tem importantes repercussões na vida de incontáveis cidadãos, foi objeto de debates no contexto da Reforma do Judiciário. Trata-se de estruturar mecanismos jurídicos para lidar com as omissões dos Poderes Públicos na implementação de direitos, pois elas são obstáculos relevantes para a efetividade das normas constitucionais.[742]

Mais uma vez ao se recorrer à leitura dos anais da Reforma do Judiciário, constata-se um grande contraste entre as posições a respeito de qual a postura correta do Poder Judiciário

---

[739] A omissão inconstitucional pode caracterizar-se por falta ou insuficiência de medidas legislativas, de medidas políticas ou de medidas administrativas, incluindo-se as de natureza regulamentar. Piovesan, *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção*, 90.

[740] Ibidem, 36. Como destaca Piovesan, "a Constituição de 1934 e seguintes (com exceção da Carta de 1937) podem ser classificadas como Constituições Sociais." Ibidem, 44.

[741] Piovesan, *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção*, 48–49.

[742] Ibidem, 21.

ante omissões dos demais Poderes: por um lado, agir tendo por inspiração o *writ of injucntion* do direito norte-americano, que dá "ao Poder Judiciário o poder para erradicar a inércia e a desídia que prejudica uma coletividade";[743] por outro lado, adotar uma postura contida.[744]

Não houve consenso que amparasse uma mudança legislativa decisiva para lidar com essa questão. Entretanto, o EC3 mostra que o próprio Poder Judiciário vem refletindo sobre sua função diante das omissões inconstitucionais e que a ação coletiva pode ser um instrumento valioso no exercício da efetivação de direitos coletivos de grupos sistematicamente excluídos de direitos.

6.2.2 Imparcialidade

Ao tratar de imparcialidade, uma primeira questão que o caso suscita é saber se uma ação individual teria mais chances de êxito do que uma ação coletiva. A resposta é positiva.

Embora seja intuitivo que é injusto conceder a alguém a fruição de um direito social que não pode ser estendido a todos por limitações inerentes à escassez de recursos, pesquisas apontam que o Poder Judiciário dá tratamento preferencial ao conflito individual em detrimento do conflito coletivo, superando mais facilmente o argumento da reserva do possível nos casos individuais e desconsiderando os efeitos plurilaterais das decisões.[745]

As sentenças das ACPs revelam a hesitação do Poder Judiciário para lidar com a problemática da separação dos poderes – nota-se, sobretudo nelas, uma deferência para com a omissão do administrador que não é vista nos julgamentos das ações individuais. Para que a implementação judicial de direitos sociais seja possível, exige-se uma nova postura, que

---

[743] Este posicionamento foi defendido pelo Deputado Vicente Arruda. "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão Especial, destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992, que 'Introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário' e apensadas. (Estrutura do Poder Judiciário). Atas da 25ª Reunião, de 21 de setembro de 1999; 26ª, de 22 de setembro de 1999; 27ª, de 23 de setembro de 1999; 28ª, de 28 de setembro de 1999; 29ª, de 29 de setembro de 1999; 30ª, de 19 de outubro de 1999; 31ª, de 20 de outubro de 1999; 32ª, de 21 de outubro de 1999 e 33ª, de 26 de outubro de 1999. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 55912-56099, 20 de novembro de 1999."

[744] O Deputado Jutahy Júnior, na mesma ocasião, esclareceu a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria à época: "A posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal para o mandado de injunção foi a não-concretista, que se firmou no sentido de atribuir-se ao remédio a finalidade específica de ensejar o reconhecimento formal da inépcia do Poder Público, sendo esse o conteúdo possível das decisões injuncionais. Não há que se falar em medidas judiciais que estabeleçam desde logo condições viabilizadoras do exercício dos direitos, da liberdade ou das prerrogativas constitucionais previstas." "Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Continuação da votação, em primeiro turno, da Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 3 de fevereiro de 2000, 6066."

[745] Marinho, "Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Análise de Julgados do Direito à Educação sob o Enfoque da Capacidade Institucional"; Silveira, "O Direito à Educação de Crianças e Adolescentes: Análise da Atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo (1991-2008)". José Reinaldo de Lima Lopes, diante deste quadro de desigualdade, faz notar que a reserva do possível é um argumento aceitável frente a pedidos judiciais que podem desencadear tratamento desigual entre as pessoas. Lopes, "Em Torno da Reserva do Possível".

vislumbre, nos direitos sociais, direitos acionáveis, fundamentais, exigíveis, e que "devem ser reivindicados como direitos e não caridade, generosidade ou compaixão".[746]

Além disso, convém notar que o resultado mediato das ações judiciais individuais sobre direitos sociais é a interferência na ação governamental, já que o resultado imediato dessas ações é, em grande medida, generalizável. Mais grave do que a interferência na ação governamental por meio de ações repetitivas é a atuação política fragmentária dos juízes, porque a difusão do poder entre vários juízes não só dificulta mudanças sociais substanciais quanto aumenta a sensação de naturalidade do *status quo*, que se torna mais infenso às mudanças.[747]

No capítulo 5, foi vista uma explicação da Economia Comportamental sobre os motivos dos juízes para julgar de forma diversa ações individuais e coletivas – segundo essa teoria, as ações coletivas implicariam custos pessoais maiores para o juiz, se comparadas às ações individuais. Neste EC3, o custo pessoal envolvido seria o risco de indisposição com o Poder Executivo, que os juízes gostariam de evitar e que os levaria a hesitações ao julgar os processos coletivos.[748]

Esse risco tenderia a agravar-se pela frequência com que grupos perdedores do jogo político usam o Judiciário como última arena de contestação das decisões políticas.[749] O sistema jurídico tenta contornar estas questões conferindo aos juízes o gozo de prerrogativas constitucionais pessoais (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos), bem como garantindo a autonomia orçamentária do Poder Judiciário. A despeito desses vigorosos respaldos institucionais, da jurisprudência praticamente pacífica quanto ao direito

---

[746] Flávia Piovesan, "Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais", in *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*, org. Ingo Wolfgang Sarlet (Rio de Janeiro: Renovar, 2003), 240–41. E arremata a autora: "Por fim, em razão da indivisibilidade dos direitos humanos, a violação aos direitos econômicos, sociais e culturais propicia a violação aos direitos civis e políticos, eis que a vulnerabilidade econômico-social leva à vulnerabilidade dos direitos civis e políticos." Ibidem, 260.

[747] Nas palavras de Duncan Kennedy: "The diffusion of law-making power reduces the power of ideologically organized majorities, whether liberal or conservative, to bring about significant change in any subject-matter area heavily governed by law. It empowers the legal fractions of intelligentsias to decide the outcomes of ideological conflict among themselves, outside the legislative process. And it increases the appearance of naturalness, necessity and relative justice of the *status quo*, whatever it may be, over what would prevail under a more transparent regime." Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication [Fin de Siècle]* (Cambridge: Harvard University Press, 2009), 2.

[748] Em um estudo empírico, um juiz, ao ser entrevistado, afirmou que "as ações coletivas controvertidas como essa representam alto risco para o juiz, uma vez que é da sua lógica conduzir o Judiciário a um conflito aberto com o Executivo". Ver: Luiz Werneck Vianna e Marcelo Baumann Burgos, "Principles and rules: five case studies of class action suits in Brazil", *Dados* 48, no 4 (dezembro de 2005): 777–843.

[749] Alexandra Fuchs de Araújo, "O Papel do Direito na Articulação Governamental Necessária às Políticas Públicas" (Arquivo pessoal da autora, 2015).

subjetivo à educação infantil e dos fundos não utilizados, as ACPs tiveram uma trajetória errática até, ao final, vingarem enquanto verdadeiros processos coletivos.

Assim, considerando-se que os posicionamentos judiciais sobre fatos similares divergem nas ações individuais e coletivas, sugere-se, tal como nos estudos de caso anteriores, a especialização de unidades jurisdicionais, como forma de se tentar superar a contradição que existe, de um lado, entre os respaldos institucionais do Judiciário para dar autonomia aos juízes, garantindo-se sua imparcialidade, e, de outro, as exigências práticas do julgamento das ações coletivas, que tendem a influenciar o posicionamento do juiz em prol dos interesses do litigante habitual.

6.2.3 Celeridade

Em ações individuais relativas à educação infantil, os pedidos de tutela de urgência tendem a ser deferidos, para concessão imediata de vaga à criança que dela necessita. Além disso, essas ações individuais em geral tramitam rapidamente e são julgadas de forma antecipada. Diferentemente, nas ACPs, os pedidos de antecipação da tutela foram apenas parcialmente deferidos e a tramitação foi longa tanto na fase de conhecimento quanto na fase de execução. É preciso, portanto, desenvolver um desenho institucional que compense as desvantagens associadas à ação coletiva.

Comparando-se os estudos de caso, tem-se que no EC2 prevaleceu o entendimento, confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça em mais de uma oportunidade,[750] de que o tratamento do conflito como macrolide autoriza a suspensão, ainda que de ofício, de ações individuais, uma vez ajuizada ação coletiva capaz de resolver o conflito subjacente. Desta forma, evita-se uma perpetuação da desigualdade pelo atendimento de apenas alguns, em detrimento de outros.

Não haveria óbice a que os acórdãos das ACPs tivessem determinado a suspensão das ações individuais até o encerramento dos processos coletivos, invocando os precedentes do Superior Tribunal de Justiça.[751] Igualmente seria possível que o Ministério Público e a Defensoria Pública tivessem, por iniciativa própria, como ocorreu no EC2, suspendido o

---

[750] Dentre outros, citem-se os julgados do Recurso Especial 1.110.549-RS e do AgRg no AgRg no Agravo em Recurso Especial 210.738 – RS.

[751] Além disso, "a peculiaridade que é digna de nota diz respeito aos litígios coletivos estruturais. Nesses casos, é preciso conceber novos *standards* de interpretação da demanda coletiva, que pelas suas complexidade e mutabilidade, exigem uma reconstrução dogmática das normas de interpretação e da postulação e de observância da congruência entre o pedido e a decisão judicial." Didier Jr e Zaneti Jr, *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*, 4:327.

ingresso de ações individuais, inclusive porque representantes dessas instituições passaram a acompanhar as ACPs. Com isso, não só tramitariam mais rapidamente as ações coletivas, como a questão da inversão das filas administrativas estaria superada. No entanto, apesar do reconhecimento do problema tanto no acórdão da ACP1 quanto no da ACP2, e até mesmo após ter o Município expressamente provocado decisão neste sentido nos embargos de declaração aos acórdãos, não se decidiu a respeito da suspensão das ações individuais e mesmo de outras ações coletivas referentes ao tema.[752] Tampouco o Ministério Público e a Defensoria Pública optaram por suspender o ingresso de ações individuais, o que seria mais coerente com a uma postura de confiança na efetividade dos julgados e com uma leitura mais contemporânea e sofisticada da clásula de acesso à Justiça estampada na Constituição.

Com a interposição de recursos extraordinários, o que se viu no EC3 foi exatamente o oposto do EC2: na ACP2, a execução da ação coletiva foi suspensa e das individuais não,[753] a ilustrar um padrão decisório de priorização das ações individuais.[754] Felizmente, após pedido de reconsideração das autoras, a decisão foi revista, o que repercutiu inclusive na ACP1, que não chegou a ter seus efeitos suspensos.

O problema do tempo é crucial neste estudo de caso, porque as crianças perdem a oportunidade de acesso à educação infantil quando sua faixa etária muda, passando às etapas seguintes da formação educacional. Esse fato, porém, não justifica o privilégio de que as ações individuais têm gozado no nosso sistema judicial, já que elas pouco têm contribuído para a solução do problema de forma definitiva e abrangente. A ação coletiva pode englobar as demandas individuais e com isso permitir que a estrutura das Varas de Infância e Juventude processe de forma mais eficiente outras ações igualmente urgentes e que não podem ser tratadas por via coletiva, como as ações de adoção ou de destituição do poder familiar.

Em outras palavras, juízes de infância lidam com questões complexas e delicadas, para cujo julgamento o fator "tempo" também é crucial: quanto mais lentos os julgamentos, mais prejuízos sofrem as crianças. Por isso, é fundamental priorizar o julgamento de ações coletivas,

---

[752] O estudo dos autos revela que havia o entendimento de que somente um acordo poderia vincular a Justiça Paulista no que tange às ações paralelas às ACP1 e ACP2, e encerrar a prática da inversão da fila de espera administrativa (ACP2, p. 1144).

[753] "De outra parte, a concessão de efeito suspensivo aos recursos não prejudicará as crianças que individualmente venham a pleitear vagas, seja administrativa ou judicialmente." (ACP2, p. 2269/2273)

[754] Exemplo do que se afirmou é o Agravo Regimental 2108656-95.2015.8.26.0000/50000 (TJSP, DJ 18/08/2015). Nessa ação civil pública, o réu, Município de Indaiatuba, contestou o pedido do Ministério Público, que pedia o abrigamento de todos os idosos em situação de risco. A antecipação da tutela deferida foi suspensa por ato do Presidente do Tribunal de Justiça, acolhendo-se a alegação de risco de lesão grave à ordem pública, ressalvando-se as ações individuais. Esta decisão foi ratificada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos seguintes termos: "Cumpre, porém, ressalvarem-se da aplicação da presente decisão as execuções individuais que tenham sido examinadas em sede de agravo de instrumento."

que possam auxiliar na gestão de conflitos relativos a grandes coletividades. Para tais conflitos, o EC3 confirma que a solução atomizada é contraproducente.

O EC3 chama a atenção para a utilidade de tramitação prioritária da ação coletiva e de suspensão das ações individuais, exatamente como foi feito no EC2. A comparação do EC3 com o EC2 mostra que o tempo de tramitação e de execução não é um dado, mas sim um construído, intrinsecamente ligado à administração da unidade judicial e do próprio tribunal – e isso mesmo a despeito da maior complexidade da ação coletiva.

6.2.4 Eficiência

O legado de eficiência do EC3 é dúbio. Por um lado, as ACPs consagraram mudanças importantes no que diz respeito à litigiosidade relativa a direitos sociais, muitas das quais posteriormente viriam a integrar o Projeto de Lei 8.058/2014, que institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário. Por outro lado, diferentemente do EC2, perdeu-se a oportunidade de promover o uso eficiente dos recursos públicos porque não foi decretada, neste EC3, a suspensão do andamento ou do ingresso de ações individuais relativas a vagas em creches.

Os litígios individuais tiveram no passado o importante papel de consolidar uma jurisprudência francamente favorável ao reconhecimento do direito subjetivo à educação infantil. Atualmente, contudo, a crítica quanto à inefetividade da litigância individual dirige-se ao fato de que as vitórias dos litigantes eventuais tornaram-se essencialmente simbólicas, porque o sistema, centrado no indivíduo e não nas coletividades, não produz a mudança de estruturas que seria desejável. Embora se deva admitir a dificuldade de diferenciação da mudança simbólica da estrutural,[755] é preciso reconhecer que décadas de litigiosidade individualizada não lograram produzir a universalização da educação infantil no Município, mas sim o desenvolvimento de técnicas paliativas para cumprir as decisões judiciais de concessão de vagas, sem o desenvolvimento de políticas públicas de expansão da educação infantil e de eliminação da lista de espera.

Não se pode mais – na segunda década do século XXI – reputar eficiente o mero reconhecimento judicial do direito à educação infantil como direito público subjetivo, desconsiderando-se a subversão da lista administrativa de crianças aguardando vaga ou a

[755] Mauro Cappelletti, Bryant Garth e Nicolb Trocker advertem da dificuldade de diferenciar mudança social de mudança simbólica, e ressaltam a importância de estudos empíricos que esclareçam o que realmente acontece. Ibidem, 226.

superlotação de unidades. O prosseguimento da litigiosidade nestes termos reflete uma preocupação burocrática, destituída de crítica do resultado final, por todas as instituições envolvidas nessa litigiosidade.[756]

Soma-se a isso que as ações individuais implicam um risco: o de que a difusão disperse o poder dos grupos sociais e das instituições de se engajar em prol de uma efetiva mudança do *status quo*, que implique redução de desigualdades econômicas e sociais. Talvez ainda mais grave em termos de afirmações de direitos seja o fato de que "articular o bem-estar social como direitos individuais faz com que pessoas e movimentos fiquem mais passivos e isolados".[757]

Embora ambas as formas de litigância, individual e coletiva, estejam sujeitas a risco de inefetividade, a litigância individualizada, com a consequente dispersão dos centros de poder, mas com a manutenção de uma aparência de luta social, tende na prática a desperdiçar recursos, ao mesmo tempo em que dificulta a inclusão de grupos sociais historicamente privados de direitos.[758] Se já é naturalmente difícil sopesar custos e benefícios de direitos,[759] porque os custos são articulados de forma muito mais genérica do que os benefícios, isto é agravado na ação individual, que não é o ambiente institucional para a discussão de políticas públicas. Diante da função distributiva dos direitos sociais, o elemento jurídico não pode substituir o político na sua implementação, ainda que ela tenha por elemento propulsor ações judiciais individuais ou coletivas.

As ACPs consagram mudanças na medida em que sinalizam para a possibilidade de reforma estrutural, priorizando não a apuração de atos ilícitos passados, mas sim a criação de diretivas para que, no futuro, cessem as condições burocráticas que permitiram a sedimentação de uma condição social que vitimiza a cidadania.[760] Elas contribuíram para que se formasse uma

---

[756] Owen Fiss realça o risco que representa, à legitimidade do Poder Judiciário, a atuação meramente burocrática do juiz e de seus auxiliares. A burocratização, decorrente da segmentação de tarefas e da compartimentarização de responsabilidades, pode provocar o uso irrefletido do poder jurisdicional. Fiss, *Um Novo Processo Civil: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*, 163–203.

[757] Para David Kennedy, articular necessidades sociais coletivas como direitos individuais acomoda as pessoas numa posição mais passiva e isolada. Kennedy, "The International Human Rights Movement: Part of the Problem?"

[758] Para Duncan Kennedy, "[t]he diffusion of law-making power reduces the power of ideologically organized majorities, whether liberal or conservative, to bring about significant change in any subject-matter area heavily governed by law. It empowers the legal fractions of intelligentsias to decide the outcomes of ideological conflict among themselves, outside the legislative process. And it increases the appearance of naturalness, necessity, and relative justice of the status quo, whatever it may be, over what would prevail under a more transparent regime. In each case, adjudication functions to secure both particular ideological and general class interests of the intelligentsia in the social and economic status quo." Kennedy, *A Critique of Adjudication [Fin de Siècle]*, 2.

[759] David Kennedy, "The International Human Rights Movement: Part of the Problem?", *Harvard Human Rights Journal* 15 (2002): 102.

[760] Siri Gloppen se dedica a entender quais as condições institucionais propícias para que os tribunais possam agir como agentes de transformação social e de inclusão de grupos marginalizados. Para a autora, em todos os estágios do litígio é possível que determinadas condições facilitem ou dificultem a distribuição de direitos pelo

percepção de que o problema da educação infantil na cidade de São Paulo é generalizado e de que o Município estava carente de planejamento para a solução da questão. A rigor, elas provocaram o próprio Município a reconhecer a ausência de fixação de padrões de qualidade relacionados à educação infantil.[761]

Parece plausível afirmar, portanto, que as ACPs contribuíram para que o problema fosse alçado ao centro das atenções e da agenda política municipal.[762] Cumpriram elas, recorrendo-se à terminologia de Unger, Sabel e Simon vista no capítulo 3,[763] o papel de desestabilização institucional que lhes cabia, o que resultou em pressão para deliberação interna no órgão público sobre sua ineficiência, levando o gestor a refletir e explicar o que estava sendo feito.[764]

Dito isso, há que se ponderar que o fato de se tratar de ações coletivas não implica, por si só, maior efetividade; na realidade, havia razões concretas para uma grave preocupação com eficiência e efetividade dos julgados: a falta de efetividade de ações coletivas antigas, já transitadas em julgado, que continham determinações similares às contidas nos acórdãos das ACPs e que não chegaram a ser cumpridas.[765]

Houve uma grande ênfase no desafio da efetividade das ACPs nos debates realizados durante a audiência pública, em especial por integrantes do sistema de Justiça.[766] Foram ressaltados os seguintes pontos:

Judiciário. Assim, a habilidade de grupos marginalizados transmitirem seus reclamos, a disposição dos tribunais para responder a estes reclamos, as habilidades dos julgadores de dar executoridade aos direitos sociais de forma a melhorar a situação dos grupos marginalizados e o respeito à autoridade política dos julgamentos pelos demais Poderes são algumas das condições que importam para que haja sucesso na empreitada de mudança social promovida pelo Poder Judiciário. Siri Gloppen, "Courts and Social Transformation: An Analytical Framework", in *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor*, org. Roberto Gargarella, Pilar Domingo, e Theunis Roux (Aldershot, Hampshire, England ; Burlington, VT, USA: Ashgate, 2006), 35–59.

[761] Isso se deu na audiência de conciliação, presidida pelo Desembargador Samuel Júnior, quando o Secretário de educação explicitou que essa ausência de fixação de padrões de qualidade relacionados à educação infantil era a razão pela qual não considerava viável um acordo nas ACPs. Ver: ACP1, p. 1996.

[762] Neste sentido, o relato das autoras do desenrolar das negociações na ACP2, p. 2188/2195.

[763] Roberto Mangabeira Unger, *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*, New ed., 1. publ, Politics, a Work in Constructive Social Theory, Roberto Mangabeira Unger ; [1] (London: Verso, 2001); Charles F. Sabel e William H. Simon, "Destabilization rights: how public law litigation succeeds", *Harvard Law Review*, 2004, 1015–1101.

