

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NIVEL DOUTORADO**

KARINNE EMANOELA GOETTEMS DOS SANTOS

**PARA ALÉM DA JURISDIÇÃO DOS “CONCEITOS SEM COISAS”:
O PROBLEMA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL
A PARTIR DA ANÁLISE ACERCA DA LITIGIOSIDADE NO BRASIL**

SÃO LEOPOLDO

2015

KARINNE EMANOELA GOETTEMS DOS SANTOS

**PARA ALÉM DA JURISDIÇÃO DOS “CONCEITOS SEM COISAS”:
O PROBLEMA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL
A PARTIR DA ANÁLISE ACERCA DA LITIGIOSIDADE NO BRASIL**

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro

SÃO LEOPOLDO

2015

S337p

Santos, Karinne Emanoela Goettems dos

Para além da jurisdição dos “conceitos sem coisas”: o problema da abstrativização da prestação jurisdicional a partir da análise acerca da litigiosidade no Brasil / Karinne Emanoela Goettems dos Santos-- 2015.

326 f. ; 30cm.

Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2015.

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro.

1. Direito. 2. Litigiosidade. 3. Acesso à justiça. 4. Abstrativização. 5. Processo coletivo. 6. Hermenêutica filosófica.
I. Título. II. Ribeiro, Darci Guimarães.

CDU 34

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “**PARA ALÉM DA JURISDIÇÃO DOS “CONCEITOS SEM COISAS”:** O PROBLEMA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL A PARTIR DA ANÁLISE ACERCA DA LITIGIOSIDADE NO BRASIL”, elaborada pela doutoranda **Karinne Emanoela Goettems dos Santos**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTORA EM DIREITO.

São Leopoldo, 03 de setembro de 2015.



Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**,
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

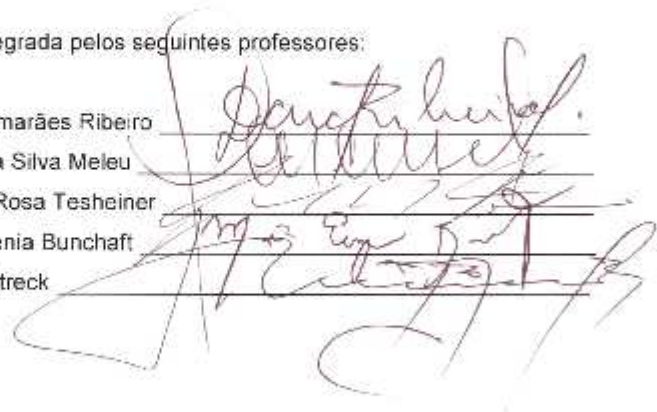
Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro

Membro: Dr. Marcelino da Silva Meleu

Membro: Dr. José Maria Rosa Tesheiner

Membro: Dra. Maria Eugenia Bunchaft

Membro: Dr. Lenio Luiz Streck



*À minha mãe Alda, ternura e
força, e ao meu pai, Orlando
(Gigante), força e ternura, por me
ensinarem o valor inestimável da
arte e do saber.*

*Aos meus amores, Rafael e
Rafael Francisco, porque a vida é
cheia de mágica, amor e luz.*

SOU DEMASIADAMENTE GRATA...

Ao meu orientador, Professor Dr. Darci Guimarães Ribeiro, pela gentileza com que enriqueceu a construção dessa pesquisa, mas, sobretudo, por aceitar a condução deste trabalho em meio à primeira maternidade e mudança repentina de cidade e de trabalho, ‘tudo junto e misturado’.

Às lições de Ovídio Baptista da Silva, instigadoras e motivadoras das indispensáveis inquietações acerca do direito, da vida e do homem, e que me fizeram olhar para uma das mais belas direções que o estudo do direito processual civil pode proporcionar. Entre o sabor de um livro e outro, carinhosamente exibidos, mostrava o mestre seus trechos sublinhados com dedicação e entusiasmo em ondinhas perfeitas, compartilhadas entre nós, seus admiradores, como verdadeiras pérolas. “Seja autodidata!”, “Você faz o seu tempo!”, dizia o saudoso mestre...

Ao Prof. Lenio Luiz Streck, pelo privilégio que foi e sempre será de receber pessoalmente suas interpelações (‘toda compreensão parte de algo que nos interpela’, por Gadamer), que nos tornam espíritos não livres, mas aliviados pela arte e pelo saber (Nietzsche).

À querida Vera, da secretaria do PPGD, pelo profissionalismo e atenção de excepcional compreensão e delicadeza.

Aos amigos “desde sempre”, os de longe e os de perto, por me lembrarem de todo o caminho e de toda a história; por me fazerem lembrar muitas vezes do que sou; pela força do “Vai!”, recebido em pensamento como ordem em “Where the streets have no name”, sopro vital de um amor fraterno que aparece como o melhor remédio nos momentos mais enfadonhos...

Ao meu amor, Rafael, testemunha das minhas angústias e das minhas crenças, algumas renovadas e outras revisitadas, e testemunha também da condição nossa demasiada humana, mas especialmente por todos os momentos com o Rafa sem a mamãe (pracinha de casa, pracinha da Pedra Grande, horas e horas de Go Home e Vertigo, de Peppa aos super-heróis), na ausência necessária de uma mãe de coração partido, aliviada algumas vezes pela chegada do passeio “na colina” com florzinhas do campo minúsculas e amassadas, que só

cabem na mãozinha e no coração do nosso filho...por todos os quilômetros rodados “pra lá e pra cá”, igualmente necessários para a conclusão desse doutoramento...Enfim, por todos os momentos de nós três, de instantes eternos em meio aos revezamentos e escalas de dias e noites...Mas jamais vou esquecer do alívio que sempre veio do nosso próprio filho: “não tem problema, mamãe...”. Ok. Vamos dançar “A Sky Full Stars” agora?

Mãe, pela força que tu despertastes em mim, ainda pequena, de desbravar o desconhecido, de ir longe, longe...Filha de peixe...

Pai, Mãe, Fá, pela nossa história e pelo nosso tempo, pelo que sou.

Ao meu filho, Rafael Francisco, que cresceu junto desta tese, já que alinhavada em pensamento, muitas vezes, em meio às canções de ninar, e materializada, outras vezes, durante o teu soninho, ou ainda durante um “meio colinho”. Tua chegada é um sublime compreender da vida, do “agora e do infinito...” (Lenine), e do real compreender do amor, como “um sonho que eu não sei contar e que guardarei sempre comigo”:

*Quem contar
Um sonho que sonhou
Não conta tudo o que encontrou
Contar um sonho é proibido
Eu sonhei
Um sonho com amor
E uma janela e uma flor
Uma fonte de água e o meu amigo
E não havia mais nada...
Só nós, a luz, e mais nada...
Ali morou o amor
Amor que trago em segredo
Num sonho que não vou contar
E cada dia é mais sentido
Amor,
Eu tenho amor bem escondido
Num sonho que não sei contar
E guardarei sempre comigo
(Madredeus)*

RESUMO

O Poder Judiciário, nos últimos dez anos, tem sido palco de reformas processuais que refletem, nos passos da Emenda 45/2004, a necessidade de aceleração dos procedimentos para atender ao primado da duração razoável dos processos judiciais. O tempo do processo, portanto, tornou-se critério ou medida da efetividade da prestação jurisdicional. O ritual estabelecido pelas reformas, contudo, tem na lógica da abstração e da subsunção instrumentos legitimadores daquele desiderato, o que faz do despojamento da análise do caso concreto um caminho necessário. Para respaldar essa lógica conceitual, os “espíritos mais práticos” têm invocado institutos experimentados pela tradição jurídica do *common law*, a exemplo do precedente, sem considerar o conteúdo historicamente diverso da tradição jurídica nacional. Por outro lado, o perfil da litigiosidade vem sendo desenhado pelo crescimento vertiginoso de conflitos, com um aumento expressivo de conflitos repetitivos, dando margem a uma litigiosidade excessiva e massificada. Diante desse cenário, cabe apurar se o modelo de tratamento do conflito oferecido pelo Estado é constitucionalmente adequado e compatível com a identidade do conflito social. Afinal, qual é a parcela de contribuição do rito processual frente à da crise da prestação jurisdicional? Abstrativizar a jurisdição, em um universo de conceitualismos, prescindindo do caso concreto, resolve as dificuldades enfrentadas pelo Judiciário frente ao excesso de litigiosidade? Qual o perfil, de fato, da litigiosidade no Brasil e de que modo ela afeta a prestação jurisdicional? É pela ressonância de tais questionamentos que a discussão ora proposta desenvolve-se e organiza-se em quatro capítulos, divididos em duas partes. Na primeira parte, composta do segundo e terceiro capítulos, a pesquisa investiga os dados do Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, publicado no período de 2004 a 2014, acerca das jurisdições federal e estadual, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, a fim de avaliar o comportamento da litigiosidade na medida em que as reformas processuais foram sendo implementadas. No capítulo seguinte, a contextualização das tradições romano-germânico-canônica e anglo-saxã é apresentada com o intuito de melhor compreender as reformas processuais já realizadas sobre o CPC após a edição da Emenda 45, bem como as reformas já anunciadas pelo novo CPC, a exemplo da manutenção da prática de julgamentos através de decisões paradigmas vinculantes (art.332) e do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art.976), bem como com o intuito de avaliar sua real contribuição para o tratamento da litigiosidade caracterizada no primeiro capítulo. Por fim, na segunda parte da pesquisa, com o objetivo de ressaltar a compreensão hermenêutica dos conflitos, o trabalho se

desenvolve no quarto capítulo com o estudo dos procedimentos coletivos, notadamente a fim de apontar a incompatibilidade dos institutos próprios do processo individualista frente aos direitos transindividuais (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos). Neste âmbito do trabalho, serão analisados os avanços e recuos do procedimento coletivo no Brasil, notadamente acerca da evolução da legislação processual e pela análise dos legitimados ativos, da representatividade dos interessados, do princípio dispositivo e da extensão da coisa julgada, bem como das dificuldades relacionadas à proteção coletiva dos direitos individuais homogêneos. Ainda que as ações coletivas não sejam um “desatador de nós”, impõe-se uma mudança de paradigma ou de perspectiva política e sobretudo cultural do tratamento dos conflitos, para o quê o Brasil, talvez, ainda, não tenha obtido a devida maturidade. No capítulo final, a pesquisa busca amparo na hermenêutica filosófica como proposta de reflexão e de superação da operação abstrativista de aplicação do direito, distanciado de sua dimensão fático-histórica, que sustenta o que se pode chamar de um totalitarismo ou absolutismo dos tribunais superiores no Brasil, no regozijo do método subsuntivo, com a imposição dos precedentes judiciais, de caráter universalizante, como razões de decidir. À luz da hermenêutica filosófica e, portanto, sob a perspectiva heideggeriana e gadameriana, a pesquisa procura sustentar a crítica a este modelo de jurisdição de “conceitos sem coisas”, para recuperar a facticidade no processo de compreensão do conflito social, demonstrando a impropriedade das reformas processuais que instauraram a lógica da jurisdição seriada, eivada de práticas universalizantes e abstrativistas da prestação jurisdicional e instrumentalizada pela cisão entre a questão de fato e a questão de direito. O que deve ser avaliado e amplamente debatido é se tamanha afronta à tradição jurídica, simbolizada por uma engenharia jurídica da urgência, que acelera inadvertidamente o rito processual, dará cabo à problemática atinente aos extremos da litigiosidade no país e será de fato promotora do acesso à justiça, como reflexo do exercício da cidadania, compromisso mínimo este de um Estado que se pretende Democrático e de Direito.

Palavras-chave: Litigiosidade. Acesso à justiça. Abstrativização. Processo coletivo. Hermenêutica filosófica.

RESUMEN

El poder judicial, en los últimos diez años, ha sido el escenario de reformas procesales que proyectan los pasos de la Enmienda 45/2004, la necesidad de aceleración de los procedimientos para cumplir con el mandamiento de la razonable duración de los procesos judiciales. La demora procesal, por lo tanto, se convirtió en un criterio para medir la eficacia de los servicios judiciales. El rito establecido por dichas reformas procesales, sin embargo, tienen en la lógica de la abstracción y de la subsunción instrumentos legitimadores para cumplir con este objetivo, lo que hace del despojamiento del hecho en concreto, un camino necesario. Para apoyar esta lógica conceptual, los "espíritus más prácticos" se han basado en institutos experimentados por la tradición jurídica del sistema de la *common law*, como por ejemplo, la doctrina de los precedentes judiciales, sin tener en cuenta el contenido históricamente diverso de la tradición jurídica brasileña. Por otro lado, el perfil del litigio ha sido diseñado por extremado crecimiento de conflictos, con un aumento significativo en los conflictos repetitivos. Ante este escenario, se discute si el modelo de tratamiento del litigio que ofrece el estado brasileño es constitucionalmente adecuado y compatible para solucionar los conflictos sociales que poseen características propias. Para resolver esta problemática se cuestiona ¿cuál es la parte de la contribución de la parte delantera rito procesal de la crisis adjudicación? Abstractivizar la Jurisdicción, en un universo de conceptualismos, independientemente de la causa, irá a resolver las dificultades enfrentadas por el poder judicial ante el exceso de litigios ¿Cuál es el perfil, de hecho, del litigio en Brasil y cómo afecta a la prestación jurisdiccional del Estado? Para responder a estos cuestionamientos que se proponen se organizó la tesis en cuatro capítulos, divididos en dos partes. En la primera parte, que se suman los capítulos segundo y tercero, la investigación buscó examinar los datos del Informe de Justicia en Números del Consejo Nacional de Justicia, publicada en 2004 hasta 2014, acerca de las decisiones de las cortes federales y estatales brasileñas, el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística del Instituto de Investigación Económica Aplicada, para evaluar el comportamiento de los litigios con relación a la implementación de las reformas procesales. En el capítulo siguiente, se analizó el contexto de la tradición romana-germánica-canónicos y anglosajones presentados con el fin de comprender mejor las reformas procesales ya realizados en el CPC después de la promulgación de la enmienda 45, bien como las reformas ya anunciadas por el nuevo CPC, tales como la práctica de juicios de mantenimiento a través de decisiones vinculantes (art.333) y demandas

repetitivas de incidentes (art.976) con el objetivo de evaluar su real contribución para el tratamiento de los litigios que se caracterizan en el primer capítulo. Finalmente, en la segunda parte de la investigación, con el propósito de enfatizar la comprensión hermenéutica del conflicto, el trabajo se desarrolla con el estudio de los procesos colectivos, con el objetivo de señalar la incompatibilidad de los institutos propios del proceso individual en comparación con los interés y derechos colectivos *trans* (difuso, sentido estricto colectivos e individuales homogéneos). Se analizará los avances y retrocesos del proceso colectivo y se buscará observar la evolución del derecho procesal brasileño, analizando los legitimados activos, el principio del dispositivo y el alcance de la cosa juzgada, además de otros desafíos relacionados con la protección colectiva de los derechos individuales homogéneos. Aunque las acciones colectivas no son la única solución para solucionar la problemática levantada, se concluye que un cambio de paradigma acerca de la perspectiva política es necesario y, sobre todo, el tratamiento cultural de los conflictos, en los cuales el Brasil, quizás, todavía no ha obtenido la madurez necesaria. En el último capítulo, la investigación busca apoyo en la hermenéutica filosófica como una propuesta de reflexión y superación abstractivista del funcionamiento y de la aplicación de la ley, independiente de su dimensión fáctica-histórica, que se apoya en lo que podríamos llamar de un totalitarismo o un absolutismo de los tribunales superiores en Brasil, con la predominancia del método de la subsunción, y con la imposición de los precedentes judiciales de carácter universalizantes, como la única opción a seguir para tomarse una decisión judicial. A la luz de la hermenéutica filosófica y acerca de la perspectiva de Heidegger y Gadamer, la investigación tiene como objetivo apoyar la crítica de un modelo de competencia de "conceptos sin las cosas," para recuperar la hechicidad del proceso de comprensión ante los conflictos sociales. Se concluye lo que debería ser evaluado y ampliamente debatido es sé al afrontar la tradición jurídica, simbolizada por la necesidad de una prestación jurisdiccional de urgencia, que acelera inadvertidamente el rito procesal, se solucionará finalmente la problemática del exceso de litigios en el país, sin comprometer el ejercicio de la ciudadanía, responsabilidad mínima de cualquier Estado Democrático y de Derecho.

Palabras-clave: Litigiosidad. Acceso a la justicia. Abstracción. Proceso colectivo. Hermenéutica filosófica.

ABSTRACT

The Judiciary, in the last ten years, has been the scenery of procedural reforms that reflects, in the steps of the Amendment 45/2004, the need for acceleration of the procedures to meet the rule of reasonable duration of court proceedings. The duration of the process, therefore, has become the main criteria to measure the effectiveness of jurisdictional services. The procedural form established by the reforms, however, has the logic of abstraction and subsumption as legitimizing instruments to reach that goal, making the exclusion of concrete cases analysis a necessary way. To support this conceptual logic, the "most practical spirits" have invoked institutions that follow the Common Law legal tradition, like the judicial precedent, ignoring the historically diverse content of national legal tradition. On the other hand, the profile of the litigation has been designed by the rapid growth of conflicts, with a significant increase in repetitive conflicts, resulting in an excessive and massified litigation. Given this scenario, it is imperative to determine if the solution of the conflict offered by the Estate is constitutionally compatible and adequate to the social conflict. After all, what is the portion of contribution of the procedural form on the adjudication crisis? To abstract the jurisdiction, in a universe of conceptualisms, regardless of the concrete case, can resolve the difficulties faced by the Judiciary against excessive litigation? What is the profile, in fact, of the litigation in Brazil and how does it affect the adjudication? The repercussion of these questions are the subject of the discussion here proposed, being developed and organized in four chapters, divided into two parts. In the first part, consisting of the second and third chapters, the research examines data from the Justice Numbers Report of the National Council of Justice, published between 2004 and 2014, about Federal and State Courts, the Brazilian Institute of Geography and Statistics of Applied Economic Research Institute, aiming to evaluate the litigation behaviour as the procedural reforms were implemented. In the next chapter, the context of the Roman-Germanic-Canonical and Anglo-Saxon traditions are presented intending to better understand the procedural reforms already carried out on the Code of Civil Procedure after the enactment of the Amendment 45, as well as the reforms already announced by the new Code of Civil Procedure, such as the maintenance of the practice of judgments through Binding Decisions Paradigms (art.333) and Repetitive Demands Incident (art.976) and in order to estimate their actual contribution to the solution of litigation characterized in the first chapter. Finally, in the second part of the research, in order to emphasize the hermeneutic

understanding of the conflict, the study develops in the fourth chapter with the study of collective procedures, notably in spite of revealing the incompatibility of the institutes of individualistic process in regard of transindividual rights (diffuse, collective strict sense and homogeneous individual). In this scope of work, will be analysed the advances and regressions of the collective procedure in Brazil, notably on the evolution of procedural law and the analysis of assets legitimized, the representativeness of the interested parties, the voluntariness principle and extent of *res judicata*, and the challenges related to collective protection of homogeneous individual rights. Despite the fact that collective actions are not an "unleash," we need paradigm shift or political perspective and above all cultural solution of conflicts, for which Brazil, perhaps, still has not obtained the required maturity. In the final chapter, the research seeks support in Philosophical Hermeneutics as a proposal of reflection and overcoming of abstrativist operation of applying the law, detached from its historical-factual dimension, which supports what might be called a totalitarianism or absolutism of the Higher Courts in Brazil, the rejoicing of substantive method, with the imposition of judicial precedents, of universalizing character, as reasons to decide. In the light of Philosophical Hermeneutics and, therefore, under Heidegger and Gadamer's perspective, the research seeks to support the criticism of this model of jurisdiction of "concepts without things," to recover the facticity in the process of understanding the social conflict, demonstrating the inadequacy of procedural reforms which introduced the logic of serial jurisdiction, fraught with universalized and abstrativists practices of adjudication and exploited by a split between matter of fact and the question of Law. What should be evaluated and widely debated is if such an affront to legal tradition, symbolized by a legal engineering of urgency, which inadvertently accelerates the rules of procedure, will handle the problem regards the end of extreme litigation in the country and will be able to promote the access to Justice, as a reflect of the exercise of citizenship, the minimum commitment of a State that intends to be Democratic Rule of Law.

Keywords: Litigation. Access to Justice. Abstraction. Process Collective. Philosophical Hermeneutics.

*“Por que foi que cegámos
Não sei
Talvez um dia se chegue a conhecer a
razão
Queres que te diga o que penso
Diz
Penso que não cegámos
Penso que estamos cegos
Cegos que veem
Cegos que, vendo, não veem.”*

**José Saramago,
Ensaio sobre a cegueira.**

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Justiça em Números. Justiça Estadual. 1º grau. Série histórica 2004-2008	64
Tabela 2 - Justiça em Números. Justiça Estadual. 1º grau. Ano-base 2009 a 2013	66
Tabela 3 - Justiça em Números. Justiça Estadual. 2º grau. Ano-Base 2004 a 2013.....	68
Tabela 4 - Justiça em Números. Justiça Federal. 1º grau. Série histórica 2004-2008.....	69
Tabela 5 - Justiça em Números. Justiça Federal. 1º grau. Ano-base 2009 a 2013	70
Tabela 6 - Justiça em Números. Justiça Federal de 2º Grau. Relatório 2004-2014	72
Tabela 7 - Justiça Estadual. 1º Grau. Relatório 2004-2014.....	73
Tabela 8 - Justiça Estadual. 1º Grau. Relatório 2014.....	75
Tabela 9 - Justiça Federal. 1ª Instância. Relatório 2004-2014	76
Tabela 10 - Justiça Federal 1º Grau. Produtividade. Relatório 2014.....	77
Tabela 11 - Número de Demandantes e AJG. Justiça Estadual. Ano-Base 2010 e 2011	83
Tabela 12 - Justiça Estadual. 1º e 2º Graus. Percentual Casos Novos Formato Eletrônico ..	86
Tabela 13 - Justiça Federal. 1º e 2º Graus. Percentual de Processos Eletrônicos.....	87

LISTA DE ABREVIATURAS

ACP – Ação Civil Pública

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

CMBPC – Código Modelo Brasileiro de Processo Coletivo

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

EC – Emenda Constitucional

IRDR – Incidente de Demandas Repetitivas

MP – Ministério Público

PLS – Projeto de Lei do Senado

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TxC – Taxa de Congestionamento

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJSC - Tribunal de Justiça de Santa Catarina

TRF4 – Tribunal Regional Federal da 4ª Região

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	18
<i>Primeira Parte - Considerações indispensáveis acerca da consciência histórica</i>	36
2 O CENÁRIO DA JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS NA CONTEMPORANEIDADE.	36
2.1 Crônica anunciada de um mundo “pós-moderno”. A sociedade da urgência e os conflitos de (da) massa	36
2.2 O cenário brasileiro da judicialização de conflitos: tempo e (é) efetividade no rastro da Emenda 45/2004	57
2.3 Dados da conflituosidade e da litigiosidade. As estatísticas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e do Instituto Brasileiro de Economia Aplicada (IPEA).....	62
<i>2.3.1 Justiça Estadual. Litigiosidade e a taxa de congestionamento dos processos judiciais cíveis</i>	64
<i>2.3.1.1 Primeiro Grau da Jurisdição Estadual</i>	64
<i>2.3.1.2 Segundo Grau da Jurisdição Estadual.....</i>	67
<i>2.3.2 Justiça Federal. Litigiosidade e a taxa de congestionamento dos processos judiciais cíveis</i>	69
<i>2.3.2.1 Primeiro Grau da Jurisdição Federal.....</i>	69
<i>2.3.2.2 Segundo Grau da Jurisdição Federal</i>	71
<i>2.3.3 A avaliação da produtividade dos magistrados na justiça estadual. “Casos novos x Casos pendentes”</i>	72
2.4 O perfil da litigiosidade. Dados qualitativos acerca dos litígios e dos litigantes.....	77
<i>2.4.1 Os litígios em maior número e os “litigantes habituais”</i>	78
<i>2.4.2 Os litigantes em maior número e a justiça gratuita</i>	81
2.5 Litigiosidade e virtualização dos processos judiciais	85
2.6 Litigiosidade e sociedade de massa	87
3 O ACESSO À JUSTIÇA E A ABSTRATIVIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO PRESTADA EM SÉRIE. EM BUSCA DO PROCESSO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADO	96
3.1 A prestação jurisdicional na tradição romano-germânico-canônica e na tradição do <i>common law</i>	96
3.2 O legado racionalista, as importações teóricas desprovidas de tempo e história e as perspectivas da legislação processual civil. A aplicação da regra dos precedentes	

judiciais e o regozijo do positivismo normativista.....	107
3.3 O acesso à justiça sob a ótica da legislação infraconstitucional. Código de Processo Civil atual e Novo CPC. A lógica da quantidade como <i>locus</i> da universalidade conceitual a pretexto de garantir a segurança jurídica	117
3.3.1 O “atual” CPC de 1973.....	119
3.3.2 O “novo” CPC que se anuncia	123
3.3.2.1 O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas	126
3.3.2.2 A conversão das ações individuais em ação coletiva no novo CPC: entre o projeto de lei e o veto presidencial	130
3.4 O acesso à justiça e (é) o acesso a um processo constitucionalmente adequado	135
3.5 Litigiosidade e Reformas processuais	141
<i>Segunda Parte - ...ao encontro da hermenêutica da facticidade</i>	152
4 PARA ALÉM DA JURISDIÇÃO DOS “CONCEITOS SEM COISAS” I: CONFLITOS COLETIVOS DE TRATO INDIVIDUALISTA. NOVOS DIREITOS EM PROCESSO VELHO OU INADVERTIDAMENTE ADAPTADO. NOVAMENTE A TRAIÇÃO DO TEMPO E DA HISTÓRIA.....	152
4.1 Os chamados novos direitos na contemporaneidade: direitos coletivos e a proteção do Estado antes e no processo judicial	152
4.2 Aspectos históricos do direito processual civil coletivo. O microsistema do processo coletivo no Brasil e a dispersão das leis disciplinadoras das demandas coletivas: avanços e recuos.....	157
4.3 O problema da representatividade nas ações coletivas. A necessária revisitação da legitimidade ativa e do interesse processual um século depois.....	174
4.4. A identificação do pedido e da causa de pedir nas ações coletivas e seus reflexos sobre a caracterização da litispendência e da coisa julgada.....	184
4.5. As amarras do princípio dispositivo e a necessidade de sua revisitação no âmbito do processo coletivo	191
4.6 Afinal, o que são direitos individuais homogêneos?	195
4.7 Litigiosidade de massa e ações coletivas	202
5 PARA ALÉM DA JURISDIÇÃO DOS “CONCEITOS SEM COISAS” II: A SUPERAÇÃO DO ESQUEMA SUJEITO-OBJETO DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA EM DEFESA DA HERMENÊUTICA DA FACTICIDADE. É POSSÍVEL RECUPERAR O CARÁTER HERMENÊUTICO DO DIREITO PROCESSUAL	207
5.1 O despertar do direito processual pela filosofia: as rupturas paradigmáticas decorrentes da hermenêutica filosófica (<i>linguist turn</i>)	207

5.2. O discurso positivista e arbitrário a pretexto da promoção da eficiência da prestação jurisdicional	210
5.3. Ainda a questão de fato e a questão de direito à luz da hermenêutica filosófica	215
5.4. A recuperação da consciência histórica em defesa da hermenêutica da facticidade.....	223
5.5. Litigiosidade e <i>Applicatio</i> : porque não é possível aprisionar o conceito no processo de compreensão do conflito.....	228
6 CONCLUSÃO.....	238
REFERÊNCIAS	268
ANEXO A – DECISÃO PROFERIDA NO RECURSO CÍVEL nº 5003352-50.2011.404.7111 (Turma Recursal/RS do TRF4 Região)	282
ANEXO B - DECISÃO PROFERIDA NOS E. DECLARATÓRIOS DO RECURSO CÍVEL nº 5003352-50.2011.404.7111 (Turma Recursal/RS do TRF4 Região).....	283
ANEXO C – ANTEPROJETO DO CÓDIGO MODELO DE PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO. VERSÃO JANEIRO DE 2007	284
ANEXO D – PROJETO DE LEI N. 5.139/2009 PARA ALTERAÇÃO DA LEI N. 7.347/1985	304
ANEXO E – EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA ACERCA DA REJEIÇÃO DO PROJETO DE LEI 5.139/2009	324

1 INTRODUÇÃO

“[...]É a justiça que se faz “normativa” e que, enquanto tal, foge da vida real e da História, para tornar-se conceitual e, conseqüentemente, eterna como um mero conceito...A justiça, para o desgosto dos nossos teóricos, não poderá ser normatizada”.

Ovídio Baptista da Silva¹

Um cidadão brasileiro laborou, por alguns anos de sua vida, submetido ao agente nocivo “ruído” em seu ambiente de trabalho, o que lhe daria direito à qualificação desse tempo de trabalho, para fins previdenciários, como tempo especial². Para buscar o reconhecimento desse tempo especial, que oportunizaria uma aposentadoria antecipada, promoveu ação judicial contra a autarquia previdenciária, já que não reconhecida sua pretensão na via administrativa. Apesar de laudo pericial favorável nos autos, que apontava um nível de ruído em 81 decibéis, o juiz entendeu que, pelo fato de a perícia ter apurado apenas um decibel acima do limite de ruído aceitável no ambiente de labor,³ não restaria demonstrada a qualificação do trabalho como especial, a ponto de lhe garantir o acréscimo de tempo em razão da exposição ao agente nocivo à saúde. O pedido, portanto, restou ao final rejeitado pela sentença. Com o recurso, o órgão colegiado entendeu que “a sentença é de ser confirmada pelos seus próprios fundamentos” e que “os fundamentos do acórdão, pois, são os mesmos fundamentos da sentença, onde todas as alegações já foram analisadas”⁴.

¹ SILVA, Ovídio Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: Direito, Estado e Democracia: entre a (in) efetividade e o imaginário social. Porto Alegre, Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006. v.1, n.4, p.325.

² Segundo a tabela estabelecida pelo art.70 do Decreto 3.048/1999, sobre o tempo de atividade nociva à saúde, que permite a aposentação especial aos 25 anos, se segurado homem, incide o percentual de 1,4 para fins de conversão em tempo de atividade comum, de modo que, para cada 10 anos de atividade com exposição, o segurado obtém um acréscimo de 4 anos para cômputo dos 35 anos.

³ Para a época trabalhada, o máximo de decibéis permitido para o ambiente de trabalho, sem agredir o ouvido humano, era de 80 decibéis. Neste sentido, ver Súmula 32 da TNU (In: BRASIL, Turma Nacional de Uniformização. Súmula 32 da TNU: O tempo de trabalho laborado com exposição a ruído é considerado especial, para fins de conversão em comum, nos seguintes níveis: superior a 80 decibéis, na vigência do Decreto n. 53.831/64 (1.1.6); superior a 90 decibéis, a partir de 5 de março de 1997, na vigência do Decreto n. 2.172/97; superior a 85 decibéis, a partir da edição do Decreto n. 4.882, de 18 de novembro de 2003. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>> Acesso em: 30Out. 2014).

⁴ A simples leitura do decisório demonstra a abstração do pronunciamento judicial, que se aplica a qualquer situação, a qualquer caso concreto e a qualquer tipo de pretensão. Neste sentido, ver a íntegra da decisão no Anexo A e também In: BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Recurso Inominado número 5003352-50.2011..404.7111. Relator: Juiz Federal Luiz Clovis Nunes Braga. Porto Alegre, 25 de setembro de 2012. Disponível em: <http://www.jfrs.jus.br/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?txtValor=50033525020114047111&selOrigem=RS&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalav>

Bem, a peregrinação poderia encontrar seu termo com a decisão colegiada, mas esta, por sua vez, nada disse, ou seja, deixou de motivar as razões pelas quais a rejeição ao pedido inicial deveria ser mantida. Provocava, notadamente, a interposição de embargos declaratórios, recurso esperançoso então interposto pela parte, na expectativa de que o órgão colegiado reconsiderasse o equívoco cometido. No entanto, inadvertidamente, em resposta ao recurso interposto, o órgão entendeu que “no âmbito dos Juizados Especiais, a confirmação da sentença recorrida, por seus próprios fundamentos, encontra-se expressamente autorizada pelo art.46 da Lei 9.099/95”. O caso estava a exigir a interposição de Recurso Extraordinário, mas de forma não mais extraordinária, o recurso excepcional teve seu trânsito negado à Corte superior, por entender o juízo de admissibilidade que a suposta violação à Constituição Federal seria apenas reflexa. E o acesso à justiça, escoreito em procedimento conduzido pelo Judiciário, restou caracterizado por uma jurisdição na qual a Constituição Federal passa a ser compreendida *de acordo* com a legislação processual infraconstitucional; por uma jurisdição que, sobretudo *em nome* da Constituição, menospreza-a, negando-lhe seus fundamentos mais caros para um Estado que se pretende democrático e de direito⁵.

