UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

SOFIA ORBERG TEMER

A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NA TUTELA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

FLORIANÓPOLIS
2011

SOFIA ORBERG TEMER

A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NA TUTELA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy

FLORIANÓPOLIS

2011

Autora: Sofia Orberg Temer

Título: A representatividade adequada na tutela dos direitos individuais homogêneos

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de Bacharel, aprovado com _____.

Florianópolis (SC), 08 de dezembro de 2011.

_____

Professor Orientador Dr. Eduardo de Avelar Lamy

Universidade Federal de Santa Catarina

_____

Prof. Msc. Juliana Wülfing

Coordenadora do Curso

À minha família e amigos, meus amores.

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a analisar a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, característicos de uma sociedade de massa, abordando principalmente o aspecto da legitimidade ativa e da adequada representação dos titulares do direito material discutido em juízo. Assim, faz-se primeiramente uma análise sobre a ordem constitucional e os direitos fundamentais relacionados ao tema. Em um segundo momento, passa-se à conceituação e caracterização dos direitos individuais homogêneos, abordando-se de forma pontual os mecanismos processuais destinados a tutelá-los. Por fim, adentra-se no estudo do tema propriamente dito, com um enfoque sobre a legitimação para a causa, bem como sobre a atuação do Ministério Público para defesa de direitos que, embora individuais, afetam da mesma forma diversos jurisdicionados. Igualmente, faz-se uma análise sobre a possibilidade de o magistrado realizar, no caso concreto, o controle sobre a adequada representatividade, numa verdadeira concretização dos direitos fundamentais de acesso à justiça e devido processo legal.

Palavras-chave: Processo e Constituição. Litigiosidade de massa. Tutela coletiva. Direitos individuais homogêneos. Direitos fundamentais. Acesso à justiça. Efetividade. Adequação. Isonomia. Devido processo legal. Representatividade Adequada. Controle Judicial.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 7

2 PROCESSO E CONSTITUIÇÃO 9

2.1 A importância dos direitos fundamentais para o processo 9

2.2 A transcendência dos interesses individuais e a efetividade do processo como consagração do real acesso à justiça 13

2.3 A diferenciação de tratamento processual entre feitos com causas de pedir idênticas e causas de pedir diversas ante o princípio constitucional da isonomia 18

2.4 A reestruturação do sistema processual a partir da razoável duração do processo e a necessidade de representatividade adequada como consagração do direito ao contraditório..... 21

3 OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS 28

3.1 Origem e Conceito 28

3.2 Requisitos e características..... 34

3.3 Instrumentos processuais para tutela dos direitos individuais homogêneos ... 42

4 A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NA TUTELA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS 50

4.1 A legitimidade ativa na tutela coletiva 50

4.2 O Ministério Público e a defesa dos direitos individuais homogêneos 63

4.3 O controle *ope judicis* da representatividade adequada..... 67

5 CONCLUSÃO 75

REFERÊNCIAS..... 78

1 INTRODUÇÃO

O Brasil está diante de uma Justiça de massa. De um lado, vê-se o crescimento exponencial de litígios levados ao Poder Judiciário, oriundos do aumento populacional e das relações jurídicas subjacentes. De outro, o sistema de produção capitalista, com a distribuição seriada de produtos, serviços, bens e valores, faz com que estas demandas sejam cada vez mais padronizadas.

Eliminaram-se as particularidades nas relações levadas a juízo, numa reprodução de enredos fáticos, teses jurídicas e pedidos. Passaram a ser narrados os mesmos acontecimentos, pedindo-se a mesma resposta jurisdicional.

O processo civil clássico, porque destinado a resolver litígios essencialmente individuais, tornou-se, portanto, incapaz de pacificar com Justiça essa explosão de demandas isomórficas. Os anseios sociais ensejaram a criação de mecanismos processuais específicos aptos a salvaguardar os direitos que se apresentam de forma homogênea a diversos jurisdicionados.

Evidenciou-se necessário, assim, reformular e reinterpretar o ordenamento jurídico brasileiro em sua totalidade, de modo a adaptá-lo à nova litigiosidade de massa.

Assim, surgiu a previsão legal de verdadeiras ações coletivas, que buscam tutelar, ao lado dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, os direitos individuais homogêneos de forma conjunta. Paralelamente, foram inseridos no sistema processual brasileiro diversos mecanismos que visam a adoção do mesmo entendimento jurisprudencial a demandas que veiculem causas de pedir idênticas, uniformizando a tutela jurisdicional.

Em ambas as modalidades foram adotadas renovadas concepções para os institutos da legitimidade para a causa e da extensão dos efeitos das decisões, exigindo dos operadores do Direito nova compreensão sobre estes temas. Em geral, o processo e o incidente são conduzidos por alguma ou algumas pessoas escolhidas por lei ou pelo magistrado, que exercerão as prerrogativas de

participação em juízo, podendo influenciar na tomada de decisão do julgador. E, após a resolução do conflito, a decisão jurisdicional afetará, via de regra, os demais titulares do direito material discutido.

Essa profunda alteração dos institutos processuais clássicos fez surgir, assim, uma preocupação na doutrina sobre uma possível colisão entre a almejada celeridade e efetividade da tutela jurisdicional e o direito fundamental do contraditório. Evidenciou-se, então, a necessidade de instituir mecanismos para compatibilização destes importantíssimos direitos fundamentais.

Este, portanto, é o escopo do presente estudo. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo, para aferir se há, no ordenamento jurídico brasileiro atual, a garantia da participação dos titulares dos direitos individuais homogêneos em juízo, de modo a legitimar a própria tutela coletiva, ainda que numa concepção não tradicional do processo civil.

Dessa forma, foram primeiramente abordados os princípios constitucionais atinentes ao caso, destacando a alteração do paradigma do Estado Liberal para o Estado Democrático e Social de Direito, com as inovações na ordem constitucional e processual.

Em seguida, realizou-se uma análise sobre os direitos individuais homogêneos, com breve conceituação, análise de suas características essenciais, bem como sobre os mecanismos processuais destinados a sua tutela de forma molecularizada.

Por fim, passou-se a abordar de forma mais específica a questão principal deste trabalho, com um estudo sobre a legitimidade para a causa na tutela coletiva e sobre o instituto da “representatividade adequada”, oriundo das *class actions* norte-americanas. Da mesma forma, fez-se uma análise sobre a legitimidade e a atuação do Ministério Público, bem como sobre os poderes do julgador para a aferição da adequada representação das partes em juízo.

O grande desafio desta realidade judiciária de litígios de massa, portanto, é conciliar a consagração dos direitos materiais através de procedimentos adequados, céleres e efetivos, com o respeito a direitos fundamentais basilares de um Estado Democrático e Social de Direito, como passaremos a aprofundar.

2 PROCESSO E CONSTITUIÇÃO

2.1 A importância dos direitos fundamentais para o processo

Os debates acadêmicos advindos da promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxeram ao cenário jurídico brasileiro o movimento denominado de Neoconstitucionalismo[1]. Esta nova maneira de pensar o Direito Constitucional, difundida previamente nas comunidades jurídicas alienígenas, somente passou a ser aprofundada pelos estudiosos pátrios de forma tardia[2], através do movimento da redemocratização no pós 1985.

A doutrina, atenta aos efeitos expansivos dos enunciados constitucionais, passou a reconhecer à Norma Fundamental não só uma supremacia formal, como uma supremacia material, axiológica. Com efeito, passou-se a entender o movimento como a exigência "da compreensão crítica da lei em face da Constituição, para ao final fazer surgir uma projeção ou cristalização da norma adequada, que também pode ser entendida como 'conformação da lei".[3]

O pilar essencial desta nova percepção constitucional, funda-se, como haveria de ser, na teoria dos direitos fundamentais. Isso porque, atenta ao fenômeno da institucionalização de um Estado Democrático e Social de Direito, a Constituição Federal de 1988 teve como preocupação primordial a consagração de garantias fundamentais, previstas essencialmente nos incisos de seu art. 5º.

A renovação da ordem jurídica, portanto, tornou-se indispensável, ante a evidente ruptura da base sobre a qual se assentava. Nesse sentido é que surgiu a

---

[1] FREDIE DIDIER JR. destaca que se trata de uma "fase de renovação do estudo do Direito Constitucional", que se deu a partir da constatação que: a) a Constituição tem força normativa, assim como seus princípios e direitos fundamentais; b) houve expansão da jurisdição constitucional, ampliando-se o controle de constitucionalidade; c) desenvolveu-se nova hermenêutica constitucional, com o fortalecimento dos princípios. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 25.

[2] O movimento iniciou-se na Europa no Pós-Guerra, especialmente na Alemanha e na Itália, tendo como principais referências a Constituição Alemã de 1949 (Lei Fundamental de Bonn) e a criação do Tribunal Constitucional Federal. É o que entende Luís Roberto Barroso, em artigo denominado "Neoconstucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, IBDP, nº 9, mar/mai, 2007. Disponível em www.direitodoestado.com.br/rere.asp. Acesso em 01/11/2011.

[3] MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 48.

necessidade de se “re-interpretar o Direito pátrio como um todo, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil, o que pressupõe uma atividade interpretativa da própria Lei Fundamental”[4].

E, como são indissociáveis do Estado Democrático e Social de Direito as disposições referentes às garantias fundamentais destinadas aos cidadãos, como verdadeiro marco conceitual básico[5], a interpretação constitucional somente poderia fundar-se, como leciona Guerra Filho em “uma teoria dos direitos fundamentais, especialmente quando se pretende interpretar uma Constituição como a que temos agora”[6].

A compreensão da norma constitucional, e, portanto, de todo o ordenamento jurídico é indissociável da teoria dos direitos fundamentais, que possuem, nesse sentir, duas dimensões essenciais. Uma subjetiva, que assegura posições jurídicas especiais a seus titulares, e uma objetiva, que compreende a tradução de valores básicos que orientam todo o ordenamento jurídico, sendo verdadeiros preceitos axiológicos[7]. Assim é que orienta Marinoni:

> As normas de direitos fundamentais afirmam valores que incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico e servem para iluminar as tarefas dos órgãos judiciários, legislativos e executivos. Assim, implicam em uma valoração de ordem objetiva. O valor contido nessas normas, revelado de modo objetivo, espraia-se necessariamente sobre a compreensão e a atuação do ordenamento jurídico.8

Natural, portanto, que, com uma nova ordem constitucional e, mais ainda, com uma nova compreensão do direito, as demais áreas da ciência jurídica passassem por uma reformulação conceitual e interpretativa. Com a ciência processual não haveria de ser diferente, sendo apontada pelos estudiosos até mesmo a existência de um Neoprocessualismo, compreendido como novo “estágio metodológico dos estudos sobre o direito processual: a redefinição das categorias processuais”[9], ou, seja, o estudo do processo a partir de uma perspectiva constitucional.

---

[4] GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. 4 ed. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 29.
[5] Ibid., p. 32.
[6] Ibid., p. 30.
[7] DIDIER, 2009, p. 27.
[8] MARINONI, 2008, p. 73.
[9] DIDIER, 2009, p. 27.

Dessa forma, passou-se a vislumbrar uma dupla atuação da Constituição sobre o processo[10], garantindo, de um lado, a concretização de seus valores no exercício da atividade jurisdicional por meio de remédios processuais idôneos; e, de outro, legitimando a própria ordem constitucional, em razão da existência de um processo justo e adequado.

Por estes motivos, não se discute, hodiernamente, a prevalência de um modelo constitucional de processo[11]. Em outras palavras, a indispensável leitura constitucional dos subsistemas processuais passou a ser expressada pela justa apreciação jurisdicional dos litígios, à luz da teoria dos direitos fundamentais.

Num primeiro momento, destaca Artur L. P. Torres, a constitucionalização do processo surgiu da percepção de que ele não mais poderia ser utilizado como um fim em si mesmo, mas deveria atender aos preceitos constitucionais, vez que seria o meio garantidor dos direitos ali contidos. Esta noção, contudo, laborou "com pouco mais do que a singela noção de subserviência do instrumento aos desígnios constitucionais, vislumbrando em toda e qualquer matéria de natureza processual mera instrumentalidade"[12].

A segunda fase evolutiva deste movimento, então, cuidou da releitura processual, partindo-se da premissa que "o processo deveria servir de instrumento apto a salvaguardar a promessa do direito material, pena de não cumprir com a sua principal tarefa"[13].

E, como amadurecimento teórico, destaca-se o que seria a terceira fase evolutiva, que identifica nos direitos fundamentais normas constitucionais atinentes ao processo, com caráter substancial. Assim, além das normas de conteúdo processual-constitucional, que dizem respeito à competência, por exemplo, passou-

---

[10] MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. Princípio Constitucional da Duração Razoável do Processo. In: ASSIS, Araken de et al. *Direito Civil e Processo: Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 991.

[11] TORRES, Artur Luis Pereira. *Constituição, Processo e Contemporaneidade: o Modelo Constitucional do Processo Brasileiro*. Disponível em: http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=132:constituicao-processo-e-contemporaneidade-o-modelo-constitucional-do-processo-brasileiro&catid=48:v-1-n2-agosto-de-2011&Itemid=261. Acesso em 23/10/2011.

[12] Ibid., p. 3.

[13] Ibid., p. 3.

se a vislumbrar a existência de normas constitucionais-processuais. Segundo nos ensina Artur L. P. Torres, estas possuem conteúdo:

> Criador de direito material, ou melhor, conteúdo responsável pela atribuição, em favor de todo e qualquer jurisdicionado, de direitos substanciais para serem gozados no e em razão do processo. Estes últimos, ditos **direitos fundamentais de natureza processual**, destaque-se, vinculam tanto o Estado-Juiz (na prestação da tutela jurisdicional), como o Estado-Legislador (na construção do texto normativo, revelando a matriz constitucional processual, ordem vinculadora de toda e qualquer ramificação do direito processual[14] (grifo nosso).

Igualmente importante a lição de Fredie Didier Jr., que destaca, além de princípios processuais constitucionais, a existência de direitos fundamentais processuais, com base na efetividade da tutela processual a partir das duas dimensões (objetiva e subjetiva) dos direitos fundamentais:

> O processo deve estar adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva) e, além disso, ele próprio deve ser estruturado de acordo com os direitos fundamentais (dimensão objetiva). No primeiro caso, as regras processuais devem ser criadas de maneira adequada à tutela dos direitos fundamentais (...), no segundo caso, o legislador deve criar regras processuais adequadas aos direitos fundamentais, aqui encarados como normas, respeitando, por exemplo, a igualdade das partes e o contraditório[15].

No mesmo sentido, é que se destaca que “as constituições e os direitos fundamentais, assim como a teoria mais adequada ao seu estudo, possuem também dimensão processual, que talvez seja a mais importante, especialmente se os considerarmos de uma perspectiva menos idealista e, logo, mais realista”[16].

Com efeito, é a partir da Constituição Federal que se deve buscar compreender o que é, para que serve e como ‘funciona’ o direito processual[17]. E, aprofundando ainda mais a relação entre a Constituição e o Processo, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira destaca que:

> Se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica mas, sim, como instrumento

---

[14] TORRES, p. 3.
[15] DIDIER JR., 2009, p. 28.
[16] GUERRA FILHO, 2005, p. 47.
[17] BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 85.

> de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como **direito constitucional aplicado**[18] (grifo nosso).

Delineada, portanto, a intrínseca relação entre a Constituição e o Processo, com o emprego das normas fundamentais no próprio exercício da função jurisdicional, sendo verdadeiros "direitos constitutivos institucionais"[19], importa, para os fins visados por este trabalho, restringir a análise da imensa gama de direitos fundamentais garantidos pela nossa Carta da República, com breves abordagens pontuais.

2.2 A transcendência dos interesses individuais e a efetividade do processo como consagração do real acesso à justiça

O processo civil brasileiro foi idealizado a partir do paradigma liberal, com enfoque essencialmente individualista, entendido como o litígio entre duas partes, cujos efeitos a essa esfera se restringiam.

Contudo, na sociedade contemporânea, baseada no sistema de produção capitalista, com a distribuição de produtos e serviços em série, evidenciou-se a existência, cada vez mais frequente, de conflitos de massa.

Assim sendo, além do vertiginoso aumento do número de litígios, em razão do crescimento da população e das relações jurídicas subjacentes, passou a ocorrer, de forma irreversível, a reprodução de demandas homogêneas. Nesse sentido, Antonio Adonias Aguiar Bastos destaca que:

> A massificação e a padronização das relações jurídico-materiais provocaram sensível incremento em relação à quantidade de conflitos que delas surgem e que são vertidos ao Poder Judiciário, estes fenômenos também alteraram o perfil das demandas, que passaram a ser isomórficas, estabelecendo uma terceira categoria de causas, ao lado das demandas individuais e coletivas.[20]

---

[18] OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira(6)%20-%20formatado.pdf >. Acesso em 24/10/2011, p. 2.

[19] CORREIA, Marcus Orione Goncalves. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 4.

[20] BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. O devido processo legal nas causas repetitivas. In: DIDIER JR. Fredie et al.*Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 52.

Igualmente, este é o entendimento Renato Xavier da Rosa, que destaca como consequência uma massificação de demandas, ou seja, a repetição de processos sobre "os mesmos assuntos, as mesmas teses, contra as mesmas pessoas; pedidos de indenização sobre os mesmos fatos originários (o mesmo dano a várias pessoas); pedidos idênticos sobre causas de pedir idênticas, mas sem identidade de partes"[21].

Com efeito, Leonardo da Cunha alerta:

> Na sociedade atual, caracterizada pela crescente complexidade das relações jurídicas, há um enorme agigantamento na quantidade de litígios (...). Tais litígios exigem soluções rápidas e eficazes, não se justificando mais a adoção dos instrumentos tradicionais de condução dos processos judiciais[22].

A alteração da configuração dos litígios levados ao Judiciário evidenciou, então, a necessidade de compatibilização das leis e de sua interpretação aos novos anseios de sua sociedade de regência. Este movimento, destacado por Cappelletti e Garth como a terceira onda renovatória do acesso à justiça, pressupôs a adequação dos instrumentos processuais, num movimento que é entendido pela afirmativa que "a visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva"[23].

Esta necessidade justifica-se, afinal, pela constatação de que o processo clássico seria um obstáculo para o acesso à justiça, pois inidôneo ao atendimento dos novos conflitos de massa, uma vez que era marcado por categorias substancialmente pré-capitalistas[24].

No mesmo sentido é a lição de Ricardo Negrão, para quem a efetiva necessidade da tutela diferenciada "coincide com o momento histórico pós-moderno, no qual a realidade de uma sociedade de massa se tornou efetiva (e, portanto, a

---

[21] ROSA, RENATO XAVIER DA SILVEIRA. Incidente de resolução de demandas repetitivas: Artigos 895 a 906 do Projeto de Código de Processo Civil, PLS nº 166/2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Disciplina "Temas Centrais do Processo Civil I — DPC 5851-1/1") — Departamento de Direito Processual Civil, Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2010.

[22] CUNHA, Leonardo José Carneiro Da. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhes seja próprio. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, v. 25, n. 2, p. 236-268, jul/dez 2009.

[23] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 51.

[24] MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Jurisdicional do Meio Ambiente, apud NEGRÃO, Ricardo. *Ações Coletivas*: enfoque sobre a legitimidade ativa. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2004, p. 76.

necessidade do reconhecimento material de conflitos de massa e sua solução também se tornaram prementes)”[25].