[764] "Thus, whatever the technical legal status of the plans, their function is not so much to coerce obedience as to induce internal deliberation and external transparency. Forcing the defendant practitioners to agree on a clear description of their practices puts pressure on them to reflect on and explain what they are doing. Moreover, the practice norms enable outsiders to determine what the practitioners are up to. They complement the performance norms by describing the inputs that generate the outputs indicated by those norms." Sabel e Simon, "Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds", 1071.

[765] Veja-se a Apelação Cível 84.683-0/0-00, Desembargador Denser de Sá (Tribunal de Justiça de São Paulo 2002).

[766] As manifestações dos participantes da audiência pública foram transcritas por estenotipia e formaram um apenso próprio.

(i) insuficiência de mecanismos de coerção das ações coletivas referentes à educação infantil, o que acarreta o descumprimento das decisões judiciais;[767]

(ii) inocuidade da sanção pecuniária contra os cofres públicos;[768]

(iii) necessidade de transparência do julgado, para permitir a cobrança de resultados pela própria sociedade;[769]

(iv) indispensabilidade de aprimoramento dos meios de coerção, devendo-se refletir sobre novos meios impositivos, tais como o sequestro de bens, o arranjo de verbas orçamentárias e o monitoramento dos julgados.[770]

Esses pontos significam que há inúmeros desafios específicos da litigiosidade que envolve o Poder Público, e que a Reforma do Judiciário deveria ter avançado em relação a eles. Tais desafios, em grande medida, refletem a crítica da incapacidade institucional do Poder Judiciário para promover mudanças significativas, que pode ser resumida da seguinte forma:

> "[a] questão da capacidade diz respeito aos recursos de que os tribunais dispõem para levar a cabo eficazmente a política judiciária. A capacidade dos tribunais é questionada por duas vias. Por um lado, num quadro processual fixo e com recursos humanos e infraestruturais relativamente inelásticos, qualquer acréscimo 'exagerado' da procura da intervenção judiciária pode significar o bloqueio da oferta e, em última instância, redundar em denegação da justiça. Por outro lado, os tribunais não dispõem de meios próprios para fazer executar as suas decisões sempre que estas, para produzir efeitos úteis, pressupõem uma prestação ativa de qualquer setor da administração pública. Nesses domínios, que são aqueles em que a 'politização dos litígios judiciais'

---

[767] O Promotor de Justiça representante do Geduc fez um relato de ações coletivas exitosas e descumpridas pelo Município. Narrou que em 1999 o Ministério Público ingressou com diversas ações coletivas relativas à falta de vagas para atendimento educacional das crianças, e que as condenações incluíram (i) prazo de dois anos para previsão dos recursos necessários em orçamento para atendimento de todas as crianças e seu efetivo atendimento em creches e pré-escolas na região do foro regional de Penha de França, sob pena de multa diária e (ii) atendimento de todas as crianças nos foros regionais de Pinheiros, Santana, Lapa, Santo Amaro, sob pena de multa diária.

[768] Fato ressaltado pelo Promotor de Justiça do Geduc (p. 50/54 do apenso referente à audiência pública). O juiz da Vara da Infância e Juventude de Penha de França chamou a atenção para o fato de que essas multas alcançam atualmente valores milionários, e o pagamento, a ser feito por precatório, não tem previsão de data. (p. 80 do apenso referente à audiência pública). O próprio Município havia ressaltado a inocuidade da multa, ao afirmar que "quem pagará é a Administração em caráter impessoal, e, além disso, atinge ela pessoa estranha ao feito, porque, se for paga, quem estará pagando é o povo. Isto porque tal pagamento será deduzido de dotações orçamentárias destinadas a outras finalidades do serviço público. Não resolve o problema o fato de a Administração ter eventual direito de regresso contra seus agentes. Tal direito, nos termos da Constituição, depende do dolo ou culpa do funcionário, o que passa por uma análise de mérito da conduta do agente, mérito esse de exclusiva apreciação da própria Administração" (ACP2, 415).

[769] O juiz porta-voz da Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude enfatizou a necessidade de transparência no cumprimento do julgado, para permitir que a sociedade possa cobrar resultados do Poder Público, e também a inocuidade da multa, seja como mecanismo de coerção, seja como fonte de recursos para a educação, pela falta de gestores capacitados para utilizar os recursos do fundo formado a partir de multas para a implementação das unidades de ensino (p. 86/89 do apenso referente à audiência pública).

[770] A Professora de Processo Civil da USP, Susana Henriques da Costa, enfatizou a ineficiência dos mecanismos coercitivos, em especial das multas diárias e do crime de desobediência, já que, por força da sistemática dos precatórios, os governos subsequentes arcam com o custo, tendo sugerido o uso de mecanismos que tornem os recursos correspondentes à obrigação judicial prontamente indisponíveis ao administrador público.

> ocorre com maior freqüência, os tribunais estão à mercê da boa vontade de serviços que não estão sob sua jurisdição e, sempre que tal boa vontade falha, repercute direta e negativamente na própria eficácia da tutela judicial."[771]

A reflexão que esse dilema provoca é profunda e complexa, e muitos autores têm se debruçado sobre ele. Um desses autores é Gerald Rosenberg, para quem os tribunais dependem de uma série de condições favoráveis para terem sucesso na empreitada de reforma estrutural.[772] Entretanto, se certas condições forem alcançadas, os tribunais podem ser produtores efetivos de reforma social. Segundo esse autor, uma das hipóteses em que isso ocorreria seria na presença cumulativa de determinadas condições, que parecem estar presentes no EC3: existência de jurisprudência consolidada para a mudança, apoio no Legislativo e no Executivo e apoio popular (ou, pelo menos, ausência de oposição popular relevante).[773] Para ele, como a concorrência destes fatores favoráveis é incomum, haveria formas mais produtivas de emprego de recursos públicos escassos do que em ações judiciais. De toda forma, a efetividade deve ser vista de forma contextualizada porque, como os tribunais são instituições inseridas na sociedade, geralmente contribuem para a transformação social de forma gradativa. Nesse sentido, já que os juízes são gradualistas, as chances de vitória de ações que busquem mudanças legais significativas serão maiores se os pedidos estiverem embasados em julgados prévios que promoveram mudanças menores.

Para Rosenberg, se houver apoio político à mudança, aliado ao popular, o Poder Judiciário pode servir como alavanca no processo de mudança social.[774] Rosenberg alerta, porém, que o apoio das elites, mais do que o popular, pode ser importante para o sucesso da estratégia de litigância. E observa que, ainda que haja aprovação à decisão judicial por parte do governo e das elites, isto não implica apoio imediato e integral à efetivação do julgado.

No estudo da imparcialidade (item 5.2.2), já se disse que o risco de conflito com o Poder Executivo pode reduzir as chances de sucesso da ação coletiva. Também a eficiência pode ser afetada por uma aberta contrariedade do administrador.

---

[771] Boaventura de Sousa Santos, Maria Manuel Leitão Marques, e João Pedroso, "Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas", *Oficina do Centro de Estudos Sociais* 65 (1995).

[772] Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* (University of Chicago Press, 2008).

[773] Quanto ao apoio do Executivo, relembre-se o Plano de Metas do novo Prefeito (p. 94, apenso relativo à audiência pública) e a trajetória do Prefeito Fernando Haddad como Ministro da Educação, que o teria levado a tomar medidas, desde o início de seu governo, para fazer da educação infantil uma prioridade não apenas na retórica (p. 111/112, apenso relativo à audiência pública).

[774] Para Rosenberg, a litigância faz mais sentido quando há apoio político à mudança, como, por exemplo, quando há legislação que indica esse suporte, ou quando o Poder Executivo atua de forma a transparecer seu apoio, ou, finalmente, quando legislação similar está sendo seriamente discutida no Congresso. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, 31.

Decisões estruturais demandam que entes públicos reformulem políticas públicas que contribuíram para a violação de direitos e, por isso, envolvem soluções estruturais. [775] Segundo César Rodriguez-Garavito, o impacto das decisões tende a ser maior quando os tribunais promovem o diálogo institucional, estabelecendo objetivos amplos com monitoramento constante e capaz de aprofundar a deliberação democrática.

Essas lições de Garavito foram, de modo geral, observadas nas ACPs. No caso concreto, segundo os argumentos do Secretário da Educação e do Assessor Jurídico da Secretaria Municipal da Educação na audiência pública, havia convergência ideológica da Administração e do Poder Judiciário quanto à necessidade de ampliação das vagas de educação infantil. Nota-se, porém, que o diálogo institucional produtivo sobre o tema, sem a intermediação do Poder Judiciário, não estava ocorrendo a contento antes da propositura das ações, conforme o relato das associações autoras, que foi corroborado por documentos que acompanham a inicial. Exemplo disso é a sucinta resposta de p. 279-284 aos requerimentos de p. 98-268 e seguintes da ACP2, que, como fazem notar as autoras, "sequer indicava caminhos capazes de solucionar a situação imediata de violação do direito à educação vivida pelas 94 crianças listadas que não estavam matriculadas". A própria falta de parâmetros de qualidade após tempo razoável de exercício da gestão (ACP2, p. 1182/1183) pode ter contribuído para essa dificuldade de estabelecimento do diálogo, para a inconsistência das propostas de acordo do Município (ACP2, p. 1149).

A bem da verdade, forçoso reconhecer que há elementos nos autos que permitem afirmar que, mesmo durante o tramitar das ACPs, o diálogo só existia na presença do juiz,[776] não obstante a busca ativa de entendimento com autoridades municipais pelas autoras. É neste sentido que se afirma que os Poderes exercem, uns sobre os outros, controles recíprocos de sua atuação – e é justamente por esse motivo que o princípio da separação de poderes deve ser invocado como reforço aos controles recíprocos, e não como escudo de um Poder contra o outro.

A atuação firme do Poder Judiciário pode ter criado o espaço de diálogo institucional no qual as dificuldades de implementar a contento a política pública, bem como as ineficiências administrativas, tiveram de ser pensadas e discutidas.[777] Para Garavito, é importante a manutenção desse espaço dialógico durante o monitoramento do cumprimento do julgado, pois

---

[775] César Rodríguez-Garavito, "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America", *Texas Law Review* 89 (2010): 1669.

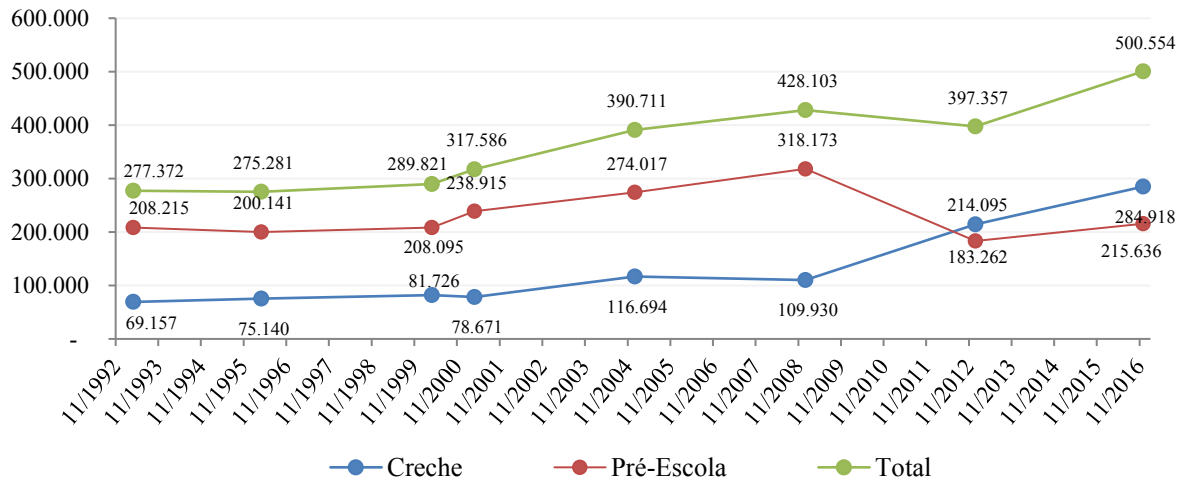
[776] Ver: ACP1, p. 1801/1813, e relato das iniciativas do GTIEI (ACP1, p. 2853/2854).

[777] Isso pode ser dito tanto em relação à audiência de conciliação quanto em relação à audiência pública, na qual somaram-se, às vozes das partes, as de outros atores institucionais e especialistas no tema.

a forma de monitoramento é considerada fundamental para o sucesso da intervenção do Poder Judiciário na política pública.[778] Neste sentido, prolífica a atribuição de monitoramento à Coordenadoria da Infância e Juventude, sem redução de competência do juiz de primeira instância.[779]

Os números disponibilizados pela Prefeitura de São Paulo indicam aumento do número de matrículas efetivadas desde a prolação dos acórdãos das ACPs, o que representa relativo avanço.[780] O Município, em data próxima à que fora estipulada como final para o cumprimento dos acórdãos, apresentou em juízo os dados retratados no gráfico 6.1.[781]

Gráfico 6.1 – Matrículas em educação infantil na cidade de São Paulo (1993-2016)



Fonte: Censo Escola MEC e Sistema Escola Online (EOL). Dados apresentados no processo de monitoramento 2014/00015960

[778] Ver a respeito a dissertação de Luiza Andrade Corrêa, que analisa os acórdãos das ACPs sob a ótica proposta por Garavito, concluindo que se trata de decisões dialógicas que produziram resultados mais eficazes em termos materiais e simbólicos, diretos e indiretos (Corrêa, "Judicialização da Política Pública de Educação Infantil no Tribunal de Justiça de São Paulo", 103–7.)

[779] Segundo as autoras das ACPs, "não há qualquer violação ou atecnia em a Câmara Especial do TJSP designar "órgão auxiliar do próprio Tribunal", de caráter administrativo, no caso a Coordenadoria da Infância e da Juventude, para acompanhar o cumprimento do julgado, mantendo viva a interlocução entre a sociedade civil, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o próprio Judiciário que foi fortalecida através da realização de audiência pública. [...] Felizmente, o questionamento judicial a esse dispositivo do Acórdão não vem impedindo a consolidação do processo de monitoramento, de caráter administrativo, junto à Coordenadoria da Infância e da Juventude do TJSP, que já está em andamento inclusive com a valorosa participação do Sr. Secretário de Educação do Município de São Paulo" (ACP1, p. 2845/2846)

[780] Os dados sobre o atendimento da demanda podem ser encontrados em: http://portal.sme.prefeitura.sp.gov.br/Main/Noticia/Visualizar/PortalSMESP/Demanda-Escolar

[781] Nota Técnica sobre Creches Municipais Diretas ou Conveniadas: a) Os dados das Creches passaram a ser coletados para o Censo Escola MEC a partir de 1999 pela Secretaria de Assistência Social (SAS) e de 2003 pela Secretaria Municipal de Educação (SME). b) Os dados de creche de 1990 a 1998 foram fornecidos pela SAS. c) A partir de 2002, turmas de 4 a 6 anos em período parcial passam a ser contabilizadas como Pré-Escola. d) A partir de 2006, todas as turmas de 4 a 6 anos passam a ser contabilizadas como Pré-Escola. e) A partir de 2010, foi implantado o Ensino Fundamental de 9 anos (crianças que completam 06 anos até 31/03 passam para o Ensino Fundamental). f) A partir de 2011, readequação da Educação Infantil (crianças com 04 anos permanecem no segmento "Creche") e ampliada a jornada nas EMEIs.

Segundo o relatório apresentado pelo Município em dezembro de 2016 nos autos do processo de monitoramento, não se logrou concretizar o objetivo 2 do Programa de Metas 2013-2016, mas sim "aproximadamente 80% da meta para o segmento de zero a três anos e, para o segmento de quatro e cinco, atingiu-se praticamente a universalização do atendimento".[782]

Entretanto, não se pode deixar de apontar que, apesar da insistência do Município de São Paulo em afirmar que o número de matrículas efetivadas seria o critério correto para mensurar o sucesso na ampliação da política pública de educação infantil, esse critério não corresponde nem ao que constou dos acórdãos condenatórios das ACPs nem do Programa de Metas do Município de São Paulo para 2013-2016. Pelo contrário, tanto nos primeiros quanto no segundo, o critério adotado foi a expansão do número de vagas, sendo oportuno transcrever o "Objetivo 2" do referido Programa de Metas: "Melhorar a qualidade da educação e ampliar o acesso à educação infantil com a expansão da rede de equipamentos e a criação de 150 mil vagas".[783] O Município deveria, portanto, justificar adequadamente o porquê de sua alegação de que seria inadequado adotar o critério "vagas", devendo este ser substituído pelo critério "matrículas". Essa justificativa pormenorizada, entretanto, não existiu, e o Município limitou-se a afirmar que:

> "Estamos considerando, nesse cômputo, o número de matrículas garantidas, conceito que não necessariamente corresponde ao de novas vagas. A matrícula garantida representa as matrículas efetivamente realizadas e aquelas matrículas em processo. A matrícula em processo é a que já está assegurada a um determinado aluno, aguardando apenas sua confirmação, que se dá quando os pais do aluno efetivamente comparecem à unidade para efetivar a matrícula."[784]

Por dever de transparência, caberia ao Município, no mínimo, apresentar o número de vagas criadas, ao sustentar a incorreção desse critério.[785] O Município, em data próxima à que

---

[782] "Relatório de Cumprimento do Acórdão da Apelação 1050735-64.2008.8.26.0002", 2.

[783] Disponível em http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/planejamento/arquivos/15308-004_AF_FolhetoProgrmadeMetas2Fase.pdf, acesso em 25 de julho de 2017.

[784] Relatório final apresentado pelo Município no processo de monitoramento 2014/00015960, 3.

[785] Note-se que o critério utilizado pelo Município, além de não ter sido justificado adequadamente, também não conta com a anuência de outros atores envolvidos no processo: "O promotor João Paulo Faustinoni ressalta que o caminho correto é apurar a quantidade de vagas oferecidas, ou seja, a 'capacidade instalada no atendimento no início da gestão e aquela entregue ao final'. O promotor tem acompanhado a evolução das vagas por meio do Grupo de Trabalho Interinstitucional sobre Educação Infantil (GTIEI), que reúne pesquisadores, defensores públicos, o MPE e advogados. O pesquisador Salomão Ximenes, da Universidade Federal do ABC, cobrou da Secretaria Municipal de Educação a divulgação do número de vagas criadas, não apenas de matrículas. Com o número de vagas, diz, será possível identificar o esforço real da Prefeitura em expandir a oferta de educação infantil pública. 'O que interessa, como expressão do esforço de uma gestão, é ampliar a disponibilidade de vagas, pois a matrícula tende a flutuar por natureza, sobretudo nas transições entre os anos.'" Luiz Fernando Toledo, "Prefeitura infla em 21 mil número de vagas abertas em creches - Educação", *Estadão*, acessado 25 de julho de 2017, http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,prefeitura-infla-em-21-mil-numero-de-vagas-abertas-em-creches,10000096737

fora estipulada como final para o cumprimento dos acórdãos, apresentou em juízo os dados retratados no gráfico 6.1.[786]

Nessa mesma manifestação, o Município ressaltou ainda que:

(i) foram garantidas 82.896 matrículas em creches e 16.333 em pré-escolas durante o período de 1º de janeiro de 2013 a 30 de novembro de 2016, representando uma taxa de crescimento de 41,03% para matrículas garantidas em creches e 8,20% em pré-escolas, num total de 99.229 novas matrículas garantidas na educação infantil, com taxa de crescimento de 24,73%, afora 7.514 vagas de educação infantil criadas nos últimos meses da gestão e que em data próxima se converteriam em matrículas, totalizando uma expansão, nos anos de 2013 a 2016, de 106.743 novas matrículas e vagas na educação infantil;[787]

(ii) no segmento de zero a três anos, havia 284.918 crianças matriculadas, sendo 234.339 na rede conveniada, e que houve a expansão por meio de implantação de 425 novas unidades de creches, das quais 50 pela rede direta e as demais por meio da rede conveniada indireta e privada;

(iii) no segmento de quatro e cinco anos, havia 215.636 crianças em pré-escola, tendo a expansão se dado por meio da construção e entrega de 34 novas unidades, ressaltando o Município que o atendimento se dava "via de regra, apenas diretamente, pela Administração Municipal, não havendo convênios ou parcerias com organizações da sociedade civil";

(iv) em termos de garantia da qualidade da educação infantil, o Município deu especial destaque às iniciativas da gestão no tocante à elaboração dos seguintes documentos, que servem como parâmetro para todas as unidades: "Indicadores de Qualidade da Educação Infantil Paulistana",[788] Orientação Normativa SME 1/2015 – "Padrões Básicos de Qualidade da Educação Infantil Paulistana",[789] Orientação Normativa SME 1/2013 – "Avaliação na Educação

---

[786] Nota Técnica sobre Creches Municipais Diretas ou Conveniadas: a) Os dados das Creches passaram a ser coletados para o Censo Escola MEC a partir de 1999 pela Secretaria de Assistência Social (SAS) e de 2003 pela Secretaria Municipal de Educação (SME). b) Os dados de creche de 1990 a 1998 foram fornecidos pela SAS. c) A partir de 2002, turmas de 4 a 6 anos em período parcial passam a ser contabilizadas como Pré-Escola. d) A partir de 2006, todas as turmas de 4 a 6 anos passam a ser contabilizadas como Pré-Escola. e) A partir de 2010, foi implantado o Ensino Fundamental de 9 anos (crianças que completam 06 anos até 31/03 passam para o Ensino Fundamental). f) A partir de 2011, readequação da Educação Infantil (crianças com 04 anos permanecem no segmento "Creche") e ampliada a jornada nas EMEIs.