Esse é o retrato de um trajeto exaurido por um cidadão no ambiente de uma jurisdição que busca o aceleração da entrega da prestação jurisdicional como critério de qualidade ou efetividade, sem muito debruçar-se sobre a essência da causa controvertida em juízo.

Sob outro aspecto, outra problemática enfrentada no ambiente jurisdicional diz respeito à massificação da litigiosidade, de modo que, em razão dela, outros trajetos têm sido trilhados quando a causa parece se repetir no ambiente jurisdicional. A título de exemplo, o Rio Grande do Sul registrou, ao longo dos últimos anos, milhares de ações individuais promovidas por professores estaduais nas quais se exigia o cumprimento do piso nacional do magistério. Em razão disso, o Tribunal do Estado desenvolveu o projeto Gestão Estratégica das Ações de Massa, cujo escopo é aperfeiçoar estratégias de resposta efetiva à excessiva demanda de processos que se repetem com a mesma matéria. As ações individuais do

raGerada=> Acesso em: 10 Nov.2012). No referido processo, o cidadão buscava o reconhecimento e acréscimo de tempo especial para aposentadoria. Contra essa técnica de julgamento, o texto do novo CPC, no art.499, § 1º, prevê como impeditivo: “[...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;[...]” (In: BRASIL. Senado Federal, Projeto de Lei 166/2010. Quadro Comparativo. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84033>>. Acesso em: 31 Out.2014).

⁵ No caso, notadamente está-se diante de ofensa ao comando do dever de motivação das decisões judiciais, estampado no art.93, IX da Constituição Federal.

magistério, a partir deste projeto, foram sobrestadas até o julgamento de recurso interposto em ação civil pública promovida pelo Ministério Público, então ajuizada em 2011 e apreciada em 2013 ^{6/7}. Nessa mesma linha, em dezembro de 2013, foram ajuizadas na capital do Estado de Santa Catarina quase 100 mil ações contra um mesmo réu, cuja pretensão precípua, além da indenizatória por danos morais, mostrava-se no cancelamento de cadastros que fornecem prognósticos de futura solvabilidade do candidato ao crédito, sem respeitar a exigência legal de autorização prévia do potencial cadastrado, mediante consentimento formalizado em instrumento específico ou cláusula apartada. O Tribunal daquele Estado, através de projeto piloto desenvolvido por sua Diretoria de Tecnologia da Informação (DTI) e, visando dinamizar o seu trâmite, promoveu a distribuição eletrônica de parte significativa do total dos processos ajuizados, mesmo antes de implementada a virtualização dos processos judiciais de forma plena ⁸.

De fato, o Poder Judiciário, nos últimos dez anos, tem protagonizado medidas, projetos e tentativas de tratamento da litigiosidade no país, o que veio acompanhado de diversas reformas procedimentais que, nos passos da Emenda 45/2004, passaram a primar pela aceleração dos procedimentos em busca de uma resposta que viesse a atender ao primado da duração razoável dos processos judiciais, estampado como o último direito fundamental no artigo 5º constitucional.

O tempo do processo, portanto, tornou-se critério ou medida da efetividade da prestação jurisdicional. Ao final de dez anos de Emenda 45, o foco continua sendo a agilização dos julgamentos a partir da uniformização. O custo desta medida, contudo, está creditado à lógica da abstração dos julgamentos que prepondera em decisões pronunciadas com superficialidade e generalidade, e tal como molduras, passaram a servir de paradigmas

⁶ Para evitar o julgamento de inúmeras apelações sobre a mesma matéria e visando a uniformização sistêmica da prestação jurisdicional, o TJRS, por meio do Ato n. 04/2011-1ª VP, determinou a suspensão das apelações cíveis que versavam sobre o assunto, até a apreciação da Ação Civil Pública nº 11102463079, na Comarca de Porto Alegre. (Ver em: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Julgamento do piso do magistério demonstra êxito do projeto para ações de massa.** Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=214095>>. Acesso em 10Jan.2014).

⁷ Para causas dessa natureza, o texto do novo CPC prevê o incidente de demandas repetitivas, em seu art.988: “É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito [...]”

⁸ Ver em BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Fórum Eduardo Luz distribui de forma eletrônica 73 mil ações do Serasa.** Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/noticias/listanoticia!viewNoticia.action?cdnoticia=29457>>Acesso em: 10 Jan.2014. Para melhor compreender o cadastro chamado *Concentre Scoring*, reportar-se à Lei n.12.414, de 09 de junho de 2011 (BRASIL, Lei. 12.414. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm> Acesso em: 31 Out. 2014).

para qualquer tipo de caso, uma vez que seus parágrafos fatalmente despojaram-se da análise do caso concreto.

E na contramão desse critério ou medida de efetividade, através do tempo, que se pretende fazer convencer pela efetividade quantitativa, essa pesquisa preocupa-se em apurar se o mote das reformas processuais, então focadas na aceleração do procedimento, oferece resultados que venham a redesenhar o cenário da litigiosidade no país e se promovem efetivamente a efetividade da prestação jurisdicional. Sob este aspecto e, na contramão do discurso que se impõe pela retórica da efetividade quantitativa, é preciso apurar também se o processo deve assumir a responsabilidade pela crise da prestação jurisdicional. Afinal, qual é a parcela de contribuição do rito processual acerca da crise da prestação jurisdicional? O que é um processo constitucionalmente adequado? Abstrativizar a prestação jurisdicional, em um universo de conceitualismos, prescindindo do caso concreto, resolve as dificuldades enfrentadas pelo Judiciário frente ao excesso de litigiosidade? Qual o perfil, de fato, da litigiosidade no Brasil e de que modo ela afeta a prestação jurisdicional?

É preciso registrar, de qualquer modo, que há um modelo constitucional de processo, insuperável pelo intérprete e aplicador do direito e, inobstante a antecipação desse aparato processual constitucional, o acesso à justiça mantém-se como tema caro e complexo. Como direito fundamental, o acesso à justiça materializa o exercício pleno da cidadania, levando o cidadão a um ambiente igualmente caro que é o espaço público da jurisdição. Ocorre que o exercício do direito fundamental de acesso à jurisdição é um privilégio de apenas uma parcela da população. O cidadão que tem se guiado pelas vias da jurisdição, por sua vez, tem encontrado um serviço estatal de alto custo e de efetividade questionável.

Desde a Emenda n. 45, a Constituição tem garantido a duração razoável dos processos judiciais como direito fundamental, traduzida, desde então, por justiça efetiva. Contudo, no contexto de uma sociedade ambígua, complexa, imediatista e ansiosa, embora também democrática, a jurisdição está a dar sinais claros de exaustão frente à litigiosidade extrema, cujo crescimento é vertiginoso e incontido, provocando, não raro, casos de verdadeira obstrução (desacesso) à justiça. Em meio a essa fórmula que não se consegue resolver, o poder público tem buscado, confundindo efetividade com eficiência, apurar e demonstrar em números a evolução da prestação jurisdicional entregue ao cidadão, a exemplo do número de sentenças por magistrado dentro do período de um ano. Ocorre que, inevitavelmente e lamentavelmente, a resposta rápida tem obtido passagem pela via da abstração e da construção de uma jurisdição conceitual, desapegada da realidade social que a reclama.

O discurso, assim, do procedimento célere, tem apostado na desnecessidade de apreciação do caso concreto, e defendendo, ainda, a superficialidade e a abstrativização das decisões judiciais. Assiste-se, assim, ao esvaziamento da fundamentação ou motivação do julgamento, numa espécie de processo autorreferente que cria e crê em um sistema de sacralização da decisão judicial. Esse modelo de jurisdição, repleta de preciosismos e de técnicas de aceleração dos procedimentos, de forma quase hermética, aposta na lógica maquiavélica de que, a pretexto de garantir a sobrevida de certos direitos fundamentais (a exemplo da duração razoável do processo), impõe-se o sacrifício de outros (acesso à justiça, devido processo legal), o que encontra sustentação em discursos teóricos pautados importados e incompatíveis com a tradição nacional.

Ao lado disso, o perfil da litigiosidade vem sendo amplamente desenhado por conflitos repetitivos vivenciados por uma infinidade de cidadãos, decorrentes de um momento contemporâneo afetado por uma organização econômica cuja produção, distribuição e consumo apresentam proporções de massa. A conflituosidade, portanto, passa a ser acompanhada pela marca da *massificação*⁹. E frente a essa realidade, a jurisdição tem se preparado através de procedimentos que conduzem os julgamentos à abstrativização, para a qual o método da subsunção e o uso de decisões paradigmas têm se mostrado necessários¹⁰, outras vezes uma versão questionável dos institutos historicamente experimentados pela tradição jurídica do *common law*, como pretensa solução para os problemas da jurisdição brasileira, de tradição jurídica historicamente diversa, muito embora possam ser reconhecidas suas semelhanças ou até mesmo seu aparelhamento¹¹.

Ocorre que a opção preponderante adotada pelo Estado frente à litigiosidade de massa está a questionar também, porque incompatível, os elementos de base da ciência processual, no âmago de sua origem e formação, de cunho individualista, ideário este bem mais afinado com as bases do pensamento iluminista e do positivismo imperante no século XIX. As transformações ocorridas no âmago do Direito (direitos individuais e transindividuais) e do Estado (Liberal, Social e de Bem-Estar) são notórias e é justamente na

⁹ A expressão é cunhada por Mauro Cappelletti como “pouco elegante”, mas “expressiva”. (In: CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1993. p.56-57).

¹⁰ Neste sentido, ganha relevo a posição de Elaine Harzheim Macedo, para quem a vida forense tem demonstrado que, com grande frequência, decisões padronizadas são aplicadas a ações supostamente repetitivas. Não bastasse isso, segundo a autora, “A grande carga de trabalho que assoberba o magistrado interfere diretamente na necessária reflexão do caso concreto”. Cf. MACEDO, Elaine Harzheim; VIAFORE, Daniele. **A decisão monocrática e a numerosidade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.173.

¹¹ Neste sentido já anunciava outrora Mauro Cappelletti o “movimento poderoso de um recíproco avizinhamiento” entre as famílias jurídicas contemporâneas. Ver mais em CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1993. p.124.

relação entre Direito e Estado na contemporaneidade que a questão da litigiosidade se coloca, a exigir, em razão de seu perfil e de seu excesso, diretrizes adequadas à proteção em juízo dos direitos em conflito.

Por força de linguagem (e é ela que constitui), para justificar a necessidade da aceleração (descriteriosa) dos procedimentos, desencadeada pela Emenda 45, foi igualmente necessário criar a causa, ao estilo da *novafala* de Orwell, razão pela qual, ao conflito do cidadão homem-médio, na caricatura oferecida por Ortega Y Gasset, foi atribuída uma identidade comum, qual seja o conflito de massa, conflito sem causa, sem história, sem respeito¹², assim acusado de se espriar pelas veredas do Judiciário para tornar-se pivô de uma litigiosidade excessiva. E assim, ao banalizar o conflito comum, o procedimento acelerado banaliza o caso concreto, trazendo consequências desastrosas para a decisão judicial. Sem debate, sem diálogo, esvazia-se o detalhamento do conflito, não restando outra maneira de fundamentar o julgado que não a abstração de dispositivos e colagens de julgados que, ao tempo que nada dizem, aplicam-se a qualquer tipo de conflito judicial (ver Anexos A e B).

Sob outro aspecto, o excesso de litígios pode ser observado como fenômeno integrante de um mundo pós-moderno¹³, hipermoderno¹⁴ ou hiperindustrial¹⁵, no qual os avanços da conflituosidade correm paralelamente à precarização cada vez maior das relações sociais, de trabalho e familiares, notadamente em razão de um ambiente globalizado e direcionado pela economia do livre mercado,¹⁶ no qual “a economia e seu poder multiplicado é que se impõem como instância principal da produção cultural”¹⁷. Filósofos e economistas,

¹² Para José Ortega y Gasset, “nobreza é sinônimo de vida esforçada, posta sempre a superar-se a si mesma, a transcender do que já é para o que se propõe, como dever e exigência. Desta maneira, a vida nobre fica contraposta a vida vulgar e inerte, que estaticamente, se reclusa a si mesma, condenada à perpétua imanência, caso uma força exterior não obrigue a sair de si. Daí que chamemos massa a esse modo de ser do homem - não tanto porque seja multitudinário, quanto porque é inerte”. Ver em ORTEGA Y GASSET, José. **A rebelião das massas**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.126.

¹³ Ainda que a pós-modernidade não seja linear, o termo aqui é empregado para identificar um momento diverso de sociedade, não mais regulada/protegida pelo modelo de Estado nascido com a modernidade, no século XVI. Ver em CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo-Horizonte: Fórum: 2009. p.16.

¹⁴ A expressão *hiper* também é apropriada para retratar os excessos da sociedade contemporânea. Ver em LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. **A cultura-mundo: resposta a uma sociedade desorientada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.32.

¹⁵ Segundo Bernard Stiegler, a modernidade hiperindustrial é identificada por um capitalismo cultural, identificado pelo controle sistemático da cultura através das tecnologias da informática, telecomunicações e audiovisual. Ver em MEDEIROS, Maria Beatriz. **Reflexões (não) contemporâneas**. Chapecó: Argos, 2007. p.16.

¹⁶ O economista Ha-Joon Chang alerta que o “livre mercado” não existe, pois na verdade ele só parece livre, na medida em que todo mercado tem algumas regras e limites que restringem a liberdade de escolha e estamos condicionados a aceitar suas restrições subjacentes que deixamos de percebê-las. Definir objetivamente o quanto o mercado é livre é uma questão política. Cf. CHANG, Ha-Joo. **23 Coisas que não nos contaram sobre o capitalismo**. São Paulo: Cultrix, 2013. p.22.

¹⁷ Ver também LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. **A cultura-mundo: resposta a uma sociedade desorientada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.14.

portanto, têm se debruçado com atenção sobre esse desequilíbrio das relações sociais decorrente da voracidade do mercado, da degradação ambiental e da precarização das relações sociais¹⁸, que afetam não apenas cidadãos individualmente considerados, mas uma massa numerosa e homogênea¹⁹. Vive-se, também, em um ambiente social abundante em diversidades, decorrentes de sistemas sociais em sua grande maioria democráticos, mas, ao mesmo tempo, vazios em perspectivas e com baixa qualidade de vida social. Neste ambiente, é visível o modo como a omissão do Estado, enquanto agente regulador, afeta sobremaneira a o exercício da cidadania. E em meio ao que se poderia chamar de excesso de liberdades e direitos, observa-se uma massa desorientada no vazio. Vive-se, portanto, uma lógica da efemeridade sem precedentes, através da qual a urgência, segundo François Ost, alimenta uma cultura da impaciência, que faz compreender qualquer atraso como dilação insuportável e qualquer transição como bloqueio institucional e criticável²⁰.

A judicialização exacerbada dos conflitos, de tal modo, tem sido povoada por essa conflituosidade peculiar, na qual o sujeito social em conflito não é mais o indivíduo, mas uma massa litigiosa, que habita em um ambiente social paradoxal, efêmero e mutante, marcado pelos excessos, especialmente provenientes das relações de consumo. Neste ambiente, a litigiosidade de massa da sociedade da urgência está a afetar sobremaneira a qualidade do acesso à justiça. E a pretexto de conter essa elevada judicialização de conflitos, a prestação jurisdicional tem sido alvo de reformulações voltadas para a aceleração gratuita de procedimentos, ao custo, diga-se alto, de agressão aos direitos fundamentais jurisdicionais.

Eis então o paradoxo, na medida em que as medidas ostensivas de mudança deixam de apresentar qualquer contribuição ao desiderato de uma prestação jurisdicional de qualidade, e por que não adequada ao regime democrático. Há uma crise, portanto, verificada na materialização da prestação jurisdicional, o que impõe notadamente uma revisão do modelo de organização do Estado no que se refere à garantia do exercício de acesso à justiça pelo cidadão. Isso porque, tratar do conflito e dar a ele a devida condução jurisdicional é uma obrigação do Estado²¹. Como bem público, a jurisdição é prestada de acordo com

¹⁸ É a “lucratividade associada à certeza da impunidade”. Ver em GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: RT, 2007. p.33.

¹⁹ Para Elias Canetti, a *massa* tem por propriedades principais quatro características: o desejo permanente de crescer, o reinado absoluto da igualdade, o louvor pela densidade e a necessidade de direção, de modo que, para o autor, toda a demanda por justiça retira sua energia dessa experiência da igualdade de todos. Cf. CANETTI, Elias. **Massa e Poder**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p.28.

²⁰ Cf. OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p.355.

²¹ Segundo Darci Guimarães Ribeiro, o monopólio não cria para o Estado o dever de prestar qualquer tutela jurisdicional, senão a tutela jurisdicional apropriada ao direito material que a parte traz a juízo, ou seja, o Estado, que é titular da potestade jurisdicional deve colocar a disposição dos cidadãos um instrumento (processo) capaz de amoldar-se aos interesses em conflito, para poder assim proporcionar justiça em um

procedimentos previamente regulados pelo Estado, o que faz dele agente altamente comprometido com a garantia de uma prestação jurisdicional efetiva e democrática a todos os jurisdicionados, indistintamente.

Nessa perspectiva, o acesso efetivo à justiça depende de uma organização tal no que se refere ao tratamento adequado do litígio, ou dos conflitos decorrentes dessa realidade “pós-moderna”, o que obviamente vai apresentar variações naturais decorrentes de cada cultura e a seu tempo²². Nas palavras de Oscar Chase, é possível conhecer uma cultura pelas práticas de solução de conflitos adotadas, bem como o grau de compromisso assumido para com tais práticas, dada a sua compreensão cultural.²³ Cabe apurar, de tal forma, o modelo de tratamento do conflito que está sendo oferecido pelo Estado e se esse modelo é adequado a essa litigiosidade própria de uma sociedade complexa, integrada a uma nova organização política e social de um mundo globalizado. Se a jurisdição não se mostra adequada à conflituosidade instaurada na contemporaneidade, está-se diante de uma clara negativa de acesso à justiça e, em última análise, do descumprimento do devido processo legal, mitigado pela ânsia da duração razoável (exígua) dos processos judiciais.

Por outro lado, muito embora se reconheça a legitimidade de outros meios de solução de conflitos, especialmente aqueles relacionados a direitos disponíveis, como a mediação, a conciliação e a arbitragem, este trabalho se ocupa com aqueles conflitos que já chegaram ao Judiciário, a fim de avaliar os mecanismos disponibilizados pelo Estado para dar tratamento a essa nova e extrema conflituosidade.²⁴

Portanto, é sobre o procedimento regulado pelo Estado que esse trabalho se debruça, em especial sobre os procedimentos cíveis disciplinados por legislação processual significativamente reformulada nos últimos vinte anos, mesmo antes da Emenda n. 45, se

tempo adequado aos consumidores dos serviços jurisdicionais. Logo, em virtude do monopólio da jurisdição, o Estado se compromete a assegurar a proteção dos indivíduos que necessitam de justiça, razão pela qual está obrigado a julgar, não podendo negar-se a proferir uma decisão. Cf. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.37 e 45.

²² Cf. François Ost, o tempo faz surgir um direito de ajustamento da realidade, que acaba por organizar a história, presente e futuro. Ver em OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p.25.

²³ CHASE, Oscar G. **Direito, Cultura e Ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.34.

²⁴ Diversas são as variáveis que compõem os indicadores da litigiosidade, a exemplo do custo do processo, da carência de defensores públicos, da precarização do ensino jurídico, da advocacia contenciosa de massa e da estrutura administrativa do Judiciário, entre outros. Entretanto, considerando que a pesquisa pretende analisar os o comportamento da prestação jurisdicional frente aos números de litígios publicados de 2004 a 2014, não serão abordados outros espaços extrajudiciais ou outros mecanismos de solução de conflitos, igualmente compreendidos como promotores do acesso à justiça, a exemplo da mediação e da arbitragem, já trabalhados em outra oportunidade. Ver em SANTOS, Karinne Emanuela Goettems dos; PUPPE, Fernando Luiz. O consumidor em conflito: um estudo sobre as vias alternativas de acesso à justiça diante da sobrecarga de litígios no Poder Judiciário. **Revista SAJU**, Porto Alegre, v.7 n.1, setembro.2011. p.32-48.

considerado o marco da institucionalização da antecipação de tutela no atual Código de Processo Civil (art.273), através da Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994. A discussão que ora se apresenta está centrada, de tal modo, na essência da prestação jurisdicional civil, como espaço democrático de concretização do acesso à justiça em juízo, e reflexo do exercício da cidadania que se constitui em fundamento do Estado Democrático de Direito. Tempo e efetividade, portanto, estão intimamente relacionados quando é o acesso à justiça efetivo que se pretende debater, dentro de um contexto de uma transformada relação entre Estado e Direito.²⁵

Sucessivas reformas procedimentais foram sendo implementadas no Código de Processo Civil, a partir da EC n. 45, a pretexto de garantir a efetividade da prestação jurisdicional, ressaltada pela importância relegada à celeridade. Sob um aspecto, as reformas trouxeram o que se poderia denominar de uma modernização do processo de conhecimento, em especial a partir da Lei n. 11.232, de dezembro de 2005, ao fazer da execução do julgado uma nova fase do processo de conhecimento (cumprimento de sentença), parecendo trazer alento aos reclamos da doutrina de Ovídio Baptista da Silva, que exaustivamente denunciou o paradigma racionalista que impregnava a ordinaryness no processo civil.²⁶

De outro lado, as reformas processuais, em especial através das Leis n. 11.276 e n. 11.277, ambas de 2006, instauraram uma racionalidade de decisão judicial uniformizadora e a caminho da abstração, aplicável às chamadas demandas idênticas ou repetitivas. Passou-se a admitir, assim, a reprodução de sentenças de improcedência quando a questão debatida for unicamente de direito. Passou-se a admitir, ainda, a imposição de súmulas (chamadas de impeditivas de recursos), para “justificar” a inadmissibilidade sumária de recursos contrários às teses predominantes nos tribunais superiores, numa espécie de sobrevivência do método de

²⁵ Cabe desde já lembrar o alerta de Cappelletti quanto à necessidade de o processo civil se adaptar ao tipo de litígio, ou de se buscar procedimentos que sejam conducentes à proteção dos direitos. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 71 e 93.

²⁶ As últimas obras de Ovídio Baptista da Silva retrataram com propriedade as ideologias absorvidas pelo direito processual. Segundo o saudoso mestre gaúcho “...a ciência do Direito Processual Civil nasceu comprometida com o ideal racionalista, que acabou transformando o Direito numa ciência em busca da verdade, analogia à matemática, sem qualquer compromisso com a justiça concreta[...]...somente o procedimento ordinário é capaz de assegurar a neutralidade do juiz, obrigando-o a julgar somente depois de haver adquirido convencimento definitivo, através da análise exaustiva da prova. Essa ideologia é responsável pela irresistível tendência, a que estão expostos os processualistas, de privilegiar sempre as demandas plenárias, com supressão das formas sumárias de tutela processual, independentemente do elevado custo social que esta opção possa provocar”. Cf. SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p.132. Ainda, na obra *Processo e Ideologia*, Ovídio argumenta que “O vínculo entre ordinaryness e racionalismo pode ser visto de várias perspectivas. Uma delas situa-se na estrutura do procedimento, ao impor que o juiz somente passa a julgar a lide ao encerrar-se a relação processual, depois do amplo debate probatório que, segundo imagina a doutrina, daria ao julgador a indispensável segurança, própria dos juízos de certeza. Cf. SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia, o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.143.

subsunção, através do qual “precedentes judiciais” dos tribunais superiores são usados aos casos futuros, e assim transformados em razões de decidir²⁷. Nessa linha era a redação dos artigos 285-A e 518, §1º do Código de Processo Civil de 1973. Além disso, a partir da Lei n. 11.672, de maio de 2008, em caso de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o procedimento adotado admite a eleição de recursos representativos de controvérsia com o sobrestamento dos demais casos idênticos (art.543-C do CPC de 1973 e seus parágrafos).

Todo esse procedimentalismo, em nome da efetividade e a pretexto de conter os altos índices de litigiosidade no país, uma vez revelado pela prática abstrata e superficial da prestação jurisdicional, prestigia a imaginável causa eminentemente de direito, ao alijar do processo de tomada de decisão o elemento fático-histórico da causa. O conceitualismo e a abstração com que os elementos processuais são compreendidos pela tradicional dogmática brasileira acabam por facilitar a evolução desses mecanismos universalistas.

De tal modo, as reformas processuais supervenientes à Emenda 45/2004 apresentam como traço comum, portanto, a valorização da agilidade dos julgamentos, anunciando a celeridade como sinônimo de efetividade e, a partir da abstração do caso concreto, instauram procedimentos de sumarização dos julgamentos sob a lógica da uniformização das decisões judiciais, por meio de transposição de precedentes e da prática de julgamentos por amostragem.

O novo Código de Processo Civil ratifica esse propósito,²⁸ tal qual restou evidenciado na carta enviada pela Comissão de Juristas encarregada de sua elaboração, assinada pelo presidente da comissão do anteprojeto, Ministro Luiz Fux, quando ressaltado também a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, hoje previsto no art.976 e seguintes da Lei n.13.105, de 17 de março de 2015.²⁹

²⁷ Tal qual adverte Michelle Taruffo, “los sistemas en los cuales rige la regla del precedente no conocen nada parecido a nuestras máximas”. Cf. TARUFFO, Michelle. **Precedente y Jurisprudencia**, p.89. Já para Luiz Guilherme Marinoni, não adotar a regra de aplicação do precedente seria uma irracionalidade, já que tal ferramenta, para o autor, seria medida de uniformização da interpretação judicial acerca dos direitos fundamentais. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2011. p.144-145.

²⁸ O novo CPC foi publicado através da Lei n.13.105, no Diário Oficial de 17 de março de 2015, 11 dias após a realização da banca de defesa dessa tese. Consultar texto integral Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 18 Mar.2015.

²⁹ O Senado Federal, em 30 de Setembro de 2009, através do Ato n.379, instituiu Comissão de Juristas com a finalidade de elaborar anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Segundo a carta encaminhada ao Senado em “A ideologia norteadora dos trabalhos da Comissão foi a de conferir maior celeridade à prestação da justiça, por isso que, à luz desse ideário maior, foram criados novéis institutos e abolidos outros que se revelaram ineficientes ao longo do tempo...” Disponível em: <www.oab.org.br/pdf/Cartilha1afase.pdf>. Acesso em: 31 Out.2014.

Verifica-se, assim, que a lógica processual que abstrai o elemento fático e abstrativiza a prestação jurisdicional está a valorizar, ainda, o modelo liberal-individualista presente quando da formação da ciência processual. Em síntese, impõe-se o rito de cunho individualista para tratar de “conflitos de massa”, banalizando, portanto, o conflito, e vulgarizando o caso concreto.

Não bastasse essa perspectiva jurisdicional, o cidadão que vivencia esse conflito individualmente muitas vezes se retrai e deixa de buscar a tutela jurisdicional devida, pois já está socialmente em situação de pressão e em desvantagem, em juízo, sua posição de desigualdade fica potencializada diante de sua hipossuficiência técnica e econômica. Segundo Márcio Flávio Mafra Leal, os conflitos de dimensão coletiva causados por uma sociedade massificada necessitam, por força de uma argumentação de natureza sociológica, de mecanismos de resolução de conflitos com a mesma dimensão.³⁰ Também para Humberto Dalla Bernardina de Pinho, apesar de inúmeras tentativas de evolução, o Judiciário tem se mostrado lento na compreensão das questões coletivas, o que aumenta os problemas relacionados ao acesso à justiça, já que nestas questões residem as grandes carências e necessidades da sociedade de massa, o que impõe uma necessária adaptação do direito processual civil às novas necessidades sociais, sob pena, justamente, da perda, em grande parte, de sua efetividade, contribuindo para elevar o nível de tensão social exatamente na proporção de sua falha quanto ao objetivo de promover o bem comum³¹. O Estado falha, portanto, pela ausência de políticas inclusivas de uma massa desigual que não acessa o Judiciário ou que, se acessa de fato, não recebe da jurisdição tratamento adequado à natureza do seu conflito. Perde a democracia, portanto, na medida em que a prestação jurisdicional desrespeita o princípio da igualdade, tratando com paridade os desiguais.

Isso não quer dizer que nada foi realizado nos últimos anos, mas as medidas de contenção da litigiosidade, voltadas para a promoção da efetividade jurisdicional, e que, por força da retórica, apostaram na celeridade dos julgamentos, frustram-se diante das estatísticas. Nada ou pouca ressonância se observa nos números da litigiosidade em um período de dez anos de reformas. São 95 milhões de processo, segundo o Relatório Justiça em Números, publicado em outubro de 2014, (para quase 20 milhões de processos em 2004), sendo que a taxa de congestionamento dos processos judiciais, utilizada como termômetro da celeridade

³⁰ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Fabris editor, 1998. p.18.

³¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.11-12 e 17.

dos julgamentos, apresenta, passados dez anos, praticamente a mesma cifra indesejável dos tempos em que a Emenda n. 45 fora idealizada e publicada.

De outro lado, embora o ordenamento jurídico reconheça a existência de direitos de titularidade transcendente, ou seja, que superam o aspecto da subjetividade do cidadão, a exemplo dos interesses intrínsecos aos consumidores, presentes em uma sociedade cada vez mais consumista, o procedimentalismo adotado ainda prepondera para organizar conflitos de caráter liberal-individualista, próprio do momento histórico (século XIX) em que o direito processual surgiu como ciência autônoma. Na verdade, na contramão do que já advertia Mauro Cappelletti, e lá se vão quase 40 anos, o processo que monopoliza a defesa dos direitos nas mãos de um único sujeito é impotente diante de direitos que pertencem a todos e ao mesmo tempo a ninguém³².

Nesse cenário de paradoxos e de poucas verdades, enquanto os tribunais criam projetos alternativos para dar escoamento aos conflitos de massa, a exemplo do que ocorre conforme ilustrado anteriormente nos Tribunais estaduais do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina, subjaz, na legislação brasileira, a construção de um procedimentalismo de cariz claramente individualista. Há um contrassenso, portanto, no tratamento processual prestado às demandas que se “repetem” no Judiciário, ao tempo em que se observa um descaso com relação ao procedimento das ações coletivas. Em 2009, o projeto de lei (PL 5139/2009) que pretendia alterar a Lei de Ação Civil Pública encontrou óbices curiosos, a exemplo da motivação da Comissão de Constituição e Justiça, a rejeitar o projeto, com “receio do excessivo poder ao Ministério Público e à Defensoria Pública”.³³ Salta aos olhos a preocupação de questões micro, criadas como macro, diante de um quadro de litigiosidade alarmante, de crescimento vertiginoso e constante ao longo dos anos.

Já o projeto de lei que visava à reforma do Código de Processo Civil, durante sua tramitação no Senado Federal, nenhuma linha ocupou-se quanto ao tema³⁴. Na Câmara, o texto recebeu alteração nesta temática, ainda que singela, ao prever a então denominada conversão das ações individuais em ações coletivas (art. 334 do PLC). Contudo, o alento anunciado ofuscava de qualquer forma eventual expectativa de avanços em favor das ações

³² CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 5, p.128-159, 1977. p.135.

³³ Texto integral disponível no Anexo E. Ver também em: BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 5139/2009**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>. Acesso em: 09 Jan. 2013.

³⁴ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 166/2010**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=79547&tp=1>. Acesso em: 31 Out. 2014.

coletivas, na medida em que o próprio texto afastava dessa providência os interesses individuais homogêneos e delegava ainda o disciplinamento do processo às regras do rito coletivo já existentes³⁵, fazendo com que o problema retornasse ao mesmo ponto de partida, *locus* da incipiência do processo coletivo. A ideia, portanto, já em sua origem parecia sinalizar pela inexequibilidade da medida e durou apenas o tempo da tramitação do projeto de lei, já que a redação final restou vetada pela Presidência da República quando da publicação do novo CPC pela Lei n. 13.105/2015.