Com efeito, estes ‘novos direitos’ e sua ‘nova’ configuração massificada trouxeram importantes modificações em âmbito constitucional e processual, atingindo sobremaneira os conceitos de processo, ação e jurisdição. Nesse sentido, portanto, é que se alerta a alteração da noção de ação de sua concepção meramente jurídica para assumir também um caráter político[26].

Em razão, portanto, destas importantes alterações das características da sociedade e dos litígios, Elton Venturi indaga: “Qual o papel do chamado processo constitucional frente à renovação do direito, derivada das mutações experimentadas pela sociedade contemporânea?”[27]. A resposta a este importante questionamento, a nosso ver, está intimamente relacionada à efetividade do processo como real consagração do acesso à justiça.

Este direito fundamental, considerado atualmente como princípio basilar da ordem constitucional processual, era antes entendido como mero direito de petição, e somente passou a assumir esta nova feição a partir dos questionamentos sociais direcionados ao direito de ação[28].

Os novos anseios sociais, portanto, por ensejarem adaptações na ordem constitucional e infraconstitucional, fizeram com que a comunidade jurídica chegasse à constatação de que a proteção ao direito de ação e de acesso à justiça só se justifica – e se legitima – através de uma tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva[29].

Marinoni, concordando, frisa que a nova configuração do direito fundamental de acesso à justiça “é indispensável à própria configuração de Estado,

---

[25] NEGRÃO, 2004, p. 19.
[26] CORREIA, 1998, p. 1.
[27] VENTURI, Elton. Apontamentos sobre o processo coletivo, o acesso à justiça e o devido processo social. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, nº 04, janeiro/abril de 1997, p. 16.
[28] MARINONI destaca que o direito de ação, em sua concepção liberal-burguesa, era indiferente às necessidades sociais. Começaram a surgir, contudo, obstáculos sociais e econômicos à sua consagração, motivo pelo qual tornou-se necessário pensar em um real acesso à justiça (2008, p. 50).
[29] Neste sentido é a opinião de Bruno Freire e Silva, para quem “de nada adianta a proteção constitucional ao direito de ação se este não conduzir a uma tutela jurisdicional que seja adequada, efetiva e tempestiva” (2007, p. 982).

uma vez que não há como pensar em proibição da tutela privada, e, assim, em Estado, sem se viabilizar a todos a possibilidade de efetivo acesso ao Poder Judiciário”[30]. No mesmo sentido, Delosmar Mendonça Junior orienta que:

> O direito de ação significa não apenas o mero acesso ao Judiciário, na dimensão restrita e insuficiente de propor demandas e se defender. Não. O direito de acesso à justiça significa tutela efetiva que se desdobra nos elementos **adequação e tempestividade**[31] (grifo nosso).

A intrínseca relação entre o acesso à justiça e o devido processo legal, implicou na reestruturação interpretativa também deste direito fundamental, mormente ante os evidentes anseios por uma justiça mais célere e efetiva. A concepção clássica do *due process of law* demonstrou-se insuficiente para consagrar o acesso à justiça de forma real, concreta.

Isso porque inicialmente a doutrina processual havia se preocupado em conferir ao devido processo legal, delineado a partir dos ideais de um Estado Liberal Clássico, enfoque quase que exclusivo à segurança, à preocupação de liberdade formal do cidadão[32].

Contudo, a leitura constitucional do processo, conjugada às alterações na configuração da sociedade contemporânea e com o assoberbamento do judiciário com demandas muitas vezes idênticas, fez com que este princípio passasse a ser analisado sobre outro viés, enfocando-se sua efetividade, principalmente a partir da necessidade de ser tempestiva a prestação jurisdicional:

> A partir da constatação, quase unânime, de que a entrega da prestação jurisdicional (monopolizada pelo Estado) a destempo mais se aproxima de sua não prestação, viu-se compelido o Estado a reconhecer, em favor de todo e qualquer jurisdicionado, um direito à razoável duração do processo, ou melhor, o direito de gozar de uma prestação jurisdicional tempestiva[33].

Não à toa a Emenda Constitucional nº 45/2004, que incluiu na Constituição a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal aprovar súmulas de caráter vinculante (art. 103-A), reduzindo-se sobremaneira o tempo despendido para análise que idênticas questões de direito, foi também responsável por acrescentar

---

[30] MARINONI, 2008, p. 186.

[31] MENDONÇA JR., 2007, p. 994.

[32] O processo, então, “foi construído com a finalidade de cognição com rígidas regras procedimentais para consolidar a defesa (...) e completamente despreocupado com a duração do processo e com o desgaste em relação ao direito subjetivo e interesses sociais” (Ibid., p. 995).

[33] TORRES, p. 11.

ao rol dos direitos fundamentais do art. 5º, o inciso LXXVIII, que assegura a razoável duração do processo, *verbis*:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
>
> LXXVIII - A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a **razoável duração do processo** e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (grifo nosso).

Ora, se a todos é assegurado o direito de acesso à justiça, nada mais coerente que este acesso seja efetivo, adequando-se o regime processual às demandas de uma sociedade de massa e à sempre dinâmica configuração dos litígios. Resta claro que "não se pode pretender aplicar, sem qualquer recurso de adequação, os princípios atinentes ao devido processo legal construídos ao longo de anos de desenvolvimento do processo individualista, ao sistema das ações coletivas"[34].

Assim, se por um lado a Constituição Federal conferiu *status* de direito fundamental a uma série de interesses que ultrapassam a esfera particular de cada litigante, também previu a adaptação dos meios processuais para sua efetivação, concebendo meios assecuratórios para a concreta efetivação dos valores e direitos materiais ditos "supraindividuais" [35].

A ciência processual, então, já compreendida à luz Constituição, passou a ser aplicada também a partir das suas novas determinações. Com efeito, tanto o Processo como a Constituição tiveram que ser reinterpretadas, ante as novas demandas da sociedade de massa. Destaca Elton Venturi, sobre este novo paradigma, que houve:

> Uma verdadeira transformação no âmbito das garantias constitucionais, decorrente da transposição do enfoque, do individual para o social, fenômeno semelhante ao que motivou a doutrina italiana a mencionar a presença hodierna de um 'neo-garantismo', pelo qual se liberta o processo do formalismo tradicional-individualista, imprimindo-lhe natureza substancial, aceitando as implicações derivadas não só da nova relação entre juiz e as partes, como da própria transformação das controvérsias.[36]

---

[34] NEGRÃO, 2004, p. 59.
[35] VENTURI, 1997, p. 16.
[36] Ibid., p. 22.

O desenvolvimento de instrumentos processuais direcionados à consagração dos direitos advindos dos anseios sociais, pacificando-se adequadamente a nova configuração dos litígios, portanto, é indispensável à tão defendida efetividade do processo.

A adequada realização do direito conforme as peculiaridades da vida contemporânea nada mais é do que o real acesso à justiça, que, afinal, "deve ser concebido não como mera *admissão ao processo*, mas como pacificação com justiça, que não pode ser obtido pelo tratamento incorreto de demandas repetidas como se individuais *puras* fossem".[37]

2.3 A diferenciação de tratamento processual entre feitos com causas de pedir idênticas e causas de pedir diversas ante o princípio constitucional da isonomia

Feitas breves considerações sobre a nova ordem processual, atenta aos anseios constitucionais e à consagração, no próprio procedimento, dos direitos fundamentais, é inexorável a conclusão de que o processo civil clássico, idealizado quase que exclusivamente para solucionar conflitos individuais, não mais consegue abarcar a totalidade de conflitos oriundos da litigiosidade de massa[38].

Afinal, destaca Arruda Alvim que "na civilização contemporânea encontramo-nos todos, sem exceção, na contingência de termos de ser consumidores"[39]. Assim sendo, indispensável a reformulação dos institutos processuais, adequando-os à nova realidade social.

Sobre o tema, concordando no que se refere à adequação da tutela processual de modo a torná-la efetiva, Didier leciona que "a própria construção do procedimento deve ser feita tendo-se em vista a natureza e as idiossincrasias do

---

[37] ROSA, 2010, p. 7.

[38] OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance. In: BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade Civil por Danos aos Consumidores. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 90.

[39] ALVIM, Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do Processo Civil contemporâneo – sua evolução ao lado da do direito material. In: FIGUEIREDO, Sálvio Teixeira de. *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 177.

objeto do processo a que servirá (...) pois um procedimento inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional”[40].

Nesse sentir, portanto, mister ressaltar a importância da atribuição de tratamento processual diverso para as causas em que a *quaestio decidendi* é repetida, ou ao menos tem o potencial de tornar-se, em comparação com as causas individuais nas quais as peculiaridades fáticas e jurídicas impossibilitem um tratamento homogêneo.

É preciso, portanto, molecularizar as demandas atomizadas[41], destinando-lhes um procedimento próprio. E o principal aspecto desta alteração processual, segundo Rosa, deve-se referir a um tratamento uniforme, já que “do ponto de vista do julgador, não faz diferença quem é a parte, contanto que o pedido e a causa de pedir sejam iguais, o resultado do julgamento deve ser igual”[42].

O tratamento processual diferenciado das demandas tem fundamento justamente no direito fundamental de isonomia, garantido no *caput* do art. 5º da Carta da República, o qual dispõe: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”. Isso porque a prestação jurisdicional díspar a casos idênticos constitui se não a maior, uma das mais graves violações a este princípio básico do nosso ordenamento.

Com efeito, a igualdade é indispensável na lei e na aplicação da lei. Assim, vincula tanto o Estado-Legislador quanto o Estado-Juiz na persecução de uma tutela jurisdicional efetivamente isonômica. Neste sentido, o princípio da igualdade significa que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico[43].

Assim, perante situações idênticas devem ser dadas respostas idênticas. Afinal, todos os cidadãos tem a garantia constitucional ao tratamento igualitário na criação do direito e na interpretação deste direito. Sobre o tema, leciona Eduardo de Avelar Lamy que:

---

[40] DIDIER, 2009, p. 40.

[41] WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, C. D. *Participação e Processo*, São Paulo: RT, 1988, p. 131.

[42] ROSA, 2010, p. 6.

[43] NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 99.

> A interpretação do direito não pode se transformar em loteria para o jurisdicionado. A imprevisibilidade dos entendimentos gerada pela estrutura do sistema jurídico brasileiro provoca situações em que casos absolutamente iguais, que correspondem a idênticas hipóteses fáticas e jurídicas, portanto, acabam por receber julgamentos de direito inteiramente diferentes.[44]

A atual configuração dos litígios pressupõe, como visto, uma tutela adequada e efetiva. Desse modo, se as demandas são repetidas, calcadas na mesma causa de pedir, com a formulação de pedidos muitas vezes idênticos, também devem ser homogêneas as respostas judiciais. Rosa leciona que:

> As demandas individuais e repetitivas devem ser tratadas enquanto tais, repetitivas, e devem ser julgadas de acordo com essa natureza, com resultados semelhantes para situações semelhantes, esta a verdadeira expressão da garantia da igualdade estampada no artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988.[45]

Não se afigura razoável, portanto, que cidadãos sujeitos ao mesmo ordenamento jurídico, que pratiquem ou sofram o mesmo ato, tenham tutelas jurídicas diversas. Se as demandas são múltiplas, como nos casos que envolvem relações de consumo, a reposta do Poder Judiciário deve ser equânime a ponto de poder se aplicar indistintamente a cada caso repetido, respeitando-se, obviamente, questões fáticas que transbordem os limites da homogeneidade. Rodolfo de Camargo Mancuso sustenta que:

> Hoje é indisputável que os jurisdicionados não mais podem continuar recebendo respostas judiciárias absolutamente díspares, em casos substancialmente iguais, mormente em assuntos que empolgam milhares, senão milhões, de cidadãos, como ocorre nas chamadas demandas múltiplas, ajuizadas em razão de certos interesses de massas, como os defluentes de programas governamentais, ou na cobrança de determinado tributo, ou em matéria previdenciária, ou ainda em pleitos envolvendo grupos de consumidores.[46]

Trata-se, portanto, da isonomia jurisdicional, igualmente defendida pelo constitucionalista Alexandre de Moraes, ao dizer que o Poder Judiciário deverá "utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas"[47].

---

[44] LAMY, Eduardo de Avelar. Súmula Vinculante: um Marco. In: _____. *Ensaios de Processo Civil*, Vol. I. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 41.

[45] ROSA, 2010, p. 7.

[46] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 133.

[47] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 32.

Com efeito, “a igualdade constitui o signo fundamental da democracia”[48], sendo o sustentáculo de todo o regime jurídico brasileiro, mantendo-o coerente e uniforme. Destaca José Afonso da Silva a vedação ao Juiz de fazer distinções entre situações iguais, ao aplicar a lei, pois “a igualdade perante o juiz decorre, pois, da igualdade perante a lei, como garantia constitucional indissoluvelmente ligada à democracia”[49]. E o direito a uma prestação jurisdicional igualitária é uma das formas de consagração da segurança jurídica[50].

Assim sendo, a estabilidade e a previsão da tutela jurisdicional, indispensáveis no Estado Democrático de Direito, são simultaneamente a consagração do princípio da isonomia e da segurança jurídica. A adoção de um procedimento próprio para demandas fundadas em idênticas causas de pedir, portanto, é evidente manifestação do direito fundamental à isonomia, à medida que possibilita ao Poder Judiciário proferir decisões igualitárias e consonantes.

2.4 A reestruturação do sistema processual a partir da razoável duração do processo e a necessidade de representatividade adequada como consagração do direito ao contraditório

O Estado Democrático de Direito, ao assumir o monopólio da Jurisdição, proibindo a autotutela, comprometeu-se a garantir aos seus jurisdicionados uma tutela para seus direitos. Mais ainda, com o abandono da concepção formal-liberalista do direito de ação garantido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, essa tutela passou a ser entendida como aquela substancial, efetiva, adequada às peculiaridades e à dinâmica configuração da sociedade.

A inegável multiplicação de demandas, própria da sociedade contemporânea, causa simultaneamente o aumento expressivo no número de casos levados ao Poder Judiciário, num evidente assoberbamento; e também a repetição de demandas fundadas em idênticas causas de pedir.

---

[48] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 211.

[49] Ibid., p. 218.

[50] José Afonso da Silva conceitua a segurança jurídica como o “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida” (2008, p. 433).

Assim, é dever do Poder Judiciário exercer sua função conciliando estes dois aspectos. Ou seja, indispensável a reestruturação do processo para conciliar, ao mesmo tempo, uma tutela jurisdicional que seja igualitária aos casos homogêneos, de forma célere.

Com efeito, o maior problema enfrentado pelo Judiciário, hodiernamente, cinge-se à falta de efetividade da prestação jurisdicional, muitas vezes extremamente demorada, de modo que extemporânea a pretendida pacificação social. Esta situação, portanto, acalenta debates perante os estudiosos da ciência processual, que se orientam "em função da incessante busca de um modelo de prestação jurisdicional efetiva"[51]. Nas palavras de Delosmar Mendonça Junior: "a duração razoável do processo é anseio da comunidade jurídica, sonho acalentado dos processualistas e dever do Poder Público para com o cidadão"[52][53].

Urge, portanto, visualizar o processo ante sua finalidade externa, que se manifesta pela sua efetividade, com enfoque, sobretudo, na "problemática relacionada com a ascensão das massas e os consequentes reflexos na órbita do acesso à justiça"[54]. Necessário, a partir dos direitos fundamentais aplicados ao e no processo, abordá-lo vislumbrando seus resultados práticos. Guerra Filho sublinha que:

> Deve-se partir de uma concepção ideologicamente comprometida com a plena ou senão possível e adequada realização do direito no plano concreto, mediante o trabalho 'criativo' do Poder Judiciário, a quem incumbe a adaptação do arsenal processual às novas solicitações da vida contemporânea.[55]

Acompanhando essa linha de pensar, Elton Venturi destaca a necessidade de se abordar o direito fundamental ao devido processo legal a partir de nova concepção da prestação jurisdicional, conjugando-o ao direito à razoável duração do processo positivada no art. 5º, LXXVIII, em atenção aos recentes contornos da litigiosidade massificada:

---

[51] SILVA, Bruno Freire. A busca de um modelo de prestação jurisdicional efetiva: tendências do processo civil contemporâneo. In: ASSIS, Araken de et al. *Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 981.

[52] MENDONÇA JÚNIOR, 2007, p. 988.

[53] Do mesmo modo, Marinoni afirma que "a morosidade da justiça prejudica a efetividade dos direitos fundamentais", concluindo que "o autor com razão é prejudicado pelo tempo da justiça na mesma medida em que o réu sem razão é por ela beneficiado" (2008, p. 72).

[54] VENTURI, 2007, p. 19.

[55] Ibid., p. 18-19.

> Nova ótica constitucional em relação à efetivação do oferecimento de adequada prestação jurisidicional aos cidadãos, envolvendo tanto a explicitação dos 'novos direitos', a merecerem tutela jurídica, como dos instrumentos idôneos, a garantirem-na, a envolver inclusive uma reavaliação da própria estrutura do Poder Judiciário e do modo de ser do processo, parece que se nos apresenta, de fato, uma reestruturação das próprias garantias do chamado devido processo legal (...) E essa reestruturação encontra-se indelevelmente vocacionada, pensamos, à formulação de uma nova maneira de concepção da prestação jurisdicional, voltada ao que já se denomina 'devido processo social.[56]

A premente necessidade de se adotar um sistema processual mais célere e efetivo acaba sendo, então, a consagração do princípio do devido processo legal. No mesmo sentido é a lição de Adolf Wach, que preconiza:

> Quem mais estima a verdadeira satisfação das necessidades da vida sentirá verdadeira aversão frente a uma máquina processual que, graças à sua engrenagem engenhosa, mova o litígio até o infinito, enquanto o direito definha-se lentamente. A tendência da época moderna é no sentido da limitação e da simplificação.[57]

Embora o direito fundamental da razoável duração do processo tenha o atributo da aplicabilidade imediata, por força do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, as inovações legislativas infraconstitucionais são salutares para conferir-lhe efetividade.

Desse modo, portanto, foram realizadas diversas alterações no Código de Processo Civil, além da edição de Leis específicas, abordando-se novos instrumentos processuais para a consagração deste princípio. Outrossim, a Corte Europeia de Direitos Humanos positivou na Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, em seu art. 6º, 1, o direito à apreciação dos conflitos em prazo razoável, sem dilações indevidas.

O campo de aplicação mais fértil deste princípio tornou-se a tutela dos direitos individuais homogêneos. Como haveria de ser, os instrumentos processuais reestruturados a partir deste princípio foram, em sua grande maioria, destinados a resolver casos idênticos, fundados na mesma questão de direito, seja em grau de recurso ou logo após a sua instauração, citando como exemplos, respectivamente, os Recursos Repetitivos (art. 543-C, do CPC) e o julgamento de improcedência de causas já decididas (arts. 285-A, 543-B e 557, do CPC).

---

[56] VENTURI, 2007, p. 22.

[57] WACH, Adolf. Conferencias sobre la ordenanza processual civil alemana, apud MENDONÇA JUNIOR, 2007, p. 995.

É que a própria natureza destes interesses repetidos enseja uma resposta judicial célere e efetiva, motivo pelo qual diversos mecanismos processuais foram criados – e adaptados – para adequar-se à litigância de massa. E os principais institutos do processo civil tradicional que sofreram modificações foram a legitimidade, a coisa julgada e a extensão dos efeitos da decisão.