[787] Conforme explicação fornecida pelo Município no relatório, o número de matrículas garantidas não corresponde ao de novas vagas, mas sim às matrículas efetivamente realizadas e àquelas em processo, ou seja, já asseguradas aos alunos, aguardando apenas a confirmação.

[788] Disponível em http://portal.sme.prefeitura.sp.gov.br/Portals/1/Files/25101.pdf . Acesso em 10 de junho de 2017.

[789] Disponível em http://portal.sme.prefeitura.sp.gov.br/Portals/1/Files/24712.pdf . Acesso em 10 de junho de 2017.

Infantil – aprimorando os olhares",[790] "Currículo Integrador da Infância Paulistana",[791] bem como ao rigor na fiscalização das unidades conveniadas, que gerou a extinção de 102 termos de convênio;

(v) o crescimento do número de matrículas em Educação Infantil ocorrido nos anos de 2013 a 2016 foi "o maior crescimento já verificado em um período de quatro anos de que se tem notícia";

(vi) houve elevação do percentual da receita de impostos aplicado em educação;

(vii) após a prolação dos acórdãos das ACPs, foram publicados dois marcos legislativos, a Lei 13.005/2014, que estabeleceu o Plano Nacional de Educação para o decênio de 2014 a 2024, e a Lei Municipal 16.271/2015, que regulamentou o Plano Municipal de Educação para o decênio de 2015 a 2025. O Município defendeu que, segundo ambas as leis, ele não estaria em mora no cumprimento de suas obrigações constitucionais no tocante à educação infantil.

As autoras insistiram em que houve o descumprimento dos acórdãos. Diante disso, foi designada a segunda audiência pública, conforme já visto no item 6.1.

Nesta audiência, destacaram-se, nas falas dos representantes das autoras:

(i) os apontamentos acerca do descumprimento em termos quantitativos[792] e qualitativos do julgado;[793]

---

[790] Disponível em http://portal.sme.prefeitura.sp.gov.br/Portals/1/Files/15076.pdf . Acesso em 10 de junho de 2017.

[791] Disponível em http://portal.sme.prefeitura.sp.gov.br/Portals/1/Files/24900.pdf . Acesso em 10 de junho de 2017.

[792] Cite-se, neste sentido, a fala de Salomão Barros Ximenes, representante da Ação Educativa: "A audiência pública tem o propósito de fazer um balanço do cumprimento e, por consequência, do descumprimento da decisão judicial proferida por esse Tribunal no final de 2013 (…)". Seus apontamentos foram, ainda, críticos à forma de cálculo utilizada pela Prefeitura, pois, conforme afirmou, "Esse é um dado importante, porque o município de São Paulo, no final do ano passado, apresentou um balanço para o Comitê de Monitoramento, publicou um balanço, inclusive, no Diário Oficial, mas o balanço nós entendemos que tem algumas inconsistências em termos da quantidade de cumprimento dessa decisão judicial. E a principal inconsistência é que o município de São Paulo, naquele momento, utilizava, ao mesmo tempo, dois critérios para contabilizar o cumprimento da decisão, misturava criação de vagas com ampliação do número de matrículas, o que nós entendemos que são elementos igualmente importantes, mas diferentes, e a decisão fala em criação de vagas. Então, utilizando-se dos registros que nós tínhamos em 2012, inclusive da gestão anterior, o relatório no final de 2012 dizia que o município tinha 216.000 vagas em creches e 201.000 vagas em pré-escola. Portanto, 415.000 vagas em Educação Infantil. O relatório da última gestão aponta 289.000 vagas em creches, 217.000 vagas em pré-escola e 506.000 vagas em Educação Infantil, como um todo. Isso dá, na nossa percepção, uma criação efetiva de 72.814 vagas no período e 16.435 vagas em pré-escola, contabilizando 89.249 vagas criadas no período. Considerando o patamar mínimo de 150.000 vagas estabelecido na decisão, nós teríamos um descumprimento em relação a esse patamar mínimo de 60.751 vagas, que não foram criadas, portanto, em descumprimento à decisão judicial. Se nós considerarmos o patamar mínimo de 150.000, poderíamos aqui discutir a questão da demanda, que também está presente na decisão judicial, que estabelece 150.000 como um número mínimo, mas ressalta que esses 150.000 têm como objetivo o esgotamento da demanda não atendida, que, na cidade de São Paulo - aqui é o dado de março; possivelmente, o município vai trazer um dado mais atualizado -, nós tínhamos 66.309 crianças em lista de espera no município de São Paulo".

[793] A fala de Salomão Barros Ximenes exemplifica essa afirmação, tendo apontado dois riscos de retrocesso no aspecto qualitativo: "O primeiro deles, uma expansão muito preocupante do setor conveniado, não necessariamente acompanhado de uma qualificação das instâncias de controle, sobretudo de controle político-

(ii) o fortalecimento do Plano Municipal de Educação de São Paulo, dada sua relevância para a política pública em questão;[794]

(iii) a importância de o Tribunal de Justiça orientar as instâncias municipais competentes a regulamentar a avaliação institucional participativa, processo de caráter permanente que é fundamental para a melhora da qualidade educacional;

(iv) a proposta de que o Tribunal estimulasse a discussão sobre o financiamento público da política de educação infantil.[795]

Na fala dos representantes municipais, sobressaíram:

(i) o emprego do argumento de insuficiência orçamentária que já havia sido rejeitado nos acórdãos condenatórios;[796]

(ii) a argumentação embasada em projeções populacionais que apontam para a queda de natalidade;[797]

(iii) o reconhecimento do descumprimento dos acórdãos tanto em termos qualitativos[798] como quantitativos, com a reiteração das suas ressalvas no tocante aos critérios de cálculo da Secretaria Municipal de Educação, que se referem aos números de crianças matriculadas, e não à criação de vagas;[799]

---

pedagógico, da qualidade do serviço oferecido, e o segundo ponto é o número de crianças por sala na cidade de São Paulo, que, na nossa visão, a decisão fala em cumprimento das normas do Conselho Nacional de Educação, isso é fato, está em uma boa parte das creches e pré-escolas, esse número está muito acima do aceitável."

[794] Em sua fala, a representante da Ação Educativa, Denise Carreira, tratou da importância de o Tribunal fortalecer o Plano Municipal de Educação. Ela afirmou que "[o] plano de São Paulo foi construído ao longo de quase oito anos, com base em amplo processo de discussão pública que envolveu escolas, movimentos sociais, instituições de pesquisas, gestores e gestoras públicas, entre outros atores estratégicos. O município de São Paulo somente poderá enfrentar de forma adequada e qualificada o grande desafio da garantia de educação infantil de qualidade para as crianças de zero a cinco, se tal construção for assumida como uma política de médio e longo prazo, orientando os planos de governo de quatro em quatro anos".

[795] Denise Carreira, citada na nota acima, enfatizou "a importância que o Tribunal de Justiça estimule o município a retomar o debate sobre o IPTU e de outros impostos em uma perspectiva distributiva, o que inclui a necessária revisão da política de isenções do IPTU. Esses recursos são fundamentais para o financiamento das políticas sociais do município e em especial da política de educação infantil."

[796] Anderson Pomini, um dos representantes do Município na audiência, centrou seu argumento exclusivamente neste ponto.

[797] Argumento do Secretário de Educação Alexandre Schneider.

[798] Alexandre Schneider, em sua fala, reconheceu a expansão exagerada da rede via convênios, e a necessidade de reduzir o número de alunos por sala, bem como a readequação de espaços pedagógicos que foram suprimidos para dar conta da demanda, tal como brinquedotecas e salas de leitura.

[799] Para Alexandre Schneider, "o critério é criança matriculada, porque eu tenho como provar que aquela criança está lá. A gente fala em vagas, eu posso abrir três convênios e não colocar eles para funcionar ou, eventualmente, rescindir esse convênio no meio do caminho. O que importa para a sociedade é saber quantas crianças estão sendo atendidas, e não quanto a Secretaria declara que quer atender ou que vai atender." Os números que a gestão municipal atribui à expansão foram assim expostos: "em dezembro de 2014, [havia] 214.000 crianças matriculadas; em dezembro de 2016, 284.000 crianças matriculadas. Então, houve um aumento de 70.000 matrículas em creche nesse período. Se não me engano, o acordo da Prefeitura era para 110.000, o combinado era para 110.000. Então, jogando contra os meus próprios interesses, Excelência, eu estou dizendo que a Prefeitura deixou de cumprir mais do que o próprio corpo de monitoramento está dizendo

(iv) apresentação de propostas de atuação tanto em termos de atendimento da demanda quanto em termos de qualidade e transparência;[800]
(v) a defesa do posicionamento da Municipalidade de se ater ao Plano Municipal de Educacão (Lei Municipal 16.271/2015) na consecução da política pública, incluindo-se a expansão do número de vagas, o que contrastaria com o teor das decisões judiciais.[801]

Com relação a este último item – atendimento do Plano Municipal de Educação – é interessante observar que constituiu um ponto de convergência nos discursos dos interessados. Isso representa a priorização do consenso quanto ao projeto vencedor na arena política, apesar de não implicar a universalização imediata do direito à educação infantil. Vislumbra-se esta opção como pragmaticamente possível – o que, como já visto, pode ser vantajoso em termos de implementação dos direitos humanos. [802]

Sobressaiu também a disposição dos envolvidos de dar continuidade ao diálogo institucional, intermediado pelo Poder Judiciário e reconhecido pelos participantes como válido e proveitoso.[803] As exposições dos atores envolvidos revelaram uma concretização de potencialidades de características institucionais positivas do Poder Judiciário em termos de promoção de diálogo institucional, de *accountability* e de maior transparência da atuação do litigante habitual, o que a litigiosidade individual não tinha se revelado capaz de promover.

6.2.5 Segurança Jurídica

Como foi visto no início deste capítulo, as ações individuais são, em regra, julgadas procedentes. As ações coletivas que pleiteaim vagas em prol de crianças identificadas

---

que deixou de cumprir. Em compensação, na pré-escola, a gente teve um aumento maior de matrículas nesse período, que foram 32.000 crianças praticamente matriculadas. Foi, realmente, uma expansão bastante grande que ocorreu na gestão anterior." Ele concluiu que foram geradas matrículas para 101.950 criança, sendo este o número oficial da Secretaria.

[800] Segundo Alexandre Schneider, o plano de metas para 2020 é expandir 30% das matrículas em creche; implantar o monitoramento e a avaliação da qualidade do atendimento; a regionalização das metas de atendimento; e priorizar as famílias mais vulneráveis por meio de critérios preferenciais.

[801] Segundo o Secretário Municipal de Educação, o Plano Municipal de Educação prevê 75% das crianças matrciuladas até 2025, e a Prefeitura pretende alcançar 60% até 2020.

[802] Acerca da atuação pragmática na defesa dos Direitos Humanos, ver: Kennedy, "The International Human Rights Movement: Part of the Problem?".

[803] Nesse sentido foi a fala de Alessandra Gotti, membro do comitê de monitoramento do julgado: "Como o universo das políticas públicas é complexo e dinâmico, quando o objetivo esperado não é atingido no tempo estimado por contingências justificáveis, a readequação do plano de ação para o atingimento do resultado final é algo que se impõe e que se espera. Além de atender ao interesse público, terá o mérito de manter o espaço do diálogo interinstitucional aberto e a engrenagem de monitoramento ativa, o que só traz benefícios a todos os envolvidos: […] Diante dos potenciais benefícios decorrentes dessa nova engenharia jurídica, parece-nos que considerar de forma simplista, como não cumprida, a decisão do acórdão e passar para a aplicação de sanções ao município, pode não ser o melhor caminho para se atingir o interesse público, tratando-se, como se trata, de uma questão de tamanha envergadura e cuja implementação tem que ser perseguida com insistência."

assemelham-se às ações individuais e, ainda que o proponente da ação seja um legitimado coletivo, têm destino semelhante. Ações verdadeiramente coletivas, por outro lado, têm destino incerto. Há, portanto, maior segurança jurídica e previsibilidade no julgamento das ações que tratam o direito à educação infantil como individual.

Como as ações individuais colaboraram para a formação de uma jurisprudência francamente favorável ao reconhecimento do direito subjetivo à educação infantil, *i.e.*, que pode ser demandado do Estado, o EC3 retrata a importância das ações individuais em nosso sistema, ainda que propostas para garantia de direitos de natureza essencialmente coletiva, como é o caso do direito à educação infantil. A convicção jurídica nacional de que o direito em comento é exigível judicialmente se formou no bojo de ações que pleiteavam direitos individuais.

Por outro lado, a situação de imprevisibilidade jurídica a que estão sujeitos os processos coletivos referentes à exigibilidade de direitos sociais após tantos anos de existência do processo coletivo no Brasil dificilmente é justificável. Ilustram esta imprevisibilidade, no EC3:
(i) o conteúdo das sentenças proferidas na ACP1 e na ACP2, em especial quanto a pressupostos processuais;
(ii) o primeiro acórdão proferido na ACP2, negando seguimento ao recurso;
(iii) a suspensão dos efeitos da condenação até o trânsito em julgado na ACP2, posteriormente revista;
(iv) o fato de ter sido dado seguimento aos recursos especiais interpostos, o que possivelmente não ocorreria se as ações fossem individuais;[804]
(v) as condenações coletivas do Município de São Paulo já transitadas em julgado e cujo descumprimento, lembrado constantemente nas ACPs, sobre elas ainda paira, a lembrar que ainda não se desenvolveu mecanismo que confira segurança jurídica até mesmo a condenações coletivas transitadas em julgado.

Diante dessa forma de atuação do Poder Judiciário, que pode gerar perplexidade, e da sua dificuldade em resolver essas questões por meio de precedentes, é preciso pensar em inovação legislativa para solucionar as dúvidas procedimentais e substanciais sobre processos coletivos relativos a direitos sociais.

---

[804] Esta afirmação é baseada em dois fatores: (i) consulta feita no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça em 7 de setembro de 2016 utilizando as palavras-chave "creche" e "vaga" não encontrou nenhum recurso especial julgado oriundo do Estado de São Paulo julgado nos últimos anos e (ii) identificação de acórdãos que negam seguimento a apelações que se referem à condenação do Município à concessão da vaga em creche pela "posição pacífica desta Corte e dos Tribunais Superiores a respeito do tema", como é o caso do Agravo Regimental nº 3020269-15.2013.8.26.0564/50000, julgado em 13/11/2014, e do Agravo Regimental nº 3006973-40.2013.8.26.0526/50000, julgado em 14/9/2015.

Uma possível inovação legislativa seria a incorporação de uma fase de certificação da classe, na qual fossem examinados detidamente os pressupostos processuais.

Na ACP2, constou da sentença:

> "Observo que o pedido para matrícula de todas as crianças de zero a cinco anos que demandem vagas em instituição de educação infantil nos bairros pertencentes à jurisdição do Foro Regional do Jabaquara é genérico e não identifica quais as crianças efetivamente preteridas. Por isso, nesse aspecto, as autoras são carecedoras da ação pela falta de interesse de agir já que não se vislumbra a necessidade e adequação do provimento jurisdicional pleiteado."[805]

O julgamento de uma ação coletiva implica uma nova mentalidade e, sob um viés de implementação da política pública, o pedido então formulado foi específico, e não genérico. Como já se viu, as associações autoras indicaram o número estimado de crianças cujo direito à educação infantil estaria sendo negado, com base em projeções populacionais passíveis de verificação. Não havia, portanto, generalidade. Todavia, na eventualidade de formulação de pedido efetivamente genérico, a fase da certificação seria a ideal para que o juiz determinasse a especificação do pedido, delimitando-o, ou, ainda, para que o juiz indeferisse a certificação, hipótese em que ela poderia prosseguir quanto aos pedidos individuais.

A promulgação de novas leis, porém, não resolveria sozinha o problema nem eximiria o Poder Judiciário de colaborar de forma mais efetiva para a segurança jurídica. A postura judicial ora criticada faz lembrar das advertências de Hirschl, para quem, por receio de embate com os demais poderes, o Poder Judiciário pode se refugiar na "área segura" dos direitos individuais e evitar pautas politicamente carregadas, envolvendo disputas sobre federalismo e separação de poderes.[806]

Não há dúvidas de que havia substrato constitucional para prosseguir no julgamento do mérito. Relembre-se, neste ponto, o argumento de Enrique Ricardo Lewandowski,[807] para quem o protagonismo do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais deriva do papel de guardião de direitos que lhe fora reservado pela Constituição, conferindo-lhe meios legítimos para extrair consequências jurídicas dos princípios constitucionais, que passaram a ter maior efetividade. Enfatiza o autor:

---

[805] ACP2, p. 726.

[806] Hirschl dá o exemplo da Rússia de Boris Yeltsin, que suspendeu o funcionamento da Corte Constitucional por decreto. Após restabelecido o funcionamento da Corte, este teria privilegiado o julgamento de casos ligados a direitos individuais e evitado os casos politicamente sensíveis, como aqueles que envolvem disputas sobre separação de poderes. Ran Hirschl, "O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo", trad. Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano, *Revista de Direito Administrativo* 251, nº 0 (13 de março de 2013): 171.

[807] Lewandowski, "O Protagonismo do Poder Judiciário na Era dos Direitos".

> "E a principal atribuição do Poder Judiciário, hoje, no século XXI, muito mais do que resolver problemas intersubjetivos, conflitos interindividuais, é ter o papel fundamental de dar concreção, dar efetividade aos direitos fundamentais, direitos estes compreendidos evidentemente, em suas várias gerações, como patrimônio da humanidade."[808]

Para além do texto constitucional, havia e há referências do constitucionalismo comparado internacional[809] e tratados internacionais de proteção de direitos sociais ratificados pelo país a reforçar o cabimento de proteção dos direitos envolvidos, como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto 591/1992).

Nesses casos, em que há vantagens institucionais que justificam a atuação do Poder Judiciário, a aferição da legitimidade para sua atuação deve, obviamente, ser reconhecida, porque compatível com o princípio da separação de poderes, estudado no capítulo 3.

Quando se trata de justificar as decisões judiciais sobre direitos sociais que se conectam com a promoção de valores democráticos, Roberto Gargarella defende que, sob a teoria da democracia deliberativa, entendida como aquela em que decisões públicas devem ser precedidas de debate coletivo qualificado pela participação de todos aqueles potencialmente afetados pela decisão, o papel dos juízes pode ser visto como de promotores do debate público, a eles cabendo receber as reclamações dos que estão marginalizados no processo político, e com isso ativar o diálogo entre os Poderes. A legitimidade do juiz derivaria da relação entre direitos fundamentais, processo democrático, participação política e previsão constitucional de direitos sociais.[810]

Enfim, apenas a persistência de uma cultura legal profundamente resistente à ação coletiva justifica os obstáculos legais enfrentados por estas até sua final procedência. É de se ressaltar que o presente caso seria justamente o tipo de processo em que o Poder Judiciário poderia usufruir de vantagens institucionais para agir em prol de grupos sistematicamente excluídos de direitos, uma vez que a negativa no fornecimento de vagas em instituições públicas

---

[808] Ibidem, 78.

[809] Na área dos direitos sociais o debate internacional sobre as formas pelas quais o Poder Judiciário pode produzir transformação social está bastante avançado. À vista de decisões referentes a direitos sociais na Índia, na África do Sul, na Colômbia, na Argentina, na Costa Rica, na Hungria, dentre outros países, muitos pensadores deram contribuições importantes para este debate. Análises das decisões proferidas nos países citados podem ser vistas em: Roberto Gargarella, Pilar Domingo, e Theunis Roux, *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?* (Aldershot, Hampshire, England ; Burlington, VT, USA: Ashgate, 2006). Destacam-se neste debate Víctor Abramovich e Christian Courtis, que defendem que a adoção pelos Estados de instrumentos de proteção de direitos econômicos, sociais e culturais, sejam normas constitucionais ou tratados internacionais, gera obrigações concretas a estes Estados, exigíveis judicialmente – o pressuposto para a exigibilidade é a positivação. Víctor Abramovich e Christian Courtis, *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, Colección Estructuras y procesos. Serie Derecho (Madrid: Editorial Trotta, 2004), 19–20.

[810] Gargarella, Domingo, e Roux, *Courts and Social Transformation in New Democracies*.

de educação infantil afeta justamente as famílias pobres, que enfrentam diversas restrições no usufruto de seus direitos constitucionais.

Por fim, vale ressaltar – ainda tangenciando a questão da segurança jurídica quanto ao resultado final do litígio – que o processo alocado para formação do paradigma no STF é um processo individual e, à luz de tudo o que foi visto, terá maior chance de êxito do que se fosse uma ação coletiva.[811] Porém, como a Reforma do Judiciário consolidou um sistema de precedentes, os litigantes habituais interessados no caso – os Municípios – possivelmente irão concentrar seus esforços em reverter a jurisprudência já firmada em prol do reconhecimento do direito. O resultado será mais um parâmetro para medir o sucesso ou o fracasso da reforma na consecução do objetivo de garantir o acesso à Justiça no Brasil.

6.3 PERSPECTIVA COMPARADA

Passa-se agora a comparações pontuais com o sistema da *class action*, utilizando-se um caso real da jurisprudência estadunidense como paradigma. O caso selecionado foi *Brown v. Board of Education of Topeka*, que guarda semelhanças com as ACPs por serem, todos, litígios estruturais ligados ao direito à educação.