É fato que, no Brasil, o rito das ações coletivas, regulado por um microsistema que mais torna complexa a sua procedimentalidade (especialmente formado pela Lei de Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor), mantém-se obscurecido em meio ao midiático fenômeno da aplicação dos precedentes sobre as malfadadas demandas repetitivas, tratadas como um mal a ser curado, como se elas, dentre uma infinidade de outros problemas, tivessem tomado as rédeas da litigiosidade no país e de seu crescimento. Também é fato que as regras procedimentalistas atuais e futuras já anunciadas estão a sustentar a ilusão de uma efetividade travestida de uma lógica de jurisdição quantitativa e seriada, ineficaz como tratamento devido às demandas chamadas repetitivas, assim identificadas para contemplar os enfadonhos conflitos de (da) massa³⁶, o que vem a reforçar a ideia de que devemos nos render à força do discurso da justiça das metas ou das práticas de “limpa gabinete”, que comandam a lógica da prescindibilidade do caso concreto e, com ela, levantam a bandeira do êxito da jurisdição *express*, não obstante esteja eivada de abstrativismos e recheada de conceitos sem coisas.

Muito bem, não fosse assim, então qual seria a solução para as então indesejáveis petições iniciais que diariamente são distribuídas nos fóruns do país, nas quais apenas o nome do polo ativo é o diferencial, desencadeadoras de pilhas de processos físicos e inúmeros arquivos de processos eletrônicos idênticos? E é pela ressonância do questionamento que a pesquisa se propõe a revisitar o processo coletivo, a questionar sua regulamentação através de uma sistematização de leis esparsas, bem como os entraves do procedimento, em especial no que se refere à legitimidade ativa e à representatividade dos direitos coletivos no Brasil, bem como em relação à extensão subjetiva da decisão final no contexto do debate dos conflitos chamados de massa, sobretudo àqueles atinentes aos consumidores, já que as estatísticas revelam - a julgar pela habitualidade com que as instituições financeiras e empresas de

³⁵ Lei 13.105/2015, “Art. 333. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que: [...].

³⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2014. p.366.

telefonia ocupam o polo passivo das ações judiciais cíveis do país-,³⁷ uma predominância de conflitos decorrentes das relações de consumo³⁸. Outro aspecto que se mostra relevante é que, ao tempo em que o acesso à justiça é reflexo de uma cidadania própria de um ambiente democrático, a sua materialização, no Brasil, ainda é desigual e proporcional ao poder aquisitivo da população. Curiosamente, essa parcela da população tem protagonizado um alto índice de litigiosidade.

Ao lado disso, a pesquisa pretende demonstrar que os esforços voltados para corrigir os extremos da litigiosidade através das reformas processuais parecem, portanto, estar na contramão da natureza dos conflitos da contemporaneidade, uma vez que estatísticas capitaneadas pelo próprio poder público desfazem a suposta eficácia do procedimentalismo recentemente adotado através das últimas reformas processuais. Em quase dez anos de vigência da Emenda n. 45, conforme dados colhidos através do Relatório Justiça em Números, no período de 2004 a 2014 e no âmbito das jurisdições federal e estadual, os litígios continuam aumentando e, com eles, a taxa de congestionamento dos processos judiciais, apesar do aumento gradativo de magistrados e servidores, da implantação gradativa do processo eletrônico e da tramitação de processos de pequena monta cada vez em maior número nos juizados especiais. Ou seja, ao tempo em que o Judiciário é medido pela “produtividade”, os índices a ela relacionados desfazem a concepção de que as reformas processuais universalistas são “necessárias” ou ainda que a abstração dos julgados trará resultados significativos para a redução dos números de litígios e de seu tempo de duração. É preciso, portanto, rever os paradigmas apontados como “soluções” promotoras de efetividade, bem como analisar formas de organização do Estado efetivas e adequadas às novas demandas contenciosas, cada vez mais crescentes e complexas na contemporaneidade.

³⁷ Esses resultados foram obtidos nas duas edições da pesquisa 100 Maiores Litigantes, de 2010 e 2012. Ver em: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 Maiores Litigantes**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 08 Maio 2011).

³⁸ As demandas consumeristas são notadamente compatíveis com uma sociedade globalizada e complexa, de consumo excessivo, o que vem sendo retratado na obra de Zygmunt Bauman e Gilles Lipovetski. Para Bauman, “A escolha é o atributo do consumidor e a natureza cooperativa da comunidade de consumidores significa liberdade de escolha”. Cf. BAUMAN, **O mal-estar da pós-modernidade**. Zahar: 1998. p.175) e “A mobilidade e a flexibilidade da identificação que caracterizam a vida do ‘ir às compras’ não são tanto veículos de emancipação quanto instrumentos de redistribuição de liberdades. São por isso bênçãos mistas – tanto tentadoras e desejadas quanto repulsivas e temidas, e despertam os sentimentos mais contraditórios. São valores altamente ambivalentes que tendem a gerar reações incoerentes e quase neuróticas. Cf. BAUMAN, **Modernidade Líquida**. Zahar, 2001. p.106); Para Lipovetski, “...a sociedade de mercado, ou o hipercapitalismo de consumo que a concretiza, é simultaneamente um capitalismo cultural com crescimento exponencial, o das mídias, do audiovisual, do webmundo”, ou ainda, do registro de “uma mercantilização integral da cultura que é, ao mesmo tempo, uma culturalização das mercadorias”. Cf. LIPOVETSKI; SERROY, **A cultura-mundo**, 2011. p.9-10.

É preciso uma observação mais atenta ao fenômeno da massificação dos conflitos que, como parte do também fenômeno da alta litigiosidade, diferentemente do ideário liberal-individualista do final do século XIX, chegam ao final do século XX exigindo postura diversa da ciência do direito processual.

É nesse cenário que a pesquisa pretende, em linhas gerais, questionar a política de promoção de acesso à justiça que vem sendo adotada no Brasil através de uma prática procedimentalista, de caráter abstrativista e universalizante, tal qual ocorre no âmbito do processo civil, que se desvia da consciência histórica como elemento de integração da tradição e que trata com naturalidade a supressão da casuística no processo de compreensão do conflito, a pretexto de cumprir com o postulado constitucional do direito fundamental à duração razoável dos processos judiciais, traduzido pela celeridade. Para tanto, sob perspectivas empíricas e teóricas, a pesquisa pretende demonstrar a impropriedade desse procedimentalismo, produtor de decisões abstratas, conceituais e vazias, que se adaptam a qualquer tipo de demanda, já que, dada a sua abstração, conseguem enquadrar qualquer situação fático-conflituosa, no regozijo do método de subsunção.

Com tais perspectivas, a discussão proposta desenvolve-se e organiza-se em quatro capítulos, divididos em duas partes. Na primeira parte, composta do segundo e terceiro capítulos, destaca a relevância da compreensão temporal e histórica do objeto de pesquisa, qual seja a litigiosidade, para melhor compreender o cenário social e conflituoso da engenharia processual civil que se construiu ao longo do tempo dando forma à atual prestação jurisdicional. No capítulo dois a pesquisa preocupa-se em constituir o cenário da conflituosidade de uma sociedade pós-moderna ou hipermoderna e apresenta alguns fatores e elementos que são indispensáveis para a compreensão do intérprete acerca do conflito, dada a importância, com Gadamer, da “consciência histórica efectual” como elemento integrante do processo de compreensão. De acordo com Gadamer, facticidade, como estrutura essencial do *dasein*, deve encontrar sua marca na compreensão da tradição histórica, ou seja, a estrutura universal da compreensão atinge sua concretude na compreensão histórica, uma vez que os vínculos concretos de costume e tradição e suas correspondentes possibilidades de futuro tornam-se operantes na própria compreensão³⁹. Em razão disso, parte-se da premissa de que a compreensão da realidade social é algo irrenunciável sob o ponto de vista do intérprete

³⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Petrópolis: Vozes, 2004. p.353. Ainda, em outra relevante obra sobre o tema, Gadamer ressalta que “...só podemos falar da história por sermos nós mesmo seres históricos”, ou seja, “é a historicidade do ser-aí humano, em seu momento incessante de expectativa e esquecimento, que permite o retorno do passado à vida”. Cf. GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p.43.

quando a questão é dar o devido tratamento à conflituosidade e suas perspectivas, em especial, na realidade brasileira. Neste sentido, a linha que perpassa por todo o capítulo serve-se do questionamento oferecido por Lipovetski, levando em consideração o fato de que a cultura é elemento indissociável da historicidade e da tradição da sociedade frente à sua conflituosidade⁴⁰.

Ainda no capítulo dois são apresentadas as estatísticas oficiais acerca da litigiosidade no Brasil, levantadas pelo Conselho Nacional de Justiça através do Relatório Justiça em Números, publicado no período entre 2004 a 2014, com o auxílio dos dados provenientes também do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. O quadro da litigiosidade no Brasil é apresentado levando em consideração os elementos que compõem o processo de judicialização, ao tempo em que a Emenda 45 completa dez anos, dando prioridade para dados provenientes da jurisdição estadual e federal, de primeiro e segundo graus, nas quais a aplicação do CPC ocorre de forma mais direta. Como perspectiva empírica de análise, a pesquisa serve-se de dados acerca da quantidade dos processos no período apurado, do número de casos novos e de casos pendentes, dos índices de congestionamento dos processos judiciais, do número de magistrados e do perfil dos sujeitos processuais que com mais habitualidade estão presentes nas lides do Poder Judiciário.

Já no capítulo terceiro, após a caracterização das raízes sobre as quais se debruça o direito processual civil, sobretudo frente à tradição romano-germânico-canônica, serão apresentadas as reformas processuais promovidas após a edição da Emenda 45 e, em face das estatísticas antes apresentadas, serão realizadas considerações que questionam a relevância de tais reformas processuais quando direcionadas para a contenção da litigiosidade caracterizada no capítulo dois, destacando o equívoco de sua essência, qual seja a supressão do elemento fático do conflito e a aposta na celeridade para promover a efetividade da jurisdição, desprovidos de experiência temporal e histórica. É o que se observa no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e da manutenção da prática de julgamentos abstratos a partir da imposição de decisões paradigmas vinculantes, nos termos do art.333 do mesmo diploma processual que se anuncia.

Por fim, na segunda parte da pesquisa, com o objetivo de ressaltar a compreensão hermenêutica dos conflitos, o trabalho se desenvolve no quarto capítulo com o estudo dos procedimentos coletivos, notadamente a fim de apontar a incompatibilidade dos institutos

⁴⁰ GILLES, Lipovetsky; SERROY, Jean. **A cultura-mundo: resposta a uma sociedade desorientada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.27.

próprios do processo individualista frente aos direitos transindividuais (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos), especialmente quando afetados às relações de consumo que mais são afetadas pela intervenção da economia de mercado e pelas políticas econômicas de um mundo globalizado. Neste âmbito do trabalho, serão avaliadas as tentativas da efetivação do procedimento coletivo no Brasil, notadamente acerca da evolução da legislação processual do processo coletivo, perpassando pelos avanços e recuos de sua história processual, pela análise dos legitimados ativos, da representatividade dos interessados, do princípio dispositivo e da extensão da coisa julgada, bem como das dificuldades relacionadas à proteção coletiva dos direitos individuais homogêneos.

De tal sorte que, insensível à natureza de interesses de cunho coletivo, o rito que o poder público pretende priorizar, de traço tipicamente individualista, perde a oportunidade de oferecer tratamento adequado e coerente às demandas chamadas repetitivas. Mesmo que o procedimento coletivo não seja apto a dar cabo da litigiosidade de massa, a sua contribuição para esse desiderato seria tal a ponto de restar dispensada a prática dos julgamentos por amostragem, tal qual se observa nos litígios de caráter repetitivo? Entre avanços e recuos, a análise das demandas coletivas e o seu efetivo uso no Brasil passam, necessariamente, por uma mudança de paradigma ou de perspectiva política e sobretudo cultural do tratamento dos conflitos⁴¹, para o que o Brasil, talvez, ainda, não tenha obtido a devida maturidade.

No capítulo final, a pesquisa busca amparo na hermenêutica filosófica como proposta de reflexão e de superação da operação abstrativista de aplicação do direito, distanciado de sua dimensão fático-histórica, que sustenta o que se pode chamar de um totalitarismo ou absolutismo dos tribunais superiores no Brasil, no regozijo do método subsuntivo, com a imposição dos precedentes judiciais, de caráter universalizantes, como razões de decidir. À luz da hermenêutica filosófica e, portanto, sob a perspectiva heideggeriana e gadameriana, a pesquisa procura sustentar a crítica a este modelo de jurisdição de “conceitos sem coisas”⁴², para recuperar a facticidade no processo de compreensão do conflito social.

É possível defender a superação do esquema sujeito-objeto, então mantido no processo de subsunção, para valorizar a pré-compreensão e as antecipações prévias que limitam a atribuição de sentido nos processos de interpretação, rumo à compreensão da

⁴¹ Para Oscar Chase o ritual é uma representação funcional que se interpenetra com a cultura. Cf. CHASE, Oscar G. **Direito, Cultura e Ritual**: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.23.

⁴² A expressão é impactante e por isso cunhada como título dessa pesquisa, a partir da obra Verdade e Consenso, de Lenio Luiz Streck. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: 2009. p. 440.

diferença apenas ontológica entre a questão de fato e a questão de direito. Ao elevar a importância da pré-compreensão no processo de interpretação, onde o intérprete está comprometido com a tradição, procura-se recuperar a dimensão fática que, na hermenêutica da facticidade, revela um existencial sobre o qual o intérprete não exerce qualquer domínio⁴³, o que afasta, de antemão, a condução do intérprete na *applicatio* e, conseqüentemente, qualquer postura arbitrária, típica do pensamento positivista ainda presente na dogmática jurídica sustentada, ainda, pelo *sensu comum teórico* dos juristas.

Na conclusão, serão apresentadas as ponderações acerca dos dados estatísticos e a defesa dos argumentos lançados ao longo da pesquisa, sustentada então pela matriz teórica exposta, no sentido de demonstrar a impropriedade das reformas processuais que instauraram a lógica da jurisdição seriada, eivada de práticas universalizantes e abstrativistas da prestação jurisdicional e instrumentalizada pela cisão entre a questão de fato e a questão de direito.

É no mínimo questionável a afirmação de que a cultura jurídica brasileira consiga “implantar” mecanismos de julgamento provenientes de uma tradição jurídica diversa da nossa. É igualmente questionável a lógica das demandas sem réus, nas quais seja possível, por ficção, identificar uma causa eminentemente de direito, e ainda sugadas por uma decisão representativa de controvérsia supostamente idêntica. Ao final, o que deve ser avaliado e amplamente debatido é se tamanha afronta à tradição jurídica, simbolizada por uma engenharia jurídica da urgência, que acelera inadvertidamente o rito processual, dará cabo à problemática atinente aos extremos da litigiosidade no país e será de fato promotora do acesso à justiça, como reflexo do exercício da cidadania, compromisso mínimo este de um Estado que se pretende Democrático e de Direito.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.** Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: 2009. p.177.

Parte 1

Considerações indispensáveis acerca da *consciência histórica*

“[...] O pertencimento à tradição não é menos originariamente e essencialmente constitutivo da finitude histórica do ser-aí do que o fato de este ser-aí encontrar-se sempre em um projeto em direção as suas possibilidades futuras”.

(Hans-Georg Gadamer, **O problema da consciência histórica**, p.43)

2 O CENÁRIO DA JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS NA CONTEMPORANEIDADE

“A esta altura parece chegado, para o processualista, o momento de reconhecer que esbarra numa daquelas raias extremas da sua competência específica. E decerto não se proclamará novidade alguma se a isso se quiser acrescentar que o estudo do tema em nível mais profundo necessariamente desembocaria em ampla reflexão sobre o contexto político, econômico e social em que se insere a problemática da efetividade do processo”.

(José Carlos Barbosa Moreira, **Notas sobre o problema da efetividade do processo**, Revista AJURIS n.29, 1983)

2.1. Crônica anunciada de um mundo “pós-moderno”. As sociedades da urgência e os conflitos de (da) massa.

A modernidade pode ser identificada como um momento da história que conjuga o surgimento do Estado com o avanço da ciência e com a concentração dos meios de produção, fundados no império da razão e na valorização do indivíduo. O Estado surge, na verdade, como poder institucionalizado pela coletividade, dando a ideia, assim, de unidade, que, na figura do soberano, simboliza a passagem do modelo feudal para o modelo absolutista. O sentimento de nacionalismo ⁴⁴ era a ideologia que prevalecia nesse momento e a soberania era a premissa básica de sua expressão legal, redesenhando, assim, o cenário político, anunciando, ainda, com a substituição da autoridade do senhor feudal pelo soberano, os auspícios da

⁴⁴ As mudanças trazidas pela derrocada do medievo, no final do século XV, introduziam as línguas nacionais, as leis nacionais, as literaturas nacionais e até mesmo as Igrejas nacionais. Da mesma forma, assistiu-se ao advento de movimentos de reforma religiosa (reforma protestante), a exemplo do luteranismo, os quais, segundo Quentin Skinner, como movimentos contrários ao poder ilimitado e universalista da Igreja Católica, propagavam suas teorias que viriam em favor do absolutismo, pelo fortalecimento da monarquia. Cf. SKINNER, Quentin. **Fundações do pensamento político moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 334.

modernidade. Para Bolzan de Moraes, o Estado é um fenômeno original e histórico de dominação, de modo que cada momento histórico e o seu correspondente modo de produção irão determinar o tipo de Estado que se anuncia. Neste sentido é a primeira versão do Estado, a absolutista, que nasce das necessidades do capitalismo em ascensão, ou seja, são as condições econômico-sociais que fazem emergir a forma de dominação apta a atender aos interesses das classes hegemônicas.⁴⁵ Neste novo modelo político-social, o homem perde a identidade civil como cidadão de Madri ou de Paris, para adquirem o status de cidadãos provenientes da Espanha ou França.⁴⁶

Sob outro aspecto, a modernidade vai assistir à valorização do cidadão como indivíduo (humanismo) e à percepção do homem como sujeito que se determina e se impõe como tal,⁴⁷ concepção essa própria da filosofia da consciência, algo que vai influenciar toda a concepção de mundo e sobremaneira a compreensão do direito até os dias atuais.⁴⁸ A identidade do homem moderno, de modo geral, vai construir um ambiente político-social de estrutura em constante desenvolvimento, fundada na certeza e na segurança.

Ainda, na Europa dos séculos XVI e XVII, a modernidade será marcada pelo Renascimento como movimento cultural preocupado com uma nova postura que identificasse a classe burguesa emergente, ou seja, buscava apresentar uma nova compreensão de sociedade, que se avançava para a industrialização e aspirava no futuro o progresso através da economia e do acúmulo de riquezas.

Hobbes é um importante teórico desse momento de nascimento do Estado como instituição política, ao defender a necessidade de um Estado (o Leviatã) representado pelo poder do soberano presente na lei e como espaço de segurança em contraponto ao estado de

⁴⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.30.

⁴⁶ Até esse momento, o latim era a língua universal, assim como a Igreja Católica era universal, o que foi drasticamente rompido pela ascensão e evolução das inovações filosóficas, científicas e sociais. Neste sentido, consultar em: HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. Rio de Janeiro: LTC, 1986. p. 70.

⁴⁷ A marca do subjetivismo e do nascimento do sujeito está em René Descartes. Na obra *Discurso do Método*, o filósofo anuncia as dúvidas que pairam sobre as questões atinentes ao indivíduo, ao retratar que “...nada me assegura que eu esteja dizendo a verdade, ao mesmo tempo que vejo claramente que, para pensar, é necessário existir, julguei poder tomar como regra geral que as coisas que concebemos muito clara e distintamente são todas verdadeiras, havendo apenas uma dificuldade em discernir as que concebemos distintamente”. Cf. DESCARTES, René. **Discurso do Método** – regras para a direção do espírito. São Paulo: Martin Claret, 2000. p.42.

⁴⁸ Para Castanheira Neves, o homem moderno foi posto perante um mundo de facticidade empírica e de causalidade, e por isso axiologicamente neutro, pois “*As categorias da acção e do comportamento em geral (pessoal ou institucional) deixaram de ser as do bem, do justo, da validade (axiológica material), para serem as do útil e da funcionalidade, da eficiência, da performance*”. Cf. Castanheira Neves. **O direito hoje e em que sentido**, 2009. p. 35.

natureza.⁴⁹ O poder do Estado e a autoridade de direito se justificam porque garantem aos indivíduos vantagens individuais maiores, principalmente no que se refere ao direito de propriedade, ou seja, a segurança sobre o que lhe pertence.⁵⁰ Em Hobbes, vê-se um homem em busca da formação de um Estado pelo medo da morte, ou seja, a valorização da segurança proporcionada através do pacto social pelo soberano. Admite-se que, ainda que o estado civil seja precário, ele passa a ser compreendido como a melhor opção frente ao estado de natureza (preferência de um mau governo à ausência da autoridade). Ocorre, assim, uma renúncia do poder por parte do cidadão, que passa a ser transferido ao soberano como estratégia de garantia de vida, de modo que a presença do soberano é a garantia da vida e da segurança.⁵¹ Nesse ambiente político moderno, não há qualquer razão plausível para contrariar a vontade do soberano. Logo, se o direito (e, portanto, o sujeito de direito) somente existe na presença de um poder absoluto, no estado de natureza não há direitos e tampouco a garantia do exercício destes direitos. Em virtude disso, o Estado nacional é algo novo, nunca antes experimentado pelo indivíduo, e nasce absolutista,⁵² como símbolo de austeridade.⁵³

Em suas diversas facetas, o Estado moderno, que nasceu absolutista e posteriormente assumiu as ideologias liberais ou sociais, fazia da soberania a sua força cogente e do direito o seu instrumento de controle social. Abstraía a ideia de coletividade para dominar, sob o império da razão, o sujeito que se fez cidadão. O Estado, poderoso, conduzia as relações internas e internacionais. De um modo geral, as democracias modernas trouxeram consigo valores como liberdade e laicidade, próprios de um mundo confiante na razão, na ciência e na

⁴⁹ O Estado é caracterizado como o Leviatã, como deus mortal, porque a ele, sob o Deus imortal, deve o homem a garantia de paz e defesa da vida. Consultar em: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.33.

⁵⁰ Hobbes, Thomas. **Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2005. Cap. XVII, p.130.

⁵¹ Para Hobbes, a vida é o bem trazido pelo indivíduo do estado de natureza e, se o soberano é o garantidor da vida, somente terá status de direito aquilo que o soberano afirmar ou definir como tal, pois, “*A única forma de constituir um poder comum, capaz de defender a comunidade das invasões dos estrangeiros e das injúrias dos próprios comuneiros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio trabalho e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda a força e poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade*”. Cf. HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2005. Cap. XVII, p.130.

⁵² O que importa destacar deste quadro é a prevalência, no Estado moderno absolutista, da concepção de um poder absoluto do soberano como algo necessário para assegurar o direito, o qual por sua vez seria assegurado pela submissão incondicional à vontade unívoca do soberano.

⁵³ Na lição de Maquiavel, a manutenção do Estado dependia da virtude militante do soberano, a quem o povo devia mais temer do que estimar, já que “*...dado que os homens prezam segundo sua vontade e temem segundo a vontade do príncipe, este, sendo prudente, deverá fundar-se naquilo que respeita ao seu arbítrio, não no que respeita ao arbítrio de outrem*”. Cf. MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Porto Alegre: L&PM, 2009. p.83.

dominação tecnológica, disposto a superar mitos e superstições do passado remoto e repleto de expectativas sobre o futuro.⁵⁴

Sob outro aspecto, para a manutenção do Estado moderno era preciso uma jurisdição neutra, cuja atividade deveria se restringir à declaração da vontade do soberano, então expressa na lei. A lei, nos países de tradição romano-germânica, portanto, tornou-se o caminho da segurança, a garantia da realização dos direitos e, ao mesmo tempo, do absoluto poder do soberano. Seriam estes os primeiros auspícios da doutrina liberal, que focalizava no Poder Legislativo a segurança e a satisfação dos direitos, simbolizados especialmente pela proteção da propriedade.⁵⁵ Logo, dos fundamentos próprios da modernidade, caracterizada pelo império da razão e dominada pela figura do indivíduo, o Estado aparece como elemento de racionalização da organização política, detentor de um poderio soberano como expressão do poder, exercido, portanto, sobre os campos delimitados por sua soberania.⁵⁶

O primeiro *locus* de transformação desse modelo de civilidade é possível observar no limiar do século XVII, momento em que a vida do comércio e a aquisição de riquezas adquiriram um lugar sem precedentes.⁵⁷ Ocorre uma reavaliação do trabalho e da produção, que apresenta o indivíduo como produtor, um ser que encontra sua mais elevada dignidade no trabalho e na transformação da natureza a serviço da vida, como papel importante na constituição da sociedade liberal moderna.⁵⁸

Num primeiro momento, a emergência do Estado absolutista serviu aos propósitos da classe burguesa que, por razões econômicas, no nascer do capitalismo, renunciou ao poder político. Depois, naturalmente, a insurgência da classe burguesa e os movimentos revolucionários no final do século XVIII irão viabilizar os financiamentos dos projetos do Estado visando aos seus próprios interesses, exigindo a segurança absoluta de seus direitos e a minimalização do Estado frente às novas relações econômicas. Em outras palavras, depois de conquistado o poder econômico, a classe burguesa deseja também o poder político,⁵⁹ até então exclusivo da aristocracia soberana, dando início ao movimento de oposição e de limitação da

⁵⁴ GILLES, Lipovetsky; SERROY, Jean. **A cultura-mundo: resposta a uma sociedade desorientada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011., p.12.

⁵⁵ Segundo Merryman, a glorificação do Estado, a do nacionalismo e a do racionalismo, combinaram-se para produzir uma teoria acerca do direito civil, em especial acerca do que é a lei, passando a determinar a forma e o estilo da codificação, mais adiante. Ver em MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: FCE, 1989. p.46-47.

⁵⁶ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Forum, 2009. p.15.

⁵⁷ Neste sentido, consultar em TAYLOR, Charles. **As fontes do Self: a construção da identidade moderna**. São Paulo: Loyola, 1997. p.278.

⁵⁸ TAYLOR, Charles. **As fontes do Self: a construção da identidade moderna**. São Paulo: Loyola, 1997. p.278.

⁵⁹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 46 e 50.

autoridade monárquica, exigindo, portanto, novas liberdades e instaurando o movimento do liberalismo.

Com a Revolução de 1789, o Estado, agora constitucional, torna-se garantidor das liberdades e, como estado mínimo, assume uma posição de neutralidade nas relações econômicas. De tal forma, o direito moderno, como instrumento do Estado Liberal, passou a ser tratado como um sistema de normas e princípios racionais, a par de concepções éticas e morais.⁶⁰ Neste ambiente, o Estado deixa de ocupar uma posição minimalista de mero assegurador da liberdade individual para atuar como removedor de obstáculos e com isso vai passar a promover o autodesenvolvimento dos homens, atribuindo-se novo e fundamental valor à igualdade de oportunidades, do que se pode destacar o sufrágio universal e a livre iniciativa.⁶¹

Já no final do século XVIII e durante o todo o século XIX, observa-se claramente uma transformação no âmbito do Estado Liberal, notadamente a partir de movimentos decorrentes do crescimento da produção industrial, sem o acompanhamento, de igual proporção, na qualidade de vida no trabalho e da vida em sociedade. De tal modo que, essa mutação do absentéismo estatal para o intervencionismo pode ser observada, sem que a intervenção seja considerada como exclusividade do novo modelo, em decorrência da modificação do cenário político-social, notadamente a partir da forte e precária aglomeração urbana e exploração do trabalhador proletariado, suscitando medidas interventivas públicas acerca de moradia, saúde, saneamento, previdência e meio ambiente.

Na verdade, na observação de García-Pelayo, o capitalismo clássico sustentava-se na acumulação do capital, no aumento da produção à base de exploração do trabalho e de salários enxutos, em benefício de uma minoria, enquanto que o novo modelo capitalista, instaurado no final do século XIX e primeiras décadas do século XX, acompanhando do ideário keynesiano, passou a apostar no aumento do consumo das massas trabalhadoras, já que o aumento da demanda estava intimamente ligado ao proporcional aumento do poder de consumo da população empregada, anunciando, em síntese, que o fôlego do capitalismo, no decorrer do século XX será o aumento vertiginoso do consumo.^{62 / 63}

⁶⁰ Até mesmo porque a garantia de segurança reivindicada pela classe burguesa em ascensão não poderia ficar a mercê de concepções de justiça que se opunham entre si, razão pela qual o direito deixa de ser pensado como justo, ou seja, deixa de ser compartilhado ao lado do conceito de justiça.

⁶¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.57 e 59.

⁶² Segundo García-Pelayo, “...*el neocapitalismo exige bienestar creciente, y, em este sentido, es correlativo con los fines del Estado social, a la vez que éste, mediante su función distribuidora y prestadora de servicios,*

Neste sentido, a superveniência da identidade de um Estado de Bem-Estar Social (Welfare State), que avançou no século XX, decorre, na verdade, de uma estratégia liberal de autodefesa ou sobrevivência, anunciando desde logo as manipulações às quais o Estado estará submetido em razão do fortalecimento e evolução da economia de mercado. Por outro lado, as primeiras décadas do século passado são marcadas de eventos significativos, de ordem político-econômica,⁶⁴ o que provoca um movimento em busca de uma democratização das sociedades e do conceito de cidadania no que respeita ao atendimento e satisfação das contingências sociais. Além de alargar a possibilidade de participação social, esse processo passou a depositar no Estado o compromisso de atender às mazelas sociais, exigindo-lhe uma reformulação de caráter estrutural e funcional, especialmente no período pós-guerra, em que impera o modelo keynesiano, de caráter econômico e social, na organização política estatal.⁶⁵

O Estado, naquele momento, está na posição de comando e conduz diretrizes de ajustes econômicos e sociais. A partir de 1970, contudo, com a mundialização da economia, a posição imponente daquele modelo de Estado sofre graves interferências. Observa-se o seu enfraquecimento enquanto garantidor da proteção social e sua incapacidade de competir neste ambiente de economia de livre mercado que se anuncia. A crise do petróleo na década de 70 faz estremecer esse quadro aparentemente estável do Estado e de suas relações internacionais⁶⁶ e, a queda do muro de Berlim em 1989, como símbolo do fim da bipolaridade das potências econômicas, ocorrida no cenário da guerra fria, anuncia um novo período de ajustamento da estrutura e das funções do Estado. A linha condutora de tais transformações encontra seu lastro na política econômica mundial, globalizada e, portanto, sem fronteiras,

contribuye el aumento del consumo. Ver em GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporâneo.** Madrid: Alianza Editorial, 1982. p.67.

⁶³ Max Weber também trata da valorização do capital ou da produção em massa como momento histórico ascendido pela reforma protestante, a qual, no seu entender, remodelou a ideia de crescimento e da aquisição de riquezas. Neste sentido, Weber vai afirmar que “Segundo o esquema de interpretação pragmática dos puritanos, é pelos seus frutos que se reconhece qual é o fim providencial da articulação da sociedade em profissões” e que “*E antes de mais nada: a utilidade de uma profissão com o respectivo agrado de Deus se orienta em primeira linha por critérios morais, e em seguida, pela importância que têm para a coletividade os bens a serem produzidos nela, mas há um terceiro ponto de vista, o mais importante na prática, naturalmente: a capacidade de dar lucro, lucro econômico privado*”. Cf. WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo.** São Paulo: Companhia das Letras: 2004. p.146-148.

⁶⁴ Neste sentido não podem deixar de ser citados a Primeira Guerra Mundial em 1914, a Constituição Mexicana e a Revolução Russa em 1917, a Constituição alemã de Weimar de 1919, a crise econômica de 1929; e as medidas político-econômicas de contenção, a exemplo do New Deal e o keynesianismo norte-americanos, e do Plano Beveridge, e, ao final, a Segunda Guerra Mundial. Neste sentido, cabe revisitar a obra de Dalmo de Abreu Dallari, **Elementos da teoria geral do Estado.** São Paulo: Saraiva, 2006. p.280-282.