Sobre a alteração do processo e do procedimento, Marinoni faz importante consideração:

> Os direitos transindividuais e individuais homogêneos exigiram a **remodelação dos antigos conceitos de legitimidade para a causa** e da coisa julgada material, ligados ao processo civil estruturado para dar solução aos conflitos individuais, que concebia o legitimado como o titular do direito material e a coisa julgada material como algo que diz respeito somente às partes.[58] (grifo nosso)

Com efeito, a implantação de procedimento próprio para tratar os interesses individuais homogêneos alterou profundamente a teoria tradicional do processo civil sobre a legitimidade para figurar tanto no polo passivo quanto no polo ativo de uma ação judicial. A participação no processo, portanto, passou a ser feita não por todos os jurisdicionados com idênticos direitos, mas por algum ou alguns escolhidos pela lei ou pelo julgador, dissociando-se a antes difundida coincidência entre o titular do direito material e do direito de ação.

Sublinha Flávia Fornaciari que, nestas demandas, “os titulares do direito posto *sub judice* não são aqueles que figuram como autores da ação coletiva, mas, sim, um representante apto a ser o porta-voz do grupo ou dos indivíduos interessados”[59].

Ademais, os novos mecanismos processuais para albergar os direitos individuais homogêneos passaram, por uma questão de celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, a ser concebidos expandindo-se os efeitos das decisões, antes limitadas à esfera dos litigantes presentes no processo.

Os detentores de direitos semelhantes, então, passaram a ser afetados pela decisão proferida quando do julgamento de casos repetidos, seja pela adoção de precedente vinculante em uniformização de jurisprudência, seja pelo julgamento

---

[58] MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 76.

[59] FORNACIARI, Flávia H. C. *Representatividade Adequada nos processos coletivos*. Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 70-71.

de ações coletivas com a extensão dos efeitos. Afinal, a extensão da decisão jurisdicional aos casos idênticos é uma consequência lógica da adoção de mecanismos céleres, de modo a uniformizar a prestação jurisdicional a casos iguais.

Assim, porque muitos dos mecanismos adotados para albergar os 'novos direitos' têm como característica a tutela coletiva, onde, diferentemente do processo individual, as partes tendem a ser "representadas"[60] por substitutos processuais ou pela escolha de "processos-modelo" – entendidos como aqueles representativos da controvérsia -, com, inclusive, a extensão dos efeitos da decisão a todos aqueles que se encontrem em situação similar, a doutrina processual passou a se preocupar com uma possível colisão do direito fundamental ao devido processo legal, nesta sua nova concepção, e o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Essa preocupação, afinal, foi muito bem abordada por Guerra Filho, que destaca:

> A questão que se coloca, então, é a de saber como tutelar o direito de pessoas, que não participaram de um processo – logo, que são 'terceiros'-, mas que, apesar disso, foram atingidas diretamente em sua esfera jurídica pela eficácia da sentença, resultante desse processo – e, logo, dele deveriam ter participado.[61]

Afinal, o direito fundamental ao contraditório, inerente ao processo, tem como faceta básica a participação, "a garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo"[62].

Pode-se afirmar, aliás, que "não há processo sem respeito efetivo ao contraditório, o que nos faz associar o princípio a um princípio informativo, precisamente aquele político, que garante a plenitude do acesso ao judiciário"[63]. E, na concepção de Guerra Filho, uma das mais importantes manifestações deste

---

[60] A palavra "representação" é aqui utilizada como sinônimo de "porta-voz", e não como o instituto processual da representação previsto no CPC. Sabe-se que há infindável discussão sobre a natureza da legitimação para tutela de direitos individuais homogêneos (que adotamos ser a de substituição processual), e mesmo sobre a natureza da escolha das partes líderes nos procedimentos de resolução de demandas ditas repetitivas. Assim, como o escopo do presente trabalho não é direcionado a esta questão, limitamo-nos a utilizar o verbete como supra destacado.

[61] GUERRA FILHO, 2005, p. 177.

[62] DIDIER, 2009, p. 57.

[63] GUERRA FILHO, 2005, p. 49.

direito é a possibilidade "de ser ouvido perante o juiz (hearing)"[64]. Concordando, Marinoni ressalta que:

> Um procedimento que não permite a efetiva participação das partes não tem qualquer condição de legitimar o exercício da jurisdição e a realização de seus fins. Na verdade, um procedimento incapaz de atender ao direito de participação daqueles que são atingidos pelos efeitos da decisão está longe de espelhar a ideia de democracia, pressuposto indispensável para a legitimidade do poder.[65]

Foi necessário, portanto, estabelecer novos parâmetros para a consagração deste importante princípio fundamental, conciliando-o à satisfação concreta e efetiva do direito de acesso à justiça tempestiva. Passou-se a buscar, então, uma ponderação entre o direito fundamental à razoável duração do processo, com a prerrogativa de participação das partes no processo, com a possibilidade de influenciar a formação do juízo de valor do julgador[66].

Assim é que Pedro Miranda de Oliveira destaca o fato de ambos os princípios conviverem no ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser harmonizados, dando-se prevalência a um ou a outro conforme as necessidades da época e da sociedade. E, conforme orienta o autor, se antes a intenção do legislador foi a de privilegiar a segurança do indivíduo contra o Estado, "atualmente o legislador não esconde sua opção pela rapidez"[67].

Então, a tarefa que surge ao Legislador e ao Judiciário é aprimorar o sistema processual para que, apesar de célere, não atropele garantias tão importantes como o direito à participação no processo.

A resposta a esta compatibilização está, a nosso ver, em garantir que todos os detentores de interesses individuais homogêneos estejam adequadamente representados em juízo. Trata-se de uma forma de garantir a participação dos titulares dos direitos, sem, contudo, reproduzir a clássica fórmula do processo civil individual que, como visto, não mais alberga a litigiosidade de massa.

---

[64] GUERRA FILHO, 2005, p. 50.

[65] MARINONI, 2008, p. 451.

[66] MENDONÇA JUNIOR, 2007, p. 997.

[67] OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Constituição, Processo e o Princípio do Due Processo of Law. In: ASSIS, Araken de et al. *Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1104.

Isso porque "se todos estes membros ausentes foram devidamente representados, não há como questionar que tenham tido *their own day in court*"[68]. No mesmo sentido, Renato Xavier da Rosa entende que:

> É a adequação da representatividade que legitima a sujeição de terceiros a um processo no qual não participaram diretamente, sob pena de se violar princípios básicos da judicialização de conflitos, como o devido processo legal e o acesso à justiça[69].

Assim, uma vez que nem todos os detentores poderão, individualmente, utilizar-se amplamente das garantias processuais de contraditório previstas no processo civil clássico, impende que estejam devidamente representados, de modo que não haja prejuízos à consagração de seus direitos.

A observância do direito fundamental à razoável duração do processo enseja, como visto, nova configuração e interpretação de diversos outros princípios, igualmente importantes. A adequada escolha do representante se afigura, a nosso ver, como o mecanismo hábil à consagração, ainda que de forma não tradicional, do igualmente fundamental direito ao contraditório.

Nesse sentir, Delosmar Mendonça Junior afirma que o real acesso à justiça, entendido como aquele efetivo, "tem os conteúdos de adequação, buscando tutelas diferenciadas para concretizar o direito material e a tempestividade, sugerindo procedimentos construídos sob o enfoque da harmonização entre ampla defesa e celeridade"[70].

Dessa forma, é que se desponta uma nova concepção de direito de acesso à justiça, enfocando-se sobretudo o direito fundamental a uma tutela efetiva e célere, sem, contudo, olvidar-se de garantir ao titular de direito individual homogêneo que se faça representar adequadamente. Demonstra-se indispensável, além de compatível, a harmonização da celeridade procedimental com o direito das partes de falarem nos autos, ainda que numa concepção não tradicional do processo civil.

---

[68] BUENO, Cassio Scarpinella. As *Class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v.82, p. 102.

[69] ROSA, 2010, p. 41.

[70] MENDONÇA JUNIOR, 2007, p. 994.

3 OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

3.1 Origem e Conceito

A modificação do paradigma do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito, como visto, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro não só 'nova' categoria de direitos, compreendidos como aqueles que ultrapassam os meros direitos individuais, como também revolucionou o sistema processual, num movimento inserido no contexto da terceira onda renovatória de Cappelletti e Garth, para possibilitar o efetivo acesso à justiça.

Com efeito, os novos mecanismos processuais tiveram "como cenário legitimador o plano constitucional, que deixou bem claro que havia necessidade de modificação das bases do Estado brasileiro, que passaria a elencar determinados direitos/interesses como pertencentes a toda a coletividade"[71].

Assim sendo, atento às novas configurações da sociedade contemporânea, fundada numa economia de massa, com o crescimento exponencial de litígios cada vez mais complexos, universalizados e repetidos, o legislador pátrio positivou nova categoria de direitos e instrumentos processuais para sua tutela.

O sistema brasileiro de proteção coletiva de direitos, cuja expressão máxima está na Constituição Federal, em seu art. 129, III[72], consagrou-se basicamente através de dois instrumentos processuais, a Lei de Ação Civil Pública (nº 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (nº 8.078/90). Da leitura destes diplomas legais, combinado com importantes contribuições de direito comparado que a seguir serão abordadas, é que se evidenciam os novos direitos, e sua nova tutela jurisdicional, quais sejam: os direitos difusos, os direitos coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos, objeto deste estudo.

---

[71] VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A causa de pedir e os interesses individuais homogêneos. In: TUCCI, J.R.C. et al. *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 197.

[72] "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos";

As duas primeiras espécies, consagradas primeiramente por meio da Ação Civil Pública, em seu art. 1º, compreendem direitos transindividuais e indivisíveis, que, "do ponto subjetivo, são titularizados por uma pluralidade de pessoas; quanto ao seu objeto, não comportam fracionamento"[73]. Importante conceituação de Rodolfo de Camargo Mancuso delineia que:

> Nos 'difusos' e nos 'coletivos em sentido estrito' o caráter coletivo lhes é imanente (...). A diferença específica fica por conta de que, nos 'difusos', por se reportarem a meras situações de fato, aquelas notas revelam-se absolutas (sujeitos absolutamente indeterminados e objeto absolutamente indivisível) ao passo que nos 'coletivos em sentido estrito' elas se relativizam, porque os sujeitos – pela circunstância de estarem ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base – já comportam certa visualização ao interior de certos segmentos da sociedade civil, ou seja, em 'grupos, categorias ou classes', na dicção legal.[74]

A terceira categoria, cuja análise nos é importante para os fins deste estudo, é a dos direitos individuais homogêneos. Esta denominação só foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro cinco anos após a promulgação da Ação Civil Pública – que já abrangia as outras duas categorias – por ocasião da edição do Código de Defesa do Consumidor, que os conceitua como direitos "decorrentes de origem comum" (art. 81, III). Não obstante a novidade da denominação, já havia um mecanismo processual destinado a tutelar coletivamente esta espécie de direito, qual seja: a ação civil pública destinada a reparar os danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários (Lei nº 7.913/89).

Mas, ao contrário das duas supramencionadas categorias de direitos, cuja natureza é, de fato, coletiva e transindividual, esta categoria, como o próprio nome indica, tem essência individual, embora sejam tutelados coletivamente. Assim, se tratada como espécie do gênero "direitos coletivos", é tão-somente "porque com estas apresentam em comum as notas da uniformidade e da larga expressão numérica dos sujeitos concernentes"[75].

São direitos individuais, divisíveis, e com titulares certos, mas, pelo fato de se apresentarem de forma homogênea a mais de um indivíduo, passaram a receber tratamento processual coletivo, por questões de efetivo acesso à justiça.

---

[73] BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana. *B. Cient. ESPMU*, Brasília, a.4, n. 16, jul/set 2005, p. 115.

[74] MANCUSO, Rodolfo Camargo de. Interesses Difusos e Coletivos. *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 747, jan 1998, p. 70.

[75] Ibid., p. 70.

Afinal, se sofremos o impacto da "propensão do mundo contemporâneo para os fenômenos de massa: produção de massa, distribuição de massa, cultura de massa, comunicação de massa, e porque não, processo de massa?"[76].

Dessa forma, as três categorias comumente classificadas como direitos transindividuais, metaindividuais ou supraindividuais, compõem-se, em realidade, de duas espécies essencialmente coletivas, e uma terceira espécie, cujo tratamento processual coletivo é recomendado ante a uniformidade das posições jurídicas[77], mas que constitui, na realidade, categoria com contornos próprios e natureza individual.

Feitas algumas diferenciações, que serão mais detidamente analisadas no item infra, no que concerne às características dos direitos individuais homogêneos, merece breve abordagem o histórico desta importante categoria de direitos.

A introdução desta nova denominação no ordenamento jurídico e a criação de mecanismo processual adequado a tutelar, simultaneamente, diversos direitos individuais que apresentem notas de homogeneidade, tem como origem principal as *class actions* norte-americanas, conforme demonstra a uníssona doutrina.

Com efeito, aquele sistema processual possui um instrumento processual denominado de *class action*, que é uma ação de classe na qual se "pressupõe a existência de um número elevado de titulares de posições individuais de vantagem no plano substancial, possibilitando o tratamento processual unitário e simultâneo de todas elas, por intermédio da presença, em juízo, de um único expoente da classe"[78]. Constitui, portanto, "a mais conhecida via de proteção de interesses coletivos"[79].

---

[76] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. *RePro*, São Paulo: RT, ano 61.

[77] MANCUSO, 1998, p. 71.

[78] GRINOVER, Ada P.; WATANABE, Kazuo.; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. II, p. 125.

[79] ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 218.

O instituto norte-americano foi disciplinado pelas *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938, das quais se destaca a *Rule 23*, que fixou regras fundamentais e pré-requisitos para sua instauração, subdividindo as modalidades de ações em *true, hybrid* e *spurious*, de acordo com a natureza dos direitos controvertidos. Esta tripartição foi extinta em 1966, em razão das dificuldades práticas quanto à sua classificação, sendo essa breve contextualização importante, contudo, para melhor abordagem do sistema brasileiro, uma vez que a subdivisão:

> Permaneceria no espírito americano, cujas class actions continuam abrigando quer a defesa de interesses coletivos indivisivelmente considerados, quer **a tutela de direitos individuais divisíveis, conjuntamente tratados por sua origem comum**.[80] (grifo nosso).

A categoria brasileira de direitos individuais homogêneos, explica Ada Pellegrini Grinover, tem origem justamente nas antes denominadas *spurious class action*, pois aquelas eram "destinadas aos casos em que os membros da *class* são titulares de direitos diversos e distintos, mas dependentes de uma questão comum de fato ou de direito, pelo que se possibilita para todos um provimento jurisdicional de conteúdo único"[81].

Sobre sua origem, idêntica é a lição de Antonio Carlos Fontes Cintra, que afirma: "os interesses individuais homogêneos têm suas primeiras concepções no início do século XX, com a jurisprudência anglo-americana do sistema das *class actions*"[82], e de José Marcelo Menezes Vigliar, que diz serem, guardadas as devidas proporções, "a nossa *class action*, como as que ocorrem no direito norteamericano"[83].

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, autora do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, destaca que as *class actions for damages*, que serviram de inspiração para a introdução do termo "direito individual homogêneo" no ordenamento pátrio, tem como requisitos essenciais: a) a prevalência de questões de direito e de fato comuns sobre as questões de direito ou de fato individuais; b) a superioridade de tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença. E explica:

---

[80] GRINOVER, 2011, p. 126.
[81] GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo: estudos e pareceres*. São Paulo: DPJ, 2006, p. 186.
[82] CINTRA, Antonio Carlos Fontes. Interesses individuais homogêneos: natureza e oportunidade de coletivização dos interesses individuais. In *Revista de Direito do Consumidor*, n. 72, 2009, p. 9-40.
[83] VIGLIAR, 2002, p. 212.

> O requisito da prevalência dos aspectos comuns sobre os individuais indica que, sem isso, haveria desintegração dos elementos individuais; e o da superioridade leva em conta a necessidade de se evitar o tratamento de ação de classe nos casos em que ela possa acarretar dificuldades insuperáveis, aferindo-se a vantagem, no caso concreto, de não se fragmentarem as decisões.[84]

Evidentemente que não se aplicam ao regime jurídico brasileiro todas as características e institutos das *class actions* norte-americanas. A realidade jurídica e social dos países é diversa, motivo pelo qual naquele país ainda há uma visão individualista no processo, centrada nos membros do grupo e nas pessoas que o compõem[85]. O modelo brasileiro, por sua vez, preocupa-se mais com a visão efetiva do processo, tratando-se, em realidade, de uma questão de acesso à justiça.

Não obstante, a contribuição do direito comparado é de grande valia, mormente se considerado que serviu de inspiração para a criação de regime semelhante no ordenamento pátrio. Tem-se, portanto, que a origem dos direitos individuais homogêneos compreende os casos em que haja prevalência de questões – jurídicas ou fáticas – comuns, e que, simultaneamente, a tutela coletiva seja o melhor instrumento processual. Ada Pellegrini Grinover destaca que:

> Os direitos individuais homogêneos, como é sabido, são direitos subjetivos clássicos, pertencentes a titulares determinados, que podem ser tratados individualmente em processos individuais; mas que, por força de sua origem comum, a lei permite sejam tratados coletivamente num único processo. Não se trata, portanto, de direitos essencialmente coletivos, mas apenas acidentalmente coletivos: embora individuais e divisíveis, o sistema permite seu tratamento processual conjunto.[86]

No mesmo sentido, orientam Leonel e Zavascki, respectivamente, que:

> Os individuais homogêneos são efetivamente individuais e apenas formalmente ou processualmente (acidentalmente) coletivos. Seus titulares são, a princípio, indeterminados, porém determináveis, e os bens por eles visados são divisíveis. Sua origem refere-se a um fato ou circunstância concreta, não havendo uma relação jurídica base definida de forma a entrelaçar os interessados.[87]
>
> Os direitos individuais são, simplesmente, direitos subjetivos individuais (= com titular determinado) e, portanto, materialmente divisíveis (= podem ser lesados ou satisfeitos por unidades isoladas) o que propicia a sua tutela

---

[84] GRINOVER, 2006, p. 188.
[85] Ibid., p. 207.
[86] Ibid., p. 203-204.
[87] LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 110-111.

> jurisdicional tanto de modo coletivo (por regime de substituição processual), como individual (por regime de representação).[88]

Reforçando a concepção de que são direitos de natureza individual, embora tutelados coletivamente, Lidia Gama destaca: "Trata-se, pois, de interesses que são metaindividuais apenas na forma como se apresentam e no *modus procedendi* de seu exercício em juízo"[89].

Assim, considerando os estudos sobre direito comparado e as denominações legislativas brasileiras sobre o tema, os doutrinadores frequentemente conceituam os direitos individuais homogêneos como direitos subjetivos, individuais, divisíveis, tratados coletivamente por uma questão de adequado e efetivo acesso à justiça.

Cabe, ainda, breve comentário sobre a utilização, seja no diploma legal, seja pela doutrina, dos termos "interesses individuais homogêneos" e "direitos individuais homogêneos". Há quem prefira distingui-los, porque de fato são coisas diversas[90]. Para os objetivos deste estudo, contudo, limitamo-nos a utilizar a denominação "direitos individuais homogêneos", atentando também para a lição de Kazuo Watanabe, um dos autores do anteprojeto do CDC, ao afirmar que:

> Os termos 'interesses' e 'direitos' foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os interesses assumem o mesmo status de 'direitos', desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.[91]

Merece destaque, por fim, o nosso entendimento de expandir a classificação de direitos individuais homogêneos para englobar os interesses – típicos de uma sociedade de massa – veiculados em litígios repetidos, calcados em idêntico fundamento, apesar de constituírem, isoladamente, demandas puramente

---

[88] ZAVASCKI, 2007, p. 34.