Brown consiste no influente caso por meio do qual a Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1954, reverteu a doutrina conhecida como "separados mas iguais" em relação à prestação de serviços de educação pública, prevalecente desde *Plessy v. Ferguson* (1896), e julgou inconstitucional a segregação que existia em escolas públicas no país contra cidadãos de ascendência africana (*african americans*). *Brown* é um caso tão notório a ponto de prescindir de descrição detalhada, diferentemente do que foi feito no EC1 e no EC2, já que juristas renomados já descreveram com precisão os seus contornos jurídicos e sociais.[812] Destaque-se apenas que o julgamento resultou de uma combinação de ações coletivas, como explica Martha Minow:

> "A ação proposta na Carolina do Sul inicialmente pleiteava transporte e mais recursos para as escolas em que crianças de ascendência africana estudavam, mas os advogados emendaram a inicial para incluir a alegação de que escolas separadas jamais poderiam

[811] Trata-se do Agravo de Instrumento 761908-SC, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

[812] Ver: Minow, *In Brown's Wake*; Martha Minow, "Suprising Legacies of Brown v. Board", *Washington University Journal of Law & Policy* 16 (2004); Carlos Alberto de Salles, *Execução judicial em matéria ambiental* (Editora Revista dos Tribunais, 1999). Nessa linha, vale a pena registrar que na formação jurídica dos estudantes norte-americanos é muito comum que o debate jurídico seja travado também pela discussão de filmes, destacando-se o filme *Separados mas Iguais*, dirigido por George Stevens Jr. em 1991.

> ser iguais. Após perderem na corte distrital, os autores levaram o caso até a Suprema Corte, onde essa ação foi combinada com ações vindas de Kansas, Virginia, Delaware e Distrito de Columbia. Como os advogados esperavam, a conexão das ações mostrou que uma prática disseminada de segregação estava em questão e constituiu prova dos prejuízos causados aos negros pela segregação ao longo de muitas comunidades." [813]

O caso tornou-se paradigmático porque promoveu avanços civilizatórios fundamentais ao determinar o fim da segregação baseada em etnia. A partir de *Brown*, os tribunais passaram a ser vistos como uma arena de mudança social, capaz de dar concretude a valores constitucionais de solidariedade social: *Brown v. Board of Education* reformulou o constitucionalismo ao instituir modelos inovadores de atuação do Poder Judiciário.[814] Para Martha Minow, *Brown* retrata como os tribunais podem promover mudanças sociais estruturais, e sua ambiciosa promessa foi a de concretização de integração social.[815] Embora dificuldades estruturais persistam, seus reflexos se fazem sentir nos Estados Unidos até hoje, por exemplo, na atuação de alguns tribunais na concretização do direito à educação.[816]

A evolução das *class actions* deve muito a *Brown*: a legislação estadunidense referente às *class actions* foi consideravelmente modificada em 1966 e, de acordo com John Frank, membro do *Advisory Committee*, a mudança foi impulsionada pelos movimentos de direitos civis da década de 1960, havendo a intenção de se desenvolver um sistema jurídico capaz de responder aos reclamos sociais da população, sobretudo quanto à dessegregação escolar.[817]

---

[813] "The suit arising in South Carolina initially sought buses and more resources for the black schools, but the plaintiffs' lawyers reframed the suit to include the claim that separate schools could never be fully equal. Losing in the district court, the plaintiffs ultimately pursued the case to the Supreme Court, where the Court combined it with suits coming from Kansas, Virginia, Delaware, and the District of Columbia. Just as lawyers had hoped, this consolidation of suits showed that a widespread practice of segregation was at issue and built on evidence of the injuries caused to blacks from segregation across many communities." Minow, *In Brown's Wake: Legacies of America's Educational Landmark*, 18 tradução nossa.

[814] Owen Fiss, *The Law as it Could Be* (New York: NYU Press, 2003).

[815] "Social integration at its best (i) overcomes and prevents stereotyping and dehumanizing; (ii) promotes not just tolerance for those who are different but mutual engagement, mutual appreciation, and the ability to take the perspective of another; (iii) assistis individuals in relating well to diverse others and in working together in mixed groups to solve problems and perform other tasks; (iv) advances the resource of social capital and networking accross different groups; and (v) reduces conventional lines of division through the creation and support of crosscutting groups, overarching identities that nurture a sense of solidarity and civic membership, and reduction of the lines of social hierarchy that have constrained individual opportunity in the past." Minow, *In Brown's Wake: Legacies of America's Educational Landmark*, 150.

[816] Exemplo do que se afirmou é a litigiosidade que envolve o financiamento da educação pública: "The leading federal case challenging such systems involved poor Mexican-American students whose lawyers asked the courts to recognize relative poverty as a suspect class for purposes of equal protection analyses. The litigation strategy targeted reliance on local property taxation to finance schools and thus challenged policies that only indirectly classified or affected low-income students. (…) The California court reasoned that as result, the state's finance scheme impermissibly used wealth distinctions without accomplishing a compelling state interest – and the California court declared education to be a fundamental right, protected by the Constitution. Ibidem, 91.

[817] Hensler et al., *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, 12.

À luz da perspectiva comparada, dois aspectos merecem destaque: no tocante à legitimidade ativa, as características das associações civis autoras das ações coletivas e, no tocante à fase de cumprimento da sentença, a forma mandamental, acompanhada de monitoramento, da execução do julgado.

6.3.1 Legitimidade Ativa

Quanto ao primeiro aspecto, o que se nota de comum entre *Brown* e as ACPs é que, em ambos os casos, as autoras eram associações que estavam comprometidas com o avanço da pauta da educação para minorias e com a promoção de engajamento social para dar sustentação política ao seu caso. Em outras palavras, havia representatividade adequada das autoras, caracterizada por especialização e engajamento na causa em julgamento. Tais diferenciais são de suma importância para uma tutela efetivamente coletiva.

O EC3 revela vantagens do empoderamento da sociedade civil na propositura de ações coletivas, ressaltando potencialidades da atribuição de poderes de fiscalização de atividades de interesse público por entes que não integram a administração pública.

Embora já se tenha tratado da ampliação da legitimidade ativa no item 5.3.1, vale ressaltar que, no modelo misto de justiciabilidade de interesses coletivos adotado no Brasil,[818] tem prevalecido a atuação dos órgãos de litígio do Estado,[819] sobretudo do Ministério Público,[820] mas essa atuação predominantemente pública não garante maior proteção aos bens jurídicos. Infelizmente, tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Judiciário têm resistido à ampliação da

---

[818] Os modelos de justiciabilidade de interesses coletivos podem ser públicos, privados ou mistos (no sistema norte-americano, fala-se em *public enforcement* e *private enforcement*). Estes modelos podem ser contrapostos em termos de competência institucional comparativa. Ver: Stephenson, "Public Regulation of Private Enforcement: The Case for Expanding the Role of Administrative Agencies". O sistema adotado é misto pela existência de legitimados públicos e privados. Predominam os atores públicos (Ministério Público, Defensoria Pública, entes federativos, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista), havendo, porém, a possibilidade de propositura de ação coletiva por associações regularmente constituídas por mais de um ano, desde que tenham finalidade institucional compatível com o direito coletivo envolvido (art. 5º da Lei 7.347/1985).

[819] José Rodrigo Rodriguez, "Advocacia de Interesse Público no Brasil: a Atuação das Entidades de Defesa de Direitos da Sociedade Civil e sua Interação com os Órgãos de Litígio do Estado", Diálogos sobre Justiça (Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2013).

[820] Há poucos dados consolidados a respeito de ações coletivas no País. Segundo informação fornecida pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso, o Ministério Público teria proposto 77,65% de todas as ações coletivas distribuídas no período. Os municípios e órgãos da administração figuraram em segundo lugar com 11,47% dos ajuizamentos, e as associações e entidades sindicais ingressaram com, respectivamente, 5,14% e 4,23% das ações. Ver: Watanabe et al., "Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas". Note-se que o Ministério Público possui a legitimidade mais ampla para a propositura de ações coletivas, e que a Defensoria Pública é instituição nova no sistema de justiça brasileiro. Para Natalia Langenegger, não há dúvidas sobre a posição de proeminência do MP na litigância coletiva. Langenegger, "Legitimidade Ativa de Pessoas Físicas em Ações Coletivas: Incentivos e Desincentivos Institucionais".

legitimidade ativa coletiva.[821] O EC3 revela claramente vantagens institucionais do *private enforcement* que deveriam levar à diminuição desta resistência à atuação em juízo da sociedade civil e a uma maior flexibilização dos requisitos para tanto. [822] Deve-se considerar não só ampliar a legitimação ativa como também dispensar a exigência de tempo de constituição das associações, já que é normal o surgimento da associação espontamente após a consumação de um determinado dano.[823]

Ao se apontarem as vantagens da justiciabilidade privada, almeja-se a máxima eficácia da ação judicial coletiva, mas também empoderar os indivíduos atingidos, que passam a ter a possibilidade de agir de forma mais abrangente contra situações antijurídicas.

6.3.2 Fase de Efetivação do Julgado

Quanto ao segundo aspecto que merece destaque à luz da perspectiva comparada – a forma mandamental e o monitoramento da execução do julgado – relembrar *Brown* é especialmente valioso porque foi justamente na execução do caso *Brown v. Board of Education* que os conflitos entre o Judiciário e o Executivo realmente se agravaram, como demonstra a

---

[821] Ver: Recurso Extraordinário 573232/SC, Relator para Acórdão Ministro Marco Aurélio, DJ 14/5/2014, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Curiosamente pouco tempo depois o mesmo ministro manifestou-se a respeito de tema que pode ser visto como correlato na ADIn 5.291 condenando "a definição bastante estreita da categoria 'entidades de classe'", que "acabou revelando que estas apenas podem defender interesses exclusivos dos associados, profissionais e econômicos". O Ministro defendeu que seria melhor conferir amplitude maior ao rol de legitimados. Para ele, "[a] jurisprudência, até aqui muito restritiva, limitou o acesso da sociedade à jurisdição constitucional e à dinâmica de proteção dos direitos fundamentais da nova ordem constitucional. Em vez da participação democrática e inclusiva de diferentes grupos sociais e setores da sociedade civil, as decisões do Supremo produziram acesso seletivo. As portas estão sempre abertas aos debates sobre interesses federativos, estatais, corporativos e econômicos, mas fechadas às entidades que representam segmentos sociais historicamente empenhados na defesa das liberdades públicas e da cidadania." Ver ainda: Recurso Especial 1192577/RS, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, DJ 15/5/2014, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça e Recurso Extraordinário 631111/GO, rel. Min. Teori Zavascki, DJ 7.8.2014. Some-se às resistências de políticos e de membros do Poder Judiciário uma ferrenha resistência do Ministério Público a qualquer tipo de ampliação da legitimação ativa das ações coletivas. Ilustra o que se disse a ADIn 3.943, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – Conamp sob alegação de ser inconstitucional a atribuição à Defensoria Pública de legitimidade para propor ação civil pública. Felizmente, a ação foi julgada improcedente por unanimidade pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

[822] "Increasingly it is recognized that the organization of lawyers, courts, and other dispute processing institutions determines to a great extent which kind of disputes will be brought to the law, whose rights will be enforced, and even what the result may be of negociations that take place outside of the courts. The institutions are not sacred: they serve to aid or twart the implementation of social policies." Mauro Cappelletti, Bryant Garth, e Nicolo Trocker, "Access to Justice Variations and Continuity of a World-Wide Movement", *Revista Juridica de la Universidad de Puerto Rico* 54 (1985): 221.

[823] "The difficulty here, however, with the legislative formulas for organizational standing is that they tend to recognize only organizations that have been in existence for a given period of time. Spontaneous organizations do not receive legal recognition. Again, this is a problem that may be confronted, but at present it creates a serious disadvantage of this approach when compared to the liberalized standing and class actions characterizing the United States." Ibidem, 240.

trágica resistência segregacionista envolvendo a matrícula de crianças em *Little Rock Central High School*.[824]

Antes mesmo do triste episódio de *Little Rock*, já havia preocupação no Judiciário com os riscos envolvidos em um amplo projeto de mudança social, como foi o caso do fim da segregação. Em razão disso, a Suprema Corte adiou por mais de um ano a execução do julgado devido a precauções com a reação social às estratégias imediatas e paulatinas de dessegregação.[825] Como o Presidente Eisenhower clamava por moderação da Suprema Corte na execução do julgado, a forma de implementação só foi anunciada em 1955. Ela consistiu em delegar aos juízes locais a tomada das medidas necessárias para cumprir a decisão em suas respectivas jurisdições. Sem prejuízo, a Suprema Corte determinou às escolas rés que dessem um início efetivo e razoável à dessegregação e às Varas locais que demandassem planos de dessegregação das escolas no prazo máximo de 90 dias. A Corte estabeleceu o conceito de "máxima velocidade ponderada" (*all deliberate speed*) como um guia de limitação temporal, respeitando a iniciativa das escolas, mas pressionando-as no sentido do cumprimento do julgado.

Dez anos após *Brown*, a Suprema Corte rejeitou os subterfúgios dos segregacionistas e declarou que o prazo razoável para cumprimento do julgado havia se esvaído[826] e medidas mais duras passaram a ser tomadas.[827] Em 1972, as escolas do sul dos Estados Unidos tornaram-se as menos segregadas do país e o desempenho escolar de ambos os grupos étnicos elevou-se.[828] A execução do julgado foi custosa, protraiu-se no tempo e se reapresentou sob a forma de novas desafios, o que, com o tempo, levou os juízes ao desânimo.[829] Após algum tempo, justamente a posição oposta passou a prevalecer no Judiciário, que se tornou cada vez mais resistente a considerar critérios étnicos como justificativa para maior integração nas escolas.[830]

---

[824] Minow, "Suprising Legacies of Brown v. Board". No incidente conhecido como *Little Rock*, a resistência segregacionista envolveu o próprio governador de Arkansas, que se valeu de força policial para impedir os alunos matriculados pela NAACP de ingressarem na escola, em setembro de 1957. O presidente dos Estados Unidos teve de enviar o exército para garantir o ingresso dos alunos na escola.

[825] Minow, *In Brown's Wake: Legacies of America's Educational Landmark*.

[826] Ibidem, 20–21.

[827] Ver, por exemplo, a política de transporte compulsório, em: *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1 (1971)

[828] Minow, *In Brown's Wake: Legacies of America's Educational Landmark*.

[829] Nas palavras de Martha Minow, "scholars agree that desegregation did not fail. Desegregation worked to produce interracial contact and raise the educational opportunities for both blacks and whites until courts and school districts allowed it to end. The courts lost their nerve." Minow, *In Brown's Wake: Legacies of America's Educational Landmark*, 26.

[830] "Yet as a guide for current conduct in a nation marked by persistent and increasing racial gaps in opportunity and achievement, a ban on race consciousness can seem frustrating to communities willing to tackle the problem." Ibidem, 29.

Similarmente a *Brown v. Board of Education*, nas ACPs deferiu-se um prazo inicial para a apresentação de plano de implantação do julgado, respeitando-se assim a autonomia do administrador público. Diferentemente de *Brown*, contudo, um órgão central foi incumbido do monitoramento do julgado. O voto vencido proferido na ACP2 defendeu ser prescindível a intervenção da Coordenadoria da Infância e Juventude na qualidade de monitora da execução, por ser o juízo de primeiro grau o competente para a execução do julgado. Prevaleceu, porém, a determinação de acompanhamento adicional da execução pela Coordenadoria, e a fundamentação do acórdão da ACP2 não deixa dúvidas de qual a razão para isso: garantir efetividade ao julgado. Lê-se no acórdão que o monitoramento não "tira do Juiz do processo o poder de determinar, de ofício ou a requerimento das partes, outras medidas que se fizerem necessárias, para que a decisão tenha efetividade" (p. 1250). O que se pretendeu foi estabelecer uma competência concorrente em prol do interesse público, sem diminuição das atribuições de nenhum órgão, mas sim ampliando as responsabilidades de órgãos já existentes e conectando advogados privados, Ministério Público, Defensoria Pública, Município e interessados para fins de garantia da efetivação do julgado.

Também em *Brown v. Board of Education,* o receio de ver suas ordens impunemente ignoradas preocupou os julgadores. O Ministro Felix Frankfurter levantou esta pungente questão, ao afirmar que nada poderia ser pior do que a Corte fazer uma declaração abstrata de que a segregação era ruim e depois ter sua decisão contornada por manobras e artimanhas.[831] Esta preocupação foi em parte confirmada nos primeiros anos após o julgamento; ela refletia o receio de que a própria legitimidade da Corte seria prejudicada se emitisse uma ordem que ninguém respeitasse. Por isso é essencial que haja o estabelecimento de um real sistema de monitoramento de julgados coletivos.

Por fim, similarmente a *Brown v. Board of Education*, e de forma consentânea com as diretrizes da Reforma do Judiciário, a execução dos acórdãos das ACPs assumiu feição coletiva e mandamental, evitando-se a multiplicação de milhares de execuções individuais, que apenas reproduziriam o já criticado problema da subversão da fila de espera administrativa para o acesso à educação infantil. Nota-se que tanto no EC2 quanto no EC3 esta solução foi adotada, a demonstrar que, independentemente de modificação legislativa, a execução coletiva do julgado já é parte da realidade jurídica brasileira. Isto não significa que uma modificação legislativa expressa não fosse bem-vinda: pelo contrário, seria importante consolidar um modelo de execução coletiva de sentenças coletivas.

---

[831] "*I think that nothing would be worse than [...] for this Court to make an abstract declaration that segregation is bad and them have it evaded by tricks.*" Ibidem, 18.

Brown v. Board of Education – repita-se, um grande marco no poder de transformação social dos tribunais e de suas dificuldades e limitações – ilumina algumas das dificuldades que encontra o Judiciário na execução de políticas públicas. Foram destacadas algumas semelhanças desse julgado com os recentes acórdãos proferidos pela Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, cautelosamente, deferem ao Poder Executivo a prerrogativa de apresentação de um plano de execução do julgado, ao mesmo tempo em que estabelecem parâmetros para que o direito à educação infantil seja efetivamente assegurado dentro de um prazo previamente estabelecido. A condenação acessória à apresentação de relatórios sobre as medidas tomadas, e a incumbência atribuída à Coordenadoria da Infância e da Juventude[832] de monitorar e fornecer informações sobre o cumprimento do julgado foram cautelas voltadas a garantir que o processo não seja em vão. Antes mesmo da prolação dos acórdãos, ao designar a audiência pública, os julgadores já demonstravam ter consciência da importância social do julgado e dos riscos de produzir um julgamento ineficaz.

6.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE O CASO

Martha Minow, no seu estudo acerca de *Brown v. Board of Education*, discorda das avaliações que se limitam a medir o sucesso da estratégia integracionista em termos numéricos, ou seja, quantidade de alunos frequentando as mesmas escolas e convergência de notas acadêmicas entre grupos.[833] Ela argumenta que o alcance do caso não pode ser julgado de forma tão restrita e, para sustentar seu argumento, demonstra como o debate sobre educação mudou, nos Estados Unidos e internacionalmente, como consequência do julgamento.[834] Neste sentido, aponta para a positiva influência de *Brown* nas demandas por direitos civis e tratamento igualitário de imigrantes, mulheres, pessoas com necessidade especiais, diferenças socioeconômicas, religiosas e de orientação sexual,[835] ressaltando como a integração social que resulta destes esforços é importante para a democracia e para a sociedade.[836] Ela chama a

---

[832] As Coordenadorias da Infância e da Juventude tornaram-se órgãos obrigatórios de todos os Tribunais de Justiça por força da Resolução 94 de 27/10/2009 do Conselho Nacional de Justiça.

[833] "Integration takes more than ending segregation and more than putting students of different identities in the same school. It requires effective efforts to dismantle prejudices, to build common experiences around shared goals, and to assess success in terms of social ties across groups – not merely numbers of students attending the same school or even convergence in individual academic tests scores." Minow, *In Brown's Wake: Legacies of America's Educational Landmark*, 8.

[834] Ibidem, 32.

[835] Ibidem, 6.

[836] "Benefits of social integration can include preventing stereotyping and dehumanization; promoting mutual engagement and the ability of individuals to take the perspective of others unlike themselves; assisting

atenção para como o julgado e as estratégias dos litigantes, em especial da *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP), influenciaram a forma de advogar e de julgar em prol de mudanças sociais, e para a importância que assumem conhecimentos técnicos das demais ciências sociais, e de como desenvolveram-se estas mesmas ciências como consequência do julgamento do caso.[837] Assim, a avaliação de resultados e estratégias de litígios deve levar em consideração a sua influência no avanço de lutas por direitos.[838]

Partilhando de convicção semelhante, este trabalho não se prende ao exato número de vagas em educação infantil disponibilizadas em decorrência das ACPs como medida de seu sucesso. Os acórdãos proferidos nas ACPs são paradigmáticos pelo conjunto de medidas inovadoras adotadas para seu julgamento. Ainda é cedo, porém, para afirmar que eles representam um passo em prol de uma nova forma de julgar as ações coletivas, porque não há notícia de que esse conjunto de medidas tenha sido empregado em outros julgamentos similares. De certa forma, assim como algumas das inovações adotadas no Projeto Poupança ficaram circunscritas ao âmbito do projeto, o mesmo ocorreu, pelo menos até agora, com algumas das medidas empregadas no EC3. Desde o julgamento das ações objeto de estudo no EC3, inúmeras ações semelhantes a elas – ações civis públicas em que o autor da ação pleitava a concessão de vagas em estabelecimento de educação infantil a todas as crianças de uma determinada localidade – foram julgadas pelos Tribunais de Justiça do país, sem que as principais inovações mencionadas neste trabalho fossem replicadas. Citem-se, como exemplo do que se afirmou, as ações (i) Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), Apelação 0900130-98.2014.8.24.0011, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, DJ. 20-09-2016; (ii) Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), Apelação 0602912-29.2007.8.13.0521, Rel. Des. Ângela de Lourdes Rodrigues, DJ 11/06/2015; (iii) TJMG, Apelação 0953370-43.2009.8.13.0153, Rel. Des. Edgard Penna Amorim, DJ 22/01/2015; (iv) TJMG, Reexame Necessário 0024684-94.2011.8.13.0024 Rel. Des. Carlos Levenhagen, DJ 29/05/2014; (v) TJRS, Apelação 0036145-60.2014.8.21.7000, Rel. Des. Jorge Luís Dall'Agnol, DJ 16/04/2014); (vi) TJRS, Apelação 0340027-88.2013.8.21.7000, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, DJ 26/02/2014; (vii) Tribunal de Justiça de Sergipe (TJSE), Apelação 201400716172, Rel. Des. Ruy Pinheiro da Silva, DJ 25/04/2016; (viii) TJSE, Apelação 201500805857, Rel. Des. Cezário Siqueira Neto,

---

individuals to take the perspective of others unlike themselves; assisting individuals in working together in mixed groups to solve problems and perform other tasks; enlarging the resource of capital and networking across different groups; and promoting a sense of solidarity and civic membership. (…) How much can schools alter societal patterns of social hierarchy?" Ibidem, 4.

