V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

ACESSO À JUSTIÇA

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

HENRY JAVIER TRUJILLO AROCENA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

A174
Acesso à Justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM/Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Henry Javier Trujillo Arocena, José Querino Tavares Neto – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-215-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Justiça. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

ACESSO À JUSTIÇA

Apresentação

En las presentaciones realizadas se puede ver análisis que recorren distintos niveles de temas dentro del concepto de acceso a la justicia. De manera general, se pueden distinguir cuatro aspectos que han motivado el trabajo de los ponentes. Un aspecto que se podría llamar "procesal" refiere a los institutos procesales disponibles dentro del Poder Judicial y dentro del sistema institucional como un todo. Básicamente, éstos refieren a diferentes tipos: los mecanismos alternativos tales como el arbitraje, conciliación y mediación; los juzgados especiales, y los institutos de acción colectiva o de público interés. Quienes expusieron sobre estos temas estaban preocupados sobre todo por la eficiencia y eficacia de estos instrumentos procesales, particularmente los primeros –la mayoría de los trabajos refirió a ellos- debido principalmente a la reciente entrada en vigencia del Código del Proceso Civil en Brasil (CPC) que ha incluido innovaciones en los procedimientos de conciliación y mediación, en busca de facilitar la entrada al sistema legal por parte, especialmente, de aquellas personas y grupos más vulnerables. Los mecanismos de autocomposición son vistos como una forma prometedora de enfrentar el crecimiento y complejidad de las demandas que enfrenta el Poder Judicial. En general, estos trabajos concluyen que estas herramientas son un avance, aunque todavía insuficientes.

Un segundo tipo lo constituyen las acciones colectivas, incluyendo acciones de masa. También aquí el CPC incluye innovaciones cuyo efecto se verá en el futuro, y también aquí quienes abordan el tema observan limitaciones en el diseño del instituto. El tercer tipo, dado por los juzgados especiales, ha sido objeto de un trabajo que también observa el funcionamiento de la Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (TNU), encontrando que ha adoptado formas novedosas de unificación de jurisprudencia y de generación de parámetros de actuación, facilitando soluciones más próximas a las necesidades de los justiciables y también más rápidas.

Más allá de los instrumentos procesales, un trabajo tomó en cuenta el papel de las Defensorías públicas como mecanismo de acceso a la justicia, especialmente para personas más vulnerables. Se encuentra que, a pesar de la existencia de recomendaciones internacionales sobre la necesidad de este mecanismo, y de que estas fueron incorporadas en

la Constitución, la implementación de la institución es deficiente en buena medida, teniendo cobertura solo en una fracción del territorio, y con problemas de funcionamiento en muchas partes.

De hecho, los problemas de calidad del diseño y la implementación de instrumentos procesales, y de los propios organismos con funciones en el acceso a la justicia, son observados reiteradamente por los ponentes. Se señala justamente que el acceso no puede reducirse solo a la admisión en el proceso, sino que incluye también el modo de ser del proceso, la justicia del resultado y su utilidad. Los distintos trabajos sugieren que la promulgación de disposiciones legales es un paso adelante, pero notoriamente insuficiente si no es acompañada de otros procesos de cambio. Todo esto lleva a complejizar el concepto de acceso a la justicia, complejización que refleja la de la sociedad que demanda ese acceso, que según ven varios de los ponentes se ha vuelto más diferenciada y múltiple.

En este sentido, un trabajo se apoya en la teoría de los juegos para aludir a la existencia de ciertas formas de cultura legal que tienden a identificar acceso a la justicia como acceso a un litigio que, en tanto conflicto, solo puede ser resuelto por adjudicación, aplicando la fuerza del Estado. En cambio, los modelos de autocomposición presuponen la posibilidad de comportamiento cooperativo, que resulta difícil de conciliar con el paradigma imperante.

Finalmente, dos trabajos se han referido a los temas planteados por los enfoques neo constitucionalistas. Uno de ellos analiza los dilemas distributivos que se plantean frente a la actuación del Poder Judicial en el acceso a medicamentos y servicios médicos de alto costo, proponiendo la aplicación de la teoría de la justicia de Rawls como forma de decidir la asignación de recursos escasos frente a la judicialización de estas demandas. El otro trabajo explora la inobservancia de disposiciones positivas, especialmente de la audiencia preliminar, desde la perspectiva de Luigi Ferrajoli.

De hecho, el GT propuesto Acceso a la Justicia afirma cada vez más como un espacio de discusión no sólo de acceso a los tribunales como una herramienta para producir la justicia, que no pocas veces produce exactamente lo contrario, pero, sobre todo, la construcción la ciudadanía y la necesidad de aumentar las oportunidades de acceso a los sistemas de justicia. Esto sólo será efectiva como cuando el monopolio de decir lo que es correcto para migrar a una mayor comprensión de lo que es correcto y por lo tanto no sólo ellos mismos tienen que cambiar las fuentes tradicionales del derecho, tales como, en particular, la expansión de los actores inherente a la toma de decisiones y constructivo proceso de su fuente más recurrente, la ley.

Montevidéu

Prof. Dr. Henry Trujillo - UDELAR

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG/PUCPR

O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO COLETIVO NO BRASIL E O TRATAMENTO CONFERIDO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

THE DEVELOPMENT OF THE COLLECTIVE RIGHTS IN BRAZIL AND THE TREATMENT ACCORDING TO THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

Alessandra Mizuta de Brito [1]
Elaine Harzheim Macedo [2]

Resumo

Em razão da alteração dos tipos de relações sociais, os conflitos ganharam novos contornos e passaram a exigir atenção da comunidade jurídica, fazendo com que tenham que encontrar soluções para diferentes tipos de litigiosidade, sendo elas: individual, coletiva e das ações de massa. Pretende o presente artigo tratar especificamente acerca da litigiosidade coletiva, primeiro realizando um paralelo entre o direito brasileiro com o direito norte americano, para posteriormente realizar uma revisão crítica acerca da evolução do direito coletivo no Brasil e de que forma o novo código de processo civil se posicionou a respeito do tema.

Palavras-chave: Ações coletivas, Class action, Novo código de processo civil

Abstract/Resumen/Résumé

Because of the change of the types of social relations, conflicts have gained new contours and have demanded attention from the legal community , causing them to have to find solutions for different types of litigation, namely: individual, collective and mass actions. This article aim to deal specifically about collective litigation, first performing a parallel between Brazilian law with the North American rights to subsequently carry out a critical review on the progress of collective rights in Brazil and how the new civil procedure code has positioned on the subject .