[89] GAMA, Lidia Elizabeth Penaloza Jaramillo. Direitos individuais homogêneos. *Revista dos Tribunais*, ano 90, v. 789, jul.2001, p. 745-748.

[90] Antonio Carlos Fontes Cintra entende que são direitos, porque representam a soma dos direitos individuais tratados de forma homogênea, mas que também são interesses, uma vez que "correspondem à vontade além da individual, que já está garantida pelo direito de ação (individual), mas que se estende à vontade social de tratar tais direitos de maneira coletiva". E, nesse sentido, conclui que usar um ou outro termo se mostrará insuficiente, motivo pelo qual adota a expressão "direitos ou interesses individuais homogêneos" (Interesses individuais homogêneos: natureza e oportunidade de coletivização dos interesses individuais. Revista de Direito do Consumidor, ano 18, nº 72, out/dez 2009, p. 16).

[91] WATANABE, Kazuo. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, apud CINTRA, 2009, p. 15.

individuais. É que, apesar de alguns autores optarem pela diferenciação entre os direitos individuais homogêneos e os “direitos repetitivos”[92], a nosso ver essa separação é impraticável, porque não há categorias diversas de direitos, embora possa haver diferenciação entre as modalidades de demandas.

Entendemos que aqueles interesses que se apresentem de forma homogênea a mais de um jurisdicionado, embora individuais, constituem os “direitos individuais homogêneos”, com o perdão da repetição. O que pode variar, sim, é a forma de tutelá-los, que pode ser feita, aí sim, através das demandas classificadas como repetitivas, além das ações originariamente coletivas.

Assim, ultrapassadas as questões terminológicas e delimitada a conceituação do termo inserido no ordenamento jurídico pelo Diploma Consumerista, a doutrina passou a discorrer sobre as suas características e requisitos, para fins de delimitar sua aplicação prática.

3.2 Requisitos e características

Os direitos individuais homogêneos, para que sejam conceituados como tal, possuem, a partir da dicção literal do art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor, dois requisitos principais: a origem comum e a homogeneidade, cuja análise se demonstra essencial para compreendê-los.

A origem comum, requisito que se encontra também nas *class actions for damages*, “tanto pode advir de uma relação jurídica ou de uma situação de fato; pode relacionar um número determinado ou indeterminado de pessoas, sendo que neste último caso o número deverá ser, ao menos determinável”[93].

Assim, ante a constatação de que a origem comum pode ser de fato ou de direito[94], sobreleva importante lição de Kazuo Watanabe, que nos orienta no

---

[92] Como Renato Xavier da Rosa, ao elencar os direitos individuais homogêneos como pertencente à categoria dos direitos transindividuais, abordando, em separado “os direitos repetidos, seriados, os pedidos iguais para causas de pedir iguais, entre partes diferentes. É fácil notar que não se confundem com os direitos individuais homogêneos: estes requerem homogeneidade e origem comum” (2010, p. 10).

[93] PINHO, p. 12.

[94] GRINOVER, 2006, p. 194

sentido de que a classificação em direitos individuais homogêneos "não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal"[95].

No mesmo sentido, discorre Antonio Carlos Fontes Cintra, citando importante lição de Arruda Alvim, que:

> Não é necessário que o fato gerador derive de um único evento, o fundamental é que sejam fatos que 'juridicamente são havidos como iguais', ainda que se constituam como fatos diversos no plano empírico. **A homogeneidade, para o autor, se refere a um núcleo comum que permita o tratamento universal e globalizante para todos os casos**.[96](grifo nosso)

Daí porque se equivocam, a nosso ver, aqueles que restringem o direito individual homogêneo àquelas situações em que haja obrigatoriamente a mesma questão fática como origem comum, como no clássico exemplo do acidente de avião com diversas vítimas.

O direito individual será homogêneo se contiver majoritariamente elementos de fato ou de direito em comum, abarcando simultaneamente casos em que haja o mesmo acontecimento fático, e casos em que diversos acontecimentos fáticos similares – tão comuns na sociedade contemporânea – gerem direitos similares para diversas pessoas, fundando-se seus pedidos na mesma questão de direito.

Nesse sentido, portanto, que entendemos que deve ser adotado o termo "direitos individuais homogêneos", se não de forma absoluta, ao menos para compreensão deste trabalho. Assim, acreditamos ser plenamente aplicável a denominação a todos os interesses que, apesar de individuais e determinados, sejam repetidos, por terem origem no mesmo fato, ou por reproduzirem a mesma questão de direito, advinda da repetição de fatos semelhantes.

Pretendemos compreender o termo a partir de sua literalidade, ou seja, direitos individuais que são homogêneos, afetando mais de um jurisdicionado, de forma a alargar o conceito do Código de Defesa do Consumidor como geralmente

---

[95] WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, apud GRINOVER, 2006, p. 194.

[96] ARRUDA ALVIM et al. Código de Defesa do Consumidor Comentado. São Paulo: RT, 1995, apud CINTRA, p. 35.

entendido, compreendendo todas as espécies de direitos veiculados em demandas repetidas e massificadas.

Afinal, Ada Pellegrini Grinover, ao admitir que a origem comum pode ser de fato ou de direito, elenca um dos exemplos de ações civis públicas para defesa de direitos individuais homogêneos os pedidos de "pagamento de uma diferença devida pela Previdência Social ou por bancos na aplicação de índices de correção monetária"[97].

Ora, estes casos – pagamento de correção monetária para as cadernetas de poupança – são justamente os que ensejaram a criação de mecanismos de uniformização de jurisprudência, de forma assemelhada à tutela coletiva, como pelo julgamento de Recursos Repetitivos (art. 543-C, do Código de Processo Civil), de onde se observa que não há justificativa para excluir do conceito contido no Código de Defesa do Consumidor os casos ditos repetitivos.

Discordamos, portanto, do entendimento de Renato Xavier Da Rosa, para quem os direitos individuais homogêneos "serão diferentes dos repetidos, pois não há identidade entre um direito individual homogêneo, relacionado a um fato, e outro relacionado a outro"[98]. Ora, haverá identidade, a nosso ver, se os fatos – apesar de não serem os mesmos, e não ocorrerem no mesmo espaço e tempo – gerarem consequências idênticas a indivíduos diversos, não importando a classificação entre repetitivos ou homogêneos, que, aliás, entendemos ser a mesma coisa, sendo diferenciados tão somente pela forma através da qual são levados a juízo.

É que, dispensada a exigibilidade da origem comum se referir obrigatoriamente ao mesmo fato, como a queda de um avião, passa esta categoria a abarcar todas as situações em que diversos fatos acarretem consequências jurídicas homogêneas.

Do mesmo modo, a doutrina não se furta a elencar como direitos individuais homogêneos os mesmos casos que são tutelados em nosso ordenamento mediante mecanismos outros que não as ações coletivas, como os já citados Recursos Repetitivos. Nesse sentido, Ricardo de Barros Leonel lista uma série de conflitos, tais como:

---

[97] GRINOVER, 2006, p. 197.
[98] ROSA, 2010, p. 8.

> Venda de vários veículos produzidos por uma empresa ou montadora contendo defeito em série que ocasiona danos similares aos adquirentes; adquirentes de determinado medicamento que apresenta a mesma falha de produção, danosa à saúde dos respectivos usuários; investidores da bolsa de valores que sofreram lesão em virtude de cobrança de taxa indevida na aquisição de ações de certa empresa; consumidores de cigarro que venham a desenvolver patologia em função de um componente indevidamente inserido na fórmula em certo lote.[99]

Assim, também se demonstra relevante abordar o papel da análise da causa de pedir nestas demandas, já que, como alerta José Marcelo Menezes Vigliar, embora não haja necessidade de, no campo dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, abordar mais detidamente a *causa petendi*, "para os direitos individuais homogêneos há um grande campo para consideração, porque os fatos e os fundamentos jurídicos que levam ao pedido, e, como consequência, a opção pela via da demanda coletiva devem ser os mesmos"[100].

A constatação de que há causas de pedir idênticas (ou a mesma origem) possui, portanto, duas características importantes, ou seja, a clássica função de viabilizar a dedução da pertinência do pedido; e a específica, de verificar se há, efetivamente, uma situação em que se pede tutela para direitos individuais homogêneos, possibilitando-se a coletivização.

Assim, dentre os elementos para identificação das ações, a causa de pedir desponta como a mais importante na análise das ações coletivas e das demandas repetitivas. Isso porque a partir dela se analisará se é veiculada a mesma tese jurídica, que possibilita, assim, seu tratamento conjunto.

A adequação da causa de pedir torna-se ainda mais importante após o julgamento dos casos que envolvem direitos individuais homogêneos, dando-lhes a mesma resposta jurisdicional. Isso porque o cuidado deverá ser redobrado para que a causa de pedir veiculada seja fidedigna aos direitos discutidos, evitando-se a adoção desmedida de decisões já consolidadas a situações que veiculem teses jurídicas, e mesmo fáticas, diversas.

Infelizmente, é comum em nosso ordenamento a aplicação mecânica de entendimentos jurisprudenciais pacificados de forma indistinta. O que deve vincular o julgamento à uma resposta jurisdicional prévia é a mesma causa de pedir, de modo

---

[99] LEONEL, 2002, p. 109.
[100] VIGLIAR, 2002, p. 194.

que esta se torna de especial relevância no âmbito da tutela coletiva dos direitos homogêneos.

Retornando-se a análise sobre a origem comum, conforme leciona Ada Pellegrini Grinover, esta pode ser próxima ou remota. E que, “quanto mais remota for a causa, menos homogêneos serão os direitos”[101]. Assim, resgatando brevemente o requisito da prevalência das questões comuns das *class actions,* se inexistir a prevalência dos aspectos coletivos, os direitos serão heterogêneos mesmo que tenham origem comum, que será, portanto, remota[102].

Destaca-se, então, o segundo requisito essencial desta categoria de direitos, a homogeneidade, não tão bem analisado pela doutrina, porque “talvez a própria redação do dispositivo legal induzisse a pensar, inicialmente, que a ‘homogeneidade pela origem comum’ seja um único requisito. Os direitos seriam homogêneos sempre que tivessem origem comum”[103].

Contudo, há casos em que a origem comum não se demonstra suficiente para caracterizar a homogeneidade, sobretudo se for remota. Assim, uma vez que essa circunstância comprometa a homogeneidade dos direitos invocados, aponta-se a necessidade de se aferir a aplicabilidade do critério da prevalência da dimensão coletiva sobre a individual, adotado pelo sistema norte-americano.

Os direitos individuais homogêneos, enquanto tratados separadamente, são idênticos aos puramente individuais, não sendo visível o critério da homogeneidade, que só irá se visualizar a partir da molecularização das demandas. Assim sendo, a característica da homogeneidade está diretamente ligada aos critérios de prevalência e superioridade da tutela coletiva, previstos na *Rule 23* do sistema das *class actions* norte-americanas.

Neste sentido, orienta Túlio Teixeira Campos a “imprescindibilidade do exame do caso concreto, pois, como homogeneidade assenta-se em um

---

[101] GRINOVER, 2006, p. 194.
[102] Ibid., p. 195.
[103] GRINOVER, 2011, p. 76.

pressuposto de pluralidade de interesses, o exame de um só direito subjetivo não pode ser suficiente para qualificá-lo”[104].

A homogeneidade afigura-se como critério absolutamente indispensável, porque “essencial para que o extenso grupo de pessoas possa ser temporariamente tratado como um único ente litigante”[105]. Isso porque é imprescindível que a situação fática ou jurídica comum viole interesses que se manifestem homogeneamente na esfera dos titulares, já que, como leciona Campos:

> O tratamento coletivo de tais interesses individuais é dado pela homogeneidade dos mesmos e em razão de decorrerem eles de uma mesma origem, cuja tutela processual pode ser exercida molecularmente, isto é, por um único ente legitimado processualmente para tanto, o que reflete uma opção político-legislativa.[106]

Assim, uma vez configurada a origem comum e a manifestação homogênea da lesão aos interesses de diversos indivíduos, pode se evidenciar a superioridade da tutela coletiva sobre a individual, que “deve também ser examinada enquanto exigência da função social do processo, entendido como instrumento que efetivamente leve à pacificação com justiça”[107].

Sendo próxima a origem e homogênea sua manifestação na esfera dos direitos dos jurisdicionados, altamente recomendável será sua tutela coletiva. Por outro lado, quanto mais os aspectos individuais prevalecerem sobre os comuns, tanto mais a tutela coletiva será inferior à individual, em termos de eficácia da decisão[108].

A opção legislativa pela tutela conjunta destes direitos se justifica por uma série de fatores muito importantes, ligados a direitos fundamentais, como abordado nos tópicos 2.3 e 2.4. Em síntese, são dois os pilares essenciais da tutela jurisdicional coletiva: a isonomia dos jurisdicionados – dando respostas idênticas a situações idem -, e a efetividade de acesso à justiça.

---

[104] CAMPOS, Túlio Teixeira. Direitos individuais homogêneos: instrumento de tutela coletiva de direitos individuais e a sua identificação sob o exame do caso em concreto. *DE JURE – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, novembro/2007, p. 469.

[105] ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 23.

[106] CAMPOS, 2007, p. 465.

[107] GRINOVER, 2006, p. 199.

[108] Ibid., p. 198.

Sobre o primeiro aspecto, Antonio Carlos Fontes Cintra orienta que a criação destes instrumentos processuais "anda em conformidade com a principiologia do acesso democrático à Justiça, na medida em que promove a tutela de direitos, ainda na inércia de seu titular, assegurando decisões igualitárias para a mesma situação fática"[109]. A existência de decisões díspares no que se refere aos casos de direitos individuais homogêneos abala a Justiça em seu crédito social, sendo uma expressão da injustiça, seja para uma parte ou para outra ou quiçá para ambas[110].

Importante destacar, ainda, que a tutela coletiva destes direitos acaba sendo uma alternativa aos altos custos de um processo individual, já que:

> Se a perspectiva de ganho representar pouca vantagem econômica, o dispêndio com a ação individual, em especial na contratação de um advogado, de um perito e no pagamento das custas processuais, sem falar em todo o tempo gasto com tal empenho, não estimulará a parte na busca de seus direitos e nem aos demais lesados pela mesma circunstância.[111]

Do mesmo modo, uma vez que se possibilite a diversas pessoas que tenham sofrido a mesma lesão o acesso conjunto à justiça, caminha-se no sentido de diminuir as desigualdades existentes entre os litigantes, principalmente nos casos que envolvem relações consumeristas. Alerta Cintra que "a pressão exercida sobre o fornecedor, nesse caso, garante mais efetividade à ação coletiva frente a uma individual, em face do 'peso' muito maior daquela, frente a esta"[112].

Igualmente, importante aspecto dessa escolha legislativa foi a constatação de que o expressivo número das pessoas portadoras dos mesmos direitos impossibilitaria a resolução destes conflitos via litisconsórcio, que seria multitudinário. Afinal, "a figura clássica do litisconsórcio, como instituto tecnicamente idôneo para dar ao processo uma conotação coletiva, delineia-se inapropriada ou mesmo impraticável diante da proteção jurisdicional reclamada pelos interesses supraindividuais"[113]

---

[109] CINTRA, 2009, p. 29.
[110] Ibid., p. 29.
[111] Ibid., p. 24.
[112] Ibid., p. 22.
[113] TUCCI, José Rogério Cruz e. *Processo Civil: realidade e justiça*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 73.

O legislador passou a utilizar a tutela coletiva, portanto, "seja em nome da economia processual, seja em nome da celeridade da prestação jurisdicional, seja em nome do prestígio que se deve emprestar às decisões judiciais, que não devem ser diversas para conflitos idênticos"[114]. Assim, demonstra-se claramente que ainda que entendidos como estes direitos sejam classificados como coletivos, essa denominação somente será corretamente utilizada se compreendido que essa foi uma escolha legislativa que concerne exclusivamente à tutela processual, não sendo, em sua essência, direitos transindividuais, mas sim individuais, divisíveis e com titulares determinados ou determináveis[115].

Por este motivo, discordamos da concepção de Teixeira de Sousa, para quem os interesses individuais homogêneos seriam a concretização, na esfera individual, dos interesses difusos e coletivos[116]. Concordamos com Antonio Carlos Fontes Cintra – e com a maioria da doutrina – por entender que "não nos parece haver consunção fática da existência de interesses individuais homogêneos na presença de direitos difusos ou coletivos". Fica claro, contudo, que em muitos casos essa similitude ocorrerá, como bem aponta Tepedino:

> Em termos práticos, as lesões a interesses coletivos ou difusos normalmente implicam a configuração de interesses individuais homogêneos, sendo muito difícil isolar cada uma dessas espécies de interesses, de modo a que se pudesse identificar, diante de uma hipótese concreta, a presença do interesse estritamente coletivo ou exclusivamente individual homogêneo.[117]

Assim, exemplifica José Carlos Barbosa Moreira, sobre os direitos essencialmente coletivos, compreendidos como os direitos difusos e os coletivos *stricto sensu*, que o seu objeto é por natureza indivisível, como "em matéria de proteção ao meio ambiente, em matéria de defesa da flora e da fauna, em matéria de tutela dos interesses na preservação do patrimônio histórico, artístico, cultural,

---

[114] VIGLIAR, 2002, p. 196.

[115] No mesmo sentido é a lição de José Marcelo Menezes Vigliar, para quem os interesses são "divisíveis, cindíveis, passíveis de ser atribuídos a cada qual dos interessados, na proporção que cabe a cada um deles, mas que, por terem uma origem comum, são tratados coletivamente" (2002, p. 210).

[116] Antonio Carlos Fontes Cintra destaca importantes excertos deste autor, contido no Livro "A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos", no qual se destaca que "os interesses difusos stricto sensu e os interesses coletivos corresponderiam à dimensão supra-individual dos interesses difusos lato sensu, e os interesses individuais homogêneos seriam o reflexo daqueles mesmos interesses na esfera individual de cada titular" (2009, p. 18-19).

[117] TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *A Questão Ambiental, o Ministério Público e as Ações Civis Públicas, in* Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pág. 302.

espiritual da sociedade”[118]. Os interesses, quando sejam divisíveis para cada um dos determinados titulares, somente serão coletivos acidentalmente, por uma questão de política legislativa, através da adoção de técnicas processuais diferenciadas.

Nesse sentido, claro é o ensinamento de Teori Zavascki, que alerta sobre a confusão entre defesa de direitos coletivos (e difusos) e defesa coletiva de direitos (individuais). Para tanto, afirma que direito coletivo é direito transindividual e indivisível, podendo ser difuso ou coletivo stricto sensu, sendo os direitos individuais homogêneos “simplesmente direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não desvirtua essa sua natureza, mas simplesmente os relaciona a outros direitos individuais assemelhados, permitindo a defesa coletiva de todos eles”[119].

A partir desta constatação, portanto, abordaremos, de forma breve, os atuais mecanismos eleitos pelo legislador para dar adequada tutela aos direitos individuais homogêneos, de forma coletiva.

3.3 Instrumentos processuais para tutela dos direitos individuais homogêneos

O ordenamento jurídico brasileiro, confrontando-se com a necessidade de estabelecer adequados meios processuais para tutela dos direitos individuais homogêneos, oriundos de uma sociedade de massa, passou a buscar a implantação de instrumentos adequados.