[837] Ibidem, 3.

[838] Ver: Rodríguez-Garavito, "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America".

DJ 05/05/2015; (ix) TJSE, Apelação 201400716910, Rel. Des. Osório de Araújo Ramos Filho, DJ 09/02/2015.

A falta de vagas em estabelecimentos públicos de educação infantil não é situação incomum no Brasil, como demonstram as ações judiciais citadas acima. Infere-se dos dados apresentados a existência de uma situação estrutural judicializada, para cuja solução o modelo que Owen Fiss chama de "solução de controvérsias", visto no capítulo 3, não tem se mostrado efetivo; em contrapartida, o modelo de litígio que o autor chama de reforma estrutural – do qual as ações coletivas do EC3 se aproximam – seria uma promessa de concretização dos ideais democráticos da Constituição, transcendendo o modelo privatista de garantia de direitos.[839]

Para além de resolverem disputas, decisões judiciais interferem nas lutas de grupos sociais, ainda que afetem diretamente apenas alguns indivíduos: as decisões judiciais confirmam ou infirmam regras básicas de transações e de relacionamento entre grupos, e ao fazê-lo distribuem poder entre eles (consumidores, empresários, trabalhadores, tomadores de empréstimo, bancos, dentre outros).[840] Embora decisões judiciais não devam substituir lutas políticas na empreitada pela transformação social,[841] ações coletivas têm o papel importante de suprir omissões do Poder Público quando estas fogem aos mecanismos tradicionais de *accountability*. Nesse sentido, a judicialização coletiva pode ser uma ferramenta de romper a inércia ou a captura estatal por grupos de interesse, chamando o Estado a explicar escolhas e prioridades, propiciando o debate político que nem sempre é possível aos menos favorecidos alcançar junto aos outros Poderes.[842] Deve-se, por isso, inovar no sentido de gerar espaços de atuação do Poder Judiciário onde há omissões do Poder público, como foi feito no EC3.

Evidentemente, há várias fontes de resistência à reforma estrutural. Neste cenário, Fiss explica que a legitimidade do Poder Judiciário deriva da independência e disposição do juiz para se engajar na construção dialógica do significado de valores públicos que constam da

---

[839] Fiss, *The Law as it Could Be*, 53.

[840] Kennedy, "The Stakes of Law, or Hale and Foucault"; Kennedy, "Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power".

[841] Por transformação social quer-se dizer a "alteração de desigualdades estruturais e relações de poder na sociedade que reduz o peso de circunstâncias moralmente irrelevantes, tais como o status sócio-econômico, classe, gênero, raça, religião ou orientação social." Gargarella, Domingo, e Roux, *Courts and Social Transformation in New Democracies*, 2. Sobre o tema, ver: Kennedy, "The 'Rule of Law,' Political Choices, and Development Common Sense". Rodríguez-Garavito, "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America". Abramovich e Courtis, *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Ressalta-se, porém, que ao se tratar dos espaços do Direito e da Política, deve-se ter clara a advertência de Luis Roberto Barroso: "Naturalmente, porém, Direito é, certamente, diferente da política. Mas não é possível ignorar que a linha divisória entre ambos, que existe inquestionavelmente, nem sempre é nítida, e certamente não é fixa." Luís Roberto Barroso, "Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo", *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, nº 21 (29 de junho de 2012).

[842] Ver: Lopes, "Em Torno da Reserva do Possível", 168.

Constituição e das leis.[843] Eventualmente, ambas podem parecer comprometidas; por exemplo, em caso de excessiva burocratização do Poder Judiciário ou de exacerbado envolvimento do juiz na efetivação da reforma estrutural. Um risco externo, e que ameaça a política de modo geral, pode ser a predominância de crenças neoliberais e patrimonialistas, resultando na descrença dos valores públicos de modo geral. Para Fiss, porém, esse risco implica a necessidade de cautela, e não a renúncia ao importante papel que o Judiciário pode exercer ao concretizar valores constitucionais.[844]

6.4.1 Sugestões Legislativas

Em termos de mudanças legislativas que o estudo do caso sugere, tem-se como necessário o estabelecimento de:

(i) varas especializadas no julgamento de ações coletivas (conforme visto no item 6.2.2);

(ii) prioridade na tramitação das ações coletivas (conforme visto no item 6.2.3);

(iii) suspensão das ações individuais durante o trâmite das ações coletivas (conforme visto no item 6.2.3);

(iv) certificação da classe (conforme visto no item 6.2.5);

(v) ampliação da legitimidade ativa, com prévio controle da representatividade adequada do membro do grupo e do advogado do grupo (conforme visto no item 6.3.1);

(vi) cumprimento da sentença coletiva, sempre que possível, na forma mandamental (conforme visto no item 6.3.2).

Essas sugestões já haviam sido feitas nos estudos de caso anteriores, corroborando-se a assertiva de falhas no desenho institucional do atual processo coletivo brasileiro. Resta abordar com mais detalhes os itens (iii) e (vi) acima elencados.

No tocante ao item (iii), o EC3 revela que seria correto não apenas priorizar a tramitação da ação coletiva, como também suspender as ações individuais durante sua tramitação – o que poderia ter sido feito inclusive de ofício, como no EC2. A adoção desta medida faria cessar a indesejada subversão das filas administrativas de espera de vagas, além de permitir a economia dos recursos públicos envolvidos nessa litigiosidade que poucos resultados produz em termos de desestabilização da burocracia ou reforma estrutural. O prazo de suspensão deveria ser de um ano, prorrogável apenas excepcionalmente, mediante decisão fundamentada a respeito e passível de recurso.

---

[843] Fiss, *Um Novo Processo Civil: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*, 42.
[844] Ibidem, 105–21.

Ao se comparar com a solução estadunidense, tem-se que, no sistema da *class action*, as ACPs seguramente seriam enquadradas na definição da regra 23 (b)(2),[845] por demandarem tratamento uniforme do réu. Estas ações não admitem a autoexclusão. Trata-se de *mandatory class actions*, que vinculam a todos, porque a eventual aceitação da litigância fora do âmbito da *class action* – que, nestes casos, é comumente referida como *civil rights class action* ou *injunctive class suit* – embora tecnicamente não prejudicasse o direito dos outros membros do grupo, na prática o faria, pela escassez dos recursos do réu.[846] No direito brasileiro, a adoção do conceito de *mandatory class action* implicaria, como consequência prática, a extinção das ações individuais que porventura fossem propostas. A vantagem desta solução seria a eliminação da subversão das listas de espera.

No entanto, é possível que, se transplantada uma mudança na legislação de tal envergadura, a colisão com a tradição legal brasileira, que se consolidou no sentido de não coibir ações individuais, acabasse por provocar a ineficácia da norma. Como este trabalho tem se pautado por um viés pragmático, a solução sugerida foi outra: a suspensão dos processos individuais, a ser determinada de ofício, perdurando pelo prazo de um ano, tal como proposto no item 5.2.3. Não é demais ressaltar que o prazo de um ano é razoável para o julgamento de ação que goza de prioridade legal, e que a perspectiva da retomada de tramitação das ações individuais pode servir de estímulo aos atores do processo para que se empenhem na rápida solução do litígio coletivo.

No tocante à sugestão (vi), vale notar que, ao determinar que a execução seja feita de forma coletiva, sem necessidade de liquidação ou execução individual, os acórdãos produziram decisões inclusivas e eficientes, que não demandam dos pais a propositura de uma medida judicial nem sobrecarregam as varas de infância. Evidentemente que execuções coletivas podem ser desafiadoras para o julgador, além de poderem se protrair no tempo, demandando atenção, comprometimento e criatividade, inclusive à vista dos fatos novos que possivelmente ocorrem na execução de julgados envolvendo políticas públicas e que influenciam a sua execução.[847] Independentemente desses desafios, a coletivização da execução é benéfica pelos motivos apontados acima e pela maior probabilidade de provocar a produtiva desestabilização institucional, de que se tratou no item 3.4.

---

[845] Ver, a respeito, o item 3.6 deste trabalho.

[846] Rubenstein, *Newberg on Class Actions*, 2011, 1:6.

[847] Na área da educação, Martha Minow relembra o caso *Lau*, dentre muitos outros, como exemplo das dificuldades mencionadas. Minow, *In Brown's Wake: Legacies of America's Educational Landmark*, 39–41. Na cidade de São Paulo, um caso ilustrativo dos desafios da execução é o da ação coletiva 0027139-65.2000.8.26.0053.

Há, em tramitação, projetos de novos mecanismos jurídicos para disciplinar a litigiosidade coletiva na área dos direitos sociais. [848] Sua redação corrobora o que já se afirmou, no sentido de que o dogma da separação de poderes não é óbice para a judicialização de políticas públicas. Dentre as estratégias para a promoção do desenvolvimento social, mecanismos como as ações coletivas podem somar pontos a outros expedientes a serem exercidos na esfera pública.

[848] Nesse sentido, o Projeto de Lei 8.039/2010 modifica a Lei 7.347/1985 para prever expressamente a ação civil pública de responsabilidade educacional, cabível quando ação ou omissão governamental puder comprometer a plena efetivação do direito à educação básica pública. Nos parágrafos do dispositivo que seria acrescentado à Lei da Ação Civil Pública, fica esclarecido que "A ação civil pública de responsabilidade educacional tem como objeto o cumprimento das obrigações constitucionais e legais relativas à educação básica pública, bem como a execução de convênios, ajustes, termos de cooperação e instrumentos congêneres celebrados entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, observado o disposto no art. 211 da Constituição."(§1º) e que "O objeto da ação civil pública de responsabilidade educacional destina-se ao cumprimento das obrigações mencionadas no § 1º, não abrangendo o alcance de metas de qualidade aferidas por institutos oficiais de avaliação educacionais." (§2º). Cite-se, ainda, o Projeto de Lei 8.058/2014, que trata do controle judicial de políticas públicas.

CONCLUSÃO

A Reforma do Judiciário foi aprovada para atender a distintas demandas. Para compreendê-la foi preciso, primeiro, situá-la no contexto internacional de reformas jurídicas incentivadas pelo Banco Mundial e no contexto nacional de crise do Poder Judiciário. Fez-se, assim, breve histórico da reforma judiciária, apontando-lhe as influências, o principal marco institucional – a Secretaria de Reforma do Judiciário (2003-2016) – e os objetivos, dentre os quais sobressai o de efetivar o acesso à Justiça, um direito que, ao longo do século XX, transmudou-se de liberdade pública a direito social.

Foram inúmeras as inovações da reforma, tanto em âmbito constitucional quanto infraconstitucional. Não vingaram, entretanto, as iniciativas ligadas ao aprimoramento do processo coletivo. Nesse aspecto, avultam a rejeição ao Projeto de Lei 5.139/2009 pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, sob os pretextos de tratamento desigual às partes e de risco de abuso de poder, além de certa indiferença do novo Código de Processo Civil para com o processo coletivo.[849]

Inquietante dúvida é saber se, a despeito das virtudes das inovações introduzidas pela reforma, seriam elas suficientes para realizar os seus ambiciosos objetivos, como a expansão do acesso à Justiça, num país com as características do Brasil, de dimensões continentais e profundas desigualdades regionais e sociais. Para responder a essa questão, foram selecionadas pesquisas objetivas e subjetivas que pudessem contribuir para a formulação de uma resposta satisfatória:

(i) relatórios "Justiça em Números" do Conselho Nacional de Justiça;

(ii) o "Panorama do Acesso à Justiça no Brasil – 2004 a 2009", do Conselho Nacional de Justiça em parceria com o IBGE (suplemento da PNAD);

(iii) relatórios "Índice de Confiança na Justiça Brasileira", da Fundação Getúlio Vargas.

Como se viu no capítulo 2 desta tese, as pesquisas empíricas selecionadas não confirmaram a existência de avanços significativos em termos de acesso à Justiça. Pelo contrário, o que se verificou foi, de modo geral, aumento progressivo do número de casos pendentes e da desconfiança do Poder Judiciário. Ficou evidenciado, ainda, o desalento da parcela mais pobre e menos escolarizada da população diante de conflitos que poderiam ser solucionados pela Justiça. Somando-se todas essas circunstâncias à verificação de que o quadro

[849] Como visto no primeiro capítulo, item 1.4.

de exclusão socioeconômica é componente importante da exclusão jurídica, suscitou-se a questão de como repensar o paradigma do processo individual, que foi preservado ao longo de toda a Reforma do Judiciário.

Tal paradigma solidificou-se como parte da afirmação de direitos subjetivos e de liberdades públicas. No entanto, ao longo de décadas passadas, por influxo da industrialização, da urbanização, do crescimento populacional, do acesso ao crédito e ao consumo, massificaram-se as relações sociais em proporções assombrosas e, com isso, a contenda judicial transformou-se e vai se modificando: o litígio interpessoal e retrospectivo perdeu lugar para a demanda repetitiva, em que se contrapõem litigantes habituais e eventuais.

A reverência ao axioma da participação individual em juízo, no contexto de massificação das relações sociais, gerou um dos paradoxos brasileiros: o de intensa litigiosidade ao lado de persistente negativa de acesso à Justiça. Esse paradoxo é explicado significativamente pela notável atuação dos litigantes habituais em juízo, a sobrecarregar o Poder Judiciário com processos relacionados à insatisfação do cidadão com políticas públicas e regulatórias. Os conflitos resultantes de tais falhas estatais clamam por uma leitura do dogma da separação de poderes que reforce a interação entre os Poderes, a demandar do Poder Judiciário o papel de freio e contrapeso dos Poderes Executivo e Legislativo – papel que o Poder Judiciário nem sempre se mostrou preparado para exercer. Não raro, o cidadão, já frustrado com o Estado enquanto regulador e enquanto prestador de serviços, frustra-se também com o Poder Judiciário, quando este não soluciona adequadamente os conflitos que advêm dessas falhas estatais. Em alguma medida, isso pôde ser constatado em cada um dos estudos de caso.

No primeiro estudo de caso, relacionado à litigiosidade repetitiva referente à inexigibilidade do pagamento de tarifa de assinatura básica residencial de linha telefônica fixa, o que se apurou foi a falta de uma política de administração judiciária e a proliferação multitudinária de ações individuais, ao lado de interpretações formalistas da legislação processual coletiva, que reduziram a eficácia e a capacidade inclusiva da ação coletiva. No âmbito do processo coletivo, a insegurança jurídica em relação a trâmites procedimentais – tais como competência, conexão, continência, litispendência, presença do regulador no polo passivo da ação – acarretou a lentidão no processamento das ações coletivas, que ainda estavam em primeira instância quando o Superior Tribunal de Justiça firmou seu entendimento, favorável ao litigante habitual, sobre a tese jurídica controvertida. A publicidade dada às ações individuais foi superior à das ações coletivas e estas falharam em congregar os litigantes eventuais em prol da causa que os movia. O Superior Tribunal de Justiça não conseguiu sistematizar a matéria

nem suprir adequadamente as inadmissíveis lacunas jurisprudenciais que ainda persistiam relativamente ao processo coletivo: o entendimento que se sagrou vitorioso enfatizou o caráter individual, e não coletivo, dos direitos individuais homogêneos. Evidenciou-se a tendência ao conservadorismo por parte do Poder Judiciário quando confrontado com a numerosidade expressiva de ações individuais: foi precisamente nesse episódio de litigiosidade repetitiva que se deu a concepção da improcedência liminar do pedido.

A ineficiência da tramitação das ações coletivas brasileiras ficou ainda mais evidente ao longo do estudo comparado com a *class action Selnick v. Sacramento Cable.* Essa ação, em que a coletividade arguiu a ilegalidade de cobrança de tarifa por atraso no pagamento da conta mensal, teve tramitação célere, resultou em acordo com reparação parcial aos consumidores que tiveram prejuízos devido à cobrança de tarifa pela empresa ré e, por meio do sistema de autoexclusão, atingiu rapidamente o ideal de pacificação global. As diferenças de desenho institucional entre as ações coletivas e as *class actions* que sobressaíram, neste caso concreto, foram as relacionadas ao sistema de notificação, à remuneração dos advogados, ao alcance subjetivo da coisa julgada, ao aperfeiçoamento regulatório e à fase de cumprimento do título judicial.

No segundo estudo de caso, relacionado à litigiosidade repetitiva referente ao reajuste inferior ao devido de valores depositados em cadernetas de poupança em decorrência da edição de planos econômicos heterodoxos, o que se verificou foi a implementação de uma política de administração judiciária que privilegiou as ações coletivas, revelando suas potencialidades em termos de inclusão, eficiência e celeridade. A atuação racional foi priorizada em todas as fases processuais: houve suspensão das ações individuais durante o trâmite das ações coletivas; estas tiveram sua abrangência estadual reconhecida; após o julgamento das ações coletivas, as ações individuais pendentes, ainda em fase de conhecimento, foram convertidas em liquidação; a execução da sentença coletiva foi mandamental, evitando-se numerosas liquidações individuais. Essa atuação veio a demonstrar que embora aprimoramentos legislativos fossem desejáveis, eles não seriam indispensáveis, porque o Poder Judiciário poderia, por meio de interpretações legais consistentes e seguras, suprir, ele mesmo, os pontos em que o processo coletivo se revelasse disfuncional. Evidentemente, porém, os avanços jurisprudenciais são descentralizados e paulatinos e, portanto, não apresentam as vantagens da mudança legislativa, sobretudo em termos de imediatidade e uniformização.

Enfim, quando tudo indicava que este seria um caso de bom sucesso na administração da litigiosidade repetitiva por meio da ação coletiva, o Superior Tribunal de Justiça modificou entendimento anterior para decidir que o prazo prescricional da ação coletiva seria quinquenal,

a despeito de ser vintenário o prazo prescricional da mesma pretensão, se veiculada por ação individual. Em decorrência desse novo critério, embasado, por analogia, no prazo constante da Lei da Ação Popular, as liquidações já convertidas foram reconvertidas em ação de conhecimento e as pessoas que haviam confiado no resultado das ações coletivas propuseram suas ações individuais. Posteriormente, em mais um capítulo de insegurança jurídica, surgiu a controvérsia sobre se a propositura da ação coletiva suspendera ou não o prazo para propositura da ação individual. Acabaram sendo proferidas decisões nos dois sentidos.

O caso ainda não está encerrado porque a ADPF 165, por meio da qual o Judiciário dará a última palavra sobre o direito dos poupadores, ainda não foi julgada. Não deixa de ser irônico que justamente os litigantes habituais tenham sido os responsáveis pela propositura dessa ação coletiva. Lamentavelmente, o segundo estudo de caso, assim como o primeiro, demonstrou que não há segurança jurídica no que tange às regras do processo coletivo e que, embora a ação coletiva possa ser, em tese, o meio mais eficiente para congregar as forças dos litigantes eventuais, pode ser excessivamente vulnerável às estratégias e às razões dos litigantes habituais.

Como no estudo do caso anterior, a comparação com uma *class action*, *Pinney v. Great Western*, ressaltou as ineficiências da ação coletiva brasileira. O acordo firmado na *class action* escolhida para a comparação, que guardava semelhança com o caso brasileiro por se tratar de ação coletiva voltada à reparação de prejuízos financeiros causados por instituição financeira, foi precedido de ampla produção probatória e permitiu que se alcançasse rapidamente a paz global. A atuação rápida em prol da coletividade foi resultado da ação de advogados privados que, incentivados por recompensas econômicas, agiram como fiscais da lei ao atuar contra comportamentos que consideraram lesivos à coletividade. As diferenças de desenho institucional entre as ações coletivas e as *class actions* revelaram-se no tocante à legitimidade ativa, à certificação da classe, à fase de cumprimento do título executivo judicial, à prescrição e à produção probatória.

No terceiro estudo de caso, relacionado à litigiosidade repetitiva referente ao direito subjetivo de crianças à educação infantil, viu-se que, apesar da invariável procedência das ações individuais, esse triunfo não se repete nas ações coletivas. Entretanto, duas ações coletivas propostas por associações civis para garantia do direito à educação infantil na cidade de São Paulo representaram uma mudança paradigmática na forma de propositura, de tramitação e de decisão dessas ações. Primeiro, porque se embasaram em projeções populacionais aptas a demonstrar a carência de vagas e em provas de subutilização de recursos públicos disponíveis para a ampliação da rede. Em segundo lugar, porque, durante seu trâmite, realizaram-se audiências públicas, nas quais o Município foi cobrado e teve de se posicionar sobre a

implementação da política pública. Em terceiro lugar, porque nelas também se manifestaram especialistas, que argumentaram não apenas sobre a carência de vagas, mas também sobre a falta de efetividade de julgados coletivos anteriores. Finalmente, porque as ações resultaram em inovadora condenação do Município a resolver a carência de vagas em prazo determinado, sob monitoramento do Tribunal de Justiça, auxiliado por um comitê.