⁶⁵ Neste sentido, boa parte das constituições elaboradas a partir da segunda metade do século XX irá atribuir aos Estados a defesa pela garantia dos direitos humanos, notadamente a partir do próprio texto da Declaração Universal de 1948.

⁶⁶ Neste sentido consultar LEAL, Rosemiro Pereira. **Direito Econômico: soberania e mercado mundial.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.164 e seguintes.

cuja evolução tem determinado a história e até mesmo a intensidade da crise que assola o modelo de Estado. Os períodos do pós-guerra à década de 70, da queda do muro de Berlim em 1989, no século XX, ao atentado de 11 de setembro já no século XXI, revelam-se como evidências dessas transformações e de suas implicações nas relações do Estado no plano nacional e internacional.

Nessa linha histórica, nas últimas décadas do século XX observa-se uma fragmentação dos elementos constituidores da modernidade, afetando o conceito de Estado, assim como sua estrutura e sua função, ao tempo em que também outros fenômenos passam a ser identificados como próprios de outro momento histórico, seja pelo comportamento social, seja por uma organização política diversa e desterritorializada, o que certamente perpassa pelo surgimento da economia globalizada como protagonista dessa grande remodelação da modernidade.⁶⁷ Logo, em decorrência desta fragmentação, as transformações sofridas pelo Estado como instituição política são sentidas no aspecto político em nível interno e externo, afetando sua estrutura e sua função. No aspecto interno, observa-se a ausência de referência do Estado como autoridade e sua incapacidade de manter-se, sob a égide de uma política keynesiana, comprometido com a satisfação dos direitos fundamentais. Já no aspecto externo, com o fim da guerra fria, a estrutura das organizações internacionais revela-se de formação multipolar, sem um comando único comum entre os Estados, os quais, sem dissipar a sua heterogeneidade, passam a exigir uma negociação permanente dos compromissos assumidos.⁶⁸ Entre as ruínas das certezas que sustentaram por longa data o império da razão, próprias da modernidade, e o espaço nobre encontrado pela economia, aparece o Estado em um ambiente de franca transição, momento este que pode ser identificado de pós-moderno ou hipermoderno.

De tal modo, em meio a uma crise, sobretudo de legitimidade, o Estado parece ter perdido a capacidade de acompanhar o novo perfil de uma sociedade da urgência, em constante mutação. Ocorre, na verdade, uma crise de legitimação do Estado como autoridade soberana, e outras instâncias de poder e de tomada de decisões passam a superar o modelo de Estado Social, razão pela qual o Estado, agora, deve levar em consideração as diretrizes

⁶⁷ Essa superação das racionalidades modernas pode ser compreendida a partir do reconhecimento de que, segundo Castor Bartolomé Ruiz, “Ao ousarmos pensar a realidade desde a perspectiva da indeterminação, emerge um mundo novo de indefinidas possibilidades do ser”. Ainda, para o filósofo, “pensar a realidade como algo indeterminado nos permite compreender que o humano e o sócio histórico só existem enquanto criação real e ontológica”, ou seja, não são frutos de uma evolução programada e tampouco mero desenvolvimento de uma essência ou teleologia implícita neles. Cf. RUIZ, Castor M.M. Bartolomé. **Os paradoxos do imaginário**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p.34-35.

⁶⁸ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Forum, 2009. p.18.

internacionais para dirigir a sociedade, o que André-Noel Roth vai chamar de internacionalização do Estado e do direito nacional. O Estado perde sua autoridade e torna-se incapaz de impor soluções, e a insurgência da economia global, a partir da derrocada do bloco socialista, passa a determinar um novo tipo de relação entre os Estados nacionais, qual seja a de interdependência e de influência sobre sua política interna.⁶⁹ Na verdade, segundo Roth, incapaz de impor uma regulação social e, aprisionado entre um nível internacional mais coativo e um nível infranacional que procura liberar-se de sua tutela, o Estado se vê diante de uma crise de legitimidade.

A julgar pela própria revisitação do conceito de soberania, o que para Rosemiro Pereira Leal ganha medida pelo tamanho do poder que tem o Estado de ocupar todo o espaço de sua economia nacional e nele desenvolver seus planos ou modelos de governo, essa aferição de soberania somente é válida para os países de Centro, enquanto que os países de periferia tem sua soberania extrovertida, já que a vontade do capital externo hegemônico direciona o seu exercício em relação à escolha das políticas econômicas a serem executadas no plano nacional.⁷⁰

Por essa razão, nesse ambiente aberto de globalização, de intensas transformações e de renovação de paradigmas, a economia de mercado assume uma nova roupagem e alcança uma autonomia e imponência tais que, de uma posição de dependência do Estado, a ele passa a se sobrepor, dada a capacidade de autorreprodução do capitalismo financeiro (de cunho neoliberal),⁷¹ em um ambiente global. Na necessidade de readequar-se, o Estado segue então rompendo com os fundamentos que o constituíram, retirando da sua soberania a blindagem adquirida na modernidade e, como parte integrante de organismos internacionais, busca sobreviver a esse “assalto” de um momento pós-moderno. A supressão das barreiras que obstaculizavam o movimento de trocas criou novas oportunidades, o que tornou possível contornar as condições impostas pelos Estados. Sem qualquer regulação, esse novo ator

⁶⁹ ROTH, André-Noel. **O Direito em crise: fim do Estado moderno**. In: FARIA, José Eduardo. *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996.

⁷⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Direito Econômico: soberania e mercado mundial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.173.

⁷¹ O capitalismo abandona a produção, atrelada ao Estado, pois não depende mais da atuação estatal para a sua manutenção, na medida em que passa a ser autossustentável e autorreprodutivo, pois sobrevive do lucro. As modificações ocorridas no sistema capitalista dos últimos 30 anos, com o fortalecimento do seu formato neoliberal que preza pelo lucro a curto prazo sem reinvestimento no crescimento global em razão da concentração do lucro. Como parte dessa sistemática financeira, pratica-se a contratação emergencial de trabalhadores com pagamento de salários menores, precarizando as relações de trabalho e qualidade de vida. Cf. CHANG, Ha-Joo. **23 Coisas que não nos contaram sobre o capitalismo**. São Paulo: Cultrix, 2013. p.35 e 45-46). Ainda, para Rosemiro Leal, “O desequilíbrio é essencial ao Capitalismo como o lucro é essencial para financiar a manutenção do desequilíbrio”. Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. **Direito Econômico: soberania e mercado mundial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.171.

sujeita os Estados às suas diretrizes, interferindo sobremaneira na regulamentação e no modo de proteção de direitos e, portanto, no exercício da democracia e cidadania. A interferência nas relações político-sociais é impactante, portanto, na medida em que a economia do livre mercado passa a conduzir a própria (in) aplicabilidade dos preceitos constitucionais, especialmente por criar quadros de desigualdade extrema, dado o acesso desigual de bens e serviços.⁷²

Tais fenômenos são observados em um novo cenário global, caracterizado especialmente pelo que Touraine aponta como o “triunfo do capitalismo”,⁷³ onde a figura do Estado, cujo perfil fora desenhado com o início da modernidade, não encontra mais a mesma ressonância, a exemplo também do que ocorre com a ressignificação do conceito de soberania. Giani Vattimo, por sua vez, procura descrever o ambiente pós-moderno como um momento do que ele chama de *racionalidade fraca*, em que a coexistência de diversas verdades, de acordo com cada tradição, provoca o fim da verdade única e universalmente válida. Segundo o filósofo italiano, em um mundo que ele identifica como *mundo da mediatização total* da nossa experiência, e no qual, segundo ele, já nos encontramos em larga medida, a ontologia torna-se efetivamente hermenêutica e as noções metafísicas de sujeito e objeto, ou melhor, de realidade e de verdade-fundamento, perdem peso.⁷⁴

Nesse aspecto, as transformações pelas quais passa o Estado são sentidas não somente no conceito de soberania, mas também dos reflexos dessa ressignificação sobre o exercício da cidadania e logicamente sobre o comportamento social, do que se denota que as mudanças de nível externo e interno são sobremaneira complexas, na medida em que alcançam também o seu aspecto cultural.⁷⁵ O cidadão já não se vincula ao seu território e deixa de depositar, de forma absoluta, suas crenças sobre a democracia representativa, que até então constituía o exercício dos seus direitos de cidadão. Essa descrença também vai refletir

⁷² Economistas como Thomas Piketty, defendem que o 0,1% mais rico do planeta (4,5 milhões de adultos em 4,5 bilhões), detém um patrimônio líquido na ordem de 10 milhões de euros, quase 200 vezes o patrimônio médio mundial (por volta de 60 mil euros por adulto), daí uma participação no patrimônio total de quase 20%. Por outro lado, o 1% mais rico, possui um patrimônio médio da ordem de 3 milhões de euros, o que equivale a 50 vezes o patrimônio médio, ou seja, 1% da população é detentora de 50% do patrimônio real. Cf. PIKETTY, Thomas. **O capital do século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p.427). Ainda, para Ricardo Seitenfus, em 2011, 70 milhões de indivíduos mais ricos (1% da população) são detentores de 45% da riqueza mundial, ao passo que 3,5 bilhões de pessoas (50% dos mais pobres) usufruem apenas 1% do total de riqueza produzida. Consultar também SEINTEFUS, Ricardo. **Relações Internacionais**. São Paulo: Manole, 2013. p.157-158.

⁷³ TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo hoje. Petrópolis: Vozes, 2007, p.37.

⁷⁴ VATTIMO, Giani. **O fim da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.189-190.

⁷⁵ Neste sentido, Lipovestki também defende que na era da hipermodernidade, a economia e seu poder multiplicado é que se impõem como a instância principal da produção cultural. O mundo hipermoderno está desorientado, inseguro, desestabilizado, não ocasionalmente, mas no cotidiano, de maneira estrutural e crônica. Ver em LIPOVESTKI, Gilles; SERROY, Jean. **A cultura mundo** - resposta a uma sociedade desorientada. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.14 e 18.

sobre a sua identidade, em decorrência do movimento centrípeto cada vez maior para a sua subjetividade, sem muitas expectativas acerca do futuro, o que notadamente vai ocorrer com menor ou maior intensidade de acordo com a historicidade de cada país.⁷⁶ A esse respeito, alude Zygmunt Bauman, no sentido de que não existe uma estrutura global da cultura como um todo, de caráter abrangente, pois “as culturas, como as sociedades, não são totalidades”, mas sim “processos de estruturação contínuos e perpétuos em diversas áreas e dimensões da prática humana, raramente coordenados e submetidos a um plano abrangente”.⁷⁷ Da mesma forma é o posicionamento de Cornelius Castoriadis, para quem cada sociedade, aberta ao indeterminado - o que para o autor é essencial-, está a desenhar sua própria história, no seu significado imaginário.⁷⁸

Todas essas mutações acerca da compreensão de Estado e da própria sociedade permeiam as discussões acerca de um momento de transição que ultrapassa o modelo de vida moderna, muito embora o próprio Zygmunt Bauman venha a afirmar que a sociedade que entra no século XXI não é menos moderna que aquela que entrou no século XX, pois o máximo que se pode dizer, segundo Bauman, é que ela é moderna de um modo diferente.⁷⁹

Gilles Lipovetski defende a ideia de um terceiro modelo de sociedade que, há cerca de duas ou três décadas constitui o horizonte cultural das sociedades contemporâneas na era da globalização. Segundo o autor francês, as grandes utopias perderam o essencial de sua credibilidade e aquela expectativa do futuro, própria da modernidade, cedeu passagem ao superinvestimento no momento presente e, a curto prazo, ao tempo em que um novo regime cultural, que ele chama de *hipermodernidade*, floresce com a perspectiva de se remodelar a lógica do individualismo e do consumismo, cuja principal instância é a economia e seu poder

⁷⁶ Jacques Chevallier caracteriza o Estado pós-moderno como representante de uma forma política ambígua, incerta e, por essência, evolutiva e, enquanto tal, apresenta-se como uma transição rumo a uma concepção diversa de organização política, que rompe com a racionalidade estatal, própria da modernidade. De tal forma, cabe a ressalva de que o momento da pós-modernidade não é linear e, portanto, não é experimentado de forma hegemônica, notadamente diante da evolução desigual entre as sociedades e os Estados, bem como em razão da diversidade de sua história, evolução e cultura. Por essa razão, sobrevivem ao mesmo tempo sociedade feudais e contemporâneas, em pleno século XXI. Cf. CHEVALLIER, **O Estado pós-moderno**, p.277.

⁷⁷ BAUMAN, Zygmunt. **O mal estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p.167.

⁷⁸ Para Castoriadis, “A história é impossível e inconcebível fora da imaginação produtiva ou criadora, do que nós chamamos o *imaginário radical* tal como se manifesta ao mesmo tempo e indissolavelmente no fazer histórico, e na constituição, antes de qualquer racionalidade explícita, de um universo de significações [...] O mundo social é cada vez constituído e articulado em função de um sistema de tais significações, e essas significações existem, uma vez constituídas, na forma do que chamamos o *imaginário efetivo* (ou o imaginado). É só relativamente a essas significações que podemos compreender, tanto a escolha que cada sociedade faz de seu simbolismo, e principalmente de seu simbolismo institucional, como os fins aos quais ela subordina a funcionalidade. Cf. CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p.176-177.

⁷⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p.36.

multiplicado.⁸⁰ É o que François Ost também vai designar de império do efêmero, no qual se observa uma ruptura familiar em um ambiente de indivíduos atomizados, no qual predomina uma cultura da impaciência alimentada pela necessidade da urgência.⁸¹ A mesma avaliação pode ser encontrada na acidez de Guy Debord,⁸² ao registrar uma evidente alienação do espectador em favor do objeto contemplado, bem como em Adorno, que descreve o ambiente da indústria cultural como um espaço de alienação ou de total ausência de racionalidade crítica que facilita a imposição e a opressão do poder.⁸³

Nessa perspectiva, a fragmentação do Estado, como ente moderno, é acompanhada, também, da fragmentação da sociedade, composta agora por um indivíduo que não se sente a ela pertencido e que, a par do que ocorria com o homem moderno, não sabe o que esperar do futuro. O cidadão perde a noção de unidade, de nacionalidade e, desterritorializado, no âmago de sua individualidade, o sujeito fecha-se em seus particularismos, precarizando as relações sociais. Em razão disso, torna-se um “indivíduo” sem pertencimento a uma nacionalidade ou a uma identidade coletiva, pois na verdade ele agora precisa constituir sua própria identidade e de forma constante.⁸⁴ Como cidadão desacreditado, volta-se cada vez mais para a sua subjetividade, muito embora esteja absolutamente em conexão de rede, no mais absoluto paradoxo da solidão assistida. O ambiente que supera a modernidade, portanto, parece anunciar a fragilidade e o desmantelamento das certezas adquiridas no passado e a fugacidade dos vínculos sociais.

De outro lado, a revolução tecnológica e o desenvolvimento de biotecnologias, que segundo Chevallier assolam o mito de Parmênides, provocam uma espécie de ressentimento do núcleo social e provocam uma nova insegurança decorrente da perda de referências, do

⁸⁰ Cf. LIPOVETSKI, Gilles. A cultura-mundo, p.13-14. Em outra obra, ainda, o autor aborda o termo pós-moderno, lançando questionamentos acerca de sua definição que já afirma não ser clara: “Esgotamento de uma cultura hedonista e vanguardista ou surgimento de um novo poder renovador? Decadência de uma época sem tradição ou revitalização do presente por meio de uma reabilitação do passado? Novo modo de continuidade na trama modernista ou descontinuidade? Peripécia na história da arte ou destino global das sociedades democráticas? Nós nos recusamos aqui de circunscrever o pós-modernismo num quadro regional, estético, epistemológico ou cultural: caso se trate de pós-modernismo, ele deverá provocar uma onda profunda e geral na escala do todo social, uma vez que na verdade vivemos um tempo em que as oposições rígidas se esfumam, em que as preponderâncias se tornam fluidas, em que a inteligência do momento exige que se ressaltem correlações e homologias”. Cf. LIPOVETSKI, Gilles. **A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo**. São Paulo: Manole, 2005. p.59-60.

⁸¹ OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p.341-350.

⁸² Para Debord, “...quanto mais aceita reconhecer-se nas imagens dominantes da necessidade, menos compreende sua própria existência e seu próprio desejo. Em relação ao homem que age, a exterioridade do espetáculo aparece no fato de seus próprios gestos já não serem seus, mas de outro que o representa por ele. É por isso que o espectador não se sente em casa em lugar algum, pois o espetáculo está em toda parte” Cf. Debord, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p.24.

⁸³ ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **A indústria cultural – O iluminismo como mistificação das massas**. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p.169-214.

⁸⁴ Neste sentido ver em BAUMAN, **Modernidade líquida**, p.45-47.

medo do futuro e do sentimento de impotência diante das ameaças da violência e do terrorismo.⁸⁵ Essa sensação de perda das referências e de valores, assim, como algo novo, sem que renuncie ao momento anterior, pode ser repassada para a concepção da sociedade pós-moderna, que vai refletir, por sua vez, no perfil do Estado e em suas relações internas e internacionais. Touraine fala de decomposição do social, na medida em que o medo tem levado muito mais à negação do outro do que o conflito com ele. Além disso, o apelo cada vez mais radical ao individualismo parte justamente do descrédito nas instituições sociais e políticas,⁸⁶ causando uma ruptura dos laços sociais. Ao observar a desintegração das sociedades, que inicia pela queda do muro de Berlim e perpassa pelo atentado de 11 de Setembro, Touraine chega a anunciar que o fim da sociedade poderia levar ao retorno do sujeito, como recuo do social e do humano.⁸⁷ Para Zygmunt Bauman, a desintegração da rede social, a derrocada das agências efetivas de ação coletiva, é recebida muitas vezes com grande ansiedade e lamentada como efeito colateral não previsto da nova leveza e fluidez do poder cada vez mais móvel, escorregadio e evasivo. Mas a desintegração social é tanto uma condição quanto um resultado da nova técnica do poder, que tem como ferramentas principais o desengajamento e a arte da fuga,⁸⁸ a pretexto de proporcionar uma experimentação de liberdade, ainda que ilusória.⁸⁹

Assistiria-se, assim, a um novo individualismo, que acentua de forma narcisista a realização pessoal como principal valor da vida,⁹⁰ Gilles Lipovetski não mede palavras para retratar um ambiente de mal-estar cultural e ético e hipertrofiado, na medida de um mundo *hiper*, no qual o homem se pergunta se ter mais e mesmo demais significa ter melhor; no qual o caos intelectual e a insegurança psicológica, as crenças esotéricas e a desorientação são

⁸⁵ Segundo Chevallier, o cenário internacional é desenhado pelo terrorismo e pelo acirramento dos conflitos étnicos e fundamentalistas, provocando, paradoxalmente, um movimento de retorno aos particularismos e regionalismos, desorganizando a formação clássica dos Estados. Desenha-se, assim, um cenário político mundial sobremaneira paradoxal, no qual a homogeneização provocada pela economia globalizada é rompida pelas diversidades étnico-culturais. Ver mais em CHEVALLIER, **O Estado pós-moderno**, p.281.

⁸⁶ TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo hoje. Petrópolis: Vozes, 2007. p.21 e 25.

⁸⁷ TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo hoje. Petrópolis: Vozes, 2007. p.110 e 112.

⁸⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**, p. 21-22.

⁸⁹ Essa visão hedonista na vida contemporânea também é frequentemente retratada por Zygmunt Bauman. “O mundo cheio de possibilidades é como uma mesa de bufê com tantos pratos deliciosos que nem o mais dedicado comensal poderia esperar provar de todos. Os comensais são consumidores, e a mais custosa e irritante das tarefas que se pode pôr diante de um consumidor é a necessidade de estabelecer prioridades: a necessidade de dispensar algumas opções inexploradas e abandoná-las. A infelicidade dos consumidores deriva do excesso e não da falta de escolha. ‘Será que utilizei os meios à minha disposição da melhor maneira possível?’ é a pergunta que mais assombra e causa insônia ao consumidor. Ver em BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**, p.75.

⁹⁰ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**, p.18.

generalizadas. Neste mundo que ele caracteriza como hipertrófico de inseguranças, observa-se com naturalidade a infantilização dos consumidores e o empobrecimento da vida social e intelectual.⁹¹ Ao tratar desse momento da hipermodernidade, Lipovetski descreve uma realidade de cultura-mundo em que o cidadão, desterritorializado, vive em um mundo de ciberespaço e do consumismo, no qual a cultura se impõe como um mundo econômico de pleno direito, através da universalização da cultura mercantil que se apodera da vida social, do comportamento do homem e de suas atividades.

Nas relações privadas, Lipovetski descreve um universo desorientado, inseguro e desestabilizado, de maneira estrutural e crônica, no qual as expectativas modernas de um futuro promissor são substituídas pela imprevisibilidade, insegurança e a confusão gerada pela perda da noção do tempo real e fictício, ou seja, pela instantaneidade dos acontecimentos, de opções e de satisfações incontáveis e sempre renováveis, diante da efemeridade dos valores. Neste ambiente complexo, em que tudo é concorrência, ser o melhor nunca é o bastante, a angústia e as inquietações dominam as relações sociais, que passam a ser facilmente fragmentadas pela indústria do imaginário e do consumo, empobrecendo a vida social e intelectual e, ao cabo, precarizando a família, as relações entre os gêneros, a educação dos filhos, etc.⁹²

⁹¹ LIPOVETSKI, Gilles; SERROY, Jean. **A cultura mundo** - resposta a uma sociedade desorientada. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.22-25.

⁹² LIPOVETSKI, **A cultura mundo**, p.18, 21 e 25. Em outra obra, Lipovetski destaca um sentimento de vazio (deserto), segundo ele de um tipo inédito, que escapa das categorias niilistas ou apocalípticas e que ocupa em silêncio a existência cotidiana, “a sua e a minha”, no coração das metrópoles contemporâneas: “Consideremos essa imensa onda de ausência de investimento por meio da qual todas as instituições, todas as finalidades e todos os grandes valores que organizaram as épocas anteriores são aos poucos esvaziados de sua substância – o que é isto senão uma deserção em massa que transforma o corpo social em um corpo exangue, em um organismo desativado? Inútil querer reduzir a questão às dimensões dos jovens: não é possível desembaraçar-se de um processo de civilização com base em gerações. Quem foi poupado por essa correnteza da maré? Aqui, como em todo o lugar, o deserto cresce: o saber, o poder, o trabalho, o exército, a família, a Igreja, os partidos, etc. já pararam de funcionar globalmente como princípios absolutos e intangíveis; em graus diferentes, ninguém mais acredita neles, ninguém mais investe neles o que quer que seja. Quem continua acreditando no trabalho quando fica sabendo das taxas de absenteísmo e de *turn over*, quando o frenesi das férias, dos fins de semana, dos lazeres não cessa de se desenvolver, quando a aposentadoria se torna uma aspiração de massa, um ideal? Quem continua acreditando na família quando os índices de divórcio não param de subir, quando os velhos são exilados para as casas de repouso, quando os pais querem permanecer jovens e procuram o apoio psicanalítico, quando os casais se tornam livres, quando o aborto, a contracepção, a esterilização se tornam legais? Quem continua acreditando no exército quando se lança mão de todos os meios para conseguir a reforma, quando escapar do serviço militar não é desonra? Quem continua acreditando nas virtudes do esforço, da economia, na consciência profissional, na autoridade, nas sanções? Depois da Igreja, que já nem mesmo consegue recrutar seus celebrantes, o sindicalismo é atingido pela mesma queda de influência: na França, em trinta anos, passamos de 50% de trabalhadores sindicalizados a 25%, hoje em dia. A onda de desafeição se propaga por todo o lado, despindo as instituições de sua grandiosidade e, simultaneamente, do seu poder de mobilização emocional. No entanto, o sistema funciona, as instituições se reproduzem e se desenvolvem, porém, em ritmo livre, no vazio, sem aderência ou sentido, cada vez mais controladas por especialistas, os últimos padres, como diria Nietzsche, os

Trata-se do retrato fiel de uma massa desorientada, identificada na sociedade-rebanho de Nietzsche, de uma sociedade de somente um rebanho, onde todos querem o mesmo e todos são iguais,⁹³ ou de um comportamento de manada, na expressão de Guilherme Rizzo Amaral.⁹⁴ Por isso das afetações de caráter político, social e existencial. Logo, novos também são os problemas que confrontam não só questões globais (ecologia, imigração, terrorismo), como questões de caráter local existencial (crise de cidadania, de identidade, de crenças, de personalidade).⁹⁵

De todo modo, é fato que o Estado parece encontrar-se em um momento de indefinição: não é mais o Estado tal qual assim fora concebido pela modernidade, sob o signo do Estado nacional, mas também ainda não definiu qual a sua nova organização política que, por fim, o identifica e o diferencia do modelo anterior; por outro lado, a sociedade também se mostra sobremaneira complexa, dominada pela urgência e caracterizada por uma mutação dinâmica e permanente, na qual as relações do núcleo social passam a ser sentidas pela instantaneidade e pela efemeridade.⁹⁶ O momento pós-moderno, portanto, comporta, assim, aspectos por demais complexos e contraditórios, fazendo com que a pós-modernidade se apresente, nas palavras de Chevallier, tanto como uma hipermodernidade, por levar ao extremo certas dimensões presentes no cerne da modernidade, a exemplo do individualismo, como uma antimodernidade, por se desvincular, em certa medida, dos fundamentos da modernidade.⁹⁷

únicos ainda a querer injetar sentido e valor onde já reina um deserto apático[...]”. Cf. LIPOVETSKI, Gilles. **A era do vazio**: ensaios sobre o individualismo contemporâneo. São Paulo: Manole, 2005. p.18-19.

⁹³ De forma enfática, menciona ainda o filósofo que “aquele que pensa de outro modo tem destino para o manicômio”. Ver em NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**. São Paulo: Martin Claret, 2004. p.29. Em outra obra, Nietzsche também retoma a temática da postura das massas, ao afirmar que “[...] *quem pressente a fatalidade que se esconde na estúpida inocência e credulidade das ideias modernas, e mais ainda em toda a moral-cristã europeia: esse sofre de uma angústia a que nenhuma outra se compara [...]. A degeneração global do homem, descendo ao que os boçais socialistas veem hoje como o seu homem do futuro, como o seu ideal, essa degeneração e diminuição do homem, até tornar-se o perfeito animal do rebanho (ou, como dizem eles, o homem da sociedade livre), essa animalização do homem em bicho-anão de direitos e exigências iguais é possível, não há dúvida!*”. Cf. NIETZSCHE, Friedrich. **Além do bem e do mal**, Aforismo 203. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p.91-92; ainda, essa mesma linha de explanação do filósofo também pode ser encontrada em **Genealogia da Moral**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p.125.

⁹⁴ AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “Incidente de Demandas Repetitivas”. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, vol. 53, n.9, p.59, mar/set.2013.

⁹⁵ Para Robert Castel, o indivíduo contemporâneo foi profundamente amoldado pelas regulações estatais e que não consegue seguir sozinho porque está atravessado pelos sistemas coletivos e de seguridade montados pelo Estado. Cf. CASTEL, Robert. **A insegurança social** – o que é ser protegido? Petrópolis: Vozes, 2005. p.68. Neste mesmo sentido posiciona-se Gilles Lipovetski. Ver em LIPOVETSKI, Gilles; SERROY, Jean. **A cultura mundo** - resposta a uma sociedade desorientada. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.9.

⁹⁶ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Forum, 2009. p.16.

⁹⁷ Com o autor francês, contudo, é preciso alertar para o fato de que esse momento pós-moderno não encerra a modernidade e não a substitui, assim como a sociedade, dada a sua complexidade, incerteza e indeterminação

Sob outro aspecto, não se pode alimentar a ilusão de que, neste novo cenário global, a sociedade estaria livre das intervenções do Estado, até mesmo porque, no aspecto jurisdicional seria impensável uma justiça privada e fatalmente dominada pela economia e de nada valeria como garantia do exercício da cidadania.⁹⁸ Sob esse aspecto, a força do Estado parece estar resguardada na sua condição de Estado *Constitucional*, na medida em que, muito embora o formato do Estado pós-moderno revele certo acanhamento diante da voracidade da economia de mercado, não pode ele menosprezar a normatividade de uma Constituição que legitima sua própria atuação e existência.

Para Gustavo Zagrebelski, desde o final do século XX, forças corrosivas, tanto internas como externas, atuam sobre a noção moderna de Estado, qual seja o pluralismo político e social interno, que se opõe à ideia mesma de soberania e de sujeição; a formação de centros de poder alternativos e concorrentes com o Estado, que operam no campo político, econômico, cultural e religioso, com frequência em dimensões totalmente independentes do território estatal; a progressiva institucionalização, promovida às vezes por seus próprios Estados, de contextos que integram seus poderes em dimensões supra estatais, sustentando, assim, a disponibilidade dos Estados particulares, e inclusive a atribuição de direitos aos indivíduos, que possam fazer valer diante das jurisdições internacionais frente aos Estados a que pertencem.⁹⁹

O fato é que, a par de qualquer visão apocalíptica acerca do futuro do modelo de estatal, o que seria de qualquer modo precipitado, é possível ainda direcionar a atenção para o Estado como ator de relevância na realidade contemporânea, o que requer uma análise inexorável de sua historicidade e dos fenômenos políticos e econômicos que parecem regular as relações nacionais e internacionais na atualidade. Para Rosemiro Pereira Leal, a “estatocracia” está tão ultrapassada quanto às teorias que buscam a ausência do estado (anarquia) ou sua presença opressiva (socialismo), de modo que, para o jurista mineiro, o Estado é uma instituição que merece reestruturação, regulada e operacionalizada pelo Direito a serviço da dignidade e sobrevivência humana, a par de ideologias liberais ou sociais.¹⁰⁰

não se apresenta estável. Não ocorre uma generalização da sociedade pós-moderna em todo o planeta, na medida em que o processo de globalização não exclui formações sociais diversas. Por fim, pensar em uma nova sociedade não implica dotá-la de virtudes, já que a evolução das sociedades comporta zonas bastante nebulosas. Ver em CHEVALLIER, **O Estado pós-moderno**, p.20.

⁹⁸ Nesta linha de posicionamento, defende Ovídio Baptista da Silva. Cf. SILVA, Ovídio Baptista da. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.83.

⁹⁹ ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madri: Trotta, 2003. p.10-11.

¹⁰⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Direito Econômico: soberania e mercado mundial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.172-173.

O Estado, ainda que revisitado, não se desfez de sua essência incipiente, qual seja a capacidade de conferir ao corpo social a função protetora do ressurgente estado de necessidade, em caráter subsidiário, na eventualidade de restarem inexitosas a tentativas provenientes das instâncias particulares de poder, no âmago de proteger suas conflituosas relações econômicas,¹⁰¹ assim como é longa a distância para uma instância política internacional de espírito diverso daquele apresentado pelo FMI, Banco Mundial ou OMC, que inspire uma governança de intercâmbio internacional que respeite as exigências ecológicas e sociais que devem ser impostas em escala planetária.¹⁰²

Por outro lado, Zagrebelski, por sua vez, propõe que as sociedades pluralistas, quais sejam aquelas marcadas por uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, necessitam de uma Constituição que crie condições de possibilidade para uma vida em comum, e não que estabeleça um projeto predeterminado, ou seja, cartas constitucionais que permitam a sobrevivência de uma sociedade pluralista e democrática.¹⁰³ É nesse sentido que, no caso do Brasil, autores como Daniel Mitidiero defendem ainda uma supremacia de direito em razão da presença de um Estado Constitucional, que igualmente conforma a execução do direito material e do direito processual à normatividade da Constituição, em especial a partir do controle difuso de constitucionalidade, o que acaba por afetar e por garantir a concretização e a eficácia dos direitos fundamentais.¹⁰⁴

De qualquer modo, é inafastável a ideia de que há uma transferência do poder de coação e este, agora, concentra-se na economia de livre mercado, nova instância de decisão e a política do mercado como ator determinante nas relações entre os Estados. Por isso é que, diante desse processo de globalização, que fragiliza o conceito de soberania, o Estado deve redefinir sua posição, dentro de uma nova relação internacional, o que na percepção de Peter Häberle ganha o relevo da interdependência ou cooperação,¹⁰⁵ notadamente sob a ótica dos

¹⁰¹ Ortega y Gasset encerra a obra “A rebelião das massas”, no capítulo XIV (penúltimo capítulo) sob o título “Quem manda no mundo”, chamada digna de um momento entre as grandes guerras mundiais, de uma Europa em reconstrução e de um anúncio do poder norte-americano. Cf. ORTEGA Y GASSET. **A Rebelião das massas**, p.131.