O litisconsórcio, método tradicional de defesa coletiva de direitos individuais, passou a não mais abarcar as peculiaridades dessas demandas. A efetiva ruptura com a concepção tradicional-individualista do processo, contudo, somente ocorreu, no Brasil, no final da década de 80.

Como visto, o primeiro mecanismo processual para tutela coletiva de direitos individuais foi previsto na Lei 7.913/89. A ação civil pública ali prevista foi criada visando à preservação ou ressarcimento de danos causados a indivíduos

---

[118] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *RePro*. São Paulo: RT, nº 61, p. 188-189.

[119] ZAVASCKI, Teori. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de Informação Legislativa*, ano 32, nº 127, jul/set 1995, p. 84.

titulares de valores mobiliários, tem como legitimado ativo o Ministério Público, e contem a previsão de que "os beneficiários poderão habilitar-se na proporção de seu prejuízo sofrido individualmente"[120].

A posterior edição do Código de Defesa do Consumidor, responsável por cunhar a denominação "direitos individuais homogêneos" estabeleceu uma sistemática processual própria, sob a denominação de Ação Coletiva, em consonância com a anterior Lei de Ação Civil Pública. Assim, a reparação dos danos passou a ser voltada também para os interesses individuais, o que anteriormente não ocorria, uma vez que o ressarcimento do dano visava à coletividade em geral[121].

O art. 91 do Diploma Consumerista passou a prever, então, a Ação Coletiva para defesa dos direitos individuais homogêneos, conferindo legitimidade aos entes elencados no art. 82, quais sejam, o Ministério Público, os entes da Administração Pública, direta ou indireta, e Associações, para que, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, propusessem a ação de reparação dos danos individualmente sofridos.

Surgiu, então, discussão doutrinária sobre o tipo de ação ora disciplinada, comparando-a a ação civil pública, prevista na Lei nº 7.347/85, para defesa de direitos difusos e coletivos em sentido estrito. Alguns autores, como Humberto Dalla Bernardina de Pinho, passaram a defender que, não obstante a grande interação e sintonia entre os dois diplomas, seriam ações diferentes, cada qual tutelando um objeto[122], as ações civis públicas para direitos difusos e coletivos em sentido estrito, e as ações coletivas para tutelar direitos individuais homogêneos.

Em sentido diametralmente oposto, Vigliar alerta a inexistência de qualquer distinção entre as ações civis publicas e as ações coletivas, uma vez que a única diferença consistiria na natureza do próprio direito material tutelado. Afirma, para corroborar sua assertiva, que "constitui atividade pouco técnica adjetivar as ações"[123], e que o termo ação civil pública somente se justificava por um fator

---

[120] PITERMAN, Marcel Tisser. As *class actions* e a tutela dos interesses coletivos frente ao "bug do milênio". *Revista da Ajuris*. Ano XXVI, nº 76, dez. 1999, p. 252.

[121] PITERMAN, 1999, p. 252.

[122] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. As ações coletivas no Direito Brasileiro: aspectos gerais, evolutórios e algumas controvérsias. *RDDP*, nº 11, fev.2004, p. 81.

[123] VIGLIAR, 2002, p. 216.

histórico, da legitimidade ativa do *parquet*, motivo pelo qual não haveria de subsistir, embora consagrado pela práxis forense.

Assim sendo, defende a utilização do termo “ação coletiva” para tutelar tanto os direitos difusos e coletivos em sentido estrito, como os direitos individuais homogêneos, já que “a ação coletiva tutela um interesse que é coletivo, seja ele acidentalmente coletivo, seja ele essencialmente coletivo”[124], ainda que haja procedimentos diferenciados.

Nesse contexto, destaca o autor que também a ação popular e o mandado de segurança coletivo são espécies de ações coletivas, porque veiculam pretensões coletivas. Necessário destacar, contudo, que a ação popular, instituída pela Lei nº 4.717/65, embora seja instrumento processual de tutela coletiva, não é qualificada, pela sua natureza e finalidade, em princípio, à tutela de interesses que em sua essência são individuais[125].

Já no que se refere ao Mandado de Segurança Coletivo, previsto no art. 5º, LXX, da Constituição Federal, entende-se cabível sua utilização para tutela de direitos individuais, porquanto destinado a buscar “tutela de direitos subjetivos de terceiros. O que há de novo, destarte, é apensas uma forma de defesa coletiva de direitos individuais”[126], podendo ser impetrado por partidos políticos, organização sindical, entidade de classe ou associação, em defesa dos interesses de seus membros.

A ação coletiva e o mandado de segurança coletivo seriam, para Teori Zavascki, os mecanismos essenciais à defesa coletiva de direitos individuais (homogêneos), cuja marca registrada comum diz respeito à legitimação ativa, em regime de substituição processual autônoma: “o autor da demanda, substituto, defende em juízo, em nome próprio, direito de outrem, o que faz autonomamente”[127].

Ainda no que diz respeito às previsões legais para tutela coletiva de direitos individuais, destaca-se a Lei nº 8884/94, que dispõe sobre as infrações à ordem econômica, estabelecendo em seu art. 29 a possibilidade de os prejudicados,

---

[124] VIGLIAR, 2002, p. 225.

[125] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*,: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. São Paulo: RT, 2011, p. 447.

[126] ZAVASCKI, 1995, p. 85.

[127] Ibid., p. 87.

por si ou pelos legitimados no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, ingressarem em juízo para “em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos”.

Ademais, cumpre citar a previsão contida na Lei nº 9784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, no sentido que “quando os pedidos de uma pluralidade de interessados tiverem conteúdo e fundamento idênticos, poderão ser formulados em um único requerimento” (art. 8º). Araújo Filho destaca que este dispositivo abre caminho para a defesa de direitos individuais autônomos, mas semelhantes, “o que permite o desenvolvimento para a defesa de direitos individuais homogêneos”[128].

Mas, paralelamente a estes institutos processuais, que constituem verdadeiras ações coletivas, cumpre ainda destacar diversos outros mecanismos, introduzidos ao sistema processual brasileiro de modo a dar tratamento prioritário às demandas de massa, estabelecendo com brevidade a tese jurídica a ser adotada nos casos repetitivos. Esta análise é cabível neste estudo, a nosso ver, porquanto já demonstrado que entendemos que os direitos individuais homogêneos constituem objeto também das demandas repetitivas, não havendo distinção com a suposta categoria de “direitos” denominados de repetitivos.

Sobre o tema, destaca Antonio Adonias Aguiar Bastos que:

> A doutrina começa a afirmar a existência de ações de grupo, que consistiriam em ‘procedimentos de resolução coletiva evitando, dentro do possível, as ficções representativas. (...) procuram-se métodos de decisão em bloco que partam de um caso concreto entre contendores individuais. **Trata-se da instauração de uma espécie de incidente coletivo dentro de um processo individual’**[129] (grifo nosso).

Assim sendo, devem ser analisados como instrumentos de tutela coletiva também os mecanismos de uniformização de jurisprudência[130], haja vista partirem da mesma premissa: a existência de litígios individuais, divisíveis e com titulares

---

[128] ARAÚJO FILHO, 2000, p. 56.

[129] BASTOS, 2009, p. 50.

[130] Nesse sentido, alerta Leonardo da Cunha que sobreleva a necessidade de uniformização de entendimento jurisprudencial aos casos homogêneos, nas chamadas demandas de massa, citando como exemplos os litígios provenientes de relações que envolvem servidores públicos, consumidores, direito previdenciário, matéria tributária, entre outros. Ficam excluídos do campo de aplicação destes instrumentos, contudo, os casos em que haja predomínio de questões individuais, como nas demandas de direito de família ou relações contratuais (2009, p. 242).

determinados, que interferem na esfera de mais de um jurisdicionado de forma homogênea. Além disso, também têm como objetivos principais a garantia de isonomia entre casos iguais, concretizando-se de forma efetiva o acesso à justiça.

Dentre as regras criadas para a solução de causas repetitivas no regime brasileiro, pode se destacar a possibilidade de suspensão de segurança em liminares, disciplinada pela Lei nº 8.437/92, art. 4º, e pela Lei nº 12.016/2009, art. 15. Determina este mecanismo que o presidente do Tribunal poderá estender os efeitos da decisão proferida em liminar aos casos cujo objeto seja idêntico. Leciona a doutrina que a regra tem como objetivo afastar a divergência jurisprudencial que pode ocorrer quando um indivíduo obtém um provimento de urgência e outro indivíduo não, em casos idênticos[131].

Do mesmo modo, ressalta-se a existência do incidente de uniformização de jurisprudência previsto no art. 476 do CPC, que permite ao plenário ou órgão especial do Tribunal firmar entendimento que será aplicado aos demais casos repetidos. No mesmo sentido caminha a afetação de julgamento ao órgão indicado pelo regimento interno, previsto no art. 555, §1º, do CPC, que remete ao órgão competente o julgamento de questão que reproduza tese idêntica, uniformizando-se o entendimento.

Ainda, o pedido de uniformização de jurisprudência pode ser feito em âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Federais, que recebem, por sua natureza, muitas demandas repetitivas. Disciplina a Lei nº 10.259/2001, em seu art. 14, que cabe o pedido quando houver divergência de direito material em relação a precedentes de outra Turma Recursal ou do Superior Tribunal de Justiça. Mesma prerrogativa é assegurada aos processos em trâmite nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, em razão da Lei nº 12.153/2009, em seu art. 18.

Importante dispositivo inserido no Código de Processo Civil pela Lei nº 11.277/2006 diz respeito à possibilidade de julgamento imediato de improcedência dos casos oriundos da sociedade massificada. Diz o artigo 285-A que “quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos”, o juiz poderá dispensar a citação e reproduzir o teor da sentença anteriormente prolatada. Sobre este

---

[131] CUNHA, 2009, p. 252.

dispositivo, leciona Leonardo da Cunha que a exigência de a matéria controvertida ser unicamente de direito, revela tratar-se de demandas de massa:

> Com efeito, nas chamadas demandas de massa, os fatos são repetidos em cada uma das demandas. Os autores passaram pela mesma ou semelhante situação (...). A discussão, em todos esses casos, é apenas de direito: discute-se se a norma é aplicável ou não, se é válida ou não, se é constitucional ou não.[132]

À semelhante função é que se destina a súmula vinculante, prevista no art. 103-A, da Constituição Federal. O dispositivo permite que o Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprove entendimento que será aplicado em todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. Leonardo da Cunha destaca que "constitui importante mecanismo para a racionalização das causas repetitivas (...) com o que se assegura, de igual modo, a indispensável isonomia relativamente aos casos massificados"[133].

Não menos importantes a assegurar o direito fundamental de isonomia são as regras previstas nos artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil, que permitem ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, quando houver multiplicidade de recursos com idêntica controvérsia, escolherem alguns representativos da questão a ser analisada, suspendendo-se os demais até que haja posicionamento de mérito, que lhes será aplicado.

A Suprema Corte analisará se há repercussão geral nos Recursos Extraordinários, julgando um ou alguns dos recursos que reproduzam a mesma questão de direito, e todos os demais serão sobrestados, até que, julgado o mérito, o entendimento possa a todos os recursos ser estendido.

Igualmente, caberá ao Superior Tribunal de Justiça admitir um ou alguns recursos representativos da controvérsia – quando houver multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito – suspendendo-se os demais, de modo a conferir tratamento uniforme às causas que versem sobre a mesma questão, realidade esta inerente à sociedade massificada.

Por fim, mas não menos importante, destaca-se o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, previsto no Projeto de Lei nº 166 de 2010, do novo

---

[132] Ibid., p. 258.
[133] CUNHA, 2009, p. 260.

Código de Processo Civil, em seus artigos 895 a 906. O incidente, embora ainda não esteja em vigor, revela-se extremamente importante para os fins deste estudo, por tratar-se instrumento inédito no ordenamento jurídico brasileiro, cujo objetivo é racionalizar, já em primeiro grau, o julgamento de causas repetitivas.

O mecanismo tem origem no modelo alemão denominado de *Musterverfahren*, que pode ser traduzido como procedimento-modelo, procedimento-piloto ou ainda procedimento padrão, idealizado para simplificar os processos de massa, principalmente os oriundos do mercado de capitais[134].

O projeto de lei prevê que o incidente terá cabimento quando identificada "controvérsia com o potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes" (art. 895, caput). O pedido de instauração pode ser feito pelas partes, pelo Ministério Público (que intervirá obrigatoriamente) ou pela Defensoria Pública, ou mesmo instaurado de ofício pelo juiz.

Se admitido o incidente, serão suspensos todos os demais processos que versem sobre a mesma questão, e a tese jurídica adotada no "processo piloto" lhes será aplicada. Entende Renato Xavier da Rosa que o procedimento não coletiviza, mas 'adianta' a tese que seria adotada pelo tribunal após a pacificação da jurisprudência.

O projeto de lei, se aprovado, trará importante inovação ao sistema processual brasileiro, permitindo que a resolução de demandas repetitivas seja realizada logo em primeiro grau, reduzindo-se sobremaneira o tempo despendido em cada processo individual, evitando-se o assoberbamento do judiciário, os altos custos, e, ainda mais importante, decisões conflitantes sobre o mesmo tema.

O incidente contém, entretanto, algumas falhas, principalmente no que diz respeito à escolha do procedimento modelo, a nosso ver. Ainda que não haja a

---

[134] Leciona Renato Xavier da Rosa que a adoção de tratamento coletivo de demandas na Alemanha iniciou-se a partir de discussões sobre medidas similares às *class actions* norte-americanas, as quais não obtiveram o apoio necessário. Assim sendo, foi criado o *musterverfahren*, com novos contornos processuais e procedimentais. No mecanismo alemão, seleciona-se um litigante modelo ou padrão, que será responsável por conduzir a demanda no tribunal, e a decisão modelo terá eficácia vinculante a todos os litigantes cujas demandas foram suspensas. O autor entende que trata-se de um sistema não representativo de uma classe ou grupo (2010).

substituição processual própria das ações coletivas, uma parte líder será responsável por conduzir o processo padrão, cujo resultado será aplicado a todos os outros homogêneos.

Por este motivo, concordamos com a doutrina no sentido de que o correto seria selecionar uma parte que em si mesma seja um exemplar completo dos demais sujeitos que serão afetados pelo incidente, sendo “de perplexo apontamento que não haja controle da representatividade adequada no incidente de resolução de demandas repetitivas, ainda que não nos moldes das *class actions* norte-americanas, ao menos conforme proposto na doutrina nacional”[135].

Esta matéria é, afinal, o tema deste estudo, sobre o qual nos aprofundaremos no próximo capítulo. Ressaltamos desde já, contudo, que nos parece indispensável o estabelecimento de critérios para escolha do “líder” em cada um e em todos os mecanismos processuais destacados neste tópico, como expressão máxima do real acesso à justiça, harmonizando-se os direitos fundamentais de isonomia, de efetividade da prestação jurisdicional e do contraditório.

---

[135] ROSA, 2010, p. 40.

4 A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NA TUTELA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNIOS

4.1 A legitimidade ativa na tutela coletiva

A Constituição Federal garante a todos o direito à tutela jurisdicional, cujo exercício, contudo, está sujeito ao preenchimento de algumas condições. A legitimidade para agir em juízo desponta-se como um dos mais importantes requisitos para submeter ao Poder Estatal a resolução de um litígio, e encontra fundamento, em regra, na máxima de quem ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio.

É necessário, em geral, na lição de Fredie Dider Jr., "que os sujeitos da demanda estejam em determinada situação jurídica que lhes autorize a conduzir o processo em que se discuta aquela relação jurídica de direito material deduzida em juízo"[136]. Essa legitimação, denominada de ordinária, justifica-se a partir da constatação que o processo civil tradicional tutela majoritariamente posições jurídicas individuais, coincidindo, assim, as figuras do titular do direito material e do legitimado para agir em juízo.

Quando, contudo, não houver essa correspondência entre as duas figuras, tem-se a legitimação extraordinária, através da qual é conferida a alguém a condução de processo que tenha por objeto direitos titularizados por outrem. Essa legitimação, embora constitua exceção ao processo tradicional, é predominante para a tutela de direitos coletivos em sentido amplo, tendo em vista a peculiaridade da natureza do direito material (quando indeterminada a titularidade, nos direitos difusos e coletivos stricto sensu), ou mesmo a efetividade da defesa molecularizada (nos direitos homogêneos ou repetidos).

Verifica-se, portanto, que as modalidades de legitimação para tutela dos direitos individuais homogêneos e dos outros direitos coletivos *lato sensu* são diversas da tradicional, tanto em sua justificativa como na sua natureza. A legitimação ordinária não se demonstra efetiva em matéria de direitos difusos e coletivos *stricto sensu* principalmente porque "não se vai encontrar o 'titular', o 'dono'

---

[136] DIDIER, 2009, p. 186.

do interesse objetivado, dada a inviabilidade de sua ‘partição’ ou ‘fracionamento’ (a chamada ‘indivisibilidade do objeto’) e, de outro, lado, dada a impossibilidade de sua atribuição a certos ‘titulares’ (a chamada ‘indeterminação dos sujeitos’)”. [137]

Para a tutela dos direitos individuais homogêneos, a inviabilidade persiste, embora com outro fundamento. Não há, como visto no capítulo anterior, a indeterminação dos sujeitos ou a indivisibilidade do objeto. Não obstante, surgiu a necessidade de se pensar em uma forma de legitimação extraordinária, porquanto se demonstrou inviável a reprodução de milhares de demandas idênticas, cada qual movida pelo titular do direito material, o que ensejou modificações profundas nos critérios tradicionais de legitimidade para a causa.

Com efeito, Marinoni leciona que “não há razão para tratar da legitimidade para a tutela dos direitos transindividuais (ou mesmo dos direitos individuais homogêneos) a partir de seu correspondente no processo civil individual. Quando se pensa em direito alheio, raciocina-se a partir de uma visão individualista que não norteia a aplicação da tutela coletiva”[138]. E, no mesmo sentido, Leandro Aguiar alerta “a importância de se rever a legitimação ativa *ad causam*, que, na concepção individualista do processo civil clássico, não é capaz de garantir a efetiva tutela dos direitos emergentes”[139].

Outro não é o entendimento de Candido Rangel Dinamarco:

> Àquela linha de legitimação individual, válida na maioria dos casos, corresponde ao tratamento atômico tradicionalmente dado aos conflitos, sem cogitar da dimensão supraindividual que estes podem muitas vezes apresentar; sucede-lhe agora o impulso doutrinário no sentido da molecularização do direito e do processo, ou seja, do tratamento dos conflitos a partir de uma ótica solidarista e mediante soluções destinadas também a grupo de indivíduos e não somente a indivíduos enquanto tais[140]

Detectada, portanto, a inviabilidade da manutenção dos critérios tradicionais do processo civil nas ações para tutela coletiva dos direitos individuais, o legislador e a doutrina passaram a se preocupar com o estabelecimento de novos

---

[137] MANCUSO, 2011, p. 114.

[138] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 758.

[139] AGUIAR, Leandro Katscharowski. *Tutela coletiva de direitos individuais homogêneos e sua execução*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 18.

[140] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 278.

institutos que possibilitassem a defesa destes interesses por legitimados extraordinários, que fariam, na medida do possível, o papel das partes em juízo.