Embora o terceiro estudo de caso tenha revelado potencialidades da ação coletiva, ele também provocou a reflexão sobre a lentidão no seu processamento, bem como sobre as derrotas das autoras no primeiro grau de jurisdição, a hesitação do Poder Judiciário diante da problemática da separação de poderes, a real eficiência do monitoramento na fase de cumprimento do título executivo judicial e a suspensão – depois revista – de uma das condenações coletivas. O estudo desse terceiro caso também iluminou contradições, como a inexistência de uma política de administração judiciária com relação às ações individuais, sobretudo diante das evidências de que as ações individuais ocasionam subversão das listas administrativas de concessão de vagas nas unidades de educação infantil.

O exercício da perspectiva comparada – no caso, a *class action* escolhida foi *Brown v. Board of Education of Topeka* – serviu para realçar a importância do empoderamento da sociedade civil na propositura de ações coletivas e as dificuldades inerentes à execução de uma ação coletiva voltada à efetivação, pelo Estado, do direito à educação.

Foram extraídas, das conclusões normativas dos estudos de caso desenvolvidos nos capítulos 4, 5 e 6, sugestões legislativas que possibilitariam redefinir a estrutura da ação coletiva rumo a maior acesso à Justiça, que consistem na adoção de:

(i) legitimidade ativa mais ampla, com prévio controle da representatividade adequada do membro do grupo e do advogado do grupo;

(ii) sistema de notificação efetivo em que prevaleça, sempre que possível, a intimação pessoal dos interessados;

(iii) prioridade na tramitação das ações coletivas;

(iv) sistema de honorários contingentes, que devem corresponder a uma porcentagem do valor total da condenação ou do acordo;

(v) sistema de autoexclusão das demandas coletivas;

(vi) certificação da classe;

(vii) execução coletiva da sentença, priorizando-se a forma mandamental;

(viii) participação do órgão regulador nas ações coletivas;

(ix) varas especializadas no julgamento de ações coletivas;

(x) técnica da indenização global, a ser repartida entre os beneficiários, quando essa opção for indicada para o caso;
(xi) suspensão das ações individuais durante o trâmite das ações coletivas, determinada de ofício;
(xii) regras claras quanto ao prazo prescricional no processo coletivo;
(xiii) sistema de produção antecipada e extrajudicial da prova para todos os legitimados;
(xiv) critérios claros e abrangentes de competência e de extensão da coisa julgada.

Ao final, foi possível constatar incrementos institucionais durante o período da Reforma do Judiciário mas, como os estudos de caso revelaram, as inovações ainda não se consolidaram. Mudanças legislativas que incorporassem os avanços jurisprudenciais objeto de estudo no EC2 e no EC3, por seu poder de propagação e de vinculação, possivelmente produziriam ótimos resultados em termos de acesso à Justiça – o que confirma a hipótese de trabalho.

Por outro lado, os estudos de caso revelaram a resistência de natureza cultural que existe, até mesmo no interior do próprio Poder Judiciário, ao processo coletivo, bem como o apego ao processo individual e às suas inerentes limitações. Essa resistência impõe o reconhecimento de importantes limites e ressalvas à hipótese desta tese, porque induz à conclusão de que talvez nem mesmo a mais sofisticada legislação processual civil produzisse ganhos significativos de acesso à Justiça no Brasil.

Nesse sentido, os estudos de caso fazem observar que, para expandir o acesso à Justiça – direito de feição liberal e social – em uma realidade essencialmente burocratizada, será preciso mais do que reformar a legislação processual e desenvolver um desenho institucional apto à defesa de valores constitucionais, com capacidade de contrabalançar o poder desigual das partes. Será necessário, também, transformar a cultura jurídica brasileira, que tarda em reconhecer o alcance e a pujança que pode vir a assumir o modelo de representação dos direitos e interesses para concretização da dimensão social do acesso à Justiça, pela qual tanto se investiu na Reforma do Judiciário.

A pouca legitimidade atribuída ao modelo de representação de interesses decorre não só de razões institucionais, como de início já se previu, mas também culturais. Esses motivos influenciam-se mutuamente: de um lado, o desenho atual do processo coletivo dificulta a representação íntegra desses direitos coletivos, além de não fornecer nenhum incentivo para que os profissionais do Direito meditem sobre como garantir, eficazmente, a representação e a consideração de todos os interesses envolvidos em ações coletivas; de outro, a reticente cultura jurídica faz com que a implementação prática das conquistas alcançadas seja tímida.

Conclui-se, portanto, que para além das necessárias modificações legislativas, é imprescindível reinterpretar-se o acesso à Justiça à luz dos interesses das grandes coletividades. Esta mudança, se um dia vier a acontecer, produzirá reflexos práticos da maior importância, que se revelarão não apenas na forma como o sistema jurídico resolve os litígios individuais e coletivos, redistribuindo poder e riqueza na sociedade, mas também na própria legitimação de todo o sistema político.

REFERÊNCIAS

Abramovich, Víctor, e Christian Courtis. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Colección Estructuras y procesos. Serie Derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

Ackerman, Bruce. "The New Separation of Powers". *Harvard Law Review* 113, nº 3 (janeiro de 2000): 633–729.

Aleluia, José Carlos. "Parecer Vencedor, Dep. José Carlos Aleluia (DEM-BA), pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição.", 17 de março de 2010. http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos?idProposicao=432485.

———. "Voto em Separado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados. PL. 5139/2009.", 12 de fevereiro de 2009. http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos;jsessionid=B04E6564EFD87B0C987EBBEE2C7F085D.proposicoesWeb2?idProposicao=432485.

Aquino, Miriam. "Concessão de telefonia ficará insustentável em cinco anos, diz Oi". *TeleSíntese*, 22 de setembro de 2015. http://www.telesintese.com.br/concessao-de-telefonia-ficara-insustentavel-em-cinco-anos-diz-oi/.

Aranha, Márcio Iorio. "Democracia Participativa e a Agência Reguladora de Telecomunicações Brasileira". apresentado em Seminário Internacional de Regulação de Serviços Públicos: Direito Comparado da Energia Elétrica e das Telecomunicações. In: Anais do I Seminário Internacional de Regulação de Serviços Públicos, Santa Cruz do Sul, 2008.

Arantes, Rogério Bastos. *Ministério Público e Política no Brasil*. Instituto de Estudos Econômicos Sociais e Políticos de São Paulo, Editora Sumaré, 2002.

Araújo, Alexandra Fuchs de. "O Papel do Direito na Articulação Governamental Necessária às Políticas Públicas". Arquivo pessoal da autora, 2015.

Arenhart, Sérgio Cruz. "Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a Partir do Caso da ACP do Carvão". *Revista de Processo Comparado*, 2015.

Arida, Persio, Edmar Lisboa Bacha, e André Lara-Resende. "Credit, Interest, and Jurisdictional Uncertainty: Conjectures on the Case of Brazil". Acessado 11 de fevereiro de 2016. http://www.economia.puc-rio.br/pdf/seminario/2004/Paper%20Edmar%20Bacha.pdf.

"As Inter-Relações entre o Processo Administrativo e o Judicial sob a Perspectiva da Segurança Jurídica no Plano da Concorrência Econômica e da Eficácia da Regulação Pública". Pesquisa Aplicada. CNJ Acadêmico. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011.

Asperti, Maria Cecília de Araujo. "Litigiosidade Repetitiva e a Padronização Decisória: entre o Acesso à Justiça e a Eficiência do Judiciário". *Revista de Processo* 263, nº 42 (janeiro de 2017).

Assis, Araken de. "Execução na Ação Civil Pública". In *Processo Coletivo: do Surgimento à Atualidade*, organizado por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Herman Benjamin, Teresa Arruda Alvim Wambier, e Vincenzo Vigoriti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Azevedo, Luiz Henrique Cascelli. "Prefácio". In *Código Civil Brasileiro no Debate Parlamentar: Elementos Históricos da Elaboração da Lei nº 10.406, de 2002*, organizado por José Theodoro Mascarenhas Menck. Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012. http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/9668.

Banco Mundial. "Performance Measures Topic Brief", 2012. http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTLAWJUSTINST/0,,contentMDK:20756997~menuPK:1990189~pagePK:210058~piPK:210062~theSitePK:1974062~isCURL:Y,00.html.

———. "Reforming Courts: the Role of Empirical Research", 2002. http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTLAWJUSTINST/0,,contentMDK:20813070~pagePK:210058~piPK:210062~theSitePK:1974062,00.html#PREM_Notes.

———. "Report ICR 1874 - Implementation Completion and Results Report (IBRD-72530) on a loan in the amount of US$12.12 million to the Federative Republic of Brazil for a Sustainable and Equitable Growth Technical Assistance Project in support of the First Phase of the Sustainable and Equitable Growth Technical Assistance Program", 3 de junho de 2011. http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2011/11/07/000333037_20111107002958/Rendered/PDF/ICR18740P083530C0disclosed011030110.pdf.

Bandeira, Regina Maria Groba. "Destaque dos pontos mais relevantes da Reforma do Judiciário - PEC 358, de 2005", fevereiro de 2010. http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/3161.

Barbosa Moreira, José Carlos. "A Ação Popular do Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados 'Interesses Difusos'". In *Processo Coletivo: do Surgimento à Atualidade*, organizado por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Herman Benjamin, Teresa Arruda Alvim Wambier, e Vincenzo Vigoriti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

———. "A Sentença Mandamental: da Alemanha ao Brasil". *Revista de Processo*, Estudos em Homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 98 (junho de 2000): 251–64.

———. "Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988". *Revista de Processo*, março de 1991.

———. "Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos". In *Processo Coletivo: do Surgimento à Atualidade*, organizado por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Herman Benjamin, Teresa Arruda Alvim Wambier, e Vincenzo Vigoriti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Bar-Gill, Oren, e Elizabeth Warren. "Making Credit Safer". *University of Pennsylvania Law Review* 157 (2009 de 2008): 1.

Barroso, Luís Roberto. "A Proteção Coletiva dos Direitos no Brasil e Alguns Aspectos da Class Action Norte-Americana". In *Processo Coletivo: do Surgimento à Atualidade*, organizado por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Herman Benjamin, Teresa Arruda Alvim Wambier, e Vincenzo Vigoriti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

———. "Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo". *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, nº 21 (29 de junho de 2012).

———. "Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial", 2009.

Beck, Martha, e Carolina Brígido. "Derrota de bancos no STF pode gerar risco sistêmico, diz AGU". *O Globo*, 28 de novembro de 2013. http://oglobo.globo.com/economia/derrota-de-bancos-no-stf-pode-gerar-risco-sistemico-diz-agu-10911169.

Belluzzo, Luiz Gonzaga de Mello. "Parecer 'Planos Econômicos'- ADPF 165-0/DF", 21 de dezembro de 2007.

Benjamin, Antonio Herman. "A Insurreição da Aldeia Global Contra o Processo Civil Clássico: Apontamentos sobre a Opressão e a Libertação Judiciais do Meio Ambiente e do Consumidor". In *Processo Coletivo: do Surgimento à Atualidade*, organizado por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Herman Benjamin, Teresa Arruda Alvim Wambier, e Vincenzo Vigoriti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Biscaia, Antonio Carlos. "Parecer às emendas apresentadas ao Substitutivo do Relator. PL 5139/2009.", 20 de outubro de 2009. http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos;jsessionid=B04E6564EFD87B0C987EBBEE2C7F085D.proposicoesWeb2?idProposicao=432485.

Bordasch, Rosane Wanner da Silva. "Gestão Cartorária: Controle e Melhoria para a Razoável Duração dos Processos". Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2008. https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2764.

Bottini, Pierpaolo Cruz, Sérgio Rabello Tamm Renault, e Maria Tereza Sadek. "O fim da Secretaria de Reforma do Judiciário - Opinião". *Estadão*. 29 de março de 2016. http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,o-fim-da-secretaria-de-reforma-do-judiciario,10000023604.

Brasil. "Primeiro Pacto pelo Judiciário - Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano", dez de 2004.

———. "Segundo Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo", abril de 2009. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm.

Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão Especial, destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992, que 'introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário' e apensadas. (Estrutura do Poder Judiciário). Ata da 18ª Reunião, de 17 de junho de 1999. Diário da Câmara dos Deputados, 28878-28893. Brasília, 18 de junho de 1999.

———. Comissão Especial, destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992, que 'Introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário' e apensadas. (Estrutura do Poder Judiciário). Atas da 25ª Reunião, de 21 de setembro de 1999; 26ª, de 22 de setembro de 1999; 27ª, de 23 de setembro de 1999; 28ª, de 28 de setembro de 1999; 29ª, de 29 de setembro de 1999; 30ª, de 19 de outubro de 1999; 31ª, de 20 de outubro de 1999; 32ª, de 21 de outubro de 1999 e 33ª, de 26 de outubro de 1999. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 55912-56099, 20 de novembro de 1999.

———. Comissão Especial, destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992, que 'Introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário' e apensadas. (Estrutura do Poder Judiciário). Atas da 34ª Reunião, de 27 de outubro de 1999; 35ª, de 28 de outubro de 1999; 36ª, de 3 de novembro de 1999; 37ª, de 4 de novembro de 1999; 38ª, de 9 de novembro de 1999; 39ª, de 10 de novembro de 1999; 40ª, de 11 de novembro de 1999 e 41ª, de 18 de novembro de 1999. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 56287-56533, 23 de novembro de 1999.

———. Continuação da discussão, em primeiro turno, da Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992 e votação. Diário da Câmara dos Deputados. Brasília, 20 de janeiro de 2000.

———. Continuação da votação, em primeiro turno, da Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 7516-7610, fev de 2000.

———. Continuação da votação, em primeiro turno, da Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 3516-3644, 26 de janeiro de 2000.

———. Diário da Câmara dos Deputados - Suplemento, Brasília, DF, 141-236, Brasília, DF, dez de 1999.

———. Diário da Câmara dos Deputados. Brasília, DF, 16634, abr de 1999.

———. Discursos e Notas Taquigráficas. Audiência Pública sobre o Projeto de Lei 5.139, de 2009, do Poder Executivo, "que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências", 18 de junho de 2009.

———. Discussão: Proposta de Emenda à Constituição 96, de 1992. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 55972-55974, 20 de novembro de 1999.

———. Emenda Aglutinativa 16. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF. p. 9837", março de 2000.

———. Recurso 140. Recurso contra a decisão de indeferimento, pelo Presidente da Comissão Especial da Reforma de Estrutura do Poder Judiciário, de questão de ordem apresentada em relação ao Substitutivo oferecido pelo Deputado-Relator Jairo Carneiro às Propostas de Emenda Constitucional 96-A/92 e 112-A/95. Constituição (1988). Proposta de Emenda à Constituição 96-B, de 1992. Volume I. Autor: Hélio Bicudo. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 8017-8037, 26 de março de 1997.

Brasil. Congresso Nacional. Ata da 16ª Sessão Conjunta (Solene) em 8 de dezembro de 2004. 2º Sessão Legislativa Ordinária da 52ª Legislatura. Diário do Congresso Nacional - Sessão Conjunta, Brasília, DF, 2574-2593, 12 de setembro de 2004.

"Brasil. Congresso. Senado Federal. Diário do Senado Federal, Brasília, DF, 11004, 11 de junho de 2002.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. "100 Maiores Litigantes (2010)", 2011. http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf.

———. "100 Maiores Litigantes (2011)", 2012. http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf.

———. "Justiça em Números 2009: Ano-Base 2008". Brasília: CNJ, 2009.

———. "Justiça em Números 2014: Ano-Base 2013". Brasília: CNJ, 2014.

———. "Justiça em Números 2015: Ano-Base 2014". Brasília: CNJ, 2015.

———. "Justiça em Números 2016: Ano-Base 2015". Brasília: CNJ, 2016.

———. "Panorama de Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009". Brasília: CNJ, julho de 2011. http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_panorama_acesso_pnad2009.pdf.

Brasil. Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário. "Estudo sobre Resolução Extrajudicial de Conflitos dos Serviços Regulados por Agências Governamentais". Diálogos sobre Justiça. Brasília, 2013.

———. "Atlas de Acesso à Justiça: Indicadores Nacionais de Acesso à Justiça". Brasília, 2013. http://www.acessoajustica.gov.br/pub/_downloads/caderno_inaj.pdf.

"Brasil. Secretaria Legislativa do Congresso Nacional. Estudo do Veto 5/2015, de 17/3/2015 Veto Parcial aposto ao PLS 166, de 2010 (PL 8.046/20101, na Câmara dos Deputados)", 2015.

Bucci, Maria Paula Dallari. "O Conceito de Política Pública em Direito". In *Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico*, organizado por Maria Paula Dallari Bucci, 1–49. São Paulo: Saraiva, 2006.

Calabresi, Guido, e Philip Bobbitt. *Tragic Choices*. New York: W.W. Norton & Company, 1978.

Calmon de Passos, J.J. "Democracia, Participação e Processo". In *Participação e Processo*, organizado por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

Cappelletti, Mauro. "Access to Justice as a Theoretical Approach to Law and a Practical Programme for Reform". *South African Law Journal* 109 (1992): 22.

Cappelletti, Mauro, e Bryant G. Garth. *Acesso à Justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988.

Cappelletti, Mauro, Bryant G. Garth, e Nicolò Trocker. *Access to Justice: Comparative General Report*. Tuebingen: J.C.B. Mohr, 1976.

Cappelletti, Mauro, Bryant Garth, e Nicolo Trocker. "Access to Justice Variations and Continuity of a World-Wide Movement". *Revista Juridica de la Universidad de Puerto Rico* 54 (1985).

Carneiro, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública : uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2ª ed. Editora Forense, 2003.

Carvalho, Carlos Eduardo. "O Banco Central como Emprestador de Última Instância: Mão Quase Invisível ao Sustentar os Mercados". *Revista Oikos* 11, nº 2 (2012): 217–39.

Carvalho, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de Serviços Públicos na Perspectiva da Constituição Econômica Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

Carvalho, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o Longo Caminho*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

Chayes, Abram. "Foreword: Public Law Litigation and the Burger Court". *Harvard Law Review* 96 (1983 de 1982): 4.

———. "The Role of the Judge in Public Law Litigation". *Harvard Law Review* 89, nº 7 (Maio de 1976): 1281–1316.

Christofoletti, Lilian. "Lula critica 'caixa-preta' do Judiciário e defende controle". *Folha de S.Paulo*, abr de 2003. http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2304200302.htm.

Clary, Richard W. "Issues Commonly Presented in the Application of American Pipe Tolling". In *Managing Complex Litigation: Legal Strategies and Best Practices In "high-stakes" Cases*. Practising Law Institute, 2008.

Coase, Ronald Harry. "The Nature of the Firm". *Economica* 4, nº 16 (1º de novembro de 1937): 386–405. doi:10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x.

Cobra, Zulaiê. "Brasil. Diário da Câmara dos Deputados - Suplemento. Relatório da PEC 112-A/1995." Câmara dos Deputados, dez de 1999.

Coffee Jr, John C. "Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working". *Md. L. Rev.* 42 (1983): 215.

Communications Directorate Department for Constitutional Affairs. "Department for Constitutional Affairs". Acessado 4 de outubro de 2014. http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.dca.gov.uk/civil/interim/chap3.htm.

Corrêa, Luiza Andrade. "Judicialização da Política Pública de Educação Infantil no Tribunal de Justiça de São Paulo". Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2015.

Costa, Susana Henriques da. "Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade? Uma Análise do Litígio sobre Creche e Pré-Escola no Município de São Paulo". In *Direito Processual Constitucional*, organizado por José Carlos Baptista Puoli, Marcelo José Magalhães Bonizzio, e Ricardo Barros Leonel. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

Coutinho, Diogo Rosenthal. "A Universalização do Serviço Público para o Desenvolvimento como uma Tarefa da Regulação". In *Regulação e Desenvolvimento*, organizado por Calixto Salomão Filho. São Paulo: Malheiros, 2002.

Cruz, Guilherme Ferreira da. "A Ilegalidade da Abusiva Tarifa de Assinatura Mensal do Serviço de Telefonia Fixa e o Consequente Direito à Repetição do Indébito". *Revista de Direito do Consumidor* 55 (julho de 2005).

Cunha, Luciana Gross. "Relatório ICJ Brasil - 2º trimestre / 2010". São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 1º de julho de 2010.

———. "Relatório ICJ Brasil - 3º trimestre / 2010". São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 1º de novembro de 2010.

———. "Relatório ICJ Brasil - 4º trimestre / 2010". São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 1º de março de 2011.

———. "Relatório ICJBrasil - 1º trimestre / 2010". São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 1º de março de 2010.

———. "Relatório ICJBrasil - 2º trimestre / 2009". São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 1º de março de 2009.

———. "Relatório ICJBrasil - 3º trimestre / 2009". São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 1º de junho de 2009.

———. "Relatório ICJBrasil - 4º trimestre / 2009". São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 1º de dezembro de 2009. http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6621.

Cunha, Luciana Gross, Rodrigo de Losso da Silveira Bueno, Fabiana Luci de Oliveira, Luciana de Oliveira Ramos, e João Marcos Bastos Vilar Garcia. "Relatório ICJBrasil - 2º trimestre / 2011". São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 18 de novembro de 2011.

———. "Relatório ICJBrasil - 3º trimestre / 2011". São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 24 de novembro de 2011.