¹⁰² CASTEL, Robert. **A insegurança social** – o que é ser protegido? Petrópolis: Vozes, 2005, p.66.

¹⁰³ Segundo Zagrebelski, “*La asunción del pluralismo em uma Constitución democrática es simplemente una propuesta de soluciones y coexistencias posibles, es decir, um compromiso de las posibilidades y no um proyecto rigidamente ordenador que pueda asumirse como um a priori de la política com fuerza propia de arriba hacia bajo*”. Cf. ZAGREBELSKI, Gustavo, **El derecho dúctil**, p.13-14.

¹⁰⁴ Segundo Mitidiero, tal modelo de supremacia de direitos é uma característica brasileira, diferentemente do que ocorre com outros quatro modelos apontados pelo autor como o *Rule of Law*, codificado e não codificado, o *Etat Légal* ou o *Rechtsstaat*. Cf. MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.27-28.

¹⁰⁵ Segundo Peter Häberle, “O Estado Constitucional Cooperativo trata, ativamente, da questão de outros Estados, de instituições internacionais e supranacionais e dos cidadãos estrangeiros: sua abertura ao meio é

direitos humanos, assim como impõe uma redefinição de suas funções, de modo que o ambiente da pós-modernidade não implica o fim do Estado e tampouco o retorno ao Estado mínimo.¹⁰⁶

Nesse aspecto, as concepções de um novo modelo estatal vão além das discussões atinentes àquele formato aspirado por liberais e comunitários, na análise de Gisele Citadino, já que nesse novo ambiente a figura do indivíduo solitário é substituído pela intersubjetividade, dadas as relações linguísticas e comunicativas estabelecidas entre os homens, que permitem a renúncia de um direito meramente instrumental para estabelecer uma necessária e intrínseca relação entre ética e direito.¹⁰⁷

As configurações estatais, na verdade, permanecem diversas e variam de acordo com as tradições e conjunturas de cada país, notadamente acerca da medida em que estas instituições políticas conseguem manter-se fieis aos compromissos assumidos quando da invenção democrática do pós-guerra, fundada na proteção dos direitos fundamentais. Não ocorre uma generalização da sociedade pós-moderna em todo o planeta, na medida em que o processo de globalização não exclui formações sociais diversas.¹⁰⁸ É o caso do Brasil, considerado como um país de modernidade tardia, por ter negligenciado o seu comprometimento com o constitucionalismo garantidor dos direitos elementares de uma sociedade carente de recursos e de desenvolvimento, do qual na verdade somente as elites

uma abertura ao mundo [...]. A cooperação realiza-se política e juridicamente. Ele é sobretudo um momento da configuração. O Estado Constitucional Cooperativo corresponde a desenvolvimentos de direito internacional cooperativo” . Cf. HABERLE, Peter. **O Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007. p.6-7.

¹⁰⁶ O aparente desaparecimento das fronteiras nacionais, que aponta para a necessidade de novas relações entre os Estados, parece justamente desenhar uma quadro de interdependência entre os Estados, o que fica fatalmente potencializado pela ampla conexão estabelecida pela tecnologia da comunicação de um mundo globalizado, no qual todas as ações dos países se afetam reciprocamente.

¹⁰⁷ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p.219-220.

¹⁰⁸ O fato é que há uma confusão clara acerca da instituição Estado, cuja legitimidade está em franco questionamento, na medida em que, ora intervém no domínio econômico em prol da coletividade, ora dela se afasta em nome de sua auto sobrevivência diante do mesmo poder econômico. Por essa via, a linha condutora de tais transformações encontra seu lastro na política econômica mundial, globalizada e, portanto, sem fronteiras, cuja evolução tem determinado a história e até mesmo a intensidade da crise que assola o próprio Estado. A evolução da política econômica global é, sobretudo, devastadora - e por isso recebe na simbologia empregada por Luigi Zoja a designação de retorno da *hýbris* (excesso de arrogância). Cf. ZOJA, Luigi. **História da Arrogância: psicologia e limites do desenvolvimento humano**. São Paulo: Axis Mundi, 2000, p.46 . Nessa mesma linha, Webber afina o excesso retratado por Zoja à força do cristianismo e do dogma cristão, ao descrever a essência da imponente doutrina capitalista. Ver em WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras: 2004, p.155.

tomaram proveito. As promessas da modernidade, contemplados pelo texto constitucional de 1988, estão longe de ser efetivadas.¹⁰⁹

De modo geral, portanto, historicamente esse ambiente pode ser compreendido como pós-moderno, em que as certezas se desfazem, as verdades se esvaziam e as ameaças externas (terrorismo) e internas (desigualdade, pobreza, criminalidade, etc.) permitem com que a sociedade transite, ao lado do Estado, para um novo modelo de organização social e política. Essa sociedade complexa aparece sob o jugo da urgência e caracterizada por uma dinâmica permanente e fugaz de mudança, na qual é possível verificar, na expressão de Ortega y Gasset, o desnível da natureza do homem e das coisas.¹¹⁰ Neste sentido, tal sociedade segue marcada pelo estremecimento do núcleo social, visualizada na instantaneidade e na efemeridade das relações sociais, abrindo caminho para a conflituosidade que notadamente vai cada vez mais se acentuando. A sociedade da urgência e, agora, também, a sociedade da massa,¹¹¹ acentuada pela conflituosidade extrema.

Neste sentido, Lipovetski defende que a desorientação generalizada que se observa em razão dessa nova organização de mundo não resulta apenas da ruína de valores e fundamentos do saber, da lei e do poder, mas também da desintegração de um referencial social comum, pois há outros fatores que merecem ser avaliados, como o hipercapitalismo, a hipertecnicização, o hiperindividualismo e o hiperconsumo, já que, segundo o filósofo francês, “o desnorteio hipermoderno aumenta paralelamente com a excrescência do universo tecno-midiático-mercantil e com o estilhaçamento dos enquadramentos coletivos, a individualização da existência, deixando os indivíduos a mercê de si mesmos”.¹¹²

Por isso é que, muito embora as tendências marcantes de evolução do Estado contemporâneo se operem com maior ou menor intensidade em países diversos, é possível observar um universo homogêneo no qual o império da informação e da tecnologia são instrumentos de mecanização e de dominação das regras da economia globalizada, massificando culturas diversas que passam a ser consumidoras em potencial dos mesmos bens e serviços.¹¹³ Assim, paradoxalmente, muito embora a desigualdade social seja um traço

¹⁰⁹ Ver em STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 29. Consultar também: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.p.25.

¹¹⁰ ORTEGA Y GASSET. **A rebelião das massas**, p.80.

¹¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil**. Revista de Processo n. 5/128-159. São Paulo: RT, 1977. p.130.

¹¹² LIPOVETSKI, Gilles. **A cultura mundo**, p.32.

¹¹³ Nesse sentido, já na década de 80 a ONU edita a Resolução n.39/248, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em sessão de 16/04/1985, que trata de diretrizes ou orientações a serem seguidas pelos governos nacionais quanto a políticas educacionais, sociais e políticas de proteção do consumidor, nas quais se incluem o dever de criação de sistemas jurídicos adequados à realidade de

significativo do mundo contemporâneo, a voracidade da economia de mercado impõe-se através da massificação das relações sociais pelo consumo, valendo-se, sobretudo, da tecnologia da comunicação instantânea como instrumento de dominação.¹¹⁴

De tal modo, se em um ambiente pós-moderno, em que o Estado como organização política busca redefinir-se, o livre mercado se impõe e o cidadão de modo geral busca sobreviver em meio a um novo perfil de conflituosidade, dada a sua complexidade da vida social e sua mutabilidade. Para Antonio Carlos Wolkmer,¹¹⁵

A teoria jurídica formalista, instrumental e individualista vem sendo profundamente questionada por meio de seus conceitos, suas fontes e de seus institutos diante das múltiplas transformações tecnocientíficas, das práticas de vida diferenciadas, da complexidade crescente de bens valorados e de necessidades básicas, bem como da emergência de atores sociais, portadores de novas subjetividades (individuais e coletivas).

A partir disso, Zagrebelski vai avaliar um momento que parece transitar, de um lado, em um suposto retorno à era pré-moderna de insegurança e de imposição pela força e, de outro, para o nascimento de um novo direito, como produto de uma sociedade pluralista e democrática, independente do contexto unívoco representado pela soberania estatal e no ordenamento jurídico por ele regulado, elevado à sua categoria constitucional,¹¹⁶ daí advindo o seu caráter maleável ou ponderável a partir do termo dúctil (*mite*). Essa abertura da Constituição seria, segundo o autor, o centro de convergência de toda a vida social.¹¹⁷

É possível falar, portanto, em um cenário pós-moderno de extrema conflituosidade, e ainda de uma conflituosidade como produto da experiência vivida por novos atores sociais que desafiam o Estado a oferecer novas respostas, para as quais ele mesmo não demonstra estar preparado,¹¹⁸ já que também se encontra em momento peculiar de adaptação. Observa-

consumo, em especial nos itens E, 28, 29 e 30, a respeito de medidas eficazes de proteção do consumidor, bem como no item 32-D, que deixa claro a importância de uma capacitação do consumidor desde já como conteúdo integrante dos sistemas de ensino nacionais. (NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Resolução n. 39/248**. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm>>. Acesso em: 22 Nov. 2014).

¹¹⁴ Agamben afirma que, neste cenário em que o capitalismo vive sua forma extrema, todas as coisas são exibidas na sua separação de si mesmas, de modo que espetáculo e consumo são duas faces de uma única impossibilidade de usar. Lipovetski, em razão da intensificação da circulação de bens, das pessoas e das informações, vai caracterizar esse universo por um consumo bulímico (ver em LIPOVETSKI, **A cultura-mundo**, p.15), Agamben vai afirmar que “*O que não pode ser usado acaba entregue ao consumo ou à exibição espetacular*”. Cf. AGAMBEN, Giorgio. **Profanações**, p.71).

¹¹⁵ WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.17.

¹¹⁶ ZAGREBELSKI, **El derecho dúctil**, p.12.

¹¹⁷ *Ibid.*, p.14.

¹¹⁸ CHEVALLIER, **O Estado pós-moderno**, p.132-133.

se, também, um ápice do contencioso em decorrência de uma extremada juridicização destes novos conflitos,¹¹⁹ resultantes de uma formação social de massa, que pode ser observada nos extremos quantitativos e números avassaladores de processos judiciais que se multiplicam pelas estruturas judiciárias, realidade esta da qual o Brasil não está excluído. Logo, se o Estado passa por uma crise de identidade, sobretudo estrutural e funcional, essa crise alcança, inexoravelmente, também, a prestação jurisdicional.

Essa crise pode ser sentida pela discrepância entre o perfil do conflito social, de identidade pós-moderna, e a estrutura de justiça que sequer alcançou os auspícios da modernidade, partindo da concepção de que é na figura do Estado moderno que repousa a certeza de uma organização para a solução dos conflitos. Nesse sentido, a sociedade contemporânea, dotada de uma angustiante urgência e de uma mutação extremamente volátil, é uma sociedade de produção de conflitos de massa, de consumo de massa e, em decorrência disso, caracterizada por uma *conflituosidade de massa*,¹²⁰ absolutamente associada aos anseios de uma economia voraz. A lesão agora é sentida em larga escala, na medida em que afeta o meio ambiente, uma multidão de trabalhadores ou uma multidão de consumidores, o que faz ressonar o questionamento feito por Lipovetski: “*E como falar de disjunção entre esfera econômica e esfera cultural quando o consumo, sustentado por um hedonismo cultural de massa, se impõe como o primeiro motor do crescimento?*”¹²¹

Por outro lado, o cenário da pós-modernidade, caracterizado pelo império da economia de livre mercado, tem revelado uma tendência de judicialização de todos os problemas sociais, no âmbito dos Estados, transferindo para a instância do Judiciário a regulação de toda e qualquer questão social. Jacques Chevallier descreve o que ele designa de explosão do contencioso dentro do fenômeno da juridicização como característica comum das sociedades contemporâneas a partir de um “movimento de retorno ao direito”,¹²² que repassa ao Judiciário a responsabilidade de composição de interesses de toda ordem. De tal modo, o direcionamento da solução de conflitos para o Judiciário tem se mostrado como um fenômeno mundial e como um marco das sociedades contemporâneas.¹²³ Esse movimento, contudo, tem

¹¹⁹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **O Estado e seus limites**. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito n.83, 2007. p.576-577.

¹²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 5, p.128-159, 1977. p.130.

¹²¹ LIPOVESTKI; SERROY, A **Cultura-mundo**, p.27 (grifo nosso).

¹²² CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Forum, 2009. p.126.

¹²³ Para Bolzan de Moraes, a efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário passa a ser uma marca da contemporaneidade, em decorrência da própria ineficiência do Estado Social. Ocorre, portanto, o que o autor designa de judicialização da política. Ver em BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **O Estado e seus limites**.

elevado consideravelmente o número de litígios, até mesmo no caso do Brasil, considerado como um país de modernidade tardia.

Ovídio Baptista da Silva já admitia ser compreensível observar a crise da prestação jurisdicional levando em consideração a elevada e sempre crescente litigiosidade que caracteriza a cultura do capitalismo competitivo e individualista.¹²⁴ O mercado, portanto, é importante ator social ao lado do Estado, e tão poderoso quanto, acaba desequilibrando e impondo regras de condução sobre a economia e sobre as relações sociais. O aumento de litígios é, portanto, consequência lógica e inevitável dessa realidade.

O cenário da judicialização dos conflitos mostra, portanto, uma estrutura estatal despreparada, recebendo “novos litígios” com instrumentos inadequados ou incompatíveis com a realidade social, produtora de conflitos e em grande escala, seja qualitativamente, seja quantitativamente, muito embora a Constituição Federal já contenha um arcabouço de diretrizes necessárias para a construção de um modelo de solução de conflitos adequado e efetivo.

E mesmo com diversas tentativas de contenção da litigiosidade, as medidas tomadas pelo poder público nos últimos dez anos, especialmente aquelas voltadas para a reforma da legislação processual, não confirmam as expectativas sobre elas depositadas.

Por outro lado, enquanto a legislação, sobretudo procedimental, tornou-se alvo de todo o movimento conduzido pelo Estado em busca de contenção e regulação da alta judicialização dos conflitos, o aspecto administrativo que revolve a prestação jurisdicional continua carente de medidas mais contundentes e eficazes no que diz respeito à organização estatal da jurisdição, assim como não foram acompanhadas da mudança de paradigma,¹²⁵ tão necessária à compreensão da conflituosidade social na atualidade, fator este de extrema relevância para a renovação da prestação jurisdicional, uma vem que a realidade social do século XXI ainda é observada pelas lentes da ciência processual moderna do século XIX. E quanto a isso Mauro Cappelletti já advertia que o *modus* de solução de conflito encontra-se

Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. Boletim da Faculdade de Direito n. 83, 2007. p.576-577.

¹²⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Fundamentação das sentenças como garantia constitucional**. Revista de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006. p. 343.

¹²⁵ Neste é dada a importância dos apontamentos de Thomas Kuhn, no sentido de que a concepção de mundo muda com a mudança de paradigma, o que significa usar de novos instrumentos para orientar o olhar para novas direções sobre os mesmos pontos já examinados anteriormente. CF. KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2003. p.147.

irreparavelmente superado pela realidade social de uma época infinitamente mais complexa, mas articulada e mais sofisticada.¹²⁶

De tal modo, partindo da concepção de que a conflituosidade e sua conseqüente judicialização (ou juridicização) é um fenômeno contemporâneo, mostra-se imperioso um olhar mais atento sobre o perfil litigiosidade no Brasil. Não é possível avaliar as políticas de reforma da prestação jurisdicional à margem da realidade conflituosa da qual brotam os litígios.

Qualquer análise estreita ou somente afeita aos aspectos legais do fenômeno da judicialização já nasceria precária e superficial. Ademais, a filosofia conceitualista que se afasta do calor da sociedade conflituosa já causou sérios problemas à organização dos sistemas de justiça, na medida em que insiste em ignorar a essência da jurisdição, qual seja a promoção do bem-estar social.

Não por outra razão que a introdução dessa pesquisa reproduz o caminho de um conflito social judicializado e é por essa mesma razão que, para o fim a que se propõe esse estudo, cabe analisar o quadro do fenômeno contencioso no Brasil, bem como os reflexos das reformas processuais dos últimos dez anos sobre a qualidade da prestação jurisdicional, a fim de provocar a comunidade jurídica acerca da relevância do olhar sobre a realidade social em busca das adaptações necessárias a que o Direito deve se submeter.

2.2 O cenário brasileiro da judicialização de conflitos: tempo e (é) efetividade no rastro da Emenda 45/2004

“Seja como for, na problemática da efetividade, feitas todas as contas, resta ainda um espaço considerável em que, sem sombra de dúvida, a ciência processual tem muito a dizer, e a sua palavra, senão decisiva, é em todo caso insubstituível”.

(Barbosa Moreira, Notas sobre o problema da efetividade do processo, **Revista Ajuris**, Porto Alegre, 1983, p.82)

Quando o Código de Processo Civil atual completava 10 anos, José Carlos Barbosa Moreira publicava na Revista Ajuris de Porto Alegre texto primoroso que guardava seu olhar apurado sobre a efetividade do processo, tratada então como um problema de acesso à justiça. O assunto que não é novo, portanto, na medida em que já povoava as preocupações dos

¹²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 5, p.128-159, 1977. p.135.

juristas no início da década de 80, especialmente acerca das questões atinentes à existência de instrumentos de tutela adequados a todos os tipos de direitos. Já naquela ocasião, a lentidão processual era um “mal” indesejado, decorrente, segundo o autor, de falhas da organização judiciária, da deficiência na formação de juízes e advogados, da precariedade da atividade judicial na maior parte do país, do uso de métodos obsoletos e irracionais, do escasso aproveitamento de recursos tecnológicos e da falta de recursos para fomentar o exercício do direito à assistência judiciária aos necessitados.¹²⁷

No momento em que fica reinstaurado o regime democrático no Brasil e já sob a égide da Constituição Federal de 1988, iniciou-se um movimento político que se estendeu pela década de 90 com a finalidade de combater a crise que assolava o Poder Judiciário, cujo pivô se centralizou na demora da resposta jurisdicional frente ao conflito judicializado. Com essa perspectiva, iniciou-se na Câmara dos Deputados, no ano de 1992, a proposta de emenda constitucional que visava à reforma do Judiciário (PEC 96/92). Depois de longos anos de tramitação na Câmara e no Senado, restou publicada a Emenda Constitucional 45, em 31 de dezembro de 2004, ordenando mudanças significativas de caráter organizacional e procedimental com vistas à efetividade da prestação jurisdicional.¹²⁸

Na exposição de motivos da emenda, sob o codinome de “Pacto em favor de um Judiciário mais rápido e republicano”, foram apontados onze itens norteadores das mudanças, algumas já encaminhadas com a Emenda 45 e outras projetadas como planos de ação futuros (reformas da legislação processual, prevenção de multiplicação de demandas em torno do mesmo tema, metas gradativas de expansão do processo virtual).¹²⁹ Assim, naquele contexto histórico, a redação da EC 45 trouxe ao rol de direitos fundamentais do art.5º da Constituição Federal, no inciso LXXVIII, a garantia fundamental à duração razoável dos processos judiciais.¹³⁰

¹²⁷ É interessante notar que, diante dos problemas concernentes à efetividade do processo, para Barbosa Moreira deveria restar reconhecido “os préstimos de algumas inovações introduzidas pelo CPC de 1973”, a exemplo da instituição do julgamento antecipado, nos termos do art.330, até hoje em vigor. Ver em BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da efetividade do processo. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n.29, p.81, 1983.

¹²⁸ Depois de oito anos tramitando na Câmara, com alteração de relatores e emendas, a PEC 29/2000 chegou ao Senado no ano de 2000. Para detalhes acerca da tramitação, consultar em atividade legislativa na Câmara dos Deputados (PEC 96/92) e no Senado Federal (29/2000).

¹²⁹ Consultar na Proposta de formalização do **"Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano"**. Exposição de Motivos número 204, publicada no Diário Oficial de 16/12/2004, Seção I, p.8. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/expmot/2004/exposicaoodemotivos-204-15-dezembro-2004-592098-exposicaoodemotivos-117162-mj.html>>. Acesso em 07 Jan. 2014.

¹³⁰ Na verdade, o princípio da duração razoável dos processos já norteava o ordenamento jurídico processual a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos desde 1992, com a ratificação do Pacto de São José da Costa Rica pelo Brasil, através do Decreto 678, de 09.11.1992. Ainda, segundo Darci Guimarães Ribeiro, o não compromisso do Estado com o tempo da prestação jurisdicional constitui-se em verdadeiro desserviço à

No ambiente em que a Emenda Constitucional 45 foi idealizada, era comum o registro indesejado de processos judiciais que, alcançando os tribunais superiores, tramitavam há cerca de 15 anos sem trânsito em julgado.¹³¹

Hoje, ainda que o direito fundamental à razoável duração do processo não delimite o tempo do trâmite processual, e nem poderia, essa marca longeva, embora impensável, tem sido evitada a ponto de causar distorções extremadas na condução do rito processual, elevando a prestação jurisdicional *express* às últimas consequências.

Portanto, a interpretação equivocada do que venha a ser “o tempo constitucional do processo” desencadeou uma corrida desenfreada em busca do enxugamento do trâmite processual a qualquer custo, em especial a partir das reformas processuais,¹³² a pretexto de, numa tentativa fugidia, direcionar a responsabilidade pela longevidade dos processos à legislação processual, até mesmo para mascarar problemas de caráter organizacional que circundam a administração pública da justiça, dentre os quais se enquadram o número inadequado de magistrados e custo orçamentário global necessário para reformas estruturais.

O fato é que a redução do tempo do processo passou a ser traduzida como único critério de efetividade da prestação jurisdicional e as regras procedimentalistas atuais e futuras, então desencadeadas por esse ideal dogmático (novamente), estão a sustentar a ilusão de uma efetividade *perniciosa*,¹³³ travestida de uma lógica quantitativa e seriada. As reformas “de superfície”, terminologia esta creditada a Ovídio Baptista da Silva,¹³⁴ portanto, rompem o compromisso com o devido processo legal e deixam de garantir o acesso pleno à justiça, reforçando o discurso da justiça das metas, que comanda a lógica da prescindibilidade do caso concreto e, com ela, levanta a bandeira da jurisdição abstratizante dos conceitos sem coisas em prol da agilidade dos julgamentos.

Contudo, tal qual assevera Mario David Garcia, muito embora a duração do processo seja motivo de inquietude e preocupação, porque o tempo do processo é critério de efetividade da tutela jurisdicional, pondera, o autor, que a celeridade tem limites e não pode ser considerada como o único critério de efetividade, pois

sociedade, pelos prejuízos injustificados dele decorrentes. Ver em RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.172.

¹³¹ Na década de 90, a doutrina se ocupava em registrar com assombro a lentidão dos processos judiciais, a exemplo de José Cruz e Tucci. Cf. CRUZ E TUCCI, José. **Tempo e Processo** – uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual. São Paulo: RT, 1997. p.14.

¹³² Quanto às reformas processuais, ver capítulo 3.3.

¹³³ A expressão é cunhada por OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. **Do formalismo no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.87.

¹³⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p.219.

Una mayor rapidez procesal eventualmente puede, aunque no necesariamente, significar una mayor superficialidad en la sustentación y conocimiento de la causa. La doctrina entonces proclama que lo que se intenta lograr es un adecuado equilibrio entre los valores de celeridad procesal y seguridad jurídica. Esto impondría por una parte la revisión de la estructura del proceso, tratando de extirpar lo burocrático que lo ahoga y retarda; y, por otra, la revisión sistémica de los institutos que lo componen, que en no pocos e importantes casos son abiertamente ingarantistas y por tanto inconstitucionales.¹³⁵

Para Marco Félix Jobim, a redação do inciso LXXVIII do art.5º da Constituição contém uma subdivisão de valores. Num primeiro momento, o postulado constitucional resguarda a duração razoável dos processos como um comando direcionado ao Estado, quanto à finalização dos processos, judiciais e administrativos, em tempo razoável. Trata-se, portanto, de um dever de prestação do Estado e de uma garantia do jurisdicionado. Em um segundo momento, outro comando finaliza a redação do último inciso do art.5º, qual seja o dever do Estado de assegurar meios que garantam a celeridade de sua tramitação, no qual se compreende perfeitamente o dever do Estado concernente em fornecer, para tanto, procedimentos aptos e então regulados pela legislação processual civil.¹³⁶ É importante notar que Jobim visualiza o dever de celeridade processual fora do princípio da efetividade, por compreender ser possível existir processo efetivo, sem tramitar em tempo razoável.¹³⁷ Neste sentido, Jobim conclui, na linha de Mario David Garcia, que

[...] processo efetivo é aquele que proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material, isso, porque, efetividade processual, segurança jurídica e duração razoável do processo são princípios autônomos, mas ao mesmo tempo interligados para se alcançar, no mínimo, as garantias de um processo justo, não sendo um apenas reduzido a uma característica do outro e sendo todos de equivalente importância.¹³⁸

Outro aspecto relevante além da análise da celeridade e economia processual diz respeito ao uso do procedimento adequado que permite soluções compatíveis com a realidade e especificidade de cada caso. Neste sentido, a forma não deve ser cultuada, mas também não

¹³⁵ GARCIA, Mario David. **El desajuste sistémico constitucional en la tutela de urgencia**. Guatemala: Tierra Labrada, 2003. p.99.

¹³⁶ JOBIM, Marco Félix. **O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempetividade processual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.90-91.

¹³⁷ É por isso que o autor defende a tese de que o Estado não responde pela inefetividade do processo, mas pode responder pela sua intempetividade. Cf. JOBIM, *ibid.*, p.104.

¹³⁸ JOBIM, *ibid.*, p.105.

se pode abandonar um mínimo de regulamento apto a viabilizar a prestação jurisdicional adequada.¹³⁹

Na perspectiva de Luiz Guilherme Marinoni, a compreensão da efetividade depende da adequação da técnica processual aos direitos, ou da visualização da técnica processual a partir das necessidades do direito material, ou seja, a efetividade deve garantir técnica processual adequada, procedimentos capazes de viabilizar a participação de todo e qualquer cidadão, em busca da resposta jurisdicional adequada,¹⁴⁰ tornando-se constitucionalmente adequada.

A doutrina se desgasta ao longo de décadas para contribuir com a efetividade do processo civil, mas poucos são os feitos e os problemas acerca da prestação jurisdicional e do acesso à justiça só tem se agravado ao longo do caminho. Na década de 90, em que a Emenda n. 45 foi idealizada, o Judiciário registrava cerca de quatro milhões de processo em todo o país. Em 2004, ano de publicação da Emenda, o país já registrava a cifra de 20 milhões de processos judicializados.

Em 2014, os dados apurados pelo Conselho Nacional de Justiça para o ano de 2013 apontam um número de aproximadamente 95 milhões de processos judiciais em trâmite,¹⁴¹ um contencioso demasiadamente alto para um aparato judicial e processual que parecem não ser capazes de prestar jurisdição sob o primado da efetividade, igualmente instituído pela Emenda.

Em razão disso, é preciso apurar se a falha pode ser apontada em direção ao procedimento regulado pelo Estado, a partir da análise da evolução dos dados da litigiosidade na medida em que as reformas procedimentais foram gradativamente sendo implantadas. É do que pretende cuidar o capítulo a seguir.

¹³⁹ Neste sentido ver em BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p.50-52.

¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.184-185.

¹⁴¹ Segundo o último Relatório Justiça em Números, publicado em outubro de 2014 acerca dos dados da litigiosidade apurado para o ano de 2013, são 95,14 milhões de processo tramitando em todo o Poder Judiciário. Ver em BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números 2014. Disponível em: <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf> Acesso em 31Out2014).

2.3 Dados da conflituosidade e da litigiosidade. As estatísticas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e Instituto Brasileiro de Economia Aplicada (IPEA).

“O paroxismo chegou a tal ponto que para alguns espíritos mais práticos tudo se resume na solução rápida, expedita, fulminante às vezes do próprio valor da justiça”.

(Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,

Do formalismo no Processo Civil, 2003, p.245)

Desde a sua constituição, em 2005, o Conselho Nacional de Justiça tem publicado pesquisas e armazenado dados acerca da litigiosidade no país, prosseguindo com as investigações que, a este respeito, já vinham sendo capitaneadas pelo Ministério da Justiça. O Relatório Justiça em Números¹⁴² oferece dados da litigiosidade brasileira desde 2003, no âmbito das jurisdições estadual, federal e trabalhista. No último relatório, publicado em 2014, foram incluídos os dados da justiça eleitoral e militar. Entre outras variáveis, a pesquisa apresenta o número de novas demandas ajuizadas, de casos pendentes de julgamento, da população em cada *locus* jurisdicional, de juízes e servidores e a carga de trabalho, a fim de avaliar o percentual de congestionamento dos processos judiciais.¹⁴³

A partir de 2009, o CNJ modificou os critérios de pesquisa,¹⁴⁴ eis que passou a detalhar e a diferenciar os vetores que compõem a taxa de congestionamento e, em especial, ao distinguir, nos dados estatísticos, os números de processos que se encontravam na fase de conhecimento daqueles que já se encontravam em fase de cumprimento de sentença ou execução. Levando em consideração ainda a mudança de metodologia de pesquisa, o relatório passou a considerar, de forma discriminada, o número de processos criminais e de processos não criminais, diferenciando também do total dos processos em fase de execução aqueles registrados como sendo de execução fiscal (fiscais e não fiscais). Finalmente, a partir do Relatório de 2009, também foram inseridos os dados acerca dos processos eletrônicos, cuja regulamentação ocorre por meio da Lei n. 11.419/2006.¹⁴⁵

¹⁴² BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Relatório Justiça em Números 2008**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/conteudo2008/relatorios_anuais/relatorio_anual_cnj_2008.pdf>. Acesso em 7Jul.2010.

¹⁴³ A taxa de congestionamento, tradicionalmente calculada nas edições do Relatório *Justiça em Números* desde a sua primeira edição, busca mensurar as novas demandas ajuizadas frente aos casos pendentes de julgamento do período anterior.

¹⁴⁴ Os esclarecimentos acerca da metodologia de apuração dos dados estão detalhados na Resolução n. 76/2009 do Conselho Nacional de Justiça.

¹⁴⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2009**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/rel_sintetico_jn2009.pdf>. Acesso: em 9Jun.2011.

A partir da mudança da metodologia, a taxa de congestionamento passou a ser um índice que corresponde à divisão dos casos baixados pela soma dos casos novos e dos casos pendentes de baixa. Ou seja, trata-se de um coeficiente de processos não baixados no período anterior, que se soma ao número de processos novos do exercício seguinte.

Na perspectiva dessas variáveis, para melhor atender à finalidade dessa pesquisa, qual seja a de avaliar a evolução da litigiosidade na medida em que as reformas processuais foram sendo implementadas, a pesquisa, num primeiro momento, lança-se sobre os dados provenientes dos relatórios da Justiça em Números publicados no período de 2004 a 2014, bem como sobre os dados relevantes do extrato social decorrentes de publicações do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e Instituto Brasileiro de Economia Aplicada (IPEA), para apurar o perfil das demandas mais recorrentes, bem como o perfil dos sujeitos ativos e passivos mais assíduos no Poder Judiciário, levando em consideração a realidade econômica e social brasileira.