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Collective action, Class action, New civil procedure code

[1] Doutoranda em Direito Processual (PUC/RS - bolsista CAPES); Mestre em Direito (UNICURITIBA - 2008); Especialista em Direito Privado (IBEJ - 2003); Coordenadora Adjunta e Professora do Direito ULBRA /CANOAS.

[2] Doutora em Direito (UNISINOS); Mestre e Especialista em Direito Processual Civil (PUC/RS). Desembargadora do TJ/RS aposentada. Professora dos Cursos de Graduação e PPG em Direito da PUC/RS. Professora da AJURIS.

INTRODUÇÃO

A transformação da sociedade moderna trouxe consigo a crescente participação do indivíduo em relações coletivas e massificadas. Diante deste novo paradigma, a ciência jurídica tem buscado dar resposta a uma necessidade social contemporânea que anseia uma maior eficiência e velocidade nas respostas de seus problemas.

Assim coube a ciência jurídica encontrar soluções para tratar de forma eficiente os três tipos de litigiosidade: a individual, a coletiva (de direitos difusos e coletivos) e a das ações de massa (de ações repetitivas ou seriais).

Embora a inspiração para o tratamento da litigiosidade coletiva seja advinda do sistema norte americano, que teve uma evolução lenta e gradual, no direito brasileiro o movimento de tutela de direitos transindividuais tem procurado ser ágil, pois existe um descontentamento pelas respostas meramente individuais que extrapolam esta esfera.

Para que se assegure a efetividade ao princípio do acesso à justiça, está atrelada a noção de que seja dada a solução adequada ao problema levado à juízo, portanto, para o conflito coletivo, faz-se necessária a tutela coletiva.

Não obstante a tutela coletiva venha sendo tratada por microssistemas esparsos, com o advento do novo Código de Processo Civil ressurgiram as expectativas de que finalmente fosse possível o tratamento adequado da litigiosidade coletiva. Em especial em decorrência do momento histórico em que surge o Projeto de Lei 166/2010.

Pretende o presente artigo analisar se o novo Código atendeu as expectativas no trato da tutela coletiva, objetivando-se analisar de forma crítica a evolução da tutela coletiva no Brasil, para esclarecer ao final se o novo CPC deu ou não uma solução para esta nova modalidades de litigiosidade.

O método de abordagem adotado foi o hipotético-dedutivo, mediante a análise da aplicação de ferramentas processuais que propiciam a orientação de tutelas coletivas pelo sistema norte americano e brasileiro. Para o método de interpretação foram utilizados o teleológico e axiológico já que, após o diagnóstico quanto às ferramentas escolhidas para sugerir a melhor forma de garantir o acesso à justiça para a tutela coletiva, seja concluído pela utilização dos instrumentos a exemplo da proposta do Novo Código, seja pela sugestão de sua ressignificação.

Para tanto, o artigo parte da análise das tradições jurídicas da *common law* e da *civil law*, em razão da influência que o direito coletivo brasileiro sobre do sistema norte americano, passando pelo tratamento das tutelas coletivas pelos Estados Unidos e posteriormente pelo

Brasil, para ao final verificar como este tipo de litigiosidade foi tratado pelo novo Código de Processo Civil.

1 AS TRADIÇÕES JURÍDICAS DA *COMMON LAW* E DA *CIVIL LAW* E A APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS

Em razão da forte influência sofrida pelo direito norte americano para o tratamento das tutelas coletivas, faz-se inicialmente necessária uma breve distinção entre os sistemas da *common law* e da *civil law*, constituindo-se estas em verdadeiras tradições jurídicas, compostas por práticas, costumes e hábitos de uma comunidade "historicamente condicionados, a respeito da natureza do direito, do papel do direito na sociedade e na política, a respeito da organização e da operação adequada de um sistema legal, bem como a respeito da forma que deveria criar-se, aperfeiçoar-se, aplicar-se e ensinar-se o direito." (STRECK; ABBOUD, 2014. p. 20)

Embora a *common law*[1] do direito inglês nem sempre tenha se pautado nos precedentes vinculantes, sem dúvida este é o berço do *stare decisis*. Este sistema jurídico se baseia inicialmente nos costumes do Reino da Inglaterra e posteriormente no *case law* (direito jurisprudencial).

A base decisória deste sistema é construída sobre os costumes e possui como principal fundamento a estabilidade e isonomia das decisões proferidas pelo judiciário.

Por outro lado, a *civil law*, com origem romano-germânica, possui sua base na legislação escrita. Para este sistema, a principal característica da fonte do direito é a abstração da lei, ocupando a jurisprudência e os costumes um papel secundário.

[1] Streck e Abboud (2014) explicam o surgimento e desenvolvimento da common law em 4 períodos, iniciando-se em 1066 com a conquista da normanda. O desenvolvimento deste sistema jurídico na Inglaterra só foi possível com a centralização da jurisdição nas mãos do rei. Num segundo período surge um novo sistema jurídico em detrimento dos costumes locais anteriores. O direito era aplicado em circuitos periódicos dos condados, sendo posteriormente aplicado nas Cortes Reais em Londres. Em razão da coerência, os juízes depositavam muita confiança nos julgamentos realizados em casos semelhantes, surgindo aí a doutrina do precedente judicial.
O terceiro período do *Common Law* se dá com a formação da *equity* inglesa a partir das decisões da *Court of Chancery*, chegando inclusive a concorrer com o próprio *Common Law*, sendo ao final incorporado ao ele. O principal objetivo da *equity* era sanar eventuais equívocos presentes nos casos submetidos a julgamento perante os Tribunais Reais Ingleses. Pode-se apontar com uma das principais diferenças entre o sistema da *equity* e do *Common Law* o fato de que aquele não se pautava pela obrigatoriedade de seguir o direito, admitindo julgados fundados principalmente na consciência. Durante o período de coexistência dualista entre *equity* e *Common Law, realizou-se* um pacto entre os Tribunais do *Common Law* e a jurisdição do Chanceler, permitindo que as duas jurisdições pudessem amparar-se mutuamente nos seus julgados, proporcionando assim a modernização da *Common Law*. A criação da primeira Lei de Organização Judiciária inaugurou o quarto período do *Common Law*, e essas reformas processuais foram essenciais para o desenvolvimento desse regime jurídico, pois os juízes passavam a decidir lides, o que tornou possível a existência de erro judicial, consolidando a distinção entre fatos e o direito substancial.