Cunha, Luciana Gross, Rodrigo de Losso da Silveira Bueno, Fabiana Luci de Oliveira, Joelson de Oliveira Sampaio, Luciana de Oliveira Ramos, e Yuri Campos Klink. "Relatório ICJBrasil - 4º trimestre / 2011". São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 15 de fevereiro de 2012.

Cunha, Luciana Gross, Rodrigo de Losso da Silveira Bueno, Fabiana Luci de Oliveira, Joelson de Oliveira Sampaio, Luciana de Oliveira Ramos, e Renan Gomes de Pieri. "Relatório ICJBrasil - 2º semestre / 2015". São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, maio de 2016.

Cunha, Luciana Gross, Rodrigo de Losso da Silveira Bueno, Fabiana Luci de Oliveira, Joelson Oliveira Sampaio, Luciana de Oliveira Ramos, Renan Gomes de Pieri, e Cristiana de Jesus Costa Cavalieri. "Relatório ICJBrasil - 1º semestre / 2016". São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, outubro de 2016.

Cunha, Luciana Gross, Rodrigo de Losso da Silveira Bueno, Fabiana Luci de Oliveira, Hector Montenegro Terceros, Luciana de Oliveira Ramos, e João Marcos Bastos Vilar Garcia. "Relatório ICJ Brasil - 1º trimestre / 2011". São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 4 de novembro de 2011.

Cunha, Luciana Gross, Rodrigo de Losso Silveira Bueno, Fabiana Luci de Oliveira, Joelson de Oliveira Sampaio, Luciana de Oliveira Ramos, e Yuri Campos Klink. "Relatório ICJBrasil - 4º trimestre / 2012". São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 18 de abril de 2013.

Cunha, Luciana Gross, Rodrigo de Losso Silveira Bueno, Fabiana Luci de Oliveira, Joelson de Oliveira Sampaio, Luciana de Oliveira Ramos, e Gabriel Hideo Sakai de Macedo. "Relatório ICJBrasil - 1º semestre / 2013". São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 14 de outubro de 2013.

———. "Relatório ICJBrasil - 2º e 3º trimestres / 2014". São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, março de 2015.

———. "Relatório ICJBrasil - 2º semestre / 2013". São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2 de abril de 2014.

Cunha, Luciana Gross, Rodrigo De Losso Silveira Bueno, Fabiana Luci de Oliveira, Joelson de Oliveira Sampaio, Luciana de Oliveira Ramos, e Gabriel Hideo Sakai de Macedo. "Relatório ICJBrasil - Ano 5 (2º trimestre / 2013 ao 1º trimestre / 2014)". São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 12 de setembro de 2014.

Cunha, Luciana Gross, Rodrigo De Losso Silveira Bueno, Fabiana Luci Oliveira, Joelson Oliveira Sampaio, Luciana de Oliveira Ramos, e Gabriel Hideo Sakai de Macedo. "Relatório ICJBrasil - 1º Trimestre/2014 - 4º Trimestre/2014: Ano 6". São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2014.

Cypher, James. *The Process of Economic Development*. 4 edition. Routledge, 2014.

Dakolias, Maria. *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean: Elements of Reform*. World Bank Technical Note 319. Washington DC: World Bank, 1996. http://documents.worldbank.org/curated/en/1996/06/696440/latin-america-caribbean-region-judicial-sector-latin-america-caribbean-elements-reform.

Dallari, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Danni, Luciano dos Santos. "Análise do Efeito das Reformas Regulatórias e Privatização dos Serviços Públicos no Brasil – Eletricidade e Telefonia". In *Regulação de Serviços Públicos e Controle Externo*, organizado por Brasil. Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.

Desan, Christine. "Money as a Legal Institution". In *Money in the Western Legal Tradition*, organizado por David Fox e Wolfgang Ernst, 18–36. Oxford University Press, 2016.

"Developments in the Law: Class Actions". *Harvard Law Review* 89, nº 7 (maio de 1976): 1318. doi:10.2307/1340257.

Didier Jr, Fredie. "Apontamentos para a Concretização do Princípio da Eficiência do Processo". In *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Novo CPC*, organizado por Alexandre Freire, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr, José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo, e Pedro Miranda de Oliveira. Salvador: JusPodivm, 2015.

Didier Jr, Fredie, e Hermes Zaneti Jr. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 10ª ed. Vol. 4. Salvador: JusPodivm, 2016.

Dinamarco, Cândido Rangel. "Escopos Políticos do Processo". In *Participação e Processo*, organizado por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

———. *Instituições de Direito Processo Civil*. 6ª ed. Vol. 1. São Paulo, 2009.

Diógenes, Juliana, e Paulo Saldaña. "Gestão Haddad não baixa fila da creche - Educação". *Estadão*. Acessado 11 de junho de 2015. http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,gestao-haddad-nao-baixa-fila-da-creche,1648298.

Dodson, Scott. "New Pleading, New Discovery". *Mich. L. Rev.* 109 (2010): 53.

Drèze, Jean, e Amartya Sen. *An Uncertain Glory: India and Its Contradictions*. Princeton University Press, 2013.

"Explosão de litigiosidade - Política". *Estadão*. Acessado 25 de setembro de 2016. http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,explosao-de-litigiosidade,611970.

Falcão, Joaquim. "Breve História Inicial do Conselho Nacional de Justiça". *Revista do Advogado: 10 Anos do CNJ*, 2015.

———. "Estratégias para a Reforma do Judiciário". In *Reforma do Judiciário*, organizado por Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Bottini. São Paulo: Saraiva, 2005.

———. "O Brasileiro e o Judiciário". *Revista Conjuntura Econômica* 63, nº 4 (1º de janeiro de 2009): 43–49.

Faoro, Raymundo. *Os Donos do Poder - Formação do Patronato Político Brasileiro*. São Paulo: Globo, 1975.

Faria, José Eduardo. "A Crise Constitucional e a Restauração da Legitimidade". *Revista de Ciência Política*, 1985.

———. *A Reforma do Ensino Jurídico*. SA Fabris Editor, 1987.

Feinberg, Kenneth R. "Democratization of Mass Litigation: Empowering the Beneficiaries". *Columbia Journal of Law and Social Problems* 45 (2012 de 2011): 481.

Felstiner, William L.F., Richard L. Abel, e Austin Sarat. "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming . . ." *Law & Society Review* 15, nº 3/4 (1980).

Fernandes, Débora Chaves Martines. "Relação entre Demandas Individuais e Coletivas: 'Projeto Cadernetas de Poupança – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul' – Uma Análise do Caso". *Revista de Processo*, 36, 201 (novembro de 2011).

Ferraz, Leslie Shérida. "Acesso à Justiça e Processamento de Demandas de Telefonia: o Dilema dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil". In *O Judiciário e o Estado Regulador Brasileiro*, organizado por Mariana Mota Prado. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

———. *Acesso à Justiça: uma Análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil*. FGV Editora, Direito Rio, 2010.

Ferraz, Octavio Luiz Motta. "The Right to Health in the Courts of Brazil: Worsening Health Inequities?" *Health and Human Rights* 11, nº 2 (2009): 33–45.

Ferreira, Renato Soares Peres. "A (In)adequação dos Mecanismos Regulatórios Setoriais aos Institutos Jurídicos de índole Constitucional do Mercado e da Universalização de Serviços Públicos". Dissertação, Universidade de Brasília, 2009.

Fiss, Owen. "Against Settlement". *Yale Law Journal* 93 (1983): 1073.

———. *The Law as it Could Be*. New York: NYU Press, 2003.

———. *Um Novo Processo Civil: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*. Traduzido por Carlos Alberto de Salles, Daniel Porto Godinho da Silva, e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

Flyvbjerg, Bent. "Five Misunderstandings about Case-Study Research". *Qualitative Inquiry* 12, nº 2 (2006): 219–245.

Friedenthal, Jack H. *Civil Procedure: Cases and Materials*. Eleventh edition. American Casebook Series. StPaul, MN: West, 2013, 2013.

Gabbay, Daniela Monteiro. "Ações Coletivas e Contencioso de Massa: o Caso da Assinatura Básica de Telefonia Fixa". In *Estratégias Processuais na Advocacia Empresarial*, organizado por Carlos Alberto Carmona e Sidnei Amendoeira Junior, 125–49. São Paulo: Saraiva, 2011.

Gabbay, Daniela Monteiro, e Luciana Gross Cunha, orgs. *Litigiosidade e Litigância Repetitiva no Judiciário: uma Análise Empírica*. Série Produção Científica Direito, Desenvolvimento, Justiça. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

Gajardoni, Fernando da Fonseca. "O Processo Coletivo Refém do Individualismo". In *Processo Coletivo*, organizado por Hermes Zaneti Jr, 133–56. Coleção Repercussões do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2016.

Galanter, Marc. "Access to Justice in a World of Expanding Social Capability". *Fordham Urban Law Journal* 37, nº 1 (1º de janeiro de 2010): 115.

———. “The Day After the Litigation Explosion”. *Md. L. Rev.* 46 (1986): 3.

———. “Why the ‘Haves’ Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change”. *Law & Society Review* 9, nº 1 (1974).

———. *Why the Haves Come Out Ahead: The Classic Essay and New Observations*. New Orleans: Quid Pro Books, 2014.

Galanter, Marc, e David Luban. “Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism”. *American University Law Review* 42 (1993 de 1992): 1393.

Gargarella, Roberto, Pilar Domingo, e Theunis Roux. *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?* Aldershot, Hampshire, England ; Burlington, VT, USA: Ashgate, 2006.

Genoíno, José. “Brasil. Diário da Câmara dos Deputados - Suplemento. Justificativa da PEC 112-A/1995”. Câmara dos Deputados, dez de 1999.

Gibson, Nilson. “Brasil. Diário da Câmara dos Deputados - Suplemento.” Câmara dos Deputados, dez de 1999.

Gidi, Antonio. *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos: as Ações Coletivas em uma Perspectiva Comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Giner, Salvador. *Mass Society*. Academic Press, 1976.

Gloppen, Siri. “Courts and Social Transformation: An Analytical Framework”. In *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor*, organizado por Roberto Gargarella, Pilar Domingo, e Theunis Roux, 35–59. Aldershot, Hampshire, England ; Burlington, VT, USA: Ashgate, 2006.

Grinover, Ada Pellegrini. “A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos”. In *Processo Coletivo: do Surgimento à Atualidade*, organizado por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Herman Benjamin, Teresa Arruda Alvim Wambier, e Vincenzo Vigoriti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

———. “Novas Tendências em Matéria de Legitimação e Coisa Julgada nas Ações Coletivas”. In *Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma Análise de Direito Comparado*, organizado por Kazuo Watanabe, Linda Mullenix, e Ada Pellegrini Grinover, 225–49. Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

———. “O Novo Processo do Consumidor”. In *Processo Coletivo: do Surgimento à Atualidade*, organizado por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Herman Benjamin, Teresa Arruda Alvim Wambier, e Vincenzo Vigoriti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Grinover, Ada Pellegrini, Cândido Rangel Dinamarco, e Kazuo Watanabe. *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

Grinover, Ada Pellegrini, Kazuo Watanabe, e Linda Mullenix. *Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma Análise de Direito Comparado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Grinover, Ada Pellegrini, Kazuo Watanabe, e Nelson Nery Junior. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Vol. II-Processo Coletivo. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Grotti, Dinorá Adelaide Musetti. "Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação". In *Direito Administrativo Econômico*, organizado por Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2000.

Guimarães, Amanda de Araújo. "Ações Coletivas como Meio de Molecuralização de Demandas". Tese de Láurea, Universidade de São Paulo, 2012.

———. "Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Soluções e limites." Universidade de São Paulo, 2017.

Hammergren, Linn A. *Justice Reform and Development: Rethinking Donor Assistance to Developing and Transitional Countries*. Routledge, 2014.

———. *Justice Reform and Development: Rethinking Donor Assistance to Developing and Transitional Countries*. Ebk. Oxon: Routledge, 2014.

Hardin, Garrett. "The Tragedy of the Commons". *Journal of Natural Resources Policy Research* 1, nº 3 (8 de julho de 2009): 243–53.

Hay, Bruce, e David Rosenberg. "Sweetheart and Blackmail Settlements in Class Actions: Reality and Remedy". *Notre Dame Law Review* 75 (2000 de 1999): 1377.

Heckman, James J. *Giving Kids a Fair Chance*. The MIT Press, 2013.

Hensler, Deborah R. "Goldilocks and the Class Action". *Harvard Law Review Forum* 126 (2012): 56–60.

Hensler, Deborah R., Bonnie Dombey-Moore, Elizabeth Giddens, Jennifer Gross, e Erik Moller. *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Rand Corporation, 2000.

Hirschl, Ran. "O Novo Constitucionalismo e a Judicialização da Política Pura no Mundo". Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. *Revista de Direito Administrativo* 251 (13 de março de 2013): 139–78.

Hoffman, Lonny Sheinkopf. "Access to Information, Access to Justice: The Role of Presuit Investigatory Discovery". *U. Mich. JL Reform* 40 (2006).

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. "Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios- características da vitimização e do acesso à justiça no Brasil 2009". Rio de Janeiro, 2010.

Ipea - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. "SIPS - Sistema de Indicadores de Percepção Social". Brasília, 2011.

———. "SIPS 2014 -Sistema de Indicadores de Percepção Social: Serviços de Telecomunicações". Brasília, 2014.

http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140313_sips_telecomunicacoes.pdf.

Itagiba, Marcelo. "Voto em Separado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados. PL. 5139/2009.", 12 de fevereiro de 2009. http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos;jsessionid=B04E6564EFD87B0C987EBBEE2C7F085D.proposicoesWeb2?idProposicao=432485.

Jensen, Erik, e Thomas Heller. *Beyond Common Knowledge: Empirical Approaches to the Rule of Law*. Stanford: Stanford University Press, 2003.

Jobim, Marco Félix. "A Previsão das Medidas Estruturantes no Artigo 139, IV, do Novo Código de Processo Civil Brasileiro". In *Processo Coletivo*, 215–34. Coleção Repercussões do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2016.

Junqueira, Eliane Botelho. "Acesso à Justiça: um Olhar Retrospectivo". *Revista Estudos Históricos*, 1996.

Kennedy, David. "The International Human Rights Movement: Part of the Problem?" *Harvard Human Rights Journal* 15 (2002): 101–125.

———. "The 'Rule of Law,' Political Choices, and Development Common Sense". In *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, organizado por David M. Trubek e Alvaro Santos, 95–173. Cambridge University Press, 2006.

Kennedy, Duncan. *A Critique of Adjudication [Fin de Siècle]*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

———. "Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power". *Maryland Law Review* 41 (1982): 563–658.

———. "The Stakes of Law, or Hale and Foucault". *Legal Studies Forum* 15 (1991).

Langenegger, Natalia. "Legitimidade Ativa de Pessoas Físicas em Ações Coletivas: Incentivos e Desincentivos Institucionais". Dissertação de Mestrado, Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2014.

Langer, Maximo. "From Legal Transplants to Legal Translations: the Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure". *Harvard International Law Journal* 45 (2004): 1–64.

Lazzarini, Marilena. "As Investidas Contra as Ações Civis Públicas". In *Tutela Coletiva: 20 Anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 Anos do Código de Defesa do Consumidor*, organizado por Paulo Henrique dos Santos Lucon. São Paulo: Atlas, 2006.

Lemos, Margaret H. "Aggregate Litigation Goes Public: Representative Suits by State Attorneys General". *Harvard Law Review* 126 (2012): 486–549.

Lewandowski, Enrique Ricardo. "A Formação da Doutrina dos Direitos Fundamentais". In *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, organizado por Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

———. "CNJ, Transparência e Diálogo". *Folha de S. Paulo*, 2016, A3.

———. "Discurso de Posse do Ministro Ricardo Lewandowski na Presidência do Supremo Tribunal Federal". *Supremo Tribunal Federal*, 9 de outubro de 2014. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoMinistroRL.pdf.

———. "O Papel do CNJ no Fortalecimento do Estado Democrático de Direito", 2016. http://www.conjur.com.br/2016-jul-25/ricardo-lewandowski-cnj-transparencia-dialogo.

———. "O Protagonismo do Poder Judiciário na Era dos Direitos". *Revista de Direito Administrativo*, maio/agosto de de 2009.

———. "Protagonismo do STF é fenômeno passageiro. [Entrevista]". *Revista Diálogos sobre Justiça* 1, nº 4 (2014): 9–13.

———. "Revisão Constitucional e o Fortalecimento do Judiciário". *Tribuna da Magistratura*, nº 47 (1993): 15.

Lopes, José Reinaldo Lima. "Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito". In *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, organizado por José Eduardo Faria, 2ª ed, 1:113–43. São Paulo: Malheiros, 1994.

———. "Em Torno da Reserva do Possível". In *Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível*, organizado por Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti, 155–73. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Louis T. Visscher, Alexandre Biard. "Judges and Mass Litigation: Revisiting the Judicial Cathedral through Rational Choice Theory and Behavioural Economics". *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade [Liability, Insurance & Damage]'*, nº 2014(02) (2014): 39–48.

Lucon, Paulo Henrique dos Santos, e Érica Barbosa e Silva. "Análise Crítica da Liquidação e Execução na Tutela Coletiva". In *Tutela Coletiva: 20 Anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 Anos do Código de Defesa do Consumidor*, organizado por Paulo Henrique dos Santos Lucon. São Paulo: Atlas, 2006.

Lucon, Paulo Henrique dos Santos, Daniela Monteiro Gabbay, Rafael Francisco Alves, e Tathyana Chaves de Andrade. "Interpretação do Pedido e da Causa de Pedir nas Demandas Coletivas (Conexão, Continência e Litispendência)". In *Tutela Coletiva: 20 Anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 Anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

Macedo, Fausto. "Cármen Lúcia alerta para 'a fúria que ganha as ruas'". Acessado 28 de agosto de 2014. http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/carmen-lucia-alerta-para-a-furia-que-ganha-as-ruas/.

Machado, Uirá. "Pacote propõe acelerar os julgamentos dos processos". *Folha de S. Paulo*. 1º de janeiro de 2005. http://acervo.folha.com.br/fsp/2005/01/01/2/.

Maluf, Paulo. "Voto em Separado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados. PL. 5139/2009", 18 de novembro de 2015. http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos;jsessionid=B04E6564EFD87B0C987EBBEE2C7F085D.proposicoesWeb2?idProposicao=432485.

Mancuso, Rodolfo de Camargo. "A Concomitância de Ações Coletivas, Entre Si, e em Face das Ações Individuais". In *Processo Coletivo: do Surgimento à Atualidade*, organizado por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Herman Benjamin, Teresa Arruda Alvim Wambier, e Vincenzo Vigoriti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Maranhão, Juliano. "A Revisão Judicial de Decisões das Agências Regulatórias: Jurisdição Exclusiva?" In *O Judiciário e o Estado Regulador Brasileiro*, organizado por Mariana Mota Prado. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

Marcato, Antonio Carlos. "A Imparcialidade do Juiz e a Validade do Processo". *Revista Direito Mackenzie* 1, nº 2 (2015).

Marinho, Carolina Martins. "Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Análise de Julgados do Direito à Educação sob o Enfoque da Capacidade Institucional". Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2009.

Mattei, Ugo. "A Theory of Imperial Law: a Study on US Hegemony and the Latin Resistance". *Global Jurist Frontiers* 3, nº 2 (2003).

———. "Access to Justice. A Renewed Global Issue." *Electronic Journal of Comparative Law* 11 (2007).

Mattos, Fernandos Pagani. "Aspectos e Espectros do Acesso à Justiça: um Princípio Constitucional em Busca de Efetivação". Univali - Universidade do Vale do Itajaí, 2007.

Mattos, Paulo Todescan Lessa. "Agências Reguladoras e Democracia: Participação Pública e Desenvolvimento". In *Regulação e Desenvolvimento*, organizado por Calixto Salomão Filho. São Paulo: Malheiros, 2002.

Mazzilli, Hugo Nigro. "O Processo Coletivo e o Código de Processo Civil de 2015". In *Processo Coletivo*, 185–214. Coleção Repercussões do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2016.

Medeiros, Marcelo, Pedro Herculano Guimarães Ferreira de Souza, e Fábio Ávila de Castro. "A Estabilidade da Desigualdade de Renda no Brasil, 2006 a 2012: Estimativa com Dados do Imposto de Renda e Pesquisas Domiciliares". *Ciência & Saúde Coletiva* 20, nº 4 (abril de 2015): 971–86.

Mello, Patrícia Perrone Campos, e Luís Roberto Barroso. "Trabalhando com uma Nova Lógica: a Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro". *Revista da AGU* 15, nº 3 (julho de 2016): 9–52.

Mendes, Aluisio Gonçalves de Castro, Gustavo Osna, e Sérgio Cruz Arenhart. "Cumprimento de Sentenças Coletivas: da Pulverização à Molecularização". *Revista de Processo* 222 (agosto de 2013): 41–54.

Mendes, Conrado Hubner. "Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação". Universidade de São Paulo, 2008.

Miller, Arthur R. "McIntyre in Context: A Very Personal Perspective". *SCL Rev.* 63 (2011): 465.

Minow, Martha. *In Brown's Wake: Legacies of America's Educational Landmark*. Oxford University Press, 2008.

———. "Suprising Legacies of Brown v. Board". *Washington University Journal of Law & Policy* 16 (2004).

Montenegro, Manuel Carlos. "Projeto do CNJ e Bird ajudará a reduzir gasto anual do TJMT em R$ 1 milhão". Acessado 11 de setembro de 2015. http://www.cnj.jus.br/index.php.