Para melhor avaliar os critérios de pesquisa, foram selecionados os dados atinentes aos processos da jurisdição estadual e da jurisdição federal, tanto de primeiro como de segundo grau, não só por se trataram de áreas afetadas diretamente pelas alterações da legislação processual civil,¹⁴⁶ mas também por representarem, juntas, o maior número de processos registrados em tramitação no Poder Judiciário. Segundo os dados apurados no último relatório publicado em 2014, o Judiciário caminha para a cifra de 96 milhões de processos judiciais,¹⁴⁷ dos quais 78% encontram-se na justiça estadual e 12% encontram-se da justiça federal. De forma mais específica, a pesquisa levanta ainda dados concernentes ao número de casos novos e casos pendentes e da taxa de congestionamento, apontados nos relatórios do período de 2004 a 2014, a fim de avaliar se nos dez de publicação da Emenda Constitucional n. 45 houve mudança significativa nas estatísticas relacionadas à tramitação dos processos judiciais cíveis, sobre a qual estão focadas as reformas processuais desencadeadas e capitaneadas pelo primado constitucional da duração razoável dos processos judiciais.

¹⁴⁶ Ainda que a jurisdição trabalhista acolha, de forma subsidiária, a aplicação do Código de Processo Civil, sua dinâmica e praticidade se desdobram em outras perspectivas, até mesmo porque seus índices são os menos expressivos quando se trata de congestionamento, demonstrando uma maior produtividade em termos numéricos, sem esquecer que apresenta os processos em maior número no Judiciário como um todo (ocupa 23% do total de processos). Por essa mesma razão, foram desconsiderados os dados dos Juizados Especiais na justiça estadual e federal, optando-se por mencioná-los em separado, ao final do capítulo.

¹⁴⁷ Relatório Justiça em Números 2014. Disponível em: <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf>. Acesso em 31Out.2014.

2.3.1 Justiça estadual. Litigiosidade e a Taxa de Congestionamento dos processos judiciais cíveis.

Para o âmbito da jurisdição estadual, em nível nacional, a pesquisa Justiça em Números traçou, inicialmente, um evolutivo do número de processos judiciais no período de 2004 a 2008.¹⁴⁸ No referido período, a taxa de congestionamento no primeiro grau da jurisdição estadual orbitou na faixa de 80%, já que o número de casos novos para processos pendentes manteve-se em crescimento na mesma proporção, com destaque para a justiça de primeiro grau.

2.3.1.1 Primeiro Grau da Jurisdição Estadual

De acordo com a Tabela 1, a taxa de congestionamento na justiça estadual de primeiro grau manteve-se na faixa de 80%, ao longo de quase cinco anos, em razão do aumento constante do número de casos novos e de casos pendentes.

Tabela 1. Justiça em Números. Justiça Estadual. 1º grau. Série histórica 2004-2008.

Período	Abrangência	Casos Novos	Casos Pendentes	TxC
2004	Justiça Estadual 1º grau	9.607.571	24.249.064	80,7%
2005	Justiça Estadual 1º grau	9.434.832	26.860.976	80,0%
2006	Justiça Estadual 1º grau	10.462.176	29.317.287	80,2%
2007	Justiça Estadual 1º grau	11.437.664	32.115.605	80,5%
2008	Justiça Estadual 1º grau	12.250.758	33.145.844	79,6%
Média				80,2%

Fonte: CNJ. Relatório Justiça em Números. Justiça Estadual. Série Histórica 2004-2008.

Não obstante as modificações das variáveis de pesquisa a partir do ano de 2009, ao distinguir os números dos processos criminais de não criminais, bem como os processos de conhecimento dos processos de execução,¹⁴⁹ é possível verificar ainda uma constância da taxa de congestionamento com relação aos percentuais dos exercícios anteriores, com destaque para os processos de execução, que apresentaram, na evolução dos anos-base de 2009 a 2013, altas taxas de congestionamento que orbitaram na faixa de 90%.

¹⁴⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em números. Série Histórica 2004-2008.** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/conteudo2008/relatorios_anuais/relatorio_anual_cnj_2008.pdf, Acesso 31Out2014.

¹⁴⁹ Neste sentido ver a Resolução 76 do Conselho Nacional de Justiça, que esclarece a metodologia da pesquisa empregada para elaboração do Relatório Justiça em Números.

Durante o ano-base de 2009, a Justiça Estadual foi responsável por expressiva taxa de congestionamento, uma vez que os percentuais das demais instâncias jurisdicionais apresentaram-se abaixo da média auferida.¹⁵⁰

O número de processos em tramitação no 1º grau de jurisdição aumentou em 22%, passando de 53,6 milhões para 65,6 milhões,¹⁵¹ sendo que 49,1 milhões (75%) já estavam pendentes de baixa desde o início do ano, e 16,6 (25%) ingressaram naquele ano. Quanto à taxa de congestionamento para 2009, a média nacional ficou em 67,2% na fase de conhecimento e na espantosa margem de 87,7% na fase de execução.¹⁵² Se levadas em consideração as fases de conhecimento e de execução, encontra-se, no período, o percentual médio de congestionamento à cifra de 77,45%, valor muito próximo daquele obtido em 2008, que foi de 79,6%.^{153 154}

Para o ano-base de 2010, a taxa de congestionamento da justiça estadual manteve-se estável com relação a 2009, sendo 64,9% para os processos de conhecimento e 89,8% para os processos de execução, mantendo a média de 77,35%. Na primeira instância, tramitaram aproximadamente 61,8 milhões de processos, dos quais 46,3 milhões (75%) já estavam pendentes de baixa desde o início do ano, sendo que 15,5 milhões (25%) ingressaram naquele ano. Do total de 61,8 milhões de processos em tramitação, 53,5 milhões estavam no 1º Grau de jurisdição (86%).¹⁵⁵

Já para o ano-base de 2011, segundo o Relatório publicado em 2012, a taxa de congestionamento apurada voltou a ocupar a margem de 80%, sendo 69,8% para os processos de conhecimento (não criminais) e 88% para os processos de execução, perfazendo uma média de 79% de congestionamento, tendo ocorrido um decréscimo no ano-base 2012 e um novo crescimento para o ano de 2013, conforme o último Relatório publicado em 2014, cujos dados estão finalizados na tabela a seguir (Tabela 2).

¹⁵⁰ Em comparação com a Justiça do Trabalho, que apresentou uma taxa de congestionamento de 49%.

¹⁵¹ Do total de 65,6 milhões de processos em tramitação, 57,3 milhões são do 1º grau (87%) e, destes, 8,3 milhões dos juizados especiais (13%).

¹⁵² Essa alta taxa decorre principalmente da morosidade das execuções de títulos extrajudiciais fiscais, cuja taxa de congestionamento tem orbitado acima de 90% nos últimos relatórios.

¹⁵³ A principal vantagem da nova metodologia, segundo o relatório, é a busca do percentual de congestionamento na visão da finalização de todas as etapas do processo, e não somente em relação à data em que foi proferida a sentença. Calculando a taxa de congestionamento segundo os critérios de 2008 por meio da estimação dos casos pendentes de sentença, obter-se-ia, em 2009, um congestionamento de 73,2% que corresponde a uma queda de 2 pontos percentuais em relação ao ano anterior. A nova metodologia adotada privilegiou a análise do fluxo de entrada e saída de processos no Judiciário sob a ótica do cidadão que aguarda a resolução completa da sua lide, deixando de ter foco somente na produtividade magistrado (por meio do número de sentenças).

¹⁵⁴ As execuções fiscais ocupam 71% do total dos processos que tramitaram em 2009.

¹⁵⁵ Desse total, apenas 8,3 milhões de processos correspondia à tramitação nos Juizados Especiais (14%).

Segundo o Relatório de 2014, do total de 95 milhões de processos judiciais em todas as esferas do Poder Judiciário, 74,2 milhões cabem à justiça estadual, dos quais 53,9 milhões já estavam pendentes de julgamento no início do ano de 2013, com um ingresso, portanto, de 20,3 milhões de processos novos. Para o período, em decorrência destes dados, a taxa de congestionamento global, considerando as esferas do 1º e 2º graus, Juizados e Turmas Recursais, foi de 74,5%.¹⁵⁶

Por outro lado, para acompanhar os dados apurados no período anterior (2004-2008), se analisados os dados da justiça estadual discriminando os ritos do Processo de Conhecimento e do Processo de Execução, retirando da análise os Juizados Especiais, a taxa de congestionamento mantém-se numa linha ainda mais estável, de acordo com a tabela a seguir.

Tabela 2. Justiça em Números. Justiça Estadual. 1º grau. Ano-base 2009 a 2013.

Dados/Ano-Base	2009	2010	2011	2012	2013
Casos Novos					
Conhecimento	6.291.974	6.136.710	10.580.207	11.887.269	9.683.841
Execução	4.972.101	3.884.346	4.875.558	4.824.255	5.043.380
Casos Pendentes					
Conhecimento	14.053.019	14.299.508	19.157.585	19.067.345	16.953.981
Execução	27.783.336	24.049.856	26.003.420	26.686.377	29.366.844
TxC					
Processo de Conhecimento	67,2%	64,9%	69,8%	65%	64%
Processo de Execução	87,7%	89,8%	88,0%	81%	81,33%
TxC Média	77,45%	77,35%	78,9%	73%	72,6%

Fonte: CNJ. Relatório Justiça em Números de 2009 a 2014. Justiça Estadual.

A oscilação dos dados revela que no período das reformas processuais, acentuadas após 2008, os números se mantiveram praticamente nos mesmos patamares iniciais. Por outro lado, muito embora a partir de 2009 o Relatório tenha apontado a tramitação dos processos de execução como ambiente processual de maior congestionamento,¹⁵⁷ especialmente no que se refere aos ritos da execução fiscal, é fato é que, mesmo que os processos de conhecimento não venham a apresentar o maior número de processos pendentes, a distinção dos números

¹⁵⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Número 2014**. p.81.

¹⁵⁷ Essa taxa chegou a 90% em 2013, o que representa, ainda, a forte presença do setor público na litigância numerosa.

disponibilizada pela Tabela 2, entre processos de conhecimento e de execução, igualmente permite concluir que ao longo do segundo período apurado (2009 a 2013), a variação da taxa de congestionamento, para os processos de conhecimento, foi muito singela, não inferior a 3% (de 67% para 64%), portanto, nada significativa.

Sob outra perspectiva, se considerada a taxa de congestionamento do período apurado pelos Relatórios de 2004 a 2014 para todos os tipos de processo, já que no início a metodologia utilizada pelo CNJ não distinguia os processos criminais dos não criminais, de acordo com os dados apresentados na Tabela 7, a taxa de congestionamento manteve-se na mesma faixa de 80% (de 80,7% para 80,4%).¹⁵⁸

Logo, se levada em consideração a taxa de congestionamento como medida de satisfação para mensurar o primado da duração razoável dos processos judiciais, segundo os Relatórios de 2004 a 2014, não ocorreu qualquer alteração significativa na tramitação dos processos judiciais da jurisdição estadual de primeiro grau, mesmo período em que as reformas processuais foram sendo gradativamente implantadas e operadas, a partir do impulso dado pela Emenda n. 45. É importante frisar, ainda, a fim de evitar qualquer hipótese de interpretação equivocada acerca das estatísticas que, muito embora o Relatório publicado em 2009 tenha apresentado uma perspectiva de pesquisa diferenciada dos anos anteriores, distinguindo os dados provenientes dos processos de conhecimento e de execução, a taxa de congestionamento inicial e final manteve uma alarmante constância de 80% dos processos que tramitaram no período.

2.3.1.2 Segundo Grau da Jurisdição Estadual

A segunda instância da justiça estadual não apresenta a mesma estatística a respeito da litigiosidade do primeiro grau antes retratada, já que, segundo o Relatório de 2014, o primeiro grau da justiça estadual concentra o maior número de litígios, com 87% dos casos novos, 96% dos casos pendentes, sendo que registra, por fim, 94% da tramitação e 87% dos processos baixados.¹⁵⁹

Nesse sentido, o primeiro grau chega a registrar em média 2,7 vezes mais carga de processos com relação ao segundo grau. Essa estatística se mantém ao longo do período, uma

¹⁵⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2014**. p.81.

¹⁵⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2014**. p.52.

vez que a carga de trabalho do primeiro grau aumentou em 3%, enquanto que na justiça de segundo grau houve um decréscimo de 1,4%.¹⁶⁰

Assim, está justificado o percentual de congestionamento mais singelo nos Tribunais estaduais, e ainda em decréscimo, sendo diverso, portanto, o comportamento da litigiosidade em âmbito nacional no segundo grau de jurisdição.

Em 2004, a taxa de quase 53% foi sofrendo um decréscimo de 10% até 2008. Já para o ano-base de 2009, observa-se uma rápida recuperação do percentual inicial, o que pode ser justificado também pela mudança na metodologia da pesquisa. Mas já a partir do ano-base de 2010, o segundo grau da justiça estadual apresentou novo decréscimo, tendo, em 2013, atingido a taxa mais baixa então registrada em 44% (Tabela 3).¹⁶¹

Tabela 3. Justiça em Números. Justiça Estadual. 2º grau. Ano-base 2004 a 2013.

Ano-base	Abrangência	Casos Novos	Casos Pendentes	Taxa Congestionamento
2004	2º Grau Nacional	877.519	695.842	52,8%
2005	2º Grau Nacional	1.279.328	953.328	50,1%
2006	2º Grau Nacional	1.507.684	1.083.400	47,0%
2007	2º Grau Nacional	1.624.515	1.192.712	45,9%
2008	2º Grau Nacional	1.864.008	1.202.518	42,5%
2009	2º Grau Nacional	1.786.222	1.308.335	50,5%
2010	2º Grau Nacional	1.860.106	1.440.772	48,2%
2011	2º Grau Nacional	1.908.065	1.610.443	49,0%
2012	2º Grau Nacional	2.118.193	1.616.374	45,2%
2013	2º Grau Nacional	2.098.490	1.695.172	44%

Fonte: CNJ. Relatório Justiça em Números de 2004 a 2014. Justiça Estadual.

Por fim, é curioso observar que os últimos dois Relatórios têm apresentado os Tribunais estaduais em um *ranking* de eficiência, classificados em grupos de pequeno, médio e grande porte. A fórmula utilizada para a classificação compreende dados acerca da tramitação processual representada por casos novos e casos pendentes, além do número de magistrados e servidores e as despesas auferidas, também é utilizada para a apuração do

¹⁶⁰ No TJRJ, essa variação chega a nove vezes, conforme dados do **Relatório Justiça em Números 2014**. p.54.

¹⁶¹ No Tribunal do Rio Grande do Sul, houve um crescimento gradativo da litigiosidade, embora a taxa do Rio Grande do Sul seja ainda bem inferior à taxa nacional. Enquanto os Tribunais, em nível nacional, mantiveram um percentual de congestionamento de 52,8% a 49%, no período de 2004 a 2009, o Tribunal do Rio Grande do Sul manteve-se na média de 22,3, fechando em pequena elevação com 23,6% em 2011. Segundo o Relatório de 2012, o Estado gaúcho ainda está entre os Estados com índices de congestionamento mais baixos no país. Em 2011, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe registrou a taxa mais alta, com 70,1% dos processos congestionados, e o menor índice foi registrado pelo Tribunal de Justiça de Goiás, com apenas 7,8% dos processos congestionados. Cf. **Relatório Justiça em Números 2012**. p.140.

escore.¹⁶² Ou seja, a eficácia, apurada também através da taxa de congestionamento (leia-se tempo de duração dos processos) passa a ser confundida com efetividade. Nesta linha de ideias, o CNJ confere o selo de eficiência ao grupo de grande porte, representado pelos Tribunais de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Paraná, com distância considerável entre o TJSP (escore de 4,32) e o segundo colocado, com escore de 1,28, bem como com relação aos demais.

2.3.2 Justiça Federal. Litigiosidade e a taxa de congestionamento dos processos judiciais

A justiça federal não apresenta significativa evolução no que se refere à taxa de congestionamento dos processos judiciais registrados no período entre 2004 e 2008, muito embora o contingente processual tenha se mantido constante.

2.3.2.1 Primeiro Grau da Jurisdição Federal

Para a justiça de primeiro grau, no período de 2004 a 2008, conforme a Tabela 4, a taxa de congestionamento manteve-se acima de 76%, perfazendo uma média de 76,88% para todo o período (Tabela 4).

Tabela 4. Justiça em Números. Justiça Federal. 1º grau. Série histórica 2004-2008.

Ano-Base	Abrangência	Novos	Pendentes	Taxa Congestionamento
2004	1º Grau Nacional	623.825	1.708.019	76,3%
2005	1º Grau Nacional	506.508	1.699.213	78,3%
2006	1º Grau Nacional	560.890	1.698.723	75,7%
2007	1º Grau Nacional	646.298	1.731.406	78%
2008	1º Grau Nacional	617.397	1.515.991	76,1%
Media Período	-	-	-	76,88%

Fonte: CNJ. Relatório Justiça em Números. Justiça Federal. Série Histórica 2004-2008

Ainda, de acordo com o Relatório publicado em 2010, para o ano-base de 2009, a mudança na metodologia de apuração dos processos criminais e não criminais afetou a evolução dos números, uma vez que é maior o volume de processos não criminais que tramitam nessa jurisdição.

Do total de casos novos de conhecimento na 1ª instância, cerca de 1,9 milhão de processos, verifica-se que 84 mil eram de competência criminal, o equivalente a apenas 5%

¹⁶² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2014**. p.42.

do total de processos. Assim, do total de processos na justiça federal no ano-base de 2009, cerca de 95% dos processos correspondiam aos processos de competência cível. Para estes, que são de interesse na presente análise, em 2009 observou-se o percentual de 58% dos processos como pendentes de julgamento e 42% deles ingressantes em 2009.

Inobstante a mudança de metodologia em 2009, para o período de 2009 a 2013 a margem de congestionamento dos processos permanece praticamente a mesma, oscilando entre 70% e 73%, conforme pode se observar na Tabela 5, apresentando um pequeno decréscimo de 4% com relação ao primeiro período de 2004 a 2008.

Tabela 5. Justiça em Números. Justiça Federal. 1º grau. Ano-base 2009 a 2013.

Dados/Ano-Base	2009	2010	2011	2012	2013
Processos Novos					
Conhecimento	369.025	373.646	371.970	2.450.673	1.749.785
Execução	499.126	448.956	593.368	540.845	528.129
Processos Pendentes					
Conhecimento	759.458	852.305	813.062	4.032.361	2.046.251
Execução	3.191.661	3.582.854	3.650.553	3.872.325	4.014.152
Taxa de Congestionamento					
Conhecimento	57%	59,7%	60,9%	45%	46%
Execução	82%	85%	85,6%	73,33%	74,33%
Taxa de Congestionamento – média entre os ritos					
	69,5%	72,35%	73,25%	59,16%	60,16%
Taxa de Congestionamento do período					
	76%	78%	79%	75,1%	73,8%

Fonte: CNJ. Relatório Justiça em Números de 2009 a 2014. Justiça Federal.

Os dados da justiça federal de primeiro grau anunciam uma redução maior da taxa de congestionamento na comparação com a justiça estadual. A evolução dos números aqui também demonstra o impacto dos processos de execução e que, se analisados em separado, acabam absorvendo o maior congestionamento dos processos. Nesta perspectiva, os dados relativos aos processos de conhecimento revelam uma redução da taxa de congestionamento que se aproximou de 10% no período entre 2009 e 2013 (enquanto que, na justiça estadual, essa redução foi de apenas 3%). Esse dado é significativo para a justiça federal, se

considerado que, para o ano-base de 2013, 93,7% dos processos em tramitação pertencem aos processos de conhecimento não criminais.¹⁶³

Por outro lado, observando conjuntamente as Tabelas 4 e 5, se considerada a taxa de congestionamento geral do período entre 2004 e 2014, a taxa de congestionamento manteve-se na mesma órbita de 75%, com uma singela redução de 3% (de 76,8% para 73,8%).

Contudo, se considerado o perfil da prestação jurisdicional no âmbito da justiça federal, na qual se observa consideráveis investimentos destinados à virtualização dos processos judiciais, esse decréscimo não chega a ser significativo. A título de exemplo, já no ano-base 2011, 90% de seus processos estavam virtualizados,¹⁶⁴ o que de acordo com a última apuração referente ao ano-base de 2013, o TRF da 4ª Região já possui 100% de dos processos novos em formato eletrônico.

2.3.2.2 Segundo Grau da Jurisdição Federal

Impressionam também os índices alcançados pelos Tribunais Regionais Federais, muito embora essa instância jurisdicional apresente o maior índice de processos eletrônicos então registrados, isso porque o segundo grau da jurisdição federal não tem registrado congestionamento diverso daquele que já se observou na jurisdição estadual em nível de segundo grau, cuja estrutura é mais precária em se tratando da tecnologia implantada.¹⁶⁵

A discrepância é considerável entre os dados do segundo grau da justiça estadual e da justiça federal. Para o ano-base de 2013, enquanto a jurisdição estadual de segundo grau apresentava um contingente de 2.098.490 casos novos, para 1.695.172 casos pendentes, e uma taxa de congestionamento de 44%, a jurisdição federal apresentou 499.244 casos novos frente a 913.560 casos pendentes, registrando, ao final, uma taxa de congestionamento de 66,6%

¹⁶³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2014**. p.257.

¹⁶⁴ Em 2004, na 4ª Região, a jurisdição federal de primeiro grau recebia 136.099 mil processos, os quais se somavam aos 350.602 processos pendentes, perfazendo uma taxa de congestionamento de 63,7%. Em 2008, em que pese tenha ocorrido uma redução significativa de processos pendentes, a taxa aumentou para cerca de 70% de processos congestionados. No mesmo período, o primeiro grau estadual gaúcho registrou uma taxa de 70,4% dos processos congestionados e, tal qual ocorreu com a jurisdição estadual, a federal de primeiro grau também registrou um aumento da taxa de congestionamento no período de 2009 a 2011, fechando com uma média de 76,4% dos processos congestionados.

¹⁶⁵ Segundo o Relatório Justiça em Números de 2012, excluindo os Estados de ES, RO e SP, que não informaram os dados relativos aos processos eletrônicos, apenas seis Tribunais estaduais apresentam registros de informatização: Ceará (86,3%), Tocantins (42,3%), Rondônia (23,8%), Rio de Janeiro (15,8%), Goiás (1,9%) e Amazonas (1,8%). Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números de 2012**. p.145.

(Tabela 6), significativamente maior do que a taxa de congestionamento apresentada pela jurisdição estadual.^{166 167}

Tabela 6. Justiça em Números. Justiça Federal de 2º Grau. Relatório 2004-2014.

Ano-Base	Abrangência	Casos Novos	Casos Pendentes	Taxa de Congestionamento
2004	Federal 2º grau Nacional	407.057	697.267	67,1%
2005	Federal 2º grau Nacional	402.316	734.769	65,3%
2006	Federal 2º grau Nacional	380.609	723.873	60,4%
2007	Federal 2º grau Nacional	443.989	674.915	60,5%
2008	Federal 2º grau Nacional	473.607	712.778	59,8%
2009	Federal 2º grau Nacional	452.052	936.622	67,1%
2010	Federal 2º grau Nacional	445.141	959.528	68,3%
2011	Federal 2º grau Nacional	525.165	1.033.772	66,6%
2012	Federal 2º grau Nacional	507.368	1.026.932	61,7%
2013	Federal 2º grau Nacional	499.244	913.560	67%

Fonte: CNJ. Relatório Justiça em Números de 2004 a 2014. Justiça Federal.

2.3.3 A avaliação da produtividade dos magistrados na justiça estadual. “Casos novos x Casos pendentes”.

De acordo com os dados da litigiosidade apurados pelo Relatório Justiça em Números, publicado no período de 2004 a 2014, é preciso reconhecer que na prática, as estatísticas não revelam mudanças significativas acerca do trâmite dos processos judiciais, especialmente no que se refere à malfadada da taxa de congestionamento. Por outro lado, os dados revelam, ainda, um aumento significativo de casos novos ao longo do período que, embora distribuídos em procedimentos renovados pela legislação processual, mantiveram praticamente estática a medida de congestionamento.

A maior oscilação registrada no período é da justiça federal de primeiro grau, com quase 10% de redução no índice de congestionamento.

¹⁶⁶ Quanto ao número de magistrados nos Tribunais em 2011, enquanto a média da justiça estadual é de 1.127 processos novos por desembargador, sendo que o maior registro é justamente do Rio Grande do Sul, com 2.707 casos novos por magistrado (Relatório 2012, p.131), os Tribunais Regionais registram uma média espantosa de 3.919 casos novos por magistrado, sendo 5.076 da 1ª Região, seguido do número de 5.028 casos novos na 4ª Região. Cf. **Relatório Justiça em Números 2012**. p.87.

¹⁶⁷ O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por sua vez, apresentou um decréscimo de cerca de 10% na taxa de congestionamento no período de 2004 a 2011, fechando o ano de 2011 com a menor taxa de congestionamento (43,6%) frente à média nacional da justiça federal (66,6%). Cf. **Relatório Justiça em Números 2012**. p.93.

Dentro desse cenário, merece uma análise mais apurada a litigiosidade da justiça estadual de primeiro grau, por concentrar este âmbito de jurisdição um número expressivo de litígios dentro dos 95 milhões de processos atuais registrados em todo o Poder Judiciário (78% do total de processos judiciais tramitam na justiça estadual).

Dada essa abrangência, o exame da litigiosidade da justiça estadual simboliza a própria justiça brasileira, razão pela qual alguns dados a respeito dos litígios precisam ser enaltecidos, a exemplo do contingente de magistrados alocados em cada nível de jurisdição, a fim de apurar, portanto, o reflexo da organização administrativa sobre a prestação jurisdicional.

Inicialmente, a justiça estadual de primeiro grau, em nível nacional, apresentava a marca de 7.742 magistrados em 2004, sendo que, naquele ano, cada magistrado recebia em média 1.257 casos novos. Ao final do período apurado, o Relatório publicado em 2014, para o ano-base de 2013, indica um aumento singelo de novos magistrados, o que afeta notadamente o aumento da distribuição do número de casos novos por magistrado: são 8.612 magistrados atualmente registrados no primeiro grau da justiça estadual, o que significa dizer que, no período de 10 anos, a justiça estadual de primeiro grau teve um acréscimo de apenas 870 magistrados (em média 87 juízes por ano). Já a média de casos novos por magistrado aumentou de 1.257 para 1.351 casos novos para cada magistrado.

É significativo notar que o singelo aumento do número de magistrados não foi suficiente para sensibilizar a distribuição do número de processos que ingressaram a cada ano, pois, no período, dobrou o estoque de processos.

Da mesma forma, é preciso considerar que a taxa de congestionamento geral no primeiro grau manteve-se praticamente intacta no período de dez anos de apuração, ou seja, na faixa indesejada de 80% (Tabela 7).¹⁶⁸

Tabela 7. Justiça Estadual. 1º Grau. Relatório 2004-2014.

JUSTIÇA EM NÚMEROS	NÚMERO DE MAGISTRADOS	CASOS NOVOS/MAGISTRADO	CASOS PENDENTES GERAL	TxC GERAL
2004	7.742	1.257	24.249.064	80,7%
2014	8.612	1.351	52.013.103	80,4%

Fonte: CNJ. Relatório Justiça em Números de 2004 a 2014. Justiça Estadual.

¹⁶⁸ É importante ressaltar que a taxa geral é usada na tabela para usar os dados equânimes em todo o período de apuração, já que houve mudança de metodologia a partir do ano de 2009. Assim, o primeiro período não discriminava processos cíveis de criminais e, dentro dos cíveis, os processos de conhecimento e de execução. Por isso que, na tabela em questão, as taxas inicial e final são globais, ou seja, levam em consideração todos os processos da justiça estadual, indistintamente. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2014**. p.38-39 e p.81.

A litigiosidade continua sendo alta na porta de entrada, mas é demasiadamente alta no estoque de processos que então se acumulam ao longo do período. Além disso, a carga de trabalho não é aliviada na medida em que o aumento do número de casos novos não é acompanhado do aumento proporcional do número de magistrados. Isso acaba por precarizar as decisões judiciais, fomentando medidas de abstração que impulsionam a entrega de sentenças em modelo seriado. Tanto é que o próprio Relatório de 2014 considera como ponto positivo do ano-base de 2013 o indicador de processos julgados por magistrado (número de sentenças por magistrado), critério este que cresceu em aproximadamente 3,9% com relação ao período anterior.¹⁶⁹ Por outro lado, a manutenção do índice de cerca de 1.300 casos novos ao longo de 10 anos, mesmo com o aumento de 870 magistrados, só vem a confirmar também a constância da taxa de congestionamento na justiça estadual de primeiro grau.¹⁷⁰

Com relação aos Estados da federação, o Rio Grande do Sul, mantém-se no período sob análise como Estado de grande concentração de casos novos por gabinete no primeiro grau de jurisdição. Em 2004, o número de 533 magistrados gaúchos recebia a média de 1.681 casos novos cada um. Para o ano base de 2013, essa média aumentou para 2.312 casos novos, então distribuídos entre 773 juízes. Por outro lado, no Relatório de 2014, o Estado gaúcho mereceu dois destaques: primeiro, por apresentar alto número de casos novos e manter taxa de congestionamento bem abaixo da média nacional; segundo, com relação ao número de processos frente ao número de habitantes, ao lado do Rio de Janeiro, o Estado registrou 16 mil casos novos por 100 mil habitantes, conforme se observa na Tabela 8.¹⁷¹

¹⁶⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2014**. p.61.

¹⁷⁰ A título de comparação, em 2008, a Itália, cujo regramento da jurisdição se assemelha muito ao do Brasil, o número de juízes por cem mil habitantes era de 10,2, enquanto que sua taxa de congestionamento dos processos judiciais era de 52%. No Brasil, no mesmo ano, o número de juízes por cem mil habitantes era de 8,3 e a taxa média de congestionamento dos processos judiciais era de 70%. E apesar de o número de casos novos ajuizados na Itália ter sido muito superior ao do Brasil (10.224 mil casos novos para 4.464 no Brasil), a carga de trabalho da Itália é infinitamente inferior (1.989 para 4.616), eis que apurada com base na soma de casos novos e casos pendentes, dividida pelo número de juízes. Não passa despercebida na pesquisa a baixa margem de congestionamento da Dinamarca, país em que a taxa no ano de 2008 era de 5%, só perdendo para a Rússia (3%), tendo recebido naquele ano 56.383 processos (o maior número de casos novos da Europa), com uma distribuição de 6,9 juízes por cem mil habitantes, média esta mais baixa que a brasileira, que é de 8,3 juízes. Contudo, a produtividade é muito superior, eis que calculada com base no número total de casos resolvidos, divididos pelo número total de juízes. Consultar mais em CEPEJ report evaluating European judicial systems - 2012 edition (2010 data) - CEPEJ Studies No. 18 e European judicial systems - Edition 2010 (2008 data): efficiency and quality of justice - CEPEJ Studies No. 12. European Commission for the efficiency of Justice (CEPEJ) Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/default_en.asp> Acesso em: 10Jan.2014.

¹⁷¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2014**. p.49, 53 e 63.

Tabela 8. Justiça Estadual. 1º Grau. Relatório 2014

ESTADO DA FEDERAÇÃO	NÚMERO DE MAGISTRADOS	CASOS NOVOS/MAGISTRADO	CASOS NOVOS/100MIL HABITANTES	PROCESSOS EM TRAMITAÇÃO	TxC
São Paulo	2.501	2.104	Entre 11.149 e 13.822	25.515.955	84%
Minas Gerais	1.068	1.573	Entre 8.476 e 11.149	5.750.612	71%
Rio de Janeiro	805	3.936	Acima de 13.822	11.152.888	81%
Bahia	636	1.092	Abaixo de 5.803	2.656.141	79%
Santa Catarina	452	2.055	Entre 11.149 e 13.822	3.092.458	76%
Piauí	127	680	Abaixo de 5.803	342.678	74%
Amazonas	141	1.512	Abaixo de 5.803	937.643	68%
Rio G. do Sul	773	2.312	Acima de 13.822	4.436.773	67%
Média Nacional 1º grau					77%

Fonte: CNJ. Relatório Justiça em Números 2014. Justiça Estadual.

Inicialmente, observa-se que três dos oito Estados que apresentam maior taxa de congestionamento para o ano-base de 2013, acima da média nacional que é de 77%,¹⁷² estão também no topo dos Estados com a maior média de casos novos por magistrado no primeiro grau da jurisdição estadual, com exceção de Santa Catarina, que está a 1% apenas abaixo da média, mas igualmente registra alto número de casos novos ingressantes no período.

Por outro lado, dos oito Estados com maior taxa de congestionamento, seis apresentam o menor número de juízes por 100 mil habitantes, o que sinaliza para uma relação direta entre o número de magistrados e a manutenção da taxa de congestionamento dos processos ao longo do período.