No fim do século XIII e no século XIV, em razão do fortalecimento do Parlamento de Paris e do tribunal inglês em Londres, o direito francês do *Civil Law* se diferenciou do Inglês do *Common Law*. O sistema da *Civil Law* passou a se basear no procedimento por escrito, ao contrário do *Common Law* que era baseado na oralidade. Ainda, no direito francês, quem solucionava os casos eram juízes profissionais e o procedimento se fundamentava no interrogatório judicial das partes e das testemunhas sob juramento, enquanto que no direito inglês, as soluções das lides eram feitas por juristas e justiças de paz leigos, sendo que o processo, se baseava na acusação e negação pelas partes opostas, com a solução da controvérsia sendo de competência do júri. Com referência ao direito material, o direito inglês é mais particularista, prático e orientado para resolução dos casos, ao contrário do direito francês que é sistemático, romanizado e codificado, incluindo em suas normas os conceitos de obrigações civis, contratos, delito, propriedade e direito público.

O regime do *Common Law* traz como princípio jurídico a independência decisória, conferindo aos juízes autonomia na atuação e nas decisões. A criação do direito era atividade do Judiciário e não do Parlamento. Diferente do *Civil Law*, onde competia ao legislativo a criação da lei, a qual tinha valoração maior do que as demais fontes do direito.

Em decorrência da colonização inglesa, os Estados Unidos da América sofreram grande influência em sua construção social, econômica, política e jurídica. Assim, o *common* law é utilizado em todo o país, com exceção do Estado da Louisiana, sendo sua aplicação decorrente do julgando do caso *Calvin´s case* (1608), oportunidade em que foi decidido que o "sistema jurídico em vigor na Inglaterra seria aquele que predominaria em suas colônias inglesas e, sendo os Estados Unidos formados por treze delas, o direito a ser aplicado seria o *common law"* (JOBIM, 2013. p. 43).

Percebe-se pelo uso dos precedentes a grande valorização da impessoalidade no julgamento pelo magistrado, privilegiando o tratamento isonômico ao jurisdicionado e a previsibilidade das decisões, já que casos iguais terão decisões iguais:

> As decisões jurisdicionais, no sistema da *common law*, portanto, vinculam o juízo futuro. Devem ser seguidas, no por vir, pelo próprio juízo prolator e pelas cortes hierarquicamente inferiores, em havendo reconhecimento pelo juízo posterior da identidade de casos. (PORTO, 2005. p. 10)

Barroso (2005) enfatiza a 'progressiva aproximação' destas duas tradições jurídicas, indicando como indícios para esta afirmação a crescente importância do direito legislativo, além da flexibilização dos precedentes. Por sua vez, os precedentes tem ganho destaque no Brasil.

Porto (2005) elenca entre os exemplos da doutrina da mencionada *Commonlawlização* do direito nacional, os efeitos vinculantes ou *erga omnes* para certas decisões (ex. art. 103 CDC), bem como a própria súmula vinculante[2] (indicada como inspirado nos precedentes vinculantes).

A globalização trouxe consigo não apenas a intensa interação econômica, mas também cultural e esta realidade se estende para os sistemas jurídicos. Entretanto, ainda que se influenciem mutuamente, a herança cultural que pesa sobre o desenvolvimento das diferentes tradições jurídicas faz com que para adotar a expertise de cada sistema jurídico, façam-se necessárias adequações para que caibam no sistema oposto.

Neste sentido, é inegável a influência da *class action* norte americana no trato dos direitos coletivos brasileiros (especificamente dos direitos individuais homogêneos), o que não há de ser considerado algo negativo, muito pelo contrário. Parece ser oportuno aproveitar a experiência da solução para as relações coletivas, para que o direito brasileiro acelere o passo em direção ao tratamento adequado aos diferentes tipos de litigiosidade, e neste caso específico, naquelas que envolvam o direito coletivo.

2. O PROCESSO COLETIVO NO DIREITO NORTE AMERICANO

Conforme visto, o sistema jurídico norte americano é da *common law* e por este motivo utiliza-se como primeira fonte do direito a tradição jurídica, dos precedentes judiciais (ainda que, como mencionado, a legislação venha ganhando relevante espaço).

O primeiro caso a gerar debate acerca do tema ocorreu em 1820, em que um morador de Massachusetts ajuizou ação sob o argumento de que seu patrimônio havia sido dilapidado pelo réu, então gestor de seus negócios. Entretanto, o que chama a atenção da doutrina foi o debate que se traça acerca da competência do juízo. Este caso, conhecido por West v. Randall[3], embora não tenha tratado especificamente acerca dos direitos coletivos, despertou o

[2] Por outro lado, Streck e Abboud (2014) têm interpretação diversa quando a sumula vinculante, apontando como distinção entre estas e os precedentes: (a) a sua origem (já que os precedentes decorrem da tradição, não contando com qualquer lei que o imponha; enquanto a súmula vinculante é imposta por lei); (b) o objeto (já que a sumula vinculante visa o futuro, enquanto o precedente a consagração da jurisprudência); (c) quanto ao conteúdo (a súmula vinculante vale pelo seu enunciado genérico – "conceitos sem coisas" (p. 68), enquanto o precedente pelos fundamentos que embasaram determinada decisão); (d) na formação (a súmula se desvincula da decisão que a originou, dimensão atemporal, duração indefinida; enquanto o precedente é utilizado como critério normativo para casos futuros, desde que com idêntica questão de direito, com função primordial de servir de modelo para decisões posteriores).

[3] Conforme narra Mendes (2014) no caso houve a confirmação da competência da Justiça Federal, sob o fundamento da diversidade de jurisdição (em decorrência da *diversity jurisdiction*, que informa que a competência é da justiça federal quando as partes são de Estados diversos). Considerando que se houvessem

interesse de Joseph Story (autor e juiz norte americano) acerca da *group litigation*, já que segundo raciocínio desenvolvido pelo autor, a eventual presença de litisconsortes influenciaria na fixação da competência. (MENDES, 2014)

Em 1936 já demonstrando grande conhecimento sobre as ações coletivas, Story publica trabalho apontando a importância e o papel das demandas coletivas tanto para o Poder Judiciário, quanto para o acesso à justiça, defendendo que a *group litigation* possui por intenção suprimir tanto o litígio inútil, quanto a multiplicação de demandas. Depois, passa a apresentar duas funções para este tipo de litígio:

> a) a redução do número de ações propostas (e, com isso, a carga de processos sobre o Judiciário); e b) facilitar a instauração de demandas que, de outra forma, não seriam formuladas, tendo em vista que os respectivos direitos, individualmente considerados, teriam valor muito reduzido (por conseguinte, o acesso à prestação jurisdicional seria incrementado). (MENDES, 2014, p. 67)

Em 1842 são editadas regras de equidade pela Suprema Corte dos Estados Unidos, entre elas a *Equity Rule* 48[4], sendo esta considerada a primeira norma escrita sobre a *class action.*

Finalmente, em 1938 surgem as *Federal Rules of Civil Procedure*[5] norte americanas, que tratam do processo civil nos juízos federais e entre elas, encontra-se a *rule 23* que regulam as *class actions,* a mais conhecida ação coletiva estadunidense.