Constatou-se, contudo, que a legitimidade extraordinária, embora tenha o condão de possibilitar que uma só pessoa substitua milhares de outras, reduzindo-se o número de processos, o custo e o tempo para julgamento, possui grave falha quanto ao distanciamento que pode ocorrer entre o legitimado e os fatos que constituem a causa de pedir, o que não ocorre com a legitimação ordinária, cuja situação legitimadora é justamente o contexto fático.

Este grave problema – que pode acarretar na concessão de uma tutela jurisdicional dissociada da verdadeira situação fática – foi contornado com um razoável grau de eficácia por alguns outros países, através do estabelecimento de critérios que visam dotar o legitimado ativo de características tais que o tornem verdadeiramente apto para representar seus semelhantes, ou seja, exigindo que o próprio representante apresente as características dos substituídos, ou demonstre que tenha condições de reproduzi-las, para atuar, de fato, como um modelo da situação litigiosa.

Importante, nesse contexto, fazer breve análise do controle da legitimidade no sistema norte-americano das *class actions*, uma vez que, como brevemente destacado no capítulo anterior, as ações coletivas, bem como a introdução do termo "direitos individuais homogêneos" no ordenamento jurídico brasileiro retiraram daquelas ações de classe sua inspiração. Natural, portanto, que também os conceitos pátrios de legitimidade tenham sofrido importante modificação a partir deste regime, especialmente a partir da dicção da *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*.

Com efeito, "a exigência de que a atuação do substituto processual seja adequada é conhecida no Brasil como 'representatividade' ou 'representação' adequada, com base na tradução literal do instituto da *adequacy of representation* do direito norte-americano"[141].

---

[141] CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. O controle judicial da atuação adequada no processo coletivo e a desnecessária extensão da coisa julgada secundum eventum litis. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Ano 17, nº 66, abr/jun 2009, p. 24.

Nos Estados Unidos, a análise sobre a adequação da parte para representar a classe em juízo é realizada a partir de dois elementos: a ausência de conflito de interesses entre o representante e o grupo; e a possibilidade de assegurar de forma dedicada e responsável a tutela dos interesses do grupo[142]. Estes critérios são direcionados simultaneamente ao representante e a seu advogado e destinam-se a averiguar se a parte está apta a exercer a representação, sendo elencados por Cassio Scarpinella Bueno da seguinte maneira:

> Os membros presentes e nomeados na ação devem demonstrar que tem efetivo interesse jurídico na promoção daquela demanda, (...) é inerente à figura da representatividade adequada a competência dos advogados que conduzirão a ação (...) e a Corte deverá, ainda, averiguar a inexistência de qualquer conflito interno no interior da classe[143]

Assim, no regime jurídico norte-americano, a ação coletiva somente será aceita se o juiz aferir, no caso concreto, que o legitimado ativo poderá representar de forma idônea os interesses do grupo que está substituindo. Antonio Gidi orienta que essa análise "a um só tempo, minimiza o risco de colusão, incentiva uma conduta vigorosa do representante e do advogado do grupo e assegura que se traga para o processo a visão e os reais interesses dos membros do grupo"[144].

O ordenamento brasileiro, contudo, não possui – pelo menos com previsão em lei – um sistema efetivo para controle, no caso concreto, da atuação do representante. O nosso ordenamento jurídico carece de um procedimento para aferição da aptidão do "porta-voz" para defesa dos direitos individuais homogêneos, seja mediante as ações coletivas (na eleição do substituto), seja nos incidentes de coletivização e uniformização de jurisprudência (pela escolha dos processos representativos da controvérsia).

Todavia, esta questão não passou despercebida para a doutrina, e tampouco está isenta de questionamentos na atualidade.

Inicialmente, no texto original da Lei da Ação Civil Pública, Projeto de Lei nº 3.034/1984, de autoria de Ada P. Grinover, Candido R. Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar M. de Oliveira Junior, apresentado à Câmara pelo Deputado

---

[142] GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *RePro*. nº 108, out/dez 2002, p. 67.

[143] BUENO, Cassio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *RePro*, nº 82, abril/jun 1996, p. 104.

[144] GIDI, 2002, p. 66.

Flávio Bierrenbach, a legitimação havia sido definida com base no sistema norte-americano das *class actions*, essencialmente definida a partir da verificação, no caso concreto, da representatividade adequada.

No entanto, o Projeto de Lei foi alterado e nova versão foi apresentada por Antônio Augusto M. C. Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Junior ao Governo Federal, sendo aprovado sem a disciplina da legitimidade como havia sido elaborado. Destaca Rodolfo de Camargo Mancuso que "na fórmula afinal convertida na Lei 7.347/85, ficou abandonada a ideia inicial de deixar-se a 'critério do juiz' a verificação da 'representatividade adequada' da associação autora (art. 2º e incisos do Projeto 3.034/84)"[145][146].

Assim, foram eleitos alguns órgãos para figurarem no polo ativo das ações coletivas: o Ministério Público, a União, Estados, Municípios e Distrito Federal, entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, destinados à defesa dos interesses em questão, associações cujos fins institucionais sejam relacionados com a tutela dos interesses supostamente violados, conforme consta do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, sem conferir à pessoa natural a possibilidade de ingressar em juízo nestes feitos.

Por determinação legal, estes entes passaram a atuar nas ações coletivas para tutela dos direitos individuais como substitutos processuais, defendendo em nome próprio interesses alheios[147]. Sobre o tema, Leandro Aguiar diz que "no caso dos direitos individuais homogêneos, nenhuma dúvida há tratar-se de substituição processual, pois o ente coletivo está defendendo, em nome próprio, direitos individuais pertencentes a pessoas determinadas ou determináveis"[148].

Concordando, é o magistério de Ricardo Negrão: "temos que não há dúvida de que em qualquer hipótese em que seja viabilizada a defesa por meio da

---

[145] MANCUSO, 2011, p. 116.

[146] Sobre a alteração da proposta original da Lei de Ação Civil Pública, Antonio Gidi destaca que o chamado Projeto Bierrenbach previa que o juiz deveria avaliar a adequação do representante caso a caso, e que esta solução era "superior àquela adotada pelo texto aprovado da lei" (*in* A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. RePro nº 108, out/dez 2002, p. 69).

[147] DIDIER, 2009, p. 192.

[148] AGUIAR, 2002, p. 31.

ação coletiva de interesses individuais homogêneos, ocorre hipótese de substituição processual, nos exatos moldes do art. 6º do CPC”[149].

E, por importar em sensível redução no poder de participação em juízo do titular do direito material, a eleição dos substitutos não poderia ser feita de forma aleatória. Afinal, orienta Marcelo Malheiros Cerqueira, “tendo em vista que a defesa das coletividades em juízo é efetuada por meio de substitutos processuais, há de se exigir que tal substituição seja feita adequadamente, ou seja, sem prejudicar a parte em sentido material por meio de uma má atuação no processo”[150].

Assim, ao contrário do sistema norte-americano, no regime processual coletivo brasileiro os entes passaram a ter uma presunção de representatividade adequada, ou seja, a adequação do representante é *ex lege*[151], conforme defende a maioria da doutrina.

Sobre a legitimação ativa no sistema brasileiro, destaca-se a contribuição de Ada Pellegrini Grinover:

> A representatividade adequada, importantíssimo dado para a escolha dos legitimados às ações coletivas, é, portanto, exclusivamente fixada na base dos mencionados critérios legais, enquanto o projeto Bierrenbach havia preferido combinar critérios próprios das *class actions* e da *civil law*, confiando ao juiz, caso a caso, o exame discricionário da adequação e da capacidade do portador do interesse, e indicando a pre-constituição e as finalidades institucionais como simples dados que seriam tomados na devida consideração. Todavia, é de se lembrar que a lei prevê em qualquer caso a intervenção do MP, ainda que como *custos legis*, com o que se atenuam ao menos em parte os riscos de falta de ‘representatividade adequada’[152]

O legislador fez, portanto, uma escolha: preferiu elencar em rol taxativo os legitimados para as ações coletivas, partindo do pressuposto que aqueles entes teriam condições de representar de forma adequada os interesses dos titulares de direito material, substituídos na demanda. Assim sendo, não previu – mas também não vedou, matéria esta que será detidamente analisada no item 4.3., infra – critérios para aferição, no caso concreto, dessa adequação.

---

[149] NEGRÃO, 2004, p. 291.

[150] CERQUEIRA, 2009, p. 23.

[151] Ricardo Negrão leciona que a verificação da adequação do representante ocorre por meio de uma presunção legal, que elencou terceiros que não fazem, via de regra, parte do grupo de indivíduos envolvidos diretamente na questão (2004, p. 195).

[152] GRINOVER, apud MANCUSO, 2011, p. 116.

Esta posição encontrou, evidentemente, respaldo em parte da doutrina, por diversas razões. Entre os que defendem a desnecessidade da verificação da atuação adequada do representante no caso concreto, muitos ressaltam que há inúmeras diferenças entre o sistema norte-americano e o brasileiro, de modo que a simples transposição do instituto da *adequacy of representation* não seria justificável.

Principalmente, vige o argumento de que a coisa julgada nas ações coletivas brasileiras somente beneficia os titulares do direito material, em razão da extensão da coisa julgada *secundum eventum litis*[153]. Isto importa dizer que a coisa julgada negativa não prejudicará as ações individuais, que poderão ser movidas pelos titulares do direito material, não havendo, em tese, nenhum prejuízo para os substituídos.

Esta assertiva, contudo, não nos parece suficiente para justificar a dispensa da análise sobre o legitimado ativo, por uma série de razões, que derivam sobretudo da análise constitucional do processo, e do escopo da criação da tutela coletiva como um mecanismo voltado à efetividade, celeridade, isonomia e, portanto, a concretização de real acesso à justiça.

Inicialmente, impende dizer que o julgamento de improcedência nas ações coletivas, embora não tenha o condão de vedar a propositura de demandas individuais, operará efeitos *erga omnes* no plano da tutela coletiva, já que "em caso de acolhimento ou rejeição da demanda, de modo que nenhum outro legitimado poderá repetir a demanda coletiva"[154][155]. Assim sendo, embora seja possível o ajuizamento de ações individuais, a via coletiva não mais poderá ser utilizada, o que constitui grave limitação à tão defendida medida para defesa de direitos homogêneos.

---

[153] Sobre o tema, leciona Ada Pellegrini Grinover que "a sentença favorável ao autor coletivo beneficiará todos os membros da categoria; mas a sentença desfavorável não os atingirá, ficando aberta a cada um a via da ação individual. Esta solução, que só aproveita a coisa julgada *in utilibus*, objetiva não prejudicar os direitos subjetivos individuais resguardando-os do resultado desfavorável do processo coletivo" (2006, p. 219).

[154] GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem. *RePro*, ano 30, nº 126, ago 2005, p. 17.

[155] No mesmo sentido entende Arruda Alvim, que afirma que se a ação coletiva que tutela direitos individuais homogêneos for julgada improcedente, atingirá a todos os entes coletivos legitimados (Código do Consumidor Comentado. São Paulo: RT, 1991, p. 467).

Paralelamente a isso, é possível visualizar também casos em que haja extensão dos efeitos da decisão aos titulares dos direitos homogêneos, porque julgado procedente o pedido, ainda que quantitativamente ou qualitativamente inferior à real possibilidade de sucesso. Afinal, obter provimento favorável na tutela coletiva não significa, necessariamente, obter o melhor provimento, possibilidade esta que aumenta conforme a qualidade da atuação do substituto.

Em realidade, ao não prever o controle da representatividade adequada, o legislador acaba por fincar um enorme obstáculo à consagração da tutela coletiva como mecanismo processual efetivo. A existência de controle da atuação do substituto constitui um estímulo para que os diversos indivíduos com direitos homogêneos optem não pela via individual, mas pela tutela molecularizada.

Da análise dos dispositivos legais atinentes ao instrumento processual, verifica-se que o legislador brasileiro adotou técnicas que limitam a abrangência da tutela coletiva para contornar prejuízos que podem advir de uma má representação aos titulares dos direitos individuais. Contudo, se o escopo do constituinte é incentivar a utilização desta via processual por uma questão de real acesso à justiça, de respeito à isonomia e è efetividade do processo, não nos parece razoável a inversão destes valores.

Muito mais eficaz e consentâneo com os objetivos da coletivização do processo seria, ao revés, prever mecanismos para aferir-se a adequada representatividade, de modo que se incentivaria a tutela conjunta, conferindo-lhe maior aplicabilidade.

É possível dizer, ainda, que a alteração deste critério consistirá também na consagração de importantes direitos à parte contrária numa ação coletiva, que atualmente pode ser demandada diversas vezes – ainda que em nível individual - sobre a mesma matéria. Isso porque, com a adoção do controle da representatividade adequada, é possível discutir-se a alteração na lei brasileira no que se refere à extensão dos efeitos das decisões.

Esta matéria enseja, contudo, estudo próprio que ultrapassa os objetivos deste trabalho, motivo pelo qual limitamo-nos a citar contribuição de Antonio Gidi no

sentido de que passa a ser “de interesse da parte contrária ao grupo zelar pela adequação do representante do grupo”[156].

Afinal, a preocupação com a adequação do representante é constante na doutrina e nos sistemas processuais. Somente a título de ilustração, destaca-se que o Anteprojeto do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América dispõe, como requisito da demanda coletiva, “a adequada representatividade do legitimado” (art. 2º, I). Determina a análise de dados como: a credibilidade, a capacidade, o prestígio e a experiência do legitimado, além de seu histórico na defesa dos interesses em litígio, sua conduta em outros processos coletivos, bem como a coincidência de interesses com o grupo (art. 2º, §2º).

Os mesmos critérios constam do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos - IBDP, em seu art. 20, o qual destaca a legitimidade ativa de qualquer pessoa natural, desde que o juiz reconheça a sua representatividade adequada.

E, além da restrição da eficácia e abrangência da tutela coletiva, a ausência de critérios para escolha de um representante adequado acarreta na previsão de alguns mecanismos que, a nosso ver, não espelham o melhor tratamento aos jurisdicionados. Tratamos, aqui, da intervenção pelos interessados prevista no art. 94 do Código de Defesa do Consumidor.

Este dispositivo determina, na disciplina referente às ações para defesa de direitos individuais homogêneos, a divulgação da ação em órgãos oficiais “a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes”, garantindo-lhes alguma participação.

Sem aprofundar a natureza dessa intervenção[157], cabe-nos pontuar os motivos pelos quais entendemos ser inconveniente esta previsão normativa.

---

[156] GIDI, 2002, p. 67.

[157] Joaquim Felipe Spadoni demonstra que não se trata de litisconsórcio, uma vez que o interveniente, titular do direito subjetivo, não possui legitimidade para promover a ação coletiva, cujo rol é taxativo (art. 82, CDC). O autor entende que a figura que mais se aproxima é a assistência litisconsorcial, com as necessárias adaptações do processo tradicional. Afirma que o interveniente não terá poder para pedir tutela jurisdicional, prestando mero auxílio ao legitimado *ope legis*, numa verdadeira “assistência coletiva simples”. Desse modo, por não participar efetivamente do processo, entende ser inconstitucional a previsão contida no art. 103, §2º do CDC, que lhe estende os efeitos do julgamento de improcedência (*in* Assistência Coletiva Simples: a intervenção dos substituídos

Inicialmente, merece destaque o fato de que o número de interessados intervenientes no processo pode inviabilizar a pretendida efetividade da tutela coletiva, ceifando a proposta de conferir uma tutela célere e adequada aos casos idênticos.

Isso porque para cada um dos interessados ser admitido no processo, haverá o magistrado que realizar uma análise sobre a pertinência do pedido, tarefa esta que pode se demonstrar, conforme o caso, complexa, ante a necessidade de analisar a causa de pedir a existência de homogeneidade e origem comum em cada caso. Não bastasse, sobre cada pedido deverá ser dada a possibilidade de manifestação à parte contrária, proferindo o juiz decisões minimamente fundamentadas.

Sobre estas decisões, frisa-se, caberá recurso aos órgãos superiores, esvaindo-se, a final, qualquer possibilidade de uma tutela jurisdicional célere, efetiva e, em última análise, coletiva. A intenção do legislador de conferir a possibilidade de participação no processo pelo titular do direito material é louvável, mas acaba por inviabilizar a própria ação coletiva.

Feitas estas considerações, necessário abordar a questão sob a ótica dos outros mecanismos processuais voltados à tutela conjunta de direitos homogêneos, já destacados no capítulo anterior.

Embora os aspectos supramencionados refiram-se, em princípio, às ações coletivas, entendemos que o problema da “legitimação” também se encontra presente nos demais meios processuais de coletivização e de uniformização de jurisprudência dos direitos individuais homogêneos, quando veiculados por demandas repetidas.

Os incidentes coletivos, ainda que instaurados em processos individuais, como nos Recursos Repetitivos e no Incidente de Coletivização de Demandas do Projeto do novo Código de Processo Civil, consistem “em mais um meio para atingir os valores da celeridade, eficiência e amplitude de acesso à justiça, ao lado das

---

nas ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos. *RePro*, RT, ano 29, nº 116, jul/ago 2004).

ações coletivas, representativas de classe, sem, no entanto, possuir algumas das contradições teóricas e obstáculos práticos inerentes às *class actions"*[158].

Com efeito, muito da discussão sobre os critérios da representatividade adequada voltada às ações coletivas não se aplica aos demais mecanismos processuais de tutela dos direitos homogêneos. Não se pode perder de vista, contudo, que também nestes mecanismos há a escolha de uma parte, de um processo-piloto, que represente a controvérsia de modo que com base nela o órgão jurisdicional possa adotar decisão que seja aplicável aos demais processos cuja causa de pedir seja a mesma.

Ademais, não é novidade abordar estes mecanismos processuais como integrantes da tendência de coletivização do processo. Destaca-se, a título de exemplo, a existência de súmulas vinculantes (art. 103-A, §1º, CF), que surgem com a função de solucionar adequadamente o excessivo número de processos que aporta ao Judiciário, fazendo Sérgio Shimura a constatação de que "o papel da súmula vinculante insere-se na chamada jurisdição coletiva, (...) a exemplo da ação civil pública"[159].

Assim sendo, entendemos necessário também abordar a indispensável atribuição de critérios para escolha das "partes líderes", partindo do mesmo pressuposto de que serão responsáveis por conduzir processo cujos efeitos se estenderão aos demais jurisdicionados, já que as demandas múltiplas constituem ações nas quais "se discute basicamente uma mesma tese jurídica aplicada a uma mesma situação fática inconteste ou, quando menos, que não desperta maiores dúvidas ou indagações das partes e do próprio magistrado. Uma situação fática que não aceita ou não apresenta peculiaridades"[160].

A mesma preocupação é manifestada por Cristiana Hamdar Ribeiro, que atenta sobre a necessidade de estabelecimento de critérios precisos quanto à escolha do paradigma, por ocasião do julgamento com base no art. 543-C do CPC:

---

[158] BASTOS, 2009, p. 50.

[159] SHIMURA, Sérgio. A súmula vinculante como mecanismo de tutela coletiva. In *Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*, São Paulo: RT, 2007, p. 901.

[160] BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de processo civil* – vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2006.