Por outro lado, quanto à força da litigância da população, é curiosa a posição do Estado do **Piauí**, que se desde o Relatório publicado em 2012 destaca-se pela incongruência em dois importantes critérios da pesquisa. Para o ano-base de 2010, apresentava-se como o Estado de maior taxa de congestionamento (89%), mas ao mesmo tempo aparecia como o ente federado com o menor número de casos novos por 100 mil habitantes (1.389 casos novos), ocupando ainda o último lugar no número de casos novos por juízes, que era de 360 processos novos distribuídos entre 121 magistrados. A média nacional, na ocasião, era de 1.241 casos novos por magistrado.¹⁷³ No último Relatório, esta lógica não sofreu grandes alterações. Para o ano-base de 2013, o Estado continua registrando baixo número de casos novos (680),¹⁷⁴

¹⁷² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2014**. p.60.

¹⁷³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números de 2012**. p.220.

¹⁷⁴ Junto do Estado do Pará, que também registra baixo número de casos novos (667). Cf. **Relatório Justiça em Números 2014**. p.53.

distribuídos entre 127 magistrados, permanecendo, ainda, na menor faixa de número de casos novos por 100 mil habitantes. Cabe destacar, ainda, que a taxa de congestionamento do Estado do Piauí (74%) é maior do que a do Rio Grande do Sul (67%).

Outra peculiaridade da pesquisa que merece destaque é do Estado de **Minas Gerais**, que em 2013 apresentava-se posicionado em segundo lugar quanto ao número de juízes, contando com 1.068 magistrados (perdendo apenas para São Paulo, que registra 2.501 magistrados), ocupando ainda uma posição mediana no índice de casos novos por 100 mil habitantes (1.573 casos novos/100 mil habitantes). A taxa de congestionamento registrado no Estado em 2013 é de 71%, abaixo da média nacional que é de 77% no período.

Já nos Tribunais, a jurisdição estadual registrava em 2004 o número de 1.101 magistrados de 2º grau, que recebiam em média 804 casos novos cada um. Para o ano-base de 2013, o Relatório registra um contingente de 1.294 casos novos para cada magistrado de 2º grau, considerando o número de 1.622 desembargadores. No Tribunal do Rio Grande do Sul, enquanto em 2004 estavam alocados 124 desembargadores, com uma média de recebimento de 1.714 casos novos cada um. Em 2013, para 136 desembargadores, essa marca atingiu 2.471 casos novos por magistrado, mantendo o Estado, desde o ano-base de 2011, no topo de primeiro lugar em número de casos novos por magistrado no segundo grau.¹⁷⁵ Nada obstante isso, o Tribunal do Rio Grande do Sul registra a segunda menor taxa de congestionamento do período, que é de 22% em 2013.¹⁷⁶

A jurisdição federal de primeiro grau, por sua vez, em 2004 registrou um total de 885 magistrados, com 705 casos novos em média cada um. No Relatório de 2014, observa-se um aumento de 163 magistrados, acompanhado também do aumento do número de processos distribuídos para cada magistrado.

Tabela 9. Justiça Federal. 1ª Instância. Relatórios 2004/2014.

JUSTIÇA EM NÚMEROS	NÚMERO DE MAGISTRADOS	CASOS NOVOS/MAGISTRADO	CASOS PENDENTES GERAL	TxC GERAL
2004	885	705	1.708.019	76,3%
2014	1.048	815	6.249.700	67%

Fonte: CNJ. Relatório Justiça em Números de 2004 e 2014. Justiça Federal.

A tabela inicialmente revela um contingente de processos concentrados em um número menor de magistrados, mas, em contrapartida, o número de casos novos por 100 mil

¹⁷⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2014**. p. 53.

¹⁷⁶ O Tribunal de Justiça de Santa Catarina ocupa o primeiro lugar da menor taxa de congestionamento do país, com 22%. Cf. **Relatório Justiça em Números 2014**. p. 60.

habitantes, na justiça federal, tem se mantido em números infinitamente menores àqueles apresentados pela justiça estadual. Enquanto a justiça estadual registrou em 2011 uma média de 5.791 casos novos por magistrados (Tabela 7), na justiça federal esse contingente orbitou na média de 489 casos novos por magistrado (Tabela 8).

Tabela 10. Justiça Federal 1º Grau. Produtividade. Relatório 2014

REGIÃO	TxC GERAL	NÚMERO DE MAGISTRADOS	CASOS NOVOS/MAGISTRADO	CASOS NOVOS 100 MIL HABITANTES	Processos Eletrônicos
4ª Região	82,7%	219	782	Acima de 2.375	100%
2ª Região	79,6%	163	599	1.128 a 1.544	94%
1ª Região	78,4%	333	774	Abaixo de 1.1.28	62%
3ª Região	75,5%	226	1.190	1.128 a 1.544	43%
5ª Região	73,8%	107	546	1.128 a 1.544	88%

Fonte: CNJ. Relatório Justiça em Números de 2014. Justiça Federal.

Ao final, observa-se que tanto na justiça estadual como na federal, o cenário dos números permite diagnosticar que a organização do Judiciário em número de magistrados alocados frente ao número de novos litígios tem contribuído para a manutenção dos índices de congestionamento dos processos judiciais, de modo que, no período apurado pelos Relatórios de 2004 a 2014, as reformas processuais sucessivamente implantadas não impactaram os números da litigiosidade.

2.4 O perfil da litigiosidade. Dados qualitativos acerca dos litígios e dos litigantes

Muito embora não existam ainda publicações acerca dos conteúdos específicos ou a respeito das temáticas controvertidas pelo Poder Judiciário, é possível, ao menos, acompanhar as estatísticas que apuram uma tendência de envolvimento da população em determinados tipos de conflitos, bem como apurar os litigantes mais assíduos nas diversas competências judiciárias.¹⁷⁷

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)¹⁷⁸ e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)¹⁷⁹ desenvolveram pesquisas destinadas a apurar o perfil da

¹⁷⁷ Cabe lembrar que em 1988 é publicada a obra *Acesso à Justiça*, contributo de Mauro Cappelletti, que já década de 70 alertava para os entraves de uma prestação jurisdicional adequada que parecia não estar preparada para aos novos tempos. Na obra, o autor traz um diagnóstico acerca da presença de litigantes eventuais e habituais no Judiciário. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.25.

¹⁷⁸ BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Vitimização e justiça. Levantamento suplementar Vitimização e Justiça, da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD 2009*, que foi realizado por iniciativa do IBGE. Complementou essa ação institucional, o convênio com o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que focalizou o tema justiça. Disponível em:

<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/vitimizacao_acesso_justica_2009/pnadvitimizacao.pdf>, Acesso em: 26 Out. 2011.

litigiosidade no país, levando em considerando dados acerca do acesso à justiça pela população, os tipos de litígios em maior número e os sujeitos processuais que com maior habitualidade aparecem nas lides judiciárias do país. Os dados a seguir revelam apurações que são relevantes na análise conjunta dos números da litigiosidade no país.

2.4.1 Os litígios em maior número e os “litigantes mais habituais”

Em 2009, o IBGE avaliou os detalhes da conflituosidade no país através da pesquisa “Vitimização e Justiça”,¹⁸⁰ buscando conhecer os tipos de conflitos então experimentados em maior número pela população, bem como identificando sua menor ou maior incidência nas diferentes regiões. De acordo com a pesquisa, os resultados apontaram os conflitos trabalhistas, de família e criminais como sendo os que alcançaram os maiores percentuais, respectivamente de 23,3%, 22,0% e 12,6%. Nas regiões norte, nordeste e centro-oeste do país, os conflitos familiares ficaram em primeiro lugar. Já nas regiões sul e sudeste, é maior o índice de conflitos trabalhistas.

Os conflitos decorrentes dos serviços de água, luz e telefone apareceram em 9,7% dos total de conflitos questionados; já os conflitos relacionados a Bancos ou instituições financeiras registraram o percentual de 7,4%. Quanto à distribuição dos conflitos experimentados, o maior percentual de conflitos relacionados à água, luz e telefone ficou com a região sudeste (10,9%), enquanto que os conflitos bancários em maior número foram igualmente registrados nas regiões sudeste (8,2) e sul (8,0), percentuais estes notadamente muito próximos.

De acordo com a pesquisa, os conflitos em maior número envolvem questões trabalhistas, de direito de família e criminal. Tais conflitos têm uma identidade peculiar frente aos conflitos relacionados aos serviços de água, luz e telefonia, já que promovidos e controvertidos entre sujeitos processuais diversos, com pretensões diversas, sendo que apenas no caso dos conflitos criminais, quando de interesse público, registram a presença permanente do Ministério Público como denunciante. Ou seja, em essência, os conflitos podem ser

¹⁷⁹ BRASIL. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Pesquisa Nacional por amostra de Domicílio 2009.** Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2009/pnad_sintese_2009.pdf>, Acesso: em 07Dez. 2012.

¹⁸⁰ BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Características da vitimização e acesso à justiça.** Levantamento suplementar Vitimização e Justiça, da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD 2009, que foi realizado por iniciativa do IBGE. Complementou essa ação institucional, o convênio com o Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/vitimizacao_acesso_justica_2009/pnadvitimizacao.pdf>, Acesso em: 26 Out. 2011.

identificados pela sua singularidade, envolvendo sujeitos processuais diversificados, ainda que as partes conflitantes venham a litigar judicialmente em torno dos mesmos direitos.

Outra pesquisa que merece ser avaliada vem do Conselho Nacional de Justiça, que divulgou em duas edições uma avaliação acerca do perfil dos litigantes mais assíduos no Judiciário nos anos de 2010 e 2012.¹⁸¹ O relatório 100 Maiores Litigantes de 2010 considerou como base de pesquisa todos os processos não baixados definitivamente (estocados) até 31 de março de 2010, bem como apenas processos tendo como litigantes pessoas jurídicas.

Já o relatório publicado em 2012 optou por metodologia diversa, ao valorizar uma amostragem representada pelo número de casos novos ajuizados no ano de 2011, de janeiro a outubro daquele ano, tendo por objetivo conhecer o grau de concentração das ações judiciais em determinados litigantes.¹⁸² Muito embora tenha ocorrido essa mudança de metodologia, observou-se que os setores que mais demandaram, segundo o primeiro relatório, mantiveram-se no ranking de maiores litigantes na segunda edição da pesquisa.¹⁸³ De qualquer modo, algumas mudanças de um relatório para o outro foram relevantes, a exemplo da posição ocupada pelo comércio (6º) e pela indústria (8º), sendo que o setor industrial sequer constava entre os dez primeiros colocados na primeira edição do relatório.

Segundo o Relatório publicado em 2010, no ranking geral dos dez maiores litigantes, o setor público federal aparece em 1º lugar (e também o 1º lugar na justiça federal e na justiça do trabalho), sendo que o 2º lugar geral é ocupado pelos Bancos (que ocupa o 1º lugar na justiça estadual e o 2º lugar nas justiças federal e trabalhista). Já o ramo da telefonia aparece em 4º lugar na classificação geral e em 4º lugar na justiça estadual e trabalhista (não aparece neste ranking na justiça federal).

Nessa perspectiva, primeiramente, muito embora o próprio poder público seja um litigante assíduo, com destaque para ações previdenciárias e execuções fiscais - o que só veio a se confirmar com as estatísticas dos relatórios Justiça em Números, publicados pelo CNJ no período de 2004 a 2014-, desconsiderando as posições ocupadas pelo setor público federal e estadual, Bancos e Telefonia ocupam as primeiras colocações do setor privado como os sujeitos processuais mais presentes nos processos estocados no Judiciário até março de 2010,

¹⁸¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 Maiores Litigantes**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 08Maio2011.

¹⁸² A mudança de metodologia foi justificada por contingências difíceis de serem controladas, como os processos gerados pela mudança de planos econômicos, os quais incidiam sobre o passivo processual. Cf. Relatório 100 Maiores Litigantes de 2012, p.32.

¹⁸³ Outra mudança ocorrida no setor público foi quanto ao setor municipal, que passou a ocupar o 3º lugar, desbancando o setor estadual.

constando em 54% e 9,6% do total de processos, respectivamente, o que totaliza um percentual de cerca de 64% dos processos envolvendo litígios bancários e de telefonia.

Além disso, quatro grandes grupos financeiros constam como sujeitos processuais em cerca de 75% dos processos dos 100 maiores litigantes da Justiça Estadual. Em 48% dos casos, os Bancos são demandados, enquanto que as telefonias ocupam lugar assíduo no polo passivo em 77% dos processos. Como se observa, uma parcela significativa das demandas judicializadas envolve conflitos afeitos às relações de consumo.

Já por ocasião do Relatório 100 maiores litigantes de 2012, na avaliação dos casos novos que ingressaram até outubro de 2011 as posições do relatório anterior se repetiram. No ranking geral dos dez maiores litigantes, o setor público federal continuou em 1º lugar (e também o 1º lugar na justiça federal e na justiça do trabalho),¹⁸⁴ sendo que no 2º lugar permaneceram os Bancos (1º lugar na justiça estadual e o 2º lugar nas justiças federal e trabalhista). Já o ramo da telefonia passou para o 5º lugar na classificação geral, bem como para o 5º lugar na justiça estadual e 8º lugar na justiça trabalhista (não aparece neste ranking na justiça federal).

Ainda, na justiça estadual, no âmbito dos Juizados Especiais, Bancos e Telefonia ocupam o 1º e o 2º lugares, respectivamente. Na justiça estadual comum, quanto ao polo ocupado pelos litigantes assíduos em até outubro de 2011, os Bancos apareceram como autores em 6,8% e como réus em 5,6% dos processos ingressantes no período, enquanto que as empresas de telefonia apareceram em 0,3% dos processos, apenas na condição de réus. Já nos Juizados, o percentual é esmagador para o polo passivo: os Bancos réus aparecem em 14,7% e as empresas de Telefonia aparecem em 8,3% dos processos novos.

Na justiça federal, a questão atinente à sua competência constitucional não poderia revelar realidade diversa, já que o setor público federal aparece como o maior litigante, tanto nas Varas Federais (68,8%) quanto nos Juizados (92,3%),¹⁸⁵ seguido dos Bancos, com 13,4% nos processos comuns e com 7,2% nos processos de juizados.

Assim, desconsiderando as posições ocupadas pelo setor público federal e estadual, Bancos e Telefonia ocupam as primeiras colocações em ambas as pesquisas como os sujeitos processuais mais presentes nos estocados até março de 2010 e nos casos novos ingressados no período de janeiro a outubro de 2011, tanto no ranking geral (2º e 4º lugares e depois em 2º e 5º lugares) como no ranking da justiça estadual (1º e 4º e depois 1º e 5º lugares).

¹⁸⁴ O INSS repetiu o primeiro lugar com relação à primeira pesquisa em 2010, quando constava em 22,3% do total de processos estocados em todo o Poder Judiciário e em 43,12% dos processos estocados na justiça federal.

¹⁸⁵ O INSS consta em 34% dos processos das Varas Federais e em 79% dos Juizados.

Tal qual ponderado no início deste capítulo, muito embora não seja possível ainda acessar dados acerca dos tipos de controvérsias especificamente debatidas pelos litigantes, o que seria de grande relevância para mensurar a proporção dos conflitos de massa, é fato a presença considerável de Bancos e telefonias em ambas as pesquisas, sinalizando para o registro significativo de relações de consumo sob litígio, e que coloca o consumidor em posição duplamente desfavorável frente aos fornecedores de serviços: primeiro, diante da ausência de uma postura mais criteriosa ou ostensiva por parte do poder público, que deveria ocorrer com mais ênfase através das agências reguladora; ou seja, o mercado atua com total liberdade sobre os consumidores e o conflito não é tratado na via administrativa, de forma preventiva, retornando ao Estado pela via do Poder Judiciário; em segundo plano, na seara judicial, o cidadão passa a buscar individualmente uma solução, de caráter repressivo e ainda em posição de desvantagem.

Diante desse quadro, o consumidor, desprotegido, torna-se por obvio um autor frenético de demandas judiciais, as quais, sim, multiplicam-se individualmente pelas comarcas do país. Não pode ser outra a conclusão diante das pesquisas ora apuradas.

Ainda, é preciso dar o devido destaque às ponderações finais do Relatório de 2012, acerca dos maiores litigantes, por desmistificar a ideia de que os Bancos somente seriam os maiores litigantes em razão dos litígios relacionados aos planos econômicos, que se multiplicaram no Poder Judiciário nas décadas anteriores, já que o primeiro relatório havia apurado apenas os processos estocados, pois o segundo relatório manteve os Bancos na primeira posição da justiça estadual, apurando percentual de participação dos Bancos em casos novos ajuizados até outubro de 2011. Além do mais, considerados os dados do Relatório Justiça em Números publicado também em 2012, referente ao ano-base de 2011, a justiça estadual voltou à casa dos 80% de congestionamento dos processos judiciais, com um incremento de 42% a mais de processos de conhecimento novos (ver Tabela 2).

2.4.2 Os litigantes em maior número e a justiça gratuita

Barbosa Moreira já considerava na década de 80, dentro de um conjunto de problemas relacionados à efetividade do processo, o que para ele consistia em ponto de grande relevância, qual seja a assistência judiciária gratuita aos necessitados.¹⁸⁶ No ano de 2004, entre outros entraves acerca do pleno acesso à justiça e à efetividade da prestação jurisdicional, já havia sido reconhecido pelo Pacto Republicano pela Reforma do Judiciário o

¹⁸⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da efetividade do processo. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n.29, p.81, 1983.

problema relacionado ao custo do processo e a incipiência da atuação da Defensoria Pública, notadamente em decorrência da estrutura inicialmente deficitária e a demora acerca de sua efetiva implantação por todo o país.

Por outro lado, ainda que a litigiosidade tenha alcançado números sem precedentes ao longo da última década, o acesso à justiça ainda é desigual, na medida em que as estatísticas sinalizam que apenas uma parcela da população o exerce, parcela essa de melhor poder aquisitivo.

Os dados, na verdade, são reveladores de um paradoxo: de um lado, ao tempo em que apenas a população de melhor poder aquisitivo exerce o direito de ação constitucional, houve um aumento gradativo do número de litigantes nos últimos anos, incluindo pessoas físicas e pessoas jurídicas (destas, excluídas as pessoas jurídicas de direito público).

Em 2009, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), através da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD), levantou dados iniciais a respeito da percepção social da população brasileira acerca da Justiça. No que se refere ao acesso à justiça, a pesquisa apontou obstáculos quanto ao custo de ajuizamento das demandas e quanto à falta de informações ou de serviços jurídicos. Posteriormente, o IBGE, através do levantamento suplementar Vitimização e Justiça, antes já referido, aprimorou os dados acerca da conflituosidade no país, confirmando o problema do custo do processo como obstáculo de acesso à justiça na proporção da redução da renda per capita da população.

Segundo as faixas de rendimento mensal domiciliar per capita, verificou-se que o número crescente de pessoas em situação de conflito acompanhou o valor de sua renda. Entre aqueles com rendimento inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, o percentual foi de 8,3%; na faixa de quatro a menos de cinco salários mínimos, foi de 14,1% e acima de cinco salários mínimos, o percentual atingiu 15,9%. Nos domicílios com rendimento acima de cinco salários mínimos foram encontrados os maiores percentuais de pessoas que tiveram em situação de conflito em todas as regiões.

A partir do Relatório Justiça em Números de 2009, em razão da mudança de metodologia na pesquisa, o CNJ passou a discriminar o número de demandantes e a proporção de justiça gratuita concedida para cada 100 mil habitantes. Para permitir uma avaliação mais prática desse fenômeno a partir dos dados da justiça estadual, a tabela a seguir apresenta os Estados com maior e menor número de litigantes, contrastando tais dados com as taxas de congestionamento (Tabela 11).¹⁸⁷

¹⁸⁷ A tabela considera os períodos de 2010 e 2011 para fidelizar a análise dos dados com a pesquisa Vozes da Classe Média, que é do mesmo exercício.

Tabela 11. Número de Demandantes e AJG. Justiça Estadual 2010 e 2011

PERÍODO ESTADOS	2010			2011		
	Demandantes	AJG/ 100 mil hab. (R\$)	TxC	Demandantes	AJG/ 100 mil hab. (R\$)	TxC
Minas Gerais	3.102.044 (1)*	75.526,84	69%	1.014.628 (4)	88.260,83	76%
Rio de Janeiro	1.913.698 (2)	114.337,87	85%	1.269.325 (1)	134.697,93	84%
Rio Grande Sul	1.115.047 (3)	65.898,19	58%	1.091.335 (3)	70.973,80	71%
Santa Catarina	867.587 (4)	81.853,53	77%	1.191.877 (2)	4.335,63	75%
Paraná	609.853 (5)	1.271,69	81%	748.246 (5)	678,85	77%
Amazonas	139.302 (15)	743,14	83%	82.330 (16)	794,74	86%
Piauí	91.439 (19)	5.044,93	88%	89.663 (15)	Não informado	89%

Fonte: CNJ. Relatório Justiça em Números de 2010 a 2011. Justiça Estadual.

* O número em parênteses apresenta a posição em que o Estado se encontra no ranking geral em número de demandantes naquele ano.

É curioso observar que os Estados que registram um maior número de demandantes não sejam os mesmos Estados que, diretamente, registram os maiores percentuais de congestionamento. Sob outro aspecto, se considerados os números do Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, que de 2010 para 2011 apresentaram uma redução no número de demandantes, também são os Estados dentre os cinco com maior taxa de congestionamento em 2011, sendo que, no caso do Rio de Janeiro, houve uma redução de apenas 1% percentual (de 85% para 84%); já para o Rio Grande do Sul, enquanto de 2010 para 2011 reduziu o número de litigantes, a taxa de congestionamento aumentou de 58% para 71%.

Essas observações permitem deduzir, ao menos, duas hipóteses: primeiro, os dados desmentem a ideia de que quanto maior o número de demandantes, maior é a taxa de congestionamento, ou seja, tais dados permitem reforçar o argumento de que as demandas que se repetem no Judiciário não apresentam causa direta no congestionamento dos processos; segundo, a ampliação do acesso à justiça não contribuiu diretamente para o fenômeno da litigiosidade.

Ainda, conforme os Relatórios de 2010 e 2011, é possível observar que os dados que convergem para os Estados da federação que apresentam maior número de acessos, quais sejam Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Santa Catarina, são seguidos, na mesma proporção, pelos dados em valores que expressam o maior número de despesas

aufertas com a concessão de justiça gratuita por 100 mil habitantes.¹⁸⁸ No período analisado, os três Estados ficaram sempre entre os cinco primeiros colocados quanto ao número de demandantes e despesas a título de concessão da justiça gratuita.

Seguindo neste mesmo raciocínio, segundo o governo brasileiro, no período entre 2001 e 2011, a população considerada de classe média cresceu vertiginosamente, passando de 38% para 53% do total da população em 2012, ou seja, o crescimento não se limitou, segundo a pesquisa, ao crescimento populacional, mas revelou migração da população da classe baixa para a classe média.¹⁸⁹ Outro dado relevante da pesquisa é a concentração da classe média na área urbana da região sudeste e nos segmentos da indústria e comércio, sendo que metade da classe baixa está concentrada na região norte do país.¹⁹⁰

Em última análise, portanto, as pesquisas complementam-se e convergem para o fato de que os dados da litigiosidade no país vão acompanhados do crescimento do consumo, na proporção do crescimento do poder aquisitivo, inclusive por região, já que o maior número de demandantes na justiça estadual está concentrado nas regiões sudeste e sul.¹⁹¹ Confirma essa hipótese os dados relacionados aos Estados do Piauí e do Amazonas, localizados na região norte do país, onde predomina a classe baixa, que apresentam um dos menores números de demandantes ao Judiciário e, curiosamente, são os Estados que nos últimos relatórios publicados apresentam os maiores índices de congestionamento dos processos judiciais: Piauí (89%) e o Amazonas (86%).

Ainda que do cidadão tenha sido retirada a possibilidade de reação imediata ao conflito, obrigando-o a buscar na jurisdição a solução devida em razão de seu monopólio, apenas parte população com capacidade econômica proporcional à extensão do conflito busca a intervenção da jurisdição.

Ainda que o acesso à justiça, em um ambiente democrático, venha a apresentar caráter irrestrito, conforme leciona Darci Guimarães Ribeiro,¹⁹² o exercício do direito de ação

¹⁸⁸ Em 2011 o Relatório aponta o Estado do Mato Grosso do Sul como 1º colocado entre os entes federados que mais despesas efetuaram a título de justiça gratuita. Cf. **Relatório Justiça em Números 2010**. p.447, e **Relatório Justiça em Números 2011**. p.450.

¹⁸⁹ A perspectiva é de que, mantidos os critérios avaliados (taxa de crescimento e redução da desigualdade), é de que em 2022 a classe média ocupará 57% da população total. A partir disso, a pesquisa revela que a classe média passa a ter participação expressiva no consumo das famílias, em 38%, deixando o Brasil posicionado em 8º lugar no mercado consumidor, logo após a Itália. BRASIL. Plataforma **Vozes da Classe Média**. Disponível em <<http://www.sae.gov.br/site/wp-content/uploads/Cartilha-Vozes-Classe-Media.pdf>>, Acesso em 26Mar.2014.

¹⁹⁰ BRASIL. Plataforma **Vozes da Classe Média**, p. 20.

¹⁹¹ Ver neste sentido **Relatório Justiça em Números 2011**. p.455.

¹⁹² Para Darci Guimarães Ribeiro, através do exercício do direito de ação, as incompatibilidades existentes no meio social se tornam resolúveis e todo indivíduo tem a potencialidade de ser ouvido e ter sua causa

não ocorre na medida do direito fundamental da igualdade. O fato é que, a despeito do excesso de litígios, a justiça ainda não se democratizou,¹⁹³ de modo que há efetivamente uma parcela considerável de conflitos que não ganham as estatísticas, uma vez que integram uma alçada de litigância ressentida ou latente, que pode alarmar ainda mais o contencioso judicial nos próximos anos.

2.5. Litigiosidade e virtualização dos processos judiciais

Nem mesmo os processos eletrônicos, visados como promessa de celeridade a partir da edição da Lei nº 11.419/2006, mudaram o cenário do Judiciário quando a questão a ser enfrentada é o tempo de tramitação dos processos judiciais.

Segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em pesquisa encomendada pelo CNJ e publicada por meio do Boletim nº 83, de março de 2011,¹⁹⁴ a morosidade dos processos judiciais não resulta significativamente do cumprimento de prazos legais, do sistema recursal ou das garantias de defesa do executado, nem tampouco do grau de complexidade das atividades administrativas requeridas.

A pesquisa teve por objeto os processos de execuções fiscais e serviu de amostra para a análise dos resultados decorrentes da virtualização dos processos. Em notas conclusivas, restou apontado que a causa do procedimento moroso não está atribuída ao tipo de rito empregado nos processos, mas fundamentalmente na cultura organizacional burocrática e formalista da justiça, associada a um modelo de gerenciamento processual ultrapassado. É o que se constata nos dados estatísticos antes apresentados, a julgar, por exemplo, pelo número de magistrados que também não aumentou significativamente no período de 2004 a 2014, tanto na justiça estadual como na justiça federal (ver tabelas 8 e 9).

Por fim, a pesquisa foi reveladora ao ressaltar que a digitalização e virtualização dos processos judiciais não é exitosa quando não precedida de treinamento adequado e de uma profunda revisão do modelo de organização e gestão administrativa. A análise final, ao cabo,

satisfatoriamente atendida. Cf. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.98.

¹⁹³ Boaventura de Souza Santos já havia constatado que “quanto mais baixo é o extrato sócio- econômico do cidadão, menos provável é que conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde como e quando pode contactar um advogado e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive e trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais”. Cf. SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Pela mão de Alice**. São Paulo: Cortez Editora, 2008. p.170.

¹⁹⁴ BRASIL. IPEA. **Custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf>, Acesso em: 31 Maio 2011.

acabou por criticar as “metas produtivistas” adotadas como método de combate aos problemas decorrentes da morosidade e do acúmulo de processos congestionados. Neste sentido, a pesquisa confirma que a política de metas pode até reduzir a carga de trabalho dos gabinetes a curto prazo, mas por consistir em medida meramente imediatista, não contribui para a efetividade da prestação jurisdicional.

Por outro lado, o relatório Justiça em Números, a partir de 2009, também tem apresentado dados atinentes ao crescimento da virtualização do processo judicial em todo o país. Os dados sinalizam pela implantação gradativa de tal tecnologia ao longo do período, ainda que de forma mais expressiva na justiça federal. Contudo, mesmo que considerada a implantação desta tecnologia, o processo virtualizado não trouxe consigo significativa redução do tempo de duração dos processos judiciais conforme se esperava. É o que se observa nas tabelas 12 e 13, que comparam os índices de casos novos virtuais com os índices de congestionamento do período de 2009 até 2013.

Tabela 12. Justiça Estadual. 1º e 2º Graus. Percentual de Casos Novos no Formato Eletrônico.

ANO BASE	TxC GERAL 1º Grau	TxC GERAL 2º Grau	Casos Novos Formato Eletrônico 1º Grau	Casos Novos Formato Eletrônico 2º Grau
2009	77,4%	50,5%	1,3%	0,0
2013	80,4%	44%	20%	16%

Fonte: CNJ. Relatório Justiça em Números de 2009 e 2014. Justiça Estadual.

Em 2009, o percentual de processos eletrônicos na justiça estadual estava em 1,3% no primeiro grau, sendo que, conforme o último Relatório publicado em 2014, o percentual de casos novos virtuais aumentou para 20% e, não obstante isso, o congestionamento dos processos ampliou para 80%. Quanto ao segundo grau, em 2009 a justiça estadual não era informatizada, tendo apresentado registros mais precisos a partir do Relatório de 2011, com 3,6% dos casos novos no formato eletrônico. Neste mesmo ano, o Estado do Ceará registrou o maior percentual, com 86,3% dos processos novos,¹⁹⁵ a uma taxa de congestionamento de 54%,¹⁹⁶ chegando ao último relatório com um congestionamento de 59%.¹⁹⁷ Uma exceção pode ser observada para o Estado do Tocantins, que em 2013, muito além das taxas médias, desponta com 100% dos casos novos informatizados, tanto na primeira como na segunda

¹⁹⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2011**. p.145.

¹⁹⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2011**. p.140.

¹⁹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2014**. p.60.

instância. O congestionamento registrado no período é de 69% na primeira instância e de 40% na segunda instância, inferior, portanto, às altas taxas de congestionamento.

O comportamento da justiça federal no que se refere aos casos novos de formato eletrônico é diverso e ratifica o argumento de que o formato eletrônico não se mostra como facilitador da agilização dos julgamentos.

Tabela 13. Justiça Federal. 1º e 2º Graus. Percentual de Processos Eletrônicos.

ANO BASE	TxC GERAL 1º Grau	TxC GERAL 2º Grau	Casos Novos Formato Eletrônico 1º Grau	Casos Novos Formato Eletrônico 2º Grau
2009	69,5%	67,1%	32,2%	0,0%
2013	67%	67%	73%	28%

Fonte: CNJ. Relatório Justiça em Números de 2009 e 2014. Justiça Federal.

Em 2009, o percentual de casos novos na primeira instância no formato eletrônico é de 32,2%, saltando para 73% no ano-base de 2013,¹⁹⁸ muito embora, neste período, a taxa de congestionamento tenha se mantido praticamente estática. O segundo grau, apesar do avanço, manteve um percentual médio discreto de 28% (se comparado com o percentual da 4ª Região, que é de 73% no segundo e de 100% no primeiro grau, bem acima do percentual global) e, não obstante tenha informatizado quase um terço dos casos novos, não saiu do congestionamento de 67%. Na verdade, a 4ª Região é a mais informatizada, com 95% dos processos é a que registra a segunda maior taxa de congestionamento (69%).¹⁹⁹

2.6 Litigiosidade e sociedade de massa

A medida da litigiosidade e dos seus excessos é o retrato do perfil das relações sociais próprias de uma sociedade contemporânea marcada pela urgência, pelo retorno ao individualismo e pelo consumo desenfreado, produtora de uma conflituosidade complexa e mutante bem apropriada à vida contemporânea. O excesso de litígios, portanto, é o espelho dessa realidade. No Brasil, o cenário não é diferente, mas apresenta algumas peculiaridades que merecem ser apontadas, respeitando a cultura e a historicidade do país.