Não se trata de norma jurídica promulgada pela iniciativa do poder legislativo, nem um código que se proponha a ser coerente e completo. Em verdade, são um conjunto de normas emitidas "pela Suprema Corte dos Estados Unidos, através de uma delegação do Poder Legislativo americado. Em 1934, o Congresso promulgou uma lei, o *Rules Enabling Act*, delegando à Suprema Corte a tarefa de promulgar normas processuais" (GIDI, 2007, p. 46) para o âmbito da Justiça Federal.

---

outras pessoas que figurassem como litisconsortes necessários, deixaria de existir a *diversity jurisdiction* e portanto, o processo não seria encaminhado para a Justiça Federal. Por outro lado, Story (apud Mendes) havia precedentes ingleses com a orientação de que a presença de outras pessoas interessadas não acarretaria o litisconsórcio necessário obrigatoriamente.

[4] *Equitiy Rule 48: Where the parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays, in the suit, be all brought before it, the court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proceded in the suit, having suficiente parties before it to represent all the adverse interests of the plaintiffs and the defendants in the suit properly before it. But in such cases the decree shall be ithout prejudice to the rights and claims of all the absent parties.*

Tradução livre: Onde as partes em qualquer dos lados são muito numerosas e não podem, sem que se mostrem inconveniente ou provoque atrasos manifestos no processo, serem levados levados de forma conjunta perante a corte, ela pode dispensar que todas elas sejam partes, e pode prosseguir o processo, tendo partes o suficiente perante ela para representar os interesses de todos as partes e os defendentes no processo. Mas nesses casos, o decreto aplica-se sem prejuízo dos direitos e reivindicações de todas as partes ausentes.

[5] Normas do Processo Civil Federal

2.1 *Class action*

Sem dúvida a Class Action é o instrumento processual mais conhecido para tratar os direitos coletivos norte americanos e exerce significativa influencia sobre a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos no direito brasileiro.

Estão regulamentadas pela *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*, de 1938, e que teve sua grande reforma em 1966, com posteriores pequenos ajustes. A partir desta norma, admitiu-se que "um ou mais membros da classe promovam ação em defesa dos interesses de todos os seus membros" (Zavascki, 2006, p. 31-32).

Para tanto, devem ser preenchidos os seguintes requisitos: a) a inviabilidade prática do litisconsórcio ativo, em razão da numerosa quantidade de membros, tornando impraticável sua reunião; b) seja objeto da ação questões de fato ou de direito comum a toda classe; c) tratem-se de pretensões e defesas tipicamente de classe e d) a representação seja adequada, a fim de que o demandante represente de forma eficaz os interessados comuns da classe.

Gidi (2007) realiza crítica aos requisitos impostos pela *Rule 23*, pois considera que era suficiente a previsão das Federal Equity Rules 48 e 38, bem como da doutrina e jurisprudência da época, que previam o cabimento da ação coletiva com apenas dois requisitos: existência de interesse comum entre os membros de grupo, cuja numerosidade impedisse o litisconsórcio de todos e a representatividade adequada, em respeito ao devido processo legal.

São previstas três modalidades de *class action*:

Rule 23 (b) (1) – para hipóteses em que a propositura de ações individuais possa criar risco de (i) decisões contraditórias; ou (b) prejudicar interesses de outros membros da classe. Neste tipo de ação não é possível os membros da classe exercitarem o direito de *opt out*, ou seja, excluírem-se da demanda.

Rule 23 (b) (2) – hipótese em que uma classe de pessoas busca uma decisão judicial do tipo *injunction* ou *declaratory relief*[6]. Aplicável em "situações nas quais alguém age – ou deixa de agir – de maneira inadequada em relação à classe, fazendo nascer uma pretensão consistente em obrigação de fazer." (BARROSO, 2005, p. 149). Da mesma forma que na primeira hipóteses, também não é possível o *opt out*, pois conforme informa Gidi (2007, p. 79) "é preciso que a situação do caso concreto permita a decisão unitária da lide."

[6] Proibição ou imposição de determinada conduta.

Por fim, a Rule 23 (b) (3) – é a mais comum das *class actions*, tratando-se das *class actions for damages*[7], possuindo como requisitos de admissibilidade a predominância de questões comuns (devendo estas serem superiores àquelas questões que afetam os membros individualmente) e a superioridade da tutela por ação de classe (sendo a ação de classe mais adequada do que as demais possibilidades, para um julgamento justo e eficiente). Além disso, cabe ao juiz a análise da representatividade adequada, cabe aos autores da ação o dever de notificar individualmente todos os membros da classe pelo correio e existe o direito de *opt out.*

2.2 *Citizen Action*

Além da *class action* já apresentada, entre os institutos estadunidenses para tutelar os direitos supra-individuais, existem ainda as *public interest actions*, cuja tradução poderia se apresentar como "ações de interesse público".

Estas ações de interesse público representam um gênero de instrumentos processuais para proteção de direito coletivo, especialmente para tratar os direitos transindividuais e indivisíveis (chamados difusos pelo direito brasileiro), para reprimir inclusive a atuação do próprio Estado por meio do controle de constitucionalidade e legalidade dos atos administrativos, em favor da coletividade pelos mais variados motivos (por exemplo: direito dos homossexuais).

Por sua vez, a *citizen action* ou Citizen Suit, uma espécie do gênero *public interest actin*, cuja tradução proposta por Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (1991) seria 'ação popular ambiental', com objeto de tutelar o patrimônio ambiental do cidadão norte americano.