> Este fato constitui de salutar importância, eis que somente um, ou alguns, recursos subirão ao STJ para serem apreciados e julgados, sendo certo que a decisão proferida nestes será aplicada aos demais processos sobrestados, os quais não terão a oportunidade de apreciação de seus fundamentos pela Corte Infraconstitucional, ainda que estes sejam similares aos do paradigma[161]

Com efeito, é preocupante a ausência de elementos objetivos para possibilitar a escolha do recurso que irá "representar" todos os demais, sendo quase inexistente literatura a este respeito. Destaca-se tão somente a Resolução nº 8, de 7 de agosto de 2008, do STJ, que em seu art. 1º, §1º diz: "Serão selecionados pelo menos um processo de cada Relator e, dentre esses, os que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial".

Ora, tanto nas ações coletivas como nos demais mecanismos processuais destinados a tutelar direitos individuais homogêneos, conferindo uma resposta jurisdicional uniforme, há um escolhido que atua como "porta-voz", que deve ser o melhor dentre os semelhantes:

> Permite-se, então, que a participação em contraditório do grupo tutelado seja substituída ou compensada pela participação do autor coletivo. Por conta da ausência de grande parte do grupo tutelado nas demandas coletivas é preciso que o autor coletivo atue com total precisão na defesa dos direitos alheios, buscando, incansavelmente, a realização dos verdadeiros interesses do grupo[162]

Especificamente sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas constante do projeto do novo Código de Processo Civil, Renato Xavier da Rosa entende que:

> No incidente de resolução de demandas repetitivas, o tribunal seleciona um representante e determina que ele "encabece" o procedimento-modelo. Pois é justamente ai que **deve a corte avaliar, necessariamente, se o litigante escolhido adequadamente representa a controvérsia**, do caso contrário ele não terá o interesse necessário para adequadamente representar a classe ou grupo, mas se limitará apenas ao direito que lhe diz respeito"[163] (grifo nosso).

E o mesmo autor destaca que, no incidente, os autores e réus do processo que o originou serão as partes que efetivamente participarão do julgamento, sendo reservado aos demais que serão afetados pela decisão apenas a

---

[161] RIBEIRO, Cristiana Hardam. A lei dos Recursos Repetitivos e os princípios do Direito Processual Civil Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 4, vol. 5, jan/jun 2010, p. 655.

[162] OLIVEIRA, Claudio Azevedo da Cruz, *et al*. A intervenção do juiz na adequação do autor coletivo: um passo rumo à efetivação dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR., Fredie et al. *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 151.

[163] ROSA, 2010, p. 28-29.

possibilidade de apresentar documentos, interpor os recursos extraordinários e sustentar oralmente num período de trinta minutos a ser dividido entre todos os interessados. Conclui, portanto, que "essa participação não é efetiva, e não assegura a representatividade adequada da pessoa que suscitou o incidente (ou da parte contrária, que também participa)"[164].

Desse modo, a inexistência de critérios objetivos para escolha do processo padrão no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, bem como do recurso representativo da controvérsia nos Recursos Repetitivos constitui, a nosso ver, violação aos direitos fundamentais do devido processo legal e do contraditório, justamente por não garantir aos demais afetados qualquer participação no julgamento:

> Isso não é interessante (segundo o interesse público de se pacificar com justiça, nos escopos social, politico e jurídico do processo) para a adjudicação do conflito supra-individual, nem é adequado a esse sistema de julgamento com eficácia ultra partes. Se for escolhido um representante adequado, é certo que será a justiça das decisões que será sagrada vitoriosa, pois o conflito será melhor debatido, melhor analisado e os julgadores terão melhores subsídios para julgar, com força de grande extensão territorial[165]

Analisando o tema, José Marcelo Menezes Vigliar destaca que "não fez a lei brasileira a previsão de representação adequada de um dos interessados, para que pudesse defender todos os demais, através de uma demanda que poderia até mesmo iniciar-se como sendo individual, convertendo-se em coletiva, por determinação judicial"[166].

A previsão do autor concretizou-se, sem, contudo, incluir o aprimoramento referente à legitimidade. Dizemos isto porque a possibilidade de "conversão" em tutela coletiva foi inserida, do seu modo, no ordenamento jurídico brasileiro, através dos incidentes (Recursos Repetitivos e IRDR, entre outros), sem que os tenha acompanhado, contudo, quaisquer mecanismos de verificação sobre a adequada representação dos titulares dos direitos individuais homogêneos.

---

[164] ROSA, 2010, p. 40.
[165] Ibid., p. 42.
[166] VIGLIAR, 2002, p. 232.

Existem no ordenamento jurídico brasileiro diversas modalidades de tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, seja mediante ações, seja pela coletivização incidental para fins de aplicação isonômica da mesma decisão:

> No Brasil temos ao mesmo tempo ambos os institutos, as ações coletivas (para direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos) e o tratamento coletivo, ou conjunto, de demandas repetitivas (os recursos repetitivos no STJ, o julgamento de plano da lide, conforme artigo 285-A do CPC e agora, como proposição, o incidente de resolução de demandas repetitivas).[167]

A verdade, a nosso ver, é que nenhum dos instrumentos processuais prevê mecanismos idôneos a garantir a adequada atuação do representante e, por via de consequência, a própria participação dos interessados no processo. Assim sendo é que reputamos importantes algumas questões, a seguir analisadas.

4.2 O Ministério Público e a defesa dos direitos individuais homogêneos

Demonstrada a importância do controle sobre a adequada representatividade, merece destaque uma análise sobre a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos individuais homogêneos, na concepção ampla adotada neste trabalho, por tratar-se de um dos pontos mais polêmicos sobre o tema.

A Constituição Federal caracteriza a instituição como essencial à justiça, e à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e aos interesses sociais e individuais indisponíveis, em seu art. 127, *caput*[168]. Ainda, elenca como função institucional a promoção de ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

A presença do Ministério Público no microssistema da tutela coletiva também é marcante, sendo elencado como legitimado ativo pelo art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, além do art. 5º, I, da Lei de Ação Civil Pública. Ademais, ambos os diplomas preveem a atuação como fiscal da lei (arts. 92 e 5º, §1º,

---

[167] ROSA, 2010, p. 21.

[168] "Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

respectivamente), além da previsão, na Ação Civil Pública, para que assuma a ação quando houver desistência ou abandono pelo legitimado originário.

Não obstante a farta previsão legal de atuação deste órgão, a doutrina e a jurisprudência passaram a questioná-la quando da defesa de direitos individuais homogêneos. O principal argumento a favor da restrição da legitimidade diz respeito ao fato de que lhe seria atribuída a defesa de direitos individuais que podem ser meramente patrimoniais, e, assim, disponíveis, em violação ao requisito da indisponibilidade evidenciado no art. 127 da Carta da República.

Nesse sentido é que surgiram manifestações doutrinárias, como a lição de Pedro da Silva Dinamarco, "os interesses individuais homogêneos só podem ser defendidos pelo Ministério Público, por meio de ação civil pública, quando eles forem, simultaneamente, indisponíveis (...) como os referentes a alguns direitos básicos da criança e do adolescente ou aos índios"[169].

Alguns autores tentaram conferir maior abrangência à atuação do *parquet*, envolvendo, assim, as causas em que, apesar de tratarem de direitos disponíveis, haveria relevante interesse social[170] que a justificasse. E, alguns foram ainda mais longe, abordando além do interesse social também a relevância social na tutela coletiva, como na lição de Luís Roberto Barroso:

> O Ministério Público, instituição responsável pelo ajuizamento da grande maioria de ações civis públicas em matéria de direitos difusos e coletivos, tem sua atuação limitada quando se trata de direitos individuais homogêneos, somente tendo legitimação para agir quando (i) os direitos em disputa são indisponíveis ou (ii) há interesse social relevante envolvido ou (iii) relevância social na tutela coletiva[171]

As justificativas à restrição da legitimidade deste importante órgão não são, a nosso ver, suficientes, principalmente se realizada uma análise constitucional da tutela coletiva, e da importante função que devem exercer na sociedade contemporânea.

---

[169] DINAMARCO, Pedro de Silva. *Ação Civil Pública.* São Paulo: Saraiva, 2001, p. 211.

[170] Leandro Aguiar entende, desse modo, que "nem todos os direitos individuais homogêneos têm, necessariamente, relevante interesse social. A legitimação do Ministério Público dependerá, pois, da repercussão social que, no caso concreto, os danos individualmente sofridos venham a alcançar, a tal ponto de a reparação das lesões individuais corresponder, de certa forma, à reparação da própria ordem social reflexamente violada" (2002, p. 33).

[171] BARROSO, 2005, p. 126.

Em defesa da atuação do *parquet*, alguns doutrinadores passaram a demonstrar o caráter de indisponibilidade e de relevância, não dos direitos individualmente considerados, mas de seu resultado se tutelados coletivamente. Essencial, neste ponto, destacar o ensinamento de Renato Silviano Tchakerian, para quem a legitimação se justifica porque tem como função a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais:

> Ao se considerar a abrangência de uma lesão e a economia e eficiência processuais obtidas com a tutela de direitos pela via coletiva, já se têm elementos mais do que bastantes para fazer dessa espécie de tutela uma adequada e importante forma de cuidar dos interesses sociais, da ordem jurídica e de se promover a garantia do próprio regime democrático, uma vez que ainda se evita que se excluam determinadas lesões da apreciação do Poder Judiciário[172]

Assim é que muitos destacam a existência de indisponibilidade pelo fato de que o resultado será aplicável a diversos jurisdicionados, o que dota a tutela de um caráter de relevância social por si só. Humberto Dalla Bernardina de Pinho orienta que:

> A partir dessa origem comum surge a extensão social do direito, pois se diversas pessoas se encontram na mesma situação jurídica, automaticamente aquela situação passa a produzir efeitos numa coletividade, obrigando o ordenamento jurídico a tutelar o direito como coletivo *lato sensu*. Sendo um direito coletivamente tutelado, passa a ser indisponível em razão dessa mesma extensão social. Em outras palavras, aquele direito que se fosse concebido individualmente seria disponível, é alçado a uma condição superior, pois há todo um grupamento social interessado no deslinde daquela controvérsia[173]

Este mesmo sentido consta da Súmula nº 7 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo[174], que dispõe que haverá legitimação em

---

[172] TCHAKERIAN, Renato. Sobre os supostos e reais limites à legitimidade do Ministério Público para a tutela dos direitos individuais homogêneos. *RePro*, ano 35, nº 185, jul. 2010, p. 90.

[173] Para chegar a tal conclusão, destaca que há dificuldade em trabalhar com o termo "indisponibilidade", uma vez que nosso ordenamento não nos dá uma definição, mas que importante lição de Athos Gusmão Carneiro permite concluir que "a indisponibilidade pode ser aferida quando a solução a ser dada no caso concreto transcende ao interesse patrimonial individual dos titulares na prestação satisfativa, projetando-se no mundo jurídico e influenciando, com relevância, diversas situações análogas" (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito Individual Homogêneo: uma leitura e releitura sobre do tema. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 04/11/2011, p. 10).

[174] "O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, tais como: a) os que digam respeito a direitos ou garantias constitucionais, bem como aqueles cujo bem jurídico a ser protegido seja relevante para a sociedade (v.g., dignidade da pessoa humana, saúde e segurança das pessoas, acesso das crianças e adolescentes à educação); b) nos casos de grande dispersão dos lesados (v.g., dano de massa); c) quando a sua defesa pelo Ministério Público convenha à coletividade, por assegurar a

relação aos direitos e garantias constitucionais (critério substantivo), quando houver grande dispersão dos lesados (critério quantitativo) ou nos casos em que convenha à coletividade em relação ao sistema tributário, econômico ou social (critério pragmático).

Embora este enunciado seja de grande evolução no sentido de não limitar à defesa dos direitos indisponíveis em si, acreditamos que em alguns pontos a questão não é de todo esclarecida. Isso porque, no que se refere ao número dos lesados, por exemplo, não há efetivamente a determinação do que significa grande dispersão. Muito mais nebulosa é a definição da legitimidade por uma razão de conveniência "para assegurar a implementação efetiva e o pleno funcionamento da ordem jurídica".

Por estes motivos, e pela inviabilidade de se determinar, em absoluto, o que se trata o relevante interesse social, ou o grande número de envolvidos, é que defendemos a legitimidade do Ministério Público para defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos, ressalvados casos especiais em que tal atuação se demonstre claramente desarrazoada[175].

O interesse social está justificado, a nosso ver, pela própria necessidade da tutela coletiva. Isso porque "o coletivismo que advém da notável pluralidade de titulares caracterizadora dos direitos individuais homogêneos afasta a ideia de direito individual que a Carta Magna objetivou empregar: aquele relacionado somente ao interesse privado e que deverá ser defendido em demanda particular"[176].

Esta conclusão é ainda mais evidente quando considerado que o Projeto de Lei nº 5.139/2009, que prevê nova redação à Ação Civil Pública, determina que "a tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social, política, econômica ou jurídica".

Outro não seria o motivo de exigir-se a sua atuação como fiscal da lei nestas ações, cuja previsão no Código de Defesa do Consumidor está contida

---

implementação efetiva e o pleno funcionamento da ordem jurídica, nas suas perspectivas econômica, social e tributária."

[175] Renato Tchakerian cita como hipóteses de inexistência de interesse social "os danos causados a cinco ou seis consumidores que importaram veículos de uma edição rara e limitada da marca Ferrari, sendo que todos vieram com o mesmo defeito de fabricação (2010, p. 98).

[176] TCHAKERIAN, 2010, p. 75.

justamente no Capítulo II, que prevê as ações coletivas para defesa dos direitos individuais homogêneos.

Com base no mesmo fundamento – da relevância da tutela coletiva – é que entendemos indispensável a atuação do Ministério Público nos demais mecanismos de coletivização da tutela de direitos individuais.

O legislador demonstra a mesma preocupação, o que pode ser observado pela previsão, no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, constante anteprojeto do Código de Processo Civil, de conferir ao *parquet* a possibilidade de solicitar a sua instauração.

E, mais ainda, se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente e "poderá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono" (art. 895, *caput* e §3º; Projeto de Lei nº 166/2010). Ademais, poderá apresentar documentos (art. 902) e interpor recursos (art. 905).

Importante destacar, contudo, que o fato de conferir legitimidade mais abrangente ao Ministério Público não significa dizer que o órgão estará isento do controle de sua atuação no caso concreto. Não se dispensa a exigência da representatividade adequada, a ser exercida pelo magistrado, como passaremos a abordar.

4.3 O controle *ope judicis* da representatividade adequada

A legislação brasileira, como visto, não adotou mecanismos para o controle, no caso concreto, da adequada representatividade na tutela coletiva de direitos individuais homogêneos. A escolha por uma legitimação taxativa em lei - e como defendem alguns, um controle *ope legis* da adequação - não afastou, contudo, a legitimação como uma das pedras de toque da teoria das ações coletivas[177].

A doutrina destaca que a solução para o problema no regime brasileiro está na existência de uma legitimidade aferida *ope legis*, ou seja, a determinação da

---

[177] ZANETI JR., Hermes. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico brasileiro. In: ASSIS, Araken de et al. *Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 859.

representação adequada de forma antecipada pelo próprio legislador[178]. Marcelo Cerqueira, contudo, explicita que esta seria, em realidade, uma previsão que diz respeito tão somente à legitimação extraordinária, que deve ser disciplinada por lei, já que seria impossível ao legislador realizar um juízo prévio que garanta a adequada atuação do substituto processual[179].

Com base nesta distinção entre legitimidade e adequada atuação do substituto, faz importante questionamento: "se, portanto, inexiste controle legal (*ope legis*) da atuação adequada, é correto afirmar que há – ou deve haver – o controle judicial (*ope judicis*)?"[180]

Embora alguns doutrinadores entendam que o juiz não tem a possibilidade de realizar esse controle, certo é, a nosso ver, corroborando os ensinamentos sobre a diferença entre o controle da legitimação e o controle da atuação adequada, "a necessidade de controlar a atuação do substituto processual no caso concreto, e não abstratamente"[181].

Isso porque, conforme demonstrado no primeiro capítulo deste estudo, entendemos a representatividade adequada como manifestação do exercício do direito fundamental do contraditório, de modo que se torna necessário conferir ao juiz a possibilidade de suprir a omissão legislativa, consagrando-se o direito fundamental do devido processo legal. Marinoni leciona que:

> Para que a jurisdição possa exercer a sua missão – que é tutelar os direitos – e para que o cidadão realmente possa ter garantido o seu direito fundamental à tutela jurisdicional, não há outra alternativa a não ser admitir ao juiz a supressão da omissão inconstitucional[182].

Outra não é a lição de Fredie Didier Jr., que defende a análise pelo magistrado sobre a atuação do representante, dizendo que "também se deve permitir ao magistrado que corrija o procedimento que se revele inconstitucional, por

---

[178] ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 114.
[179] CERQUEIRA, 2009, p. 25.
[180] Ibid., p. 26.
[181] Ibid., p. 28.
[182] MARINONI, 2008, p. 125.

ferir um direito fundamental processual, como o contraditório”[183], destacando, ainda, que:

> Há, porém, quem defenda a possibilidade de o órgão jurisdicional proceder à adequação judicial mesmo sem anterior previsão legislativa. Se a adequação do procedimento é um direito fundamental, cabe ao órgão jurisdicional efetivá-lo, quando diante de uma regra procedimental inadequada às peculiaridades do caso concreto, que impede a efetivação de um direito fundamental[184].

No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover entende que, embora o regime processual brasileiro não contenha previsão expressa da “representatividade adequada”, ele não seria avesso a este controle pelo órgão jurisdicional.

Esse entendimento é corroborado, nos dizeres da autora, por meio da jurisprudência e do art. 82, §1º, do Código de Defesa do Consumidor. Este normativo permite ao juiz dispensar a pré-constituição da associação há mais de um ano, se houver interesse social manifesto[185]. Do mesmo modo, impende destacar que os tribunais vêm exigindo a existência de um vínculo de afinidade entre o legitimado e o objeto litigioso, o qual recebe a denominação de “pertinência temática”[186].

Por este motivo é que a autora orienta que:

> O ordenamento jurídico brasileiro não é infenso ao controle da legitimação *ope judicis*, de modo que se pode afirmar que o modelo do direito comparado, que atribui ao juiz o controle da ‘representatividade adequada’ pode ser tranquilamente adotado no Brasil, na ausência de norma impeditiva[187].

Do mesmo modo, Antonio Gidi leciona que “apesar de não estar expressamente previsto em lei, o juiz brasileiro não somente pode, como tem o dever de avaliar a adequada representação dos interesses do grupo em juízo” [188].

Não se defende, contudo, a simples importação do modelo norte-americano, em que há uma análise subjetiva única e exclusiva pelo magistrado sobre a idoneidade da atuação do representante. A nosso ver, é importante a

---

[183] DIDIER, 2009, p. 43.
[184] Ibid., p. 43.
[185] GRINOVER, 2006, p. 214.
[186] Cláudio A. da C. Oliveira, Pedro J. C. Melo e Rafael S. Ferrier destacam a exigência que tem sido feita pelo STF para admitir ações do controle concentrado de constitucionalidade, o qual destacam ser o controle da adequação do legitimado em processo eminentemente coletivo (2009, p. 148).
[187] GRINOVER, op.cit., p. 214.
[188] GIDI, 2002, p. 68.

previsão legal de legitimidade a alguns entes, como no sistema atualmente vigente. Destacamos, neste ponto, que seria um avanço conferir ao cidadão a legitimidade ativa para as ações coletivas – tal qual nas *class actions* -, mas entendemos que este não pode ser o único autor na demanda, devendo ser acompanhado ao menos pelo Ministério Público, ainda que como assistente litisconsorcial.