———. "Volume de processos novos impede Justiça de reduzir quantidade de ações". *Conselho Nacional de Justiça*, 2014. http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28281-volume-de-processos-novos-impede-justica-de-reduzir-quantidade-de-a%C3%A7%C3%B5es.

Morais, Dalton Santos. "A Perda da Oportunidade de Coletivização do Processo Contra o Poder Público no Novo Código de Processo Civil". In *Processo Coletivo*, 413–28. Coleção Repercussões do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2016.

Moura, Walter, e Elici Maria Checchin Bueno. "A Maratona dos Poupadores e a ADPF 165 no Supremo". *JOTA*, 1º de agosto de 2016. http://jota.uol.com.br/maratona-dos-poupadores-e-adpf-165-no-supremo.

Nelson, Charles A. *Romania's Abandoned Children*. Harvard University Press, 2014.

Novaes, Ana. "Privatização do Setor de Telecomunicações no Brasil". *A Privatização no Brasil: o Caso dos Serviços de Utilidade Pública. OCDE/BNDES*, 2000.

Oliveira, Fabiana Luci de, org. *Justiça em Foco: Estudos Empíricos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2012.

Oliveira, Marcos Cavalcante de. *Moeda, Juros e Instituições Financeiras: Regime Jurídico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Peralta, J. Salvador. *Encountering Development: The Making and Unmaking of the Third World*. Princeton University Press, 2001.

Pereira, Luiz Fernando Casagrande. "Planos Econômicos: não há divergência sobre os números da conta". *JOTA*, 29 de agosto de 2016. http://jota.uol.com.br/planos-economicos-nao-ha-divergencia-sobre-os-numeros-da-conta.

Pereira Neto, Caio Mário da Silva, Filippo Maria Lancieri, e Mateus Piva Adami. "O Diálogo Institucional das Agências Reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: uma Proposta de Sistematização". In *Direito da Regulação e Políticas*

Públicas, organizado por Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho. São Paulo: SBDP/Malheiros Editores, 2014.

Piovesan, Flávia. "A Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Constitucional Brasileiro". In *Direito Constitucional*, organizado por Luís Roberto Barroso e Clèmerson Merlin Clève. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

———. "Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições no Contexto Latino-Americano". In *O Direito nos Tribunais Superiores: com Ênfase no Novo Direito Processual Civil*, organizado por J.S. Fagundes Cunha. Curitiba: Bonijuris, 2015.

———. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

———. "Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional". In *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*, organizado por Daniel Sarmento, Daniela Ikawa, e Flávia Piovesan. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

———. "Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais". In *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*, organizado por Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

———. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção*. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Portugal Gouvêa, Carlos. "Equity Cost Analysis: A Contribution to Institutional Theory in Face of Increasing Global Inequalities." S.J.D. Dissertation, Harvard University, 2008.

———. "Social Rights Against the Poor". *Vienna Online Journal on International Constitutional Law* 7 (2013): 454.

Posner, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 8th ed. Aspen casebook series. New York: Aspen Publishers, 2011.

"Presidente Lula enfatiza importância do Pacto Republicano durante abertura do Ano Judiciário de 2010". Acessado 5 de outubro de 2014. http://m.stf.gov.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=119378.

"Relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei 6.025, de 2005, e ao Projeto de Lei 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal. Brasília, DF.", 2012.

Renault, Sérgio Rabello Tamm, e Pierpaolo Bottini. "Primeiro Passo". In *Reforma do Judiciário*, organizado por Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini, 1–28. São Paulo: Saraiva, 2005.

Ribeiro, Ludmila. "The Constitutional Amendment 45 and the Acess to the Justice". *Revista Direito GV* 4, nº 2 (dezembro de 2008): 465–91.

Rizzi, Ester, e Salomão Ximenes. "Litigância Estratégica para a Promoção de Políticas Públicas: as Ações em Defesa do Direito à Educação Infantil em São Paulo". *Justiça e Direitos Humanos: Experiências de Assessoria Jurídica Popular*, junho de 2010.

Rodovalho, Maria Fernanda de Toledo. "A Reforma do Estado após a Emenda Constitucional 45/04: a Reforma do Poder Judiciário", 2012. http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9872.

Rodrigues, Marcelo Abelha. "Técnicas Individuais de Repercussão Coletiva x Técnicas Coletivas de Repercussão Individual. Por Que Estão Extinguindo a Ação Civil Pública para a Defesa de Direitos Individuais Homogêneos?" In *Processo Coletivo*, 623–40. Coleção Repercussões do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2016.

Rodriguez, José Rodrigo. "Advocacia de Interesse Público no Brasil: a Atuação das Entidades de Defesa de Direitos da Sociedade Civil e sua Interação com os Órgãos de Litígio do Estado". Diálogos sobre Justiça. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2013.

Rodríguez-Garavito, César. "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America". *Texas Law Review* 89 (2010): 1669.

Rodrik, Dani. *The New Development Economics: We Shall Experiment, But How Shall We Learn?* Faculty Research Working Paper Series ; RWP08-055. Cambridge, Mass: John FKennedy School of Government, Harvard University, 2008.

Roque, André Vasconcelos. "As Ações Coletivas Após o Novo Código de Processo Civil: Para Onde Vamos?" In *Processo Coletivo*, organizado por Hermes Zaneti Jr, 157–84. Coleção Repercussões do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2016.

Rosane Wanner da Silva Bordasch, Carlos Eduardo Richinitti, João Ricardo dos Santos Costa, Gladis de Fatima Ferrareze, Pio Giovani Dresch, Ricardo Pippi Schmidt, Roberto Behrensdorf Gomes da Silva, Vanessa Gastal de Magalhães e Volcir Antonio Casal, Carlos Eduardo Richinitti, João Ricardo dos Santos Costa, Gladis de Fatima Ferrareza, Pio Giovani Dresch, Ricardo Pippi Schmidt, Roberto Behrensdorf Gomes da Silva, Vanessa Gastal de Magalhães, e Volcir Antonio Casal. "Projeto Poupança. Prêmio Innovare - Edição V". Prêmio Innovare - Edição V, 2008. http://www.premioinnovare.com.br/praticas/projeto-poupanca-2208/.

Rosenberg, David. "The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A 'Public Law' Vision of the Tort System". *Harvard Law Review* 97, nº 4 (Fevereiro de 1984): 849–929.

Rosenberg, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* University of Chicago Press, 2008.

Rowat, Malcolm, Waleed Malik, e Maria Dakolias. *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean*. World Bank Technical Note 280. Washington, D.C.: World Bank, 1995.

Rubenstein, William B. *Newberg on Class Actions*. 5ª ed. Vol. 1. Eagan, MN: Thomson Reuters, 2011.

———. *Newberg on Class Actions*. 5ª ed. Vol. 3. Eagan, MN: Thomson Reuters, 2013.

———. "On What a Private Attorney General Is - and Why It Matters". *Vanderbilt Law Review* 57 (2004): 2127.

———. “Understanding the Class Action Fairness Act of 2005”. *http://goo. gl/aXIqz>. Acesso em* 1 (2005): 06–11.

Rubenstein, William, e Nicholas Pace. “Shedding Light on Outcomes in Class Actions”. In *Confidentiality, Transparency, and the U.S. Civil Justice System*, organizado por Joseph W. Doherty, Robert T. Reville, e Laura Zakaras. Oxford University Press, 2012.

Sabel, Charles F., e William H. Simon. “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”. *Harvard Law Review*, 2004, 1015–1101.

Sadek, Maria Tereza. “Acesso à Justiça no Brasil: Índice de Fragilidade dos Municípios”. São Paulo, 2016.

———. “Acesso à Justiça: um Direito e seus Obstáculos”. *Revista USP*, nº 101 (30 de maio de 2014): 55–66.

———. “Judiciário: Mudanças e Reformas”. *Estudos Avançados* 18, nº 51 (maio/ago de 2004): 79–101.

———. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Konrad Adenauer Stiftung, 2001.

Sadek, Maria Tereza, José Renato de Campos Araújo, e Fernão Dias de Lima. “O Judiciário e a Prestação de Justiça”. In *Acesso à Justiça*, organizado por Maria Tereza Sadek, 13–41. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2001.

Sadek, Maria Tereza, João Ricardo dos Santos Costa, e Sérgio Luiz Junkes, orgs. *O Uso da Justiça e o Litígio no Brasil*. Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), 2015.

Sadek, Maria Tereza, e Fabiana Luci de Oliveira. “Estudos, Pesquisas e Dados em Justiça”. In *Justiça em Foco - Estudos Empíricos*, organizado por Fabiana Luci de Oliveira, 15–61. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2012.

Salama, Bruno Meyerhof. “Crédito Bancário e Judiciário: Condutores Institucionais da Superlitigância”. In *O Judiciário e o Estado Regulador Brasileiro*, organizado por Mariana Mota Prado, 103–33. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

Salles, Carlos Alberto de. “Class Actions: Algumas Premissas para Comparação”. In *Processo Coletivo: do Surgimento à Atualidade*, organizado por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Herman Benjamin, Teresa Arruda Alvim Wambier, e Vincenzo Vigoriti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

———. “Coisa Julgada e Extensão dos Efeitos da Sentença em Matéria de Direitos Sociais Constitucionais”. In *Em Defesa de um Novo Sistema de Processos Coletivos: Estudos em Homenagem a Ada Pellegrini Grinover*, organizado por Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon, e Rita Quartieri, 1:143–58. São Paulo: Saraiva, 2010.

———. *Execução Judicial em Matéria Ambiental*. Editora Revista dos Tribunais, 1999.

———. “Políticas Públicas e a Legitimidade para Defesa de Interesses Difusos e Coletivos”. In *Processo Coletivo: do Surgimento à Atualidade*, organizado por Ada Pellegrini

Grinover, Antonio Herman Benjamin, Teresa Arruda Alvim Wambier, e Vincenzo Vigoriti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

———. "Processo Civil de Interesse Público". In *Processo Civil e Interesse Público: Processo como Instrumento de Defesa Social*, organizado por Carlos Alberto de Salles, 121:39–77. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Salomão Filho, Calixto. "Regulação, Desenvolvimento e Meio Ambiente". In *Regulação e Desenvolvimento: Novos Temas*, organizado por Calixto Salomão Filho. São Paulo: Malheiros, 2012.

Sanches, Sydney. "Acesso à Justiça". *Revista dos Tribunais*, Ano 76, 621 (julho de 1987).

Santana, Héctor Valverde. "A Ilegalidade da Cobrança da Tarifa de Assinatura Básica de Telefonia Fixa". *Revista Jurídica da Presidência* 9, nº 84 (2007): 116–30.

Santos, Alvaro. "The World Bank's Uses of the 'Rule of Law' Promise in Economic Development". In *The New Law and Economic Development: a Critical Appraisal*, organizado por David M. Trubek e Alvaro Santos. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

Santos, Bárbara Ferreira, e Paulo Saldaña. "Pais trabalham meio período enquanto esperam vaga em creche - Educação". *Estadão*. Acessado 11 de junho de 2015. http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,pais-trabalham-meio-periodo-enquanto-esperam-vaga-em-creche,1618964.

———. "Prefeitura infla número de vagas em creches e conta criança 2 vezes - Educação". *Estadão*. Acessado 11 de junho de 2015. http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,prefeitura-infla-numero-de-vagas-em-creches-e-conta-crianca-2-vezes,1618983.

Santos, Boaventura de Sousa, Maria Manuel Leitão Marques, e João Pedroso. "Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas". *Oficina do Centro de Estudos Sociais* 65 (1995).

Sargentich, Lewis. "Complex Enforcement", 1978. Harvard Law School Library. isites.harvard.edu/fs/docs/.../SargentichComplexEnforcement.pdf.

Sawyer, Charles F. "Class Actions and Statutes of Limitations". *The University of Chicago Law Review* 48, nº 1 (1981): 106–24.

Seligman, Felipe Benaduce, André Luís César Ramos Ramos, e Secretaria de Reforma do Judiciário, orgs. *10 anos de Transformação: os Bastidores, os Desafios e o Futuro da Reforma do Judiciário*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

Sen, Amartya. *Development as Freedom*. Reprint edition. Anchor, 2000.

Shihata, Ibrahim F. I. "Legal Framework for Development: Role of the World Bank in Legal Technical Assistance". *International Business Lawyer* 23 (1995): 360.

———. "The Role of Law in Business Development". *Fordham International Law Journal* 20 (1997 de 1996).

———. “The World Bank and Human Rights: An Analysis of the Legal Issues and the Record of Achievements”. *Denver Journal of International Law and Policy* 17 (1988): 39.

Silva, Virgílio Afonso da. “O Judiciário e as Políticas Públicas: Entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais”. In *Direitos Sociais: Fundamentação, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, 587–99. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Silva, Virgílio Afonso da, e Fernanda Vargas Terrazas. “Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: The Exclusion of the Already Excluded?” *Law & Social Inquiry* 36, nº 4 (Setembro de 2011): 825–53.

Silveira, Adriana Aparecida Dragone. “O Direito à Educação de Crianças e Adolescentes: Análise da Atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo (1991-2008)”. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 2010.

Silver-Greenberg, Jessica, e Robert Gebeloff. “Arbitration Everywhere, Stacking the Deck of Justice”. *The New York Times*, 31 de outubro de 2015. http://www.nytimes.com/2015/11/01/business/dealbook/arbitration-everywhere-stacking-the-deck-of-justice.html.

Sousa, José Augusto Garcia de. “A Defensoria Pública”. In *Caminhos da Cidadania*, organizado por Alzira Alves de Abreu. FGV, 2009.

Stake, Robert. “Case Studies”. In *Handbook of Qualitative Research*, organizado por Norman K. Denzin e Yvonna S. Lincoln. Thousand Oaks: SAGE Publications, Inc, 1994.

Stephenson, Matthew C. “Public Regulation of Private Enforcement: The Case for Expanding the Role of Administrative Agencies”. *Virginia Law Review* 91, nº 1 (2005): 93–173.

Stigler, George J. “The Theory of Economic Regulation”. *The Bell Journal of Economics and Management Science* 2, nº 1 (1971): 3–21. doi:10.2307/3003160.

Streck, Lenio Luiz. “O Novo Código do Processo Civil e as Inovações Hermenêuticas: o Fim do Livre Convencimento e a Adoção do Integracionismo Dworkiniano”, 2015.

Sundfeld, Carlos Ari, e Oscar Vilhena Vieira, orgs. *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

Talesh, Shauhin. “How the Haves Come out Ahead in the Twenty-First Century”. *DePaul Law Review* 62 (2013 de 2012): 519.

Terrazas, Fernanda Vargas. “O Poder Judiciário como Voz Institucional dos Pobres: o Caso das Demandas Judiciais de Medicamentos”. *Revista de Direito Administrativo* 253, nº 0 (11 de abril de 2013): 79–115.

Thaler, Richard H., e Cass R. Sunstein. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. Yale University Press, 2008.

The Editorial Board. “Arbitrating Disputes, Denying Justice”. *The New York Times*, 7 de novembro de 2015. http://www.nytimes.com/2015/11/08/opinion/sunday/arbitrating-disputes-denying-justice.html.

Toharia, José Juan. "Evaluating Systems of Justice Through Public Opinion: Why, What, Who, How, and What For?" In *Beyond Common Knowledge: Empirical Approaches to the Rule of Law*, organizado por Erik Jensen e Thomas Heller, 21–62. Stanford: Stanford University Press, 2003.

Toledo, Luiz Fernando. "São Paulo bate recorde de fila em creches - Educação". *Estadão*. Acessado 11 de junho de 2015. http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,sao-paulo-bate-recorde-de-fila-em-creches,1602089.

Trubek, David M., e Alvaro Santos, orgs. *The New Law and Economic Development: a Critical Appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

Underwood, Richard H. "Legal Ethics and Class Actions: Problems, Tactics and Judicial Responses". *Kentucky Law Journal* 71 (1983 de 1982): 787.

Unger, Roberto Mangabeira. *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*. New ed., 1. publ. Politics, a Work in Constructive Social Theory. London: Verso, 2001.

———. "O Brasil e os Estados Unidos". *Folha de São Paulo - Tendências e Debates*, 11 de abril de 2008. http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0411200808.htm.

———. *O Direito e o Futuro da Democracia*. Traduzido por Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.

———. *What Should Legal Analysis Become?* Verso, 1996.

———. *What Should the Left Propose?* London ; New York: Verso, 2005.

Veblen, Thorstein. *A Teoria da Classe Ociosa: um Estudo Econômico das Instituições*. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

Veiga da Rocha, Jean-Paul. "A Capacidade Normativa de Conjuntura no Direito Econômico: o Déficit Democrático da Regulação Financeira". Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 2004.

———. "Quem Tem Medo da Delegação Legislativa?" *Revista de Direito Administrativo* 271 (2015): 193–221.

Velloso, Carlos, Sérgio Rabello Tamm Renault, Luiz Antonio Guimarães Marrey, e Ives Gandra Martins. "O que é preciso reformar no Judiciário?" *Folha de S. Paulo*. 16 de novembro de 2003, seç. Primeiro Caderno.

Vieira, Oscar Vilhena. "A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito". *Revista Internacional de Direitos Humanos*, 4, 6, nº 6 (2007): 29–52.

———. "A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito". In *Estado de Direito e o Desafio do Desenvolvimento*, organizado por Dimitri Dimoulis e Oscar Vilhena Vieira. Coleção Direito, Desenvolvimento e Justiça. Série Produção Científica. São Paulo: Saraiva, 2011.

———. “A Moralidade da Constituição e os Limites da Empreitada Interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein”. In *Interpretação Constitucional*, organizado por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

———. “A Violação Sistemática dos Direitos Humanos como Limite à Consolidação do Estado de Direito no Brasil”. In *Direito, Cidadania e Justiça: Ensaios sobre Lógica, Interpretação, Teoria, Sociologia e Filosofia Jurídicas*, organizado por Beatriz Di Giorgi, Celso Fernandes Campilongo, e Flávia Piovesan. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

———. “Discricionariedade Judicial e Interpretação Constitucional”. In *Constituição Federal de 1988: Dez Anos (1988-1998)*, organizado por Antônio Carlos Mathias Coltro. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

———. “Estado de Direito e Advocacia de Interesse Público”. In *Estado de Direito e o Desafio do Desenvolvimento*, organizado por Dimitri Dimoulis e Oscar Vilhena Vieira. Coleção Direito, Desenvolvimento e Justiça. Série Produção Científica. São Paulo: Saraiva, 2011.

Vieira, Oscar Vilhena, e Dimitri Dimoulis. “Constituição e Desenvolvimento”. In *Agenda Contemporânea. Direito e Economia: 30 anos de Brasil*, organizado por Maria Lúcia L. M. Padua Lima. GVLaw. São Paulo: Saraiva, 2012.

Vieira, Victor. “Sentenças judiciais exigindo creches aumentam 365% - Educação”. *Estadão*. Acessado 14 de novembro de 2015. http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,sentencas-judiciais-exigindo-creches-aumentam-365,1560747.

Wang, Daniel Wei Liang. “Poder Judiciário e Participação Democrática nas Políticas Públicas de Saúde”. Dissertação de Mestrado, USP, 2009.

Wasserman, Rhonda. “Tolling: The American Pipe Tolling Rule and Successive Class Actions”. *Florida Law Review* 58 (2006): 803.

Watanabe, Kazuo. “Acesso à Justiça e Sociedade Moderna”. In *Participação e Processo*, organizado por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, e Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

———. “Relação entre Demanda Coletiva e Demandas Individuais”. *Revista de Processo*, Ano 31, 139 (setembro de de 2006).

Watanabe, Kazuo, Maria Tereza Sadek, Leslie Shérida Ferraz, e Marcos Paulo Veríssimo. “Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas”. Brasília: Secretaria de Reforma do Judiciário; Cebepej; Banco Mundial, 2007.

Weber, Max. *Ensaios de Sociologia*. Traduzido por Waltensir Dutra e Fernando Henrique Cardoso. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1979.

Werneck Vianna, Luiz, e Marcelo Baumann Burgos. “Entre Princípios e Regras: Cinco Estudos de Caso de Ação Civil Pública”. *Dados* 48, nº 4 (dezembro de 2005): 777–843.

Wiziack, Julio, e Mariana Carneiro. "Acordo sobre perdas na poupança com planos econômicos deve sair até agosto - 10/07/2017 - Mercado". *Folha de S.Paulo*. Acessado 10 de julho de 2017. http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/07/1899804-acordo-sobre-perdas-na-poupanca-com-planos-economicos-deve-sair-ate-agosto.shtml.

Wolfensohn, James D. "A Proposal for a Comprehensive Development Framework", 21 de janeiro de 1999. http://web.worldbank.org/archive/website01013/WEB/0__CO-87.HTM.

Wollschläger, Christian. "Exploring Global Landscapes of Litigation Rates". In *Soziologie des Rechts: Festschrift für Erhard Blankenburg zum 60. Geburtstag*, organizado por Erhard Blankenburg, Jürgen Brand, e Dieter Strempel, 1. Aufl., 577–88. Schriften der Vereinigung für Rechtssoziologie ; Bd. 24. Baden-Baden: Nomos, 1998.

Yeazell, Stephen C. *Civil Procedure*. 8th ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012.

Young, William G. "Vanishing Trials, Vanishing Juries, Vanishing Constitution". *Suffolk University Law Review* 40 (2007 de 2006): 67.

Zampier, Deborah. "Parceria entre CNJ e Banco Mundial otimiza gestão de tribunais estaduais". Acessado 5 de setembro de 2015. http://www.cnj.jus.br/index.php.

Zavascki, Teori Albino. *Processo Coletivo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

———. "Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos". Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005.