Diferente da primeira modalidade de tutela coletiva americana apresentada anteriormente, a *citzen action* é pouco difundida na doutrina brasileira e são apontados dois motivos para este fato: primeiro em decorrência da novidade do tema, na medida em que a *Clean Air Act* foi instituída nos Estados Unidos somente nos anos 70 e segundo, em razão da grande popularidade que a *class action* conta, ofuscando as mais recentes formas de tutela coletiva. (BENJAMIN, 1991)

Esta modalidade de ação confere a legitimidade individual dos próprios cidadãos, bem como para entidades ou órgãos intermediários para o seu ajuizamento, possibilidade esta

[7] Ação de classe por danos causados

confirmada no caso Friends of the Earth vs. Carey, em que consta que "*a citizen organization has standing to ligate the claim of violation of the Act without alleging "injury-in-act" where Congress has determined that "any citizen" was a proper party to bring suit under the citizen suit provisions of the Clean Air Act."*[8] (GREENBAUM; PETERSON, 2011, p. 90). Também são legitimadas as pessoas jurídicas.

Em geral não se busca com a ação indenizações por danos individuais (embora esta possibilidade não esteja descartada), mas sim beneficiar toda a comunidade, detendo e prevenindo o dano ambiental, obrigando o Estado a tutelar de maneira eficaz o meio ambiente.

A *citizen action* pode se classificar em duas modalidades: sendo a primeira aquela que tem no pólo passivo o poluidor e visa à sua condenação ao pagamento de indenização por danos, bem como a restauração do *status quo ante* e a prevenção de futuras violações, denominada por Benjamin (1991) de ' substitutiva'. Por sua vez, a segunda modalidade, denominada ' impelente', tem como réu o órgão técnico encarregado da tutela ambiental considerado ineficiente, visando a sua condenação a uma prestação de fazer ou não fazer e consequentemente cumprindo suas atribuições de tutela ambiental.

Em um cotejo com o direito brasileiro, este tipo de ação de assemelharia à Ação Popular.

3. TRATAMENTO DADO AO DIREITO COLETIVO NO BRASIL

Quando na oportunidade da promulgação do Código de Processo Civil de 1973, o direito processual civil clássico preocupava-se exclusivamente em tratar dos conflitos entre indivíduos, ou entre o indivíduo e o Estado, pois representava satisfatoriamente o tipo de litigiosidade a que o Estado era provocado a pacificar.

Entretanto, as transformações das relações sociais exigiram adequações também do sistema jurídico processual, para lidar com os interesses meta ou transindividuais, fazendo com que dois grupos de mecanismos passassem a ser utilizados para proteção do direito coletivo.

Os mecanismos são específicos para os diferentes tipos de direito coletivo, que de acordo com dispositivos legais, classificam-se da seguinte forma:

[8] Tradução livre: "uma organização civil é parte legítima para ligar acerca da violação da Lei , sem alegar dano individual em que o Congresso ja determinado que " qualquer cidadão " é uma parte adequada para propor ação com base nas previsões legais da Lei do Ar Limpo."

3.1 Classificação dos direitos e interesses coletivos

Barroso (2005) afirma que a partir da análise combinada da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor é possível compreender as diferentes situações jurídicas que embasam a tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro e as divide em três categorias, sendo elas exatamente aquelas sinalizadas no artigo 81 do CDC, ou seja: direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos.

As principais características dos direitos difusos e coletivos são a transindividualidade e indivisibilidade, pois a titularidade do direito pertence a uma pluralidade de pessoas e o seu objeto não comporta fracionamento, impossibilitando que sejam fruídos de maneira fracionada. Por outro lado, os direitos individuais homogêneos são divisíveis e disponíveis.

Na sequencia, serão tratados cada uma das espécies dos direitos coletivos em sentido amplo.

3.1.1 *Direitos difusos*

Nos termos do inciso I, do parágrafo único, do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor entende-se por "interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato". A exemplificação típica deste tipo de direito seria a defesa contra a publicidade enganosa ou ao direito ao meio ambiente equilibrado.

Barroso (2005) entende que, ainda que se trate de um direito indivisível, nada impede que um indivíduo que tenha sofrido lesão vá a juízo por conta própria, mencionando alguns exemplos pessoa vítima de dano causado por poluição de rio ou pela aquisição de medicamento sem a advertência dos potenciais riscos a saúde.

Por outro lado, Tesheiner (2015, p. 8) afirma que não existe a possibilidade de o indivíduo ajuizar demanda com base em direito difuso de maneira individual, justamente em decorrência da indivisibilidade do resultado, pois "não podem ser gozados ou apropriados individualmente".

Ainda sobre este tema, Nigro (2015, p. 53) enfatiza que não se tratam de pessoas indeterminadas, mas pessoas indetermináveis, ou grupos menos determinados de pessoas sem

um vínculo jurídico ou fático entre elas. Seriam, portanto, "um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontrem unidas por circunstâncias de fato conexas."

Contudo, informa este último autor que nem todo interesse difuso é compartilhado pela coletividade ou mesmo comungado pelo Estado.

3.1.2 *Direitos coletivos em sentido estrito*

Os interesses e direitos coletivos são identificados no inciso II, do parágrafo único, do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor como sendo "os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base". Posteriormente, inciso II, do parágrafo único da Lei de Lei 12.016/09 definiu os direitos coletivos como "os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica."

Sobre este conceito, Nigro adverte que embora se faça menção a relação jurídica básica como o elo entre os lesados,

> ainda aqui é preciso admitir que essa relação jurídica disciplinará inevitavelmente uma hipótese fática concreta; entretanto, no caso de interesses coletivos, a lesão ao grupo não decorrerá propriamente da relação fática subjacente, e sim, da própria relação jurídica viciada que une o grupo. (NIGRO, 2015, p. 55)

Barroso (2005) distingue o direito coletivo *stricto sensu* dos difusos pela determinabilidade dos titulares do direito e neste sentido, Mendes (2014) informa que a relevância desta distinção encontra-se nos efeitos da coisa julgada da sentença, já que para os coletivos a eficácia esta restrita ao grupo, categoria ou classe, enquanto para o direito difuso o efeito será *erga omnes.*

As relações jurídicas base podem se dividir em dois grupos, sendo elas de "*affectio societatis"*[9] ou pela sua ligação com a parte contrária[10], conforme informam Didier Jr e Zaneti Jr (2014), enfatizando que a relação-base deve ser anterior a lesão.

[9] Didier Jr. e Zaneti Jr. (2014) mencionam como exemplo a Ordem dos Advogados do Brasil, estando as pessoas ligadas ao órgão de classe. A relação-base entre os associados é aquela que une entre si os seus membros (*affecio societatis,* elemento subjetivo que une os membros do grupo em busca de objetivos comuns).