Esta legitimação nos parece adequada por dois principais motivos. A uma, porque a participação da pessoa natural que também seja titular de direitos tais como os em discussão torna o processo muito mais fidedigno, contribuindo para a consagração de ações com causas de pedir menos genéricas, em que haja de fato a demonstração dos anseios daquele grupo de indivíduos envolvidos. A duas, porque a presença do Ministério Público garante maior confiabilidade para a demanda, além de conferir o respaldo deste órgão, tão essencial à administração da justiça.

Entretanto, muitos são os motivos apontados por aqueles que defendem a impossibilidade de se atribuir a uma pessoa natural a legitimidade para tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos. É comum a afirmação de que o cidadão brasileiro ainda não está preparado para utilizar os instrumentos processuais aptos a salvaguardar seus próprios direitos, de forma molecularizada, uma vez que a nossa sociedade não é esclarecida, havendo a necessidade de que órgãos estatais ou associações intermediárias assumam a responsabilidade pelas ações coletivas[189].

Estes argumentos, contudo, somente se prestam a perpetuar a vedação de acesso da pessoa natural ao polo ativo das ações coletivas. Como bem destaca Eurico Ferraresi, “o problema não está na legitimidade atribuída ao indivíduo; talvez o que mereça destaque é o controle sobre esta legitimidade”[190].

Legitimar a pessoa natural, ao contrário, seria importante maneira de estimular a propositura dessas ações, incentivando uma maior participação popular, de modo que o indivíduo possa representar todos os detentores de direitos homogêneos aos seus. A rígida aferição da adequação da representatividade da pessoa natural, ainda que acompanhada pelo Órgão Ministerial, é importante

---

[189] FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 137.

[190] Ibid., p. 137.

instrumento para concretizar os fundamentos democráticos do regime jurídico brasileiro.

Ainda, para afastar o controle judicial sobre o legitimado ativo, há quem adote a argumentação de que este seria despiciendo, uma vez que o Ministério Público atua como fiscal da lei nas ações coletivas. Não subsiste, contudo, este entendimento, uma vez que não há qualquer incompatibilidade entre a atuação do *parquet* para apontar possíveis falhas, e a atuação do magistrado, proferindo decisões sobre as "denúncias"[191]. Além disso, "quem fiscalizará o fiscal da lei quando ele for o autor de uma ação coletiva inadequadamente conduzida ou proposta?"[192].

Critica-se, ainda, o sistema norte-americano por conferir poderes demais ao magistrado, numa postura até mesmo inquisitorial, o que não se adaptaria ao regime brasileiro, em razão da necessária imparcialidade do juízo. Sobre este viés, Marinoni alerta que "o Juiz exerce o poder que deve ser legitimado pela participação das partes, que são aquelas que se sujeitam aos efeitos da decisão. (...) por isso, não há como supor que o contraditório possa ser violado em razão da participação do juiz. Na verdade, ele é fortalecido pela sua postura ativa"[193].

Neste sentido, portanto, é que concordamos com Fredie Didier Jr., que defende o aprimoramento do sistema da legitimidade ativa nas ações coletivas, numa junção entre o sistema atual, de elencar em lei previamente os legitimados, com a posterior análise sobre a atuação pelo magistrado no caso concreto:

> A análise da legitimação coletiva (e, portanto, do representante adequado) dar-se-ia em duas fases – sendo que a primeira é preliminar à segunda: a) legislativa (ope legis): verifica-se se há autorização legal para que determinado ente possa conduzir o processo coletivo; b) judicial (ope iudicis), que o controle se opera in concreto, à luz da relação que existe entre aquele que está legalmente legitimado e aquela determinada situação jurídica de direito substancial por ele deduzida em juízo. Surge, então, a figura da pertinência temática, que decorreria da cláusula do devido processo legal, aplicada à tutela coletiva[194].

No mesmo sentido é o que prevê Zaneti Jr., para quem "o tema da legitimação adequada para ajuizar as demandas coletivas evoluiu, ou tende a evoluir

---

[191] Afinal, destaca Antonio Gidi que "de nada adianta o Ministério Público constatar a inadequação do representante em uma ação coletiva concreta, se ele não puder alertar o juiz sobre este fato e requerer a extinção do processo sem julgamento de mérito" (2002, p. 64).

[192] Ibid., p. 64.

[193] MARINONI, 2008, p. 415.

[194] DIDIER, 2009, p. 194.

da determinação legal, *ope legis*, para a possibilidade do controle judicial, *ope judicis"*, destacando esta evolução:

> A análise da representação adequada deverá ocorrer em duas fases. Na primeira, 'verifica-se se há autorização legal para que determinado ente possa substituir os titulares coletivos do direito afirmado e conduzir o processo coletivo'; na segunda, 'o juiz faz o controle in concreto da adequação da legitimidade para aferir, sempre motivadamente, se estão presentes os elementos que asseguram a representatividade adequada dos direitos em tela'[195].

O controle judicial deve ser no sentido de verificar dados como a credibilidade, a seriedade, o conhecimento e a capacidade de produzir uma defesa processual válida, além de verificar se há coincidência entre os interesses a serem tutelados e os interesses da categoria[196].

Uma vez não satisfeitos estes requisitos, há quem entenda dever ser extinto o processo sem julgamento de mérito, por falta de uma condição da ação coletiva, integrante da legitimação[197]. Esta não parece ser a melhor solução, ao menos não de início.

Isso porque, constatada a inadequação do representante, o juiz deverá determinar a substituição por outro legitimado que esteja apto a conduzir o processo coletivo. Antonio Gidi leciona que, não importa o momento processual em que se constate a falha, o magistrado "deverá proporcionar prazo e oportunidade para que o autor inadequado seja substituído por outro, adequado"[198].

Essa substituição, destaca o autor, seria autorizada ante a analogia com o art. 5º, §3º, da Lei de Ação Civil Pública, que diz que qualquer legitimado por assumir o processo se o autor original desistir ou abandonar a ação coletiva. E a possibilidade foi prevista também no anteprojeto do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, em seu art. 3º, §4º[199].

---

[195] ZANETI JR., 2007, p. 865.

[196] GRINOVER, 2006, p. 224-225.

[197] Aliás, Cassio Scarpinella Bueno demonstra que já é o que ocorre sem que haja a admissão expressa desse controle, alertando que "uma análise da jurisprudência dos tribunais brasileiros faz revelar que grande parte das ações coletivas que dão entrada no foro acabam sendo rejeitadas diante do reconhecimento da ilegitimidade de parte (...) será que o exame da representatividade adequada entre nós é feito, veladamente, sob o manto da extinção da ação?" (1996, p. 131).

[198] GIDI, 2002, p. 68.

[199] "Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação por pessoa física, entidade sindical ou associação legitimada, o juiz notificará

Outro não é o motivo pelo qual destacam Oliveira, Melo e Ferrier o uso de um instituto do processo civil individual, a intervenção *iussu iudicis*, ou seja, a convocação pelo magistrado de terceiro para integrar a relação jurídica processual, que pode ser quaisquer dos legitimados ativos determinados por lei, podendo ser utilizada *de lege lata*[200].

Caracteriza-se a substituição de um legitimado por outro como "instrumento para garantir que questões processuais não impeçam o prosseguimento do processo, para que chegue a uma decisão de mérito devida. Devida porque produzida com a participação daqueles a quem afeta. É a produção plural do Direito"[201].

Destaca-se, ainda, que a análise deve ser feita não só no início do procedimento, mas de forma constante pelo magistrado. Isso porque pode ser que um legitimado tenha uma adequada atuação no começo da ação coletiva e se demonstre inadequado posteriormente[202].

De fato, no processo coletivo a extinção sem julgamento de mérito deve ser especialmente evitada, em razão de sua relevância social. A análise sobre a representatividade adequada constitui um dos principais pilares para a consagração da tutela coletiva como a principal via para resolução de litígios repetidos, massificados. A possibilidade de um legitimado adequado assumir a ação coletiva posteriormente, assim, além de se demonstrar como mecanismo para fortalecer a superioridade da via coletiva, nos parece nada mais do que a garantia do exercício da participação das partes em juízo.

Do mesmo modo é que se torna indispensável ao magistrado, ou ao órgão julgador, conforme for o caso, realizar uma análise detida para escolher as melhores e mais adequadas demandas e recursos-piloto, nos demais mecanismos de coletivização e uniformização da jurisprudência. Afinal, os conflitos repetidos tem uma abrangência especial que justifica o tratamento diferenciado, que é uma

---

o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação".

[200] Os autores destacam que a intervenção já existe no Código de Processo Civil, no art. 47, sendo necessário tão somente conferir-lhe interpretação extensiva para abarcar todos os casos em que o terceiro titulariza direito de alguma forma ligado à relação jurídica deduzida em juízo (2009, p. 156).

[201] OLIVEIRA, 2009, p. 157.

[202] Ibid., p. 152.

exigência, aliás, para a consagração dos direitos fundamentais da isonomia, do contraditório, da efetividade da prestação jurisdicional e, portanto, do real acesso à justiça.

5 CONCLUSÃO

A litigiosidade de massa, entendida como a reprodução de demandas fundadas na mesma causa de pedir, é contingenciada, no sistema jurídico brasileiro, através de duas modalidades básicas: as ações coletivas e os incidentes instaurados em processos individuais, mas que visam à resolução simultânea dos litígios homogêneos, proferindo tutela jurisdicional uniforme.

Ambas as modalidades revolucionaram o instituto da legitimidade para a causa como tradicionalmente compreendido, de modo que passou a ser adotada nos ações coletivos a substituição processual e nos incidentes a escolha de algum ou alguns processos-piloto capazes, em tese, de “desenhar” corretamente a controvérsia. Em realidade, ambos os mecanismos criam uma ficção representativa, visando reproduzir em juízo as características de todos os jurisdicionados com os mesmos direitos materiais, devendo criar um fiel modelo da situação litigiosa.

Constatou-se, contudo, que apesar desta nova concepção de legitimidade ativa apresentar uma série de benefícios no que se refere à possibilidade de tutelar, em um só procedimento, milhares de demandas, com redução de custos e tempo de tramitação, poderia haver grave violação ao direito fundamental do contraditório e, portanto, do devido processo legal, se a atuação do “escolhido” não fosse realizada de forma adequada.

Com efeito, a adoção de decisão judicial única para as demandas que apresentam a mesma causa de pedir, ainda que represente inegável consagração do também fundamental direito à isonomia, não pode ser feita sem que se assegure que as partes estão devidamente representadas em juízo e que o distanciamento entre o legitimado e o cenário fático é o menor possível.

Elencar simplesmente em lei os entes legitimados para propor ações coletivas, presumindo-se que haveria uma adequada representação, demonstra-se insuficiente. Do mesmo modo, a inexistência de critérios objetivos e concretos para escolha dos processos e recursos representativos da controvérsia evidencia-se

temerária, consistindo em verdadeira limitação e ameaça à consagração da tutela coletiva como a via principal para defesa dos litígios de massa.

Apesar da louvável tendência constitucional e infraconstitucional de adoção da tutela coletiva, verifica-se que não houve, a nosso ver, uma construção adequada do sistema, principalmente no que se refere à questão ora abordada. Dizemos isso porque o legislador adotou diversas técnicas que limitam a abrangência e eficácia das ações coletivas para contornar os prejuízos que poderiam advir de uma má representação, como, por exemplo, pela extensão da coisa julgada *secundum eventum litis*, quando poderia, ao contrário, prever a rígida aferição da representatividade como uma forma de incentivar a via coletiva e a promessa da celeridade, efetividade e isonomia, aumentando seu âmbito de aplicação.

Mas, ainda mais importante, a previsão de uma representação adequada é indispensável para a concretização do direito fundamental ao contraditório, ao devido processo legal e, enfim, ao real acesso à justiça. Inegável a necessidade de que os substitutos exerçam uma adequada atuação, para que possam, numa concepção constitucional, serem representantes dos demais jurisdicionados.

Do mesmo modo é que entendemos inviável retirar do Ministério Público a legitimidade para defesa dos direitos individuais homogêneos, ressalvados os casos excepcionais, como visto. A relevância da tutela coletiva decorre não só de sua abrangência social, mas da própria opção política e democrática que a legitima.

Com efeito, o processo é atualmente compreendido como o meio de aplicação e consagração dos direitos fundamentais. Motivo pelo qual entendemos que não só pode o magistrado aferir a representação no caso concreto, como esse controle é indispensável.

Não há necessidade de que esta análise esteja prevista em lei, a nosso ver, porquanto essa prática é, além de autorizada, determinada pela Constituição Federal. A construção de técnicas processuais céleres e efetivas somente pode ocorrer de forma legítima se acompanhada das garantias básicas do devido processo legal. O processo deve ser capaz de tutelar os direitos materiais sem, contudo, ferir princípios fundamentais como o do contraditório efetivo e da ampla defesa.

Este, portanto, é o grande desafio do direito contemporâneo: harmonizar a lógica do enquadramento das demandas fundadas na mesma causa de pedir, vinculando-as a uma só prestação jurisdicional, com a participação dos interessados em juízo, de modo a conferir àquela prestação legitimidade.

O reconhecimento de força normativa à Constituição Federal e a nova dogmática de expansão constitucional resultou no reconhecimento da função prospectiva dos princípios. Assim, a força expansiva e o atributo da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais não só permitem, mas determinam que o processo seja compreendido e aplicado a partir da consagração destas garantias.

Inviável retirar dos jurisdicionados a participação dialética na formação do convencimento do julgador, que deve ser conciliada com uma prestação jurisdicional isonômica, célere e efetiva, para que haja real acesso à justiça. Entendemos, portanto, ser a representatividade adequada a harmonização e concretização de uma tutela coletiva constitucional.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Leandro Katscharowski. *Tutela coletiva de direitos individuais homogêneos e sua execução*. Sâo Paulo: Dialética, 2002.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALVIM, Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do Processo Civil contemporâneo – sua evolução ao lado da do direito material. In: FIGUEIREDO, Sálvio Teixeira de. *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Código do Consumidor Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana. *B. Cient. ESPMU*, Brasília, a.4, n. 16, jul/set 2005.

_____. Neoconstucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, IBDP, nº 9, mar/mai, 2007. Disponível em <www.direitodoestado.com.br/rere.asp.> Acesso em 01/11/2011.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. O devido processo legal nas causas repetitivas. In: DIDIER JR. Fredie et al.*Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. As *Class Actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 82, abr/jun 1996.

_____. *A nova etapa da reforma do código de processo civil* – vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, nº 17, p. 93-129.

CAMPOS, Túlio Teixeira. Direitos individuais homogêneos: instrumento de tutela coletiva de direitos individuais e a sua identificação sob o exame do caso em concreto. *DE JURE – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, novembro/2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. O controle judicial da atuação adequada no processo coletivo e a desnecessária extensão da coisa julgada secundum eventum litis. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Ano 17, nº 66, abr/jun 2009.

CINTRA, Antonio Carlos Fontes. Interesses individuais homogêneos: natureza e oportunidade de coletivização dos interesses individuais. In *Revista de Direito do Consumidor*, ano 18, n. 72, out/dez 2009.

CORREIA, Marcus Orione Goncalves. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 4.

CUNHA, Leonardo José Carneiro Da. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhes seja próprio. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Pouso Alegre, v. 25, n. 2, p. 236-268, jul/dez 2009.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2009.

FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

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

GAMA, Lidia Elizabeth Penaloza Jaramillo. Direitos individuais homogêneos. *Revista dos Tribunais*, ano 90, v. 789, jul.2001.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *RePro*. nº 108, out/dez 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem. *RePro*, ano 30, nº 126, ago 2005.

_____; WATANABE, Kazuo.; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. II.

_____. *O Processo: estudos e pareceres*. São Paulo: DPJ, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4 ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.

FORNACIARI, Flávia H. C. *Representatividade Adequada nos processos coletivos*. Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

LAMY, Eduardo de Avelar. Súmula Vinculante: um Marco. In: _____. *Ensaios de Processo Civil*, Vol. I. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*,: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Interesses Difusos e Coletivos. *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 747, jan 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Teoria Geral do Processo*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; ARENHART, Sergio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 758.

MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. Princípio Constitucional da Duração Razoável do Processo. In: ASSIS, Araken de et al. *Direito Civil e Processo: Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 32.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. *RePro*, São Paulo: RT, nº 61.

NEGRÃO, Ricardo. *Ações Coletivas*: enfoque sobre a legitimidade ativa. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance. In: BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil por Danos aos Consumidores*. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira(6)%20-%20formatado.pdf >. Acesso em 24/10/2011, p. 2.

OLIVEIRA, Claudio Azevedo da Cruz, *et al*. A intervenção do juiz na adequação do autor coletivo: um passo rumo à efetivação dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR., Fredie et al. *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Constituição, Processo e o Princípio do Due Processo of Law. In: ASSIS, Araken de et al. *Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. As ações coletivas no Direito Brasileiro: aspectos gerais, evolutórios e algumas controvérsias. *RDDP*, nº 11, fev. 2004.

_____. Direito Individual Homogêneo: uma leitura e releitura sobre do tema. Disponível em: < www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 04/11/2011.

PITERMAN, Marcel Tisser. As *class actions* e a tutela dos interesses coletivos frente ao “bug do milênio”. *Revista da Ajuris*. Ano XXVI, nº 76, dez. 1999.

RIBEIRO, Cristiana Hardam. A lei dos Recursos Repetitivos e os princípios do Direito Processual Civil Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 4, vol. 5, jan/jun 2010.

ROSA, Renato Xavier da Silveira. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: Artigos 895 a 906 do Projeto de Código de Processo Civil*, PLS nº 166/2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Disciplina “Temas Centrais do Processo Civil I — DPC 5851-1/1”) — Departamento de Direito Processual Civil, Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2010.

SHIMURA, Sérgio. A súmula vinculante como mecanismo de tutela coletiva. In *Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*, São Paulo: RT, 2007.

SILVA, Bruno Freire e. A busca de um modelo de prestação jurisdicional efetiva: tendências do processo civil contemporâneo. In: ASSIS, Araken de et al. *Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SPADONI, Joaquim Felipe. Assistência Coletiva Simples: a intervenção dos substituídos nas ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos. *RePro*, RT, ano 29, nº 116, jul/ago 2004.

TCHAKERIAN, Renato. Sobre os supostos e reais limites à legitimidade do Ministério Público para a tutela dos direitos individuais homogêneos. *RePro*, ano 35, nº 185, jul. 2010.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *A Questão Ambiental, o Ministério Público e as Ações Civis Públicas, in* Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Artur Luis Pereira. *Constituição, Processo e Contemporaneidade: o Modelo Constitucional do Processo Brasileiro*. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=132:constituicao-processo-e-contemporaneidade-o-modelo-constitucional-do-processo-brasileiro&catid=48:v-1-n2-agosto-de-2011&Itemid=261>. Acesso em 23/10/2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Processo Civil: realidade e justiça*. São Paulo: Saraiva, 1994.

VENTURI, Elton. Apontamentos sobre o processo coletivo, o acesso à justiça e o devido processo social. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, nº 04, janeiro/abril de 1997, p. 16.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A causa de pedir e os interesses individuais homogêneos. In: TUCCI, J.R.C. et al. *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, C. D. *Participação e Processo*, São Paulo: RT, 1988.

ZANETI JR., Hermes. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico brasileiro. In: ASSIS, Araken de et al. *Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZAVASCKI, Teori. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de Informação Legislativa*, ano 32, nº 127, jul/set 1995.

_____. Reforma do Processo Coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.