[10] No caso da relação que se forma em relação a parte contrária, os autores utilizam como exemplo a ligação ao ente estatal responsável pela tributação. Assim, o vínculo jurídico que une a parte contrária é a sua condição de contribuinte de um mesmo tributo. Difere-se do caso da publicidade enganosa pois o que une a parte contrária é

3.1.3 *Direitos Individuais Homogêneos*

Leal (2014, p. 273) informa que "pela etimologia da palavra (*homo* = mesmo, igual + *genos* = origem), implica uma pretensão com mesma fonte obrigacional para vários credores." Neste sentido é o inciso III, do parágrafo único, do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor: "interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum".

A Lei de Mandado de Segurança Individual e coletivo (Lei 12.016/09) no mesmo sentido, entende os direitos individuais homogêneos como sendo aqueles de "origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante (art. 21, parágrafo único II).

Diferente das duas primeiras hipóteses, estes são direitos divisíveis, já que seus titulares são determinados, o que torna possível que estes direitos sejam individualmente demandados, porém admitida a tutela coletiva quando observada a conveniência ou melhor adequação.

Contudo, para que se faça a opção pela tutela coletiva, dois requisitos são essenciais: a origem comum e a homogeneidade.

Neste sentido, Mendes (2014) informa que o *caput* do artigo 81 do CDC possibilita o exercício do direito dos consumidores e vítimas individualmente ou de forma coletiva, apontando a falta de indivisibilidade como principal característica dos interesses individuais homogêneos. Para ele em razão da divisibilidade, o tratamento unitário não é obrigatório, tornando possível diferentes soluções para os interessados.

Assim, "os interesses ou direitos são, portanto, essencialmente individuais e apenas acidentalmente coletivos. Para serem qualificados como homogêneos, precisam envolver uma pluralidade de pessoas e decorrer de origem comum" (MENDES 2014, p. 230)

Importa, ainda, lembrar que os fundamentos ou causa de pedir das ações com base nos direitos individuais homogêneos gravitam o campo da responsabilidade civil, baseando-se em atos ilícitos contratuais ou extracontratuais (LEAL, 2014)

3.2 Processo coletivo brasileiro

---

a lesão decorrente dela, e portanto, não há vínculo precedente, o que classificaria este exemplo na categoria dos direitos difusos e não coletivos em sentido estrito.

Embora o processo coletivo brasileiro seja tratado essencialmente por microssistemas, Barroso (2005) propõe a divisão dos mecanismos para proteção coletiva em dois grupos: o primeiro das ações de controle de constitucionalidade pela ação direta[11] e a segunda, das diferentes ações com pretensões subjetivas em caráter coletivo.

A preocupação com a defesa coletiva passa a apresentar seus primeiros frutos no Brasil no início dos anos 80, até que se concretizasse a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), que possuía como objetivo a defesa do meio ambiente, do consumidor e do patrimônio cultural, impossibilitando a defesa de outros interesses difusos que não aqueles especificados na lei.

Em 1988 a Constituição Federal inseriu em suas normas a tutela coletiva, dando maior abrangência ao seu conceito, legitimidade e objeto, ocasionando a ampliação de leis que tratam sobre o tema e fazendo aumentar o interesse pela comunidade jurídica, fazendo com que diferentes versões de Código de Tutela Coletiva, sendo submetido pelo Congresso o Projeto de Lei n. 5.139/2009, arquivado no ano de 2010.

Neste mesmo ano foi proposto por iniciativa do Senado Federal o Projeto de Lei n. 166/2010, que após 5 anos de tramitação foi convertido no Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e que ensaiou um tratamento à tutela coletiva, conforme será melhor esclarecido no próximo tópico.

A partir da Lei da Ação Civil Pública, com a abrangência da tutela coletiva alargada pela Constituição Federal, outras leis surgiram com este intuito entre elas (e não tendo a pretensão e ser exauriente) a lei da defesa coletiva das pessoas com deficiência (Lei n. 7.853/1989), lei para defesa coletiva dos investidores lesados no mercado de valores mobiliários (Lei n. 7.913/1989), a ampliação do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente que passa a tutelar não somente de forma individual, mas também de forma transindividual as crianças e adolescentes (Lei n. 8.069/1990) e o Código de Defesa do Consumidor - CDC que trouxe significativa contribuição com um sistema coletivo de defesa do consumidor. (MAZZILLI, 2015b).

[11] O controle de constitucionalidade de leis e atos normativos no Brasil pode ocorrer por via incidental ou por via ação direta. Esta,consiste na propositura de uma ação perante o Supremo Tribunal Federal, para se discutir em abstrato a constitucionalidade de uma lei, com decisão de natureza vinculante e com efeitos *erga omnes*. Entre os legitimados para a propor esta ação, estão quase todos os integrantes da Administração Pública ou dotados de personalidade de direito público e confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional. Barroso (2005) entende ser este um mecanismo possível para a tutela coletiva, já que preenchidos os requisitos, pode ser utilizada para invalidar leis que afetem diretamente, e de forma negativa, os direitos de uma categoria, representados pelos sindicados ou entidades de classe.

Nas palavras de Zavascki (2006, p. 63) “ação civil pública é a denominação atribuída pela Lei 7.347.de1985, ao procedimento especial, por ela instituído, destinado a promover a tutela de direitos e interesses transindividuais.”

Neste mesmo sentido, Tesheiner (2015, p. 7) afirma que ainda que de forma corriqueira denomine-se o conjunto de ações relativas aos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos de ação civil pública, isto seria um equívoco, pois conforme indicado pela própria legislação, “assim denomina a proposta para proteção de interesses difusos, seja qual for o seu autor. A expressão indicaria, pois, uma espécie, e não o gênero.” (TESHEINER, 2015)

Da mesma forma seria equivocado o uso da expressão “Ações coletivas” para designar o conjunto das três espécies de ação e como solução, propõe Tesheiner (2015) o uso das expressões Ações transindividuais para aquelas relativas a interesses ou direitos difusos e coletivos *stricto sensu* e Ações homogeneizantes as relativas a direitos individuais homogêneos[12].

A tutela coletiva acontecerá por meio da representação, hipótese em que o terceiro autorizado por lei ingressa em juízo em nome próprio, para promover direitos individuais, sendo imprescindível autorização dos representados e a condição de que o interesse, objeto da demanda, tenha relação com o objeto social da associação, autora da ação.

Também poderá a tutela coletiva ocorrer por meio da substituição processual, a exemplo do que ocorre com o mandado de segurança coletivo, hipótese em que a organização sindical, entidade de classe, associação existente a mais de um ano e partidos políticos atuam na defesa dos interesses de seus membros ou associais, nos termos do artigo 5º, LXX CF.

Não é possível o ajuizamento de demandas coletivas por pessoas físicas, sendo atribuída pelo legislador a legitimação ativa a pessoas jurídicas, públicas e privadas, ou órgãos públicos dotados de autonomia, sendo elas: (i) o Ministério Público, (ii) as associações constituídas há mais de um ano e cujo objeto tenha pertinência com o direito tutelado e (iii) entidades e órgãos da Administração Pública, incluídos a União, os Estados e os Municípios, nos termos do artigo 5º, da Lei 7.347/85 e artigo 82, da Lei 8.078/90.

A defesa dos direitos individuais homogêneos prevê procedimento em duas etapas: a primeira coletiva, proposta por meio de substituição processual em que é proferida sentença condenatória que se fixa a responsabilidade do réu pelos danos causados, de forma genérica.

[12] Salienta o autor que embora as ações homogeneizantes não visem o tratamento de ações coletivas em sentido estrito, possuem como missão garantir o tratamento igualitário a direitos individuais controvertidos por alguma questão de fato ou de direito comum.

Em seguida, tem início a segunda etapa, agora de forma individual, em que ocorrerá a liquidação e execução da sentença por cada uma das vítimas, que deverão demonstrar o dano sofrido individualmente e o nexo de causalidade, para possibilitar a quantificação para reparação especificada.

Não obstante, em caso de dificuldade econômica ou social dos beneficiários para individualmente buscarem a liquidação e execução, é possível que esta segunda etapa aconteça de modo coletivo em favor das vítimas.

O devido processo legal se resguarda pela necessidade de ciência de todos os interessados sobre a existência do processo, para que possam exercer o direito de o seu direito de participarem dele (*opt in)*, mediante a publicação de edital na imprensa oficial.

Diferente da regra do Código de Processo Civil, a coisa julgada da tutela coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos[13] terá efeitos *erga* omnes em caso de procedência da ação, e *inter partes* em caso de improcedência.

Para as ações que tratam dos direitos difusos os efeitos subjetivos da coisa julgada serão em relação a todos, em razão da indivisibilidade do objeto e pluralidade indeterminada dos titulares. E, por sua, vez, para os direitos coletivos em sentido estrito a coisa julgada se estenderá aos integrantes do grupo, categoria ou classe de pessoas que se ligam por uma relação jurídica base.

Neste ponto, três criticas devem ser feitas em relação a tutela coletiva no Brasil pelos microssistemas: a primeira delas diz respeito a limitação dos efeitos territoriais da decisão, a segunda, quando a impossibilidade de ajuizamento das ações coletivas de forma individual e, a terceira, limitação de seu objeto.

A seguir, trata-se do Novo Código de Processo Civil e de que forma se comportou o legislador em relação a litigiosidade coletiva, já que seu anteprojeto surge em meio ao debate da necessidade de uma tutela coletiva adequada.

4. O DIREITO COLETIVO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Conforme mencionado, o surgimento do projeto do novo Código de Processo Civil (PL 166/2010) surge em meio ao debate em torno da necessidade de regulamentação adequada para o tratamento da litigiosidade coletiva.

[13] Na hipótese de haver uma ação individual preexistente, e que possua o mesmo objeto da ação coletiva, o autor da ação individual terá o prazo de trinta dias para requerer a suspensão de sua ação, contados da ciência do ajuizamento da ação coletiva, para beneficiar-se dos efeitos *erga omnes* da sentença favorável. Caso faça a opção por não suspender a ação individual, estará excluído dos efeitos da coisa julgada da ação coletiva.

Naquele ano de 2010, foi arquivado o Projeto de Lei 5.139/2009 pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados[14], sendo posteriormente o processo coletivo objeto de proposta legislativa por iniciativa do Senado Federal, então sob a presidência do Senador José Sarney, que cria uma Comissão de Juristas para a realização de proposta de alteração do Código de Defesa do Consumidor em três aspectos: Projeto de lei 281/2012 – que trata sobre as questões relacionadas ao comércio eletrônico, Projeto de lei 282/2012 – que disciplina as ações coletivas e Projeto de lei 283/2012 – para promover a prevenção do superendividamento dos consumidores.

Se aprovado o Projeto de lei 282/2012, seriam promovidas alterações nas ações coletivas estendendo sua aplicabilidade ao direito processual coletivo de forma geral, pois promoveria alterações nos microssistemas de tutela jurisdicional coletiva, na medida em que a proposta de alteração do parágrafo único do artigo 81 do CDC tornaria possível a ampliação da ação coletiva para proteção de todos e quaisquer direitos ou interesses coletivos (difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos).

Conforme consta da exposição de motivos,

> O projeto de lei ora apresentado constitui instrumento para o aperfeiçoamento de acesso do consumidor à justiça. [...] Além disso, ao valorizar a ação coletiva, previne a multiplicidade de demandas individuais que assoberbam o Poder Judiciário e inviabilizam a adequada prestação jurisdicional.

Entretanto, dos três projetos que visam a reforma do CDC, justamente o que trata das ações coletivas foi arquivado, estando os demais em tramitação na Câmara dos Deputados.

Em razão do arquivamento de ambas as propostas (PL 5.139/2009 e PL 282/2012), a cláusula aberta dos direitos e garantias constitucionais fundamentais (art. 5, § 2º, da CF), com o princípio da inafastabilidade das decisões judiciais (art. 5º, XXXV, da CF) e princípio da não taxatividade do objeto material das ações coletivas (art. 129, III, da CF) ainda não se encontrava totalmente atendido, restando ao Projeto que tratava sobre o novo Código de Processo Civil atender a estes anseios.

[14] Mazzilli (2015b, p. 2) atribui o arquivamento pelo desconforto gerado pela tutela coletiva a alguns setores. Segundo o autor " incomodava os governantes e parlamentares, com as ações de improbidade administrativa; incomodava os empresários, com as ações de responsabilidade civil, as ações ambientais e as de defesa do consumidor; incomodava, enfim, os poderosos. Assim, os próprios deputados federais, temerosos de dar mais armas ao Ministério Público e a outros colegitimados ativos à tutela coletiva, já em 2010 arquivaram o projeto 5.139/2009 ainda na fase da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados".

Aprovado em 2015, o novo Código de Processo Civil trouxe significativos avanços, em especial para contornar a sobrecarga de processos e o tratamento da litigiosidade de massa, sendo a seguir destacados alguns deles.

Mazzilli aponta que a tempos vinha sinalizando a necessidade de incentivar as soluções consensuais e extrajudiciais como medida de desafogamento do judiciário, da seguinte forma:

> criar procedimentos verdadeiramente mais céleres (soluções liminares obrigatórias nos processos); restringir os recursos, hoje praticamente ilimitados, e impor sanções aos recursos improvidos, de forma que as partes pensem duas vezes antes de recorrer, quando queiram apenas procrastinar a solução do processo. Boa solução seria simplificar seriamente o processo. Na maioria dos casos, proposta uma ação, a nosso ver o juiz deveria fazer audiência imediata e, na primeira audiência com as partes e procuradores, já obrigatoriamente daria solução liminar, baseada no direito ou na eqüidade. (MAZZILLI, 2015b, p. 10)

Outra alteração, e decorrente da influência da *common law* e suas características da previsibilidade, estabilidade e segurança às decisões judiciais, ajustes foram realizados, como a inclusão dos precedentes judiciais (artigos 926 e 927), com a obrigatoriedade de que tribunais e juízes observem os precedentes, cabendo reclamação contra aquele que não o fizer (artigo 988).

Da mesma forma, a introdução do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) propõe mecanismos para tratar a litigiosidade de massa, demonstrando preocupação com as demandas repetitivas e embora faça um breve ensaio para o tratamento da litigiosidade coletiva (ao introduzir o dever do juízo de informar o Ministério Público e a Defensoria Pública, para promover ação coletiva quando observada a repetitividade), acaba por socorrer-se nos microssistemas já existentes (artigo 139, X).

Ainda que a proposta original se propusesse ao tratamento de direitos coletivos em seu artigo 333[15], o veto presidencial impediu que o Novo Código abandonasse a clássica visão

[15] A possibilidade de conversão de ação individual em ação coletiva, vetada pela Presidência da República, possuía a seguinte redação: "Art. 333. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que: I - tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei n o 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 p/ todos os membros do grupo.". As razões do veto foram as seguintes: "Poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a OAB"

voltada à tutela individual de direitos, com a regra de que "ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio", sendo exceção a ela a representação ou substituição, únicas hipóteses admitidas para a tutela coletiva brasileira.

CONCLUSÃO

Após a realização da pesquisa, desde logo, é possível afirmar que o tratamento da litigiosidade coletiva pelo Novo Código de Processo Civil não foi satisfatória.

Embora significativos avanços tenham sido realizados para assegurar a previsibilidade, estabilidade e segurança às decisões judiciais, mediante a introdução dos precedentes e mesmo dos instrumentos para o tratamento da repetitividade das demandas, propondo soluções para a litigiosidade de massa, neste momento a tutela coletiva possui tratamento incipiente pela nova codificação, ficando ainda sua regulamentação por conta da Lei da Ação Civil Pública e dos outros estatutos como o Código de Defesa do Consumidor. Ao fim e ao cabo, mais se volta o novo Código de Processo Civil para compor o fenômeno da numerosidade de processos, que apenas por via reflexa poderá surtir efeitos sobre a tutela coletiva *stricto sensu*.

Ainda que os microssistemas tenham se encarregado de tratar desta vertente processual, o direito coletivo norte americano aponta para alterações que poderiam ser adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro e cujas oportunidades foram perdidas nos projetos de Lei 5.139/2009, 282/2012 e agora pelo novo Código de Processo Civil, já que se mostra ainda tímido em relação ao tema.

O artigo 333, vetado, mostrava-se uma interessante iniciativa para o tratamento dos direitos transindividuais e ainda que pudesse passar por aprimoramentos, certamente acenava de forma positiva para alteração da lógica individual e subjetiva da codificação processual civil, em direção à adequação para atender aos anseios da comunidade jurídica, no que tange à tutela coletiva.

Espera-se que o intuito de assegurar maior celeridade e economia processual sejam atendidas pelos novos instrumentos (do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, dos precedentes vinculantes, entre outros), mas igualmente, espera-se que o legislador perca a timidez e dê mais um passo em direção à ampliação à tutela coletiva em um futuro próximo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *Class Action* norte-americana. *Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 130, p. 131-153, dez.2005.

BENJAMIN, Antônio Herman V. A *"citizen action"* norte-americana e a tutela ambiental. *Revista Ajuris.* v. 18, n.53, p. 87-113, nov.1991. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/9454>. Acesso em: 30/maio/2016.

DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*: Processo coletivo. 9a ed. Salvador: JusPodivm, 2014

GIDI, Antônio. *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos*. As ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GREENBAUM, Roger A. PETERSON, Anne S. The clean air acto amendments of 1990: citizen suits and how they work. *Fordham Environmental Law Review.* v. 2, p. 79-124, fev. 2011.

JOBIM, Marco Felix. *Medidas estruturantes:* da suprema corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MACEDO, Elaine Harzheim. Repercussão geral das questões constitucionais: nova técnica de filtragem do recurso extraordinário. *Direito e Democracia: Revista de Ciências Jurídicas - ULBRA.* Canoas: Ed. Ulbra, v. 6, n.12, p. 79-110, 1º semestre de 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 172, p. 175-232, jun.2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos:* conceito e legitimação para agir. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo.* 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015a.

_____. O processo coletivo e o novo Código de Processo Civil de 2015. In: *I Ciclo de Palestras sobre o novo Código de Processo Civil*, 2015b, São Paulo. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/informa/pro_col_CPC_15.pdf> Acesso em 06/jun/2016

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. *Ações coletivas e meios de resolução coletivo de conflitos no direito comparado e nacional.* 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Dierle. Processualismo Constitucional Democrático e o Dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências "não compreendidas" de padronização decisória. *Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais. ano 36, v. 199, p. 41-82, set. 2011.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a common law, civil law, e o precedente judicial. In: Luiz Guilherme Marinoni (Org.). Estudos de Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 01, p. 761-776.

STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TESCHEINER, José Maria. *Processos Coletivos:* ações transidividuais e homogeneizantes. Porto Alegre: Edição do Autor, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo:* tutela de direitos coletivos e de direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade de adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law. Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 172, p. 121-174, jun.2009.