Da análise realizada acerca da litigiosidade no Brasil, na última década, é possível constatar até o momento que o número de litígios saltou de 20 milhões de processos em 2004 para 95 milhões em 2013, período em que, embora tenham ocorrido oscilações em alguns

¹⁹⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2014**. p.240.

¹⁹⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2014**. p.244.

momentos, manteve uma taxa de congestionamento entre 70% e 80%, tanto para a justiça estadual como para a justiça federal, embora nesta justiça observa-se uma oscilação maior em quase 10% .

A litigiosidade continua sendo alta na porta de entrada, mas é demasiadamente alta no estoque de processos que então se acumulam ao longo do período. Além disso, a carga de trabalho não é aliviada na medida em que o aumento do número de casos novos não é acompanhado do aumento proporcional do número de magistrados. Esse fator impõe-se negativamente sobre a prestação jurisdicional, na medida em que afeta sobremaneira a qualidade das decisões judiciais, autorizando como uma necessidade a adoção de medidas de abstração que impulsionam a entrega de sentenças em modelo seriado. Tanto é que o próprio Relatório de 2014 considera como ponto positivo do ano-base de 2013 o indicador de processos julgados por magistrado (número de sentenças por magistrado), critério este que cresceu em aproximadamente 3,9% com relação ao período anterior.²⁰⁰ Por outro lado, a manutenção do índice de cerca de 1.300 casos novos ao longo de 10 anos, mesmo com o aumento de 870 magistrados, só vem a confirmar também a constância da taxa de congestionamento na justiça estadual de primeiro grau.

Outra pesquisa que merece ser avaliada vem do Conselho Nacional de Justiça, que divulgou em duas edições uma avaliação acerca do perfil dos litigantes mais assíduos no Judiciário nos anos de 2010 e 2012.²⁰¹ O relatório 100 Maiores Litigantes de 2010 considerou como base de pesquisa todos os processos não baixados definitivamente (estocados) até 31 de março de 2010, bem como apenas processos tendo como litigantes pessoas jurídicas.

Já o relatório publicado em 2012 optou por metodologia diversa, ao valorizar uma amostragem representada pelo número de casos novos ajuizados no ano de 2011, de janeiro a outubro daquele ano, tendo por objetivo conhecer o grau de concentração das ações judiciais em determinados litigantes.²⁰² Muito embora tenha ocorrido essa mudança de metodologia, observou-se que os setores que mais demandaram, segundo o primeiro relatório, mantiveram-se no ranking de maiores litigantes na segunda edição da pesquisa.²⁰³ De qualquer modo, algumas mudanças de um relatório para o outro foram relevantes, a exemplo da posição

²⁰⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2014**. p.61.

²⁰¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 Maiores Litigantes**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 08Maio2011.

²⁰² A mudança de metodologia foi justificada por contingências difíceis de serem controladas, como os processos gerados pela mudança de planos econômicos, os quais incidiam sobre o passivo processual. Cf. **Relatório 100 Maiores Litigantes de 2012**. p.32.

²⁰³ Outra mudança ocorrida no setor público foi quanto ao setor municipal, que passou a ocupar o 3º lugar, desbancando o setor estadual.

ocupada pelo comércio (6º) e pela indústria (8º), sendo que o setor industrial sequer constava entre os dez primeiros colocados na primeira edição do relatório.

Segundo o Relatório publicado em 2010, no ranking geral dos dez maiores litigantes, o setor público federal aparece em 1º lugar (e também o 1º lugar na justiça federal e na justiça do trabalho), sendo que o 2º lugar geral é ocupado pelos Bancos (que ocupa o 1º lugar na justiça estadual e o 2º lugar nas justiças federal e trabalhista). Já o ramo da telefonia aparece em 4º lugar na classificação geral e em 4º lugar na justiça estadual e trabalhista (não aparece neste ranking na justiça federal).

Nessa perspectiva, primeiramente, muito embora o próprio poder público seja um litigante assíduo, com destaque para ações previdenciárias e execuções fiscais - o que só veio a se confirmar com as estatísticas dos relatórios Justiça em Números, publicados pelo CNJ no período de 2004 a 2014-, desconsiderando as posições ocupadas pelo setor público federal e estadual, Bancos e Telefonia ocupam as primeiras colocações do setor privado como os sujeitos processuais mais presentes nos processos estocados no Judiciário até março de 2010, constando em 54% e 9,6% do total de processos, respectivamente, o que totaliza um percentual de cerca de 64% dos processos envolvendo litígios bancários e de telefonia.

Além disso, quatro grandes grupos financeiros constam como sujeitos processuais em cerca de 75% dos processos dos 100 maiores litigantes da Justiça Estadual. Em 48% dos casos, os Bancos são demandados, enquanto que as telefonias ocupam lugar assíduo no polo passivo em 77% dos processos. Como se observa, uma parcela significativa das demandas judicializadas envolve conflitos afeitos às relações de consumo.

Já por ocasião do Relatório 100 maiores litigantes de 2012, na avaliação dos casos novos que ingressaram até outubro de 2011 as posições do relatório anterior se repetiram. No ranking geral dos dez maiores litigantes, o setor público federal continuou em 1º lugar (e também o 1º lugar na justiça federal e na justiça do trabalho),²⁰⁴ sendo que no 2º lugar permaneceram os Bancos (1º lugar na justiça estadual e o 2º lugar nas justiças federal e trabalhista). Já o ramo da telefonia passou para o 5º lugar na classificação geral, bem como para o 5º lugar na justiça estadual e 8º lugar na justiça trabalhista (não aparece neste ranking na justiça federal).

Ainda, na justiça estadual, no âmbito dos Juizados Especiais, Bancos e Telefonia ocupam o 1º e o 2º lugares, respectivamente. Na justiça estadual comum, quanto ao polo

²⁰⁴ O INSS repetiu o primeiro lugar com relação à primeira pesquisa em 2010, quando constava em 22,3% do total de processos estocados em todo o Poder Judiciário e em 43,12% dos processos estocados na justiça federal.

ocupado pelos litigantes assíduos em até outubro de 2011, os Bancos apareceram como autores em 6,8% e como réus em 5,6% dos processos ingressantes no período, enquanto que as empresas de telefonia apareceram em 0,3% dos processos, apenas na condição de réus. Já nos Juizados, o percentual é esmagador para o polo passivo: os Bancos réus aparecem em 14,7% e as empresas de Telefonia aparecem em 8,3% dos processos novos.

Na justiça federal, a questão atinente à sua competência constitucional não poderia revelar realidade diversa, já que o setor público federal aparece como o maior litigante, tanto nas Varas Federais (68,8%) quanto nos Juizados (92,3%),²⁰⁵ seguido dos Bancos, com 13,4% nos processos comuns e com 7,2% nos processos de juizados.

Assim, desconsiderando as posições ocupadas pelo setor público federal e estadual, Bancos e Telefonia ocupam as primeiras colocações em ambas as pesquisas como os sujeitos processuais mais presentes nos processos estocados até março de 2010 e nos casos novos ingressados no período de janeiro a outubro de 2011, tanto no ranking geral (2º e 4º lugares e depois em 2º e 5º lugares) como no ranking da justiça estadual (1º e 4º e depois 1º e 5º lugares).

Considerando ainda os dados do Relatório Justiça em Números e do Relatório dos maiores litigantes, o poder público faz frente aos dados com os números de processos de execução fiscal, que elevam significativamente a taxa geral e média de congestionamento dos processos judiciais. Em 2011, na jurisdição estadual o setor público municipal aparece em 11,6% dos processos judiciais no polo ativo, período em que a taxa de congestionamento dos processos de execução foi de 88%. Na jurisdição federal, o quadro mantém-se na mesma perspectiva, com a presença do poder público federal no polo ativo de 20,1% do total de processos judiciais, crédito este atribuído em maior parte pelo INSS.

Ainda, é preciso dar o devido destaque às ponderações finais do Relatório de 2012, acerca dos maiores litigantes, por desmistificar a ideia de que os Bancos somente seriam os maiores litigantes em razão dos litígios relacionados aos planos econômicos, que se multiplicaram no Poder Judiciário nas décadas anteriores, notadamente acerca dos saldos das cadernetas de poupança, já que o primeiro relatório havia apurado apenas os processos estocados, pois o segundo relatório manteve os Bancos na primeira posição da justiça estadual, apurando percentual de participação dos Bancos em casos novos ajuizados até outubro de 2011.

²⁰⁵ O INSS consta em 34% dos processos das Varas Federais e em 79% dos Juizados.

Além do mais, considerados os dados do Relatório Justiça em Números publicado também em 2012, referente ao ano-base de 2011, a justiça estadual voltou à casa dos 80% de congestionamento dos processos judiciais, com um incremento de 42% a mais de processos de conhecimento novos (ver Tabela 2).

É curioso ainda observar que a pesquisa encomendada para avaliar o trâmite dos processos virtuais, justamente na seara das execuções fiscais, frustrou a expectativa de que a celeridade esperada vem na proporção com que os processos vão sendo virtualizados.

Tal qual ponderado no início deste capítulo, muito embora não seja possível ainda acessar dados acerca dos tipos de controvérsias especificamente debatidas pelos litigantes, o que seria de grande relevância para mensurar a proporção dos conflitos de massa, é possível observar um traço forte de litigiosidade na área previdenciária, na justiça federal, e na área de consumo, na justiça estadual. E, sendo a seara estadual aquela que aloca 78% de toda a litigiosidade do país, a presença de Bancos e telefonias como sujeitos processuais com maior, sinaliza para a repetição significativa de relações de consumo em situação de litígio, e que coloca o consumidor, portanto, em posição duplamente desfavorável frente aos fornecedores de serviços: primeiro, diante da ausência de uma postura mais criteriosa ou ostensiva por parte do poder público, que deveria ocorrer com mais ênfase através das agências reguladoras; ou seja, o mercado atua com total liberdade sobre os consumidores e o conflito não é tratado na via administrativa, de forma preventiva, retornando ao Estado pela via do Poder Judiciário; em segundo plano, na seara judicial, o cidadão passa a buscar individualmente uma solução, de caráter repressivo e ainda em posição de desvantagem. Diante desse quadro, o consumidor, desprotegido, torna-se por óbvio um autor frenético de demandas judiciais, as quais, sim, multiplicam-se individualmente pelas comarcas do país. Não pode ser outra a conclusão diante das pesquisas ora apuradas.

Por outro lado, causa espécie a constatação de que os Estados que registram um maior número de demandantes não sejam os mesmos Estados que, diretamente, registram os maiores percentuais de congestionamento. Sobre este aspecto, se considerados os números dos Estados do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul, que de 2010 para 2011 apresentaram uma redução no número de demandantes, também são os Estados dentre as cinco unidades da federação com maior taxa de congestionamento em 2011, sendo que, no caso do Rio de Janeiro, houve uma redução de apenas 1% percentual (de 85% para 84%); já para o Rio Grande do Sul, enquanto que de 2010 para 2011 houve uma redução do número de litigantes, a taxa de congestionamento aumentou de 58% para 71%.

Essas observações permitem deduzir, ao menos, duas hipóteses: primeiro, os dados desmentem a ideia de que quanto maior o número de demandantes, maior é a taxa de congestionamento, ou seja, tais dados permitem reforçar o argumento de que as demandas que se repetem no Judiciário não apresentam causa direta no congestionamento dos processos; segundo, o maior alcance da justiça proporcionado à população não é fator que contribuiu diretamente para o fenômeno da litigiosidade.

Ainda, conforme os Relatórios de 2010 e 2011, é possível observar que os dados que convergem para os Estados da federação que apresentam maior número de acessos, quais sejam Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Santa Catarina, são seguidos, na mesma proporção, pelos dados em valores que expressam o maior número de despesas auferidas com a concessão de justiça gratuita por 100 mil habitantes.²⁰⁶ No período analisado, os três Estados ficaram sempre entre os cinco primeiros colocados quanto ao número de demandantes e despesas a título de concessão da justiça gratuita.

Seguindo neste mesmo raciocínio, segundo o governo brasileiro, no período entre 2001 e 2011, a população considerada de classe média cresceu vertiginosamente, passando de 38% para 53% do total da população em 2012, ou seja, o crescimento não se limitou, segundo a pesquisa, ao crescimento populacional, mas revelou migração da população da classe baixa para a classe média.²⁰⁷ Outro dado relevante da pesquisa é a concentração da classe média na área urbana da região sudeste e nos segmentos da indústria e comércio, sendo que metade da classe baixa está concentrada na região norte do país.²⁰⁸

Em última análise, portanto, as pesquisas complementam-se e convergem para o fato de que os dados da litigiosidade no país vão acompanhados do crescimento do consumo, na proporção do crescimento do poder aquisitivo, inclusive por região, já que o número de demandantes na justiça estadual está concentrado nas regiões sudeste e sul.²⁰⁹ Confirma essa hipótese os dados relacionados aos Estados do Piauí e do Amazonas, localizados na região norte do país, onde predomina a classe baixa, que apresentam um dos menores números de demandantes ao Judiciário e, curiosamente, são os Estados que nos últimos relatórios

²⁰⁶ Em 2011 o Relatório aponta o Estado do Mato Grosso do Sul como 1º colocado entre os entes federados que mais despesas efetuaram a título de justiça gratuita. Cf. **Relatório Justiça em Números 2010**, p.447 e Cf. **Relatório Justiça em Números 2011**, p.450.

²⁰⁷ A perspectiva é de que, mantidos os critérios avaliados (taxa de crescimento e redução da desigualdade), é de que em 2022 a classe média ocupará 57% da população total. A partir disso, a pesquisa revela que a classe média passa a ter participação expressiva no consumo das famílias, em 38%, deixando o Brasil posicionado em 8º lugar no mercado consumidor, logo após a Itália. BRASIL. Plataforma **Vozes da Classe Média**. Disponível em <<http://www.sae.gov.br/site/wp-content/uploads/Cartilha-Vozes-Classe-Media.pdf>>, Acesso em 26Mar.2014.

²⁰⁸ Plataforma **Vozes da Classe Média**, p. 20.

²⁰⁹ Ver neste sentido **Relatório Justiça em Números 2011**, p.455.

publicados apresentam os maiores índices de congestionamento dos processos judiciais: Piauí (89%) e o Amazonas (86%).

Ainda que do cidadão tenha sido retirada a possibilidade de reação imediata ao conflito, obrigando-o a buscar na jurisdição a solução devida em razão de seu monopólio, apenas parte população com capacidade econômica proporcional à extensão do conflito busca a intervenção da jurisdição.

Nessa linha de análise, é possível afirmar que a reforma da legislação processual civil, destinada a promover a sumarização do rito processual em busca da celeridade dos julgamentos, em especial para as lides chamadas repetitivas, não lograram êxito na redução do trâmite processual de ordem geral, o que inclui as demandas repetitivas, no período apurado pela pesquisa. A taxa de congestionamento medida pelo poder público, por si só, revela essa realidade, uma vez que o procedimento abstrato não foi capaz de imprimir uma lógica de agilização do trâmite processual, de modo que tampouco trará efetividade.

Diante das estatísticas e a partir dessas análises preliminares, é possível verificar que a reação do poder público frente aos números de litígio, através de reformas processuais, além de criar institutos anacrônicos de sumarização do rito processual, a despeito de corrigir o crescimento vertiginoso do número de processos judiciais, não se mostrou eficaz no combate à litigiosidade, a julgar pela taxa de congestionamento que, apesar de oscilações entre 2004 e 2013, manteve um alto índice de 75% a 80% de processos congestionados no período.

Sob outro viés, a despeito da redução do trabalho nos tribunais, cujas estatísticas espantosas revelam julgamentos *express (ou speed)*, num universo de mais de um recurso julgado por dia, as reformas têm causado, sim, grande mal estar, na medida em que a sumarização dos ritos vem em desrespeito aos postulados constitucionais processuais, na contramão do devido processo legal e do acesso efetivo à justiça.

Os dados revelam que o tempo do processo não pode ser medido pelo sistema jurídico adotado pelo país ou ainda pelo número de casos novos registrados no período, mas pela organização político-administrativa direcionada à prestação jurisdicional. É a organização estatal que parece determinar a efetividade da prestação jurisdicional, ou seja, não são apenas os caminhos/ritos oferecidos ou direcionados pelo Estado ao cidadão, no ambiente jurisdicional, que precisam refletir a confiança, a coerência e a adequação necessárias e compatíveis ao perfil de conflito social. Em síntese, conflito de massa deve ser tratado como litígio de massa. Até mesmo porque as estatísticas publicadas pelo poder público estão a escancarar a impropriedade das políticas judiciárias de contenção do excesso de litígios.

Por outro lado, a redação do futuro Código de Processo Civil já deveria ter absorvido esse alerta, para evitar a discrepância entre rito e conflito. Contudo, perdeu a oportunidade de tratar e direcionar de forma mais impactante os conflitos de massa que apresentam sobretudo perfil ou cariz coletivo. A valorização do rito processual individual, de racionalidade abstrata, ao tempo em que suprime do exame da causa o elemento fático-histórico, perde a seu turno momento com considerável atraso para revisitar o processo coletivo e torná-lo apto a acolher as pretensões de múltipla titularidade. Ataca-se a legislação processual ao longo do tempo e nada há de novo no *front*. Alteram-se os procedimentos e nenhum retoque substancial ocorre no congestionamento dos processos judiciais ao longo de quase dez anos.

Nada restaria, portanto, que não responsabilizar a prestação jurisdicional pelo congestionamento das demandas judiciais e pela repetição de demandas idênticas. A solução dada, até o momento, tem se direcionado para a abreviação do processo através das decisões de improcedência *prima facie* e de julgamento de recursos por amostragem, medidas estas que, contudo, nenhum impacto causou nos dados da litigiosidade apurados no período de quase dez anos.

Para essas demandas, ainda, impõe-se a pecha enfadonha de idênticas, julgadas de forma seriada por apresentarem controvérsia restrita à questão de direito. Ainda, acaso sobre ela já tenha ocorrido, hipoteticamente, pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, favoravelmente ao polo passivo, é claro, a demanda não passará do juízo de primeiro grau. Se porventura avançar para o segundo grau, possivelmente será julgada por amostragem, mediante a operação dos recursos repetitivos.

Trata-se de uma poderosa máquina de produção de decisões judiciais, operada por assessores de magistrados que reproduzem sentenças de improcedência e decisões em recursos representativos de controvérsia, sem a análise do caso concreto, é claro, e produzindo, assim, milhares e milhares de decisões judiciais abstratas e uniformes. Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva, depois de reduzida a lide esqueleticamente, até que possa a ser *fungibilizada*, saem os magistrados em busca de precedentes e lições doutrinárias para demonstrar que o caso não passa de um exemplar de uma cadeia de lides idênticas.²¹⁰

Eis a jurisdição da lógica seriada, embora tampouco quantitativamente, segundo os números do Conselho Nacional de Justiça, tenha logrado êxito na contenção da litigiosidade. E o que esperar da qualidade de tais julgamentos? Ao que parece, todos os problemas acabam no Judiciário, inclusive aqueles decorrentes de políticas mal sucedidas do Poder Executivo. E

²¹⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p.10.

para que o Judiciário possa dar conta dessa contingência, a lei processual passa a ser atacada vertiginosamente.

Diante dos conflitos repetitivos, assim, a ordem é fantasiosamente tornar o Código de Processo Civil um espaço acolhedor de ritos abstratos, que disciplinam demandas sem réus e julgamentos por amostragem. Ao tempo em que o conflito, tão peculiar em uma sociedade da urgência, judicializa-se em números cada vez mais alarmantes, mantém-se o desprezo pelo exame do caso concreto, tão apropriado aos normativistas dos séculos passados. Revigora-se, quase cem anos depois, a concepção negativa de “massa” de Ortega y Gasset, para atribuir às demandas repetitivas desencadeadas pela população ignóbil as justificativas dos atropelos causados na legislação processual pelas reformas. Enquanto isso, o Judiciário sobrevive a uma estrutura organizacional da qual não se pode ter orgulho.

Observa-se, portanto, um evidente descompasso entre a contingência de litígios e a estrutura do Judiciário para recebê-los.

E na contramão da realidade do cenário da litigiosidade no país, a reformas processuais que serão objeto do capítulo a seguir, parecem prestigiar institutos pomposos, a exemplo do uso dos precedentes, os quais, importados inadvertidamente com preciosismo, revelam o regozijo do método subsuntivo em pleno século XXI, sem qualquer reavaliação mais comprometida com a história processual brasileira, que integra a tradição da *civil law*, superficializando os julgamentos ao privilegiarem o mundo conceitual e menosprezando, assim, a análise do aspecto histórico do conflito, circunstância esta que a dogmática jurídica não consegue superar.

3 O ACESSO À JUSTIÇA E A ABSTRATIVIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO PRESTADA EM SÉRIE. EM BUSCA DO PROCESSO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADO

"Os dois fenômenos são alternativos, mas a intencionalidade é a mesma: ou encurtar a estrada ou aumentar o passo".

Norberto Bobbio, p.211.

3.1 A prestação jurisdicional na tradição jurídica romano-germânico-canônica e na tradição jurídica do *common law*

"A lei na verdade nunca foi a garantia de nossas liberdades e nem o remédio contra as incertezas inerentes à condição humana. Nosso angustiado século XX encarregou-se de desfazer essa doce ilusão".

(Ovídio Baptista da Silva, Processo e Ideologia)

A compreensão da jurisdição como espaço público de solução do conflito social não escapa aos estudos que se lançaram sobre a cultura jurídica romana, no momento em que ela fora revisitada em um peculiar ambiente europeu no limiar do século XI. No momento em que as Universidades se institucionalizavam e a Igreja comandava sob a ordem do dogma cristão, as vilas e cidades redesenhavam o *locus* de convivência social, dinamizado, ainda, pela movimentação das relações comerciais que conduziam a economia para um caminho sem volta.

Essa retomada do direito romano debruça-se especialmente sobre o *Corpus Juris Civilis*, documento que compilava o direito civil romano a partir de obras selecionadas por Justiniano. As obras, com comentários e tratados dos juriconsultos, por exemplo, foram refutadas e suas referências restaram proibidas. Justiniano, assim, determinou que a única referência a ser feita fosse ao *Corpus Juris Civilis*, pois impunha a ideia de que a solução de todos os problemas legais se bastava pela compilação por ele realizada.²¹¹ Com as invasões dos povos germânicos, o documento caiu em desuso, na medida do menosprezo dos bárbaros e naturalmente em decorrência de sua cultura rudimentar, que aplicava uma versão muito própria do direito romano civil, dando causa a uma fusão de certas leis tribais germânicas com

²¹¹ MERRYMAN, John Henry. **La tradicion jurídica romano-canónica**. México: FCE, 1989. p.26.

as instituições legais romanas autóctones.²¹² De outro lado, no momento da derrocada do Império do Ocidente, o direito romano sofre uma forte intervenção do espírito cristão, eis que as compilações revelam registros apenas a partir de Constantino (306 a 337 d.C.), o primeiro imperador romano cristão,²¹³ e é justamente essa marca cristã que será levada para o direito comum no medievo.²¹⁴

Para John Henry Merryman, após um longo período de medievo, quando na Itália ocorre a retomada pelo estudo do direito, essa retomada se dará exatamente sobre o *Corpus Juris Civilis*, porque a concepção de um império sacro, que tinha o Papa como expoente, é bastante acentuada e real naquele momento, já que também se valorizava a ideia de que o documento tenha igualmente sido elaborado por um imperador. Além disso, os juristas reconheciam a qualidade intelectual do documento, de modo que este reuniria a autoridade de um imperador e a inteligência de uma civilização que se impunha pelos seus feitos.²¹⁵

Segundo José Rogério Cruz e Tucci, dos três grandes períodos do processo civil romano, *legis actiones*, *per formulas* e *extraordinária cognitio* (27 a.C.), é este último que acompanhará o Império em sua derrocada e que marca a unificação das fases de apreciação do conflito bem distintas nos dois primeiros períodos. O processo, a partir desta unificação, passa a ser acompanhado perante um único magistrado vinculado ao Estado, instaurando assim, na historicidade do processo romano privado, a figura da autoridade estatal, em substituição à sentença produzida pelo cidadão ou árbitro. Em última análise, essa mudança significativa na condução do processo mostra-se bem adequada ao momento histórico de Roma, dirigida por Otaviano Augusto, que instaurou o principado e concentrou diversos poderes, comandando com exclusividade ou através de delegados, mostrando a intervenção e a imposição da vontade do Estado nas soluções de conflitos.²¹⁶

No período *per formulas*, segundo na evolução do direito processual romano, tem-se o registro do desenvolvimento do procedimento do *ordo judiciorum privatorum*, que distinguia os procedimentos da *actio* e dos *interdicta*, além de outros meios extraordinários, sendo que, durante a fase da *actio*, que se desenrolava perante o magistrado, a este cabia apenas a declaração do direito (e não o julgamento); durante a fase seguinte, dos *interdicta*,

²¹² MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: FCE, 1989. p.28.

²¹³ SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.91.

²¹⁴ CRUZ e TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: RT, 2001. p.40, 48 e 137-138.

²¹⁵ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: FCE, 1989. p.30.

²¹⁶ CRUZ e TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: RT, 2001. p.40, 48 e 137-138.

ocorria a ordenação e execução do direito pelas mãos do pretor.²¹⁷ Na *actio*, portanto, apenas era permitido o esclarecimento-declaração do direito,²¹⁸ reservada ao âmbito da jurisdição, com a supressão dos *interditos*; estes, na verdade, integravam o *imperium* do pretor, por ocasião da fase seguinte.²¹⁹

A partir disso, Ovídio Baptista da Silva vai afirmar que a concepção romana de jurisdição, enquanto oposição entre *iurisdictio e imperium*, é suficiente para demonstrar a redução do campo jurisdicional, ao longo da história, apenas a seu momento declaratório, sendo que, tal modo de conceber a jurisdição, como indubitável pilar do processo de conhecimento, revela justamente a separação entre a atividade puramente normativa e a atividade prática ou interventiva sobre a realidade da casuística.²²⁰

Após a queda do Império, no século V, as relações humanas experimentam um longo período obscuro, em que as condições determinantes e condutoras dos conflitos decorriam de superstições, divindades e outras formas anárquicas como os chamados juízos de Deus, os juramentos e a prova dos *ordálios*,²²¹ modelo que apenas sofreu gradativas modificações a partir do momento em que a civilização, já no final do medievo, que se formava em torno das cidades e impulsionada pelo comércio, perceberam a necessidade de se assegurar a ordem e a segurança para o desenvolvimento a que se propunham. Neste momento, fez-se necessário abandonar o ideal de uma sociedade cristã fundada sobre a caridade, razão pela qual foi possível distinguir a formação de um lado, da família romano-germânica e, de outro, o direito canônico.²²²

Neste passo, segundo a narrativa de René David, o renascimento dos estudos do direito romano significa o ressurgimento de uma concepção social de ordem como fundamento de uma civilização que se estruturava em busca de progresso.²²³ O direito romano decorre de uma era pré-cristã, de modo que, para alavancar sua retomada, a Igreja precisou expurgar os últimos auspícios de um direito chamado pagão, cuja filosofia se afastava dos

²¹⁷ SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 25.

²¹⁸ Nesse mesmo sentido é a contribuição de José Rogério Cruz e Tucci. Cf. CRUZ e TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: RT, 2001. p.43.

²¹⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e Execução**, p.26.

²²⁰ *Ibid.*, p. 46.

²²¹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.38.

²²² Cf. René David, o ambiente europeu do século XII é revolucionário, na mesma medida da revolução do idealismo burguês do século XVIII, quando do surgimento do constitucionalismo, e ainda comparável com os movimentos que, no início do século XX, de cunho socialista-marxista, impuseram-se contra os avanços do capitalismo. Contudo, essa revolução é eminentemente cultural, na medida em que não se vislumbrava, naquele momento, qualquer ideário político, já que a Europa não se constituía em unidade ou unidades políticas. De tal modo, o surgimento da família romano-germânica não se sustenta em qualquer intenção política. Cf. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.39-41.

²²³ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.52.

Evangelhos, o que restou institucionalizado por São Tomás de Aquino, ao renovar a filosofia aristotélica no sentido de que o ideário pré-cristão se mostrava assente na razão, o que, segundo ele, se aproximava, em grande medida, com a lei divina.²²⁴

Nessa mesma época, as Universidades constituíram-se em um ambiente que procurou isolar o ensino do direito da vida em sociedade. O curso, voltado para a discussão filosófica, moral e teológica da justiça, não pregava técnicas ou ensaios da prática jurídica.²²⁵ Segundo René David, o direito, nas universidades, era considerado como um modelo de organização social, pois estabelecia regras de um comportamento social ideal.²²⁶

Nesse contexto, não haveria como pregar o estudo de um *direito local* que, na realidade, não existia, na medida em que o predomínio de um mundo feudal, sem qualquer organização, como depois restou conhecido no mundo moderno, não permitia ainda a formalização de uma ideia de nacionalidade, respaldada em uma cultura e direito próprios. Neste sentido, é importante destacar o fato de que, a base do ensino do direito, no final do século XII e início do século XIII, será a retomada do direito romano ao lado do direito canônico, sem qualquer vinculação com o estudo do direito local ou consuetudinário. As universidades, portanto, desviaram-se dessa perspectiva de estudo dos costumes, atrasados e insuficientes, para retomar o direito romano como espaço de sociedade ideal e justa.²²⁷

Nos séculos seguintes (XIV e XV), com a escola dos pós-glosadores, o direito romano sofre uma deformação, inclusive sob a influência do direito canônico, ao tempo em que os juristas passaram a utilizar-se dos textos romanos para introduzir e justificar regras de direito comercial e o direito internacional privado, adaptadas à sociedade do seu tempo.²²⁸ Ao mesmo tempo, o mundo medieval cede espaço a uma grande transformação política e cultural a partir da caracterização de um modelo social respaldado pelo Estado absolutista e pelo nacionalismo (unidade).²²⁹

²²⁴ O frade dominicano testemunhou a transição da realidade rural própria do feudalismo para uma experiência urbana e, seguindo os auspícios de sua ordem reivindicava a transposição da experiência feudal a partir de prerrogativas do poder real, até mesmo porque intencionavam expandir os dogmas do evangelho cristão. A constituição das universidades, por exemplo, mostrava-se como um espaço propício para resgatar a história e propagar sua ideologia cristã. Cf. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.43.

²²⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.42.

²²⁶ As universidades não se encarregavam da aplicação do direito, mas preocupavam-se em declarar como era necessário conceber o direito e, a partir dos textos romanos, procuravam mostrar o melhor direito, à sua maneira, e como se chegava ao seu conhecimento. Em síntese, a obra das universidades foi de persuasão, e não da imposição da uniformidade pela via autoridade. Cf. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.53.

²²⁷ DAVID, *ibid.*, p.42.

²²⁸ *Ibid.*, 45.

²²⁹ HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. Rio de Janeiro: LTC, 1986. p. 70.

Não muito distante dali, quando a Inglaterra do século XI é invadida pelos normandos (1066), inicia-se a formação de outra perspectiva de estrutura de direito, pautada na tradição anglo-saxã e, portanto, dotada de perspectivas históricas e culturais totalmente diversas do continente europeu.²³⁰ Segundo John Henry Merryman, a conquista normanda trouxe a criação de tribunais reais e um sistema de justiça real que aos poucos foi desprezando as regras feudais e, no processo de centralização de justiça inglesa, os juizes dos tribunais reais desenvolveram procedimentos novos e também um corpo de direito substantivo aplicável, ao menos teoricamente, a todos os ingleses (direito comum).²³¹ Nesse passo, a formação do direito inglês, à margem da tradição romana, vai apresentar em sua origem uma concentração de valores centralizados na estrutura do processo, criando categorias jurídicas específicas do direito inglês e ignorando, ainda, qualquer distinção entre direito público e direito privado.²³² A elaboração do direito inglês comum a toda a Inglaterra será obra exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça, chamados comumente de Tribunais de Westminster, dado o lugar onde se estabeleceram a partir do século XIII.²³³

Mas esse modelo de tradição jurídica, que se opôs à tradição romano-germânica e resistiu ao período da codificação, vai passar por diversas transformações, muito embora, segundo Caenegén, o direito inglês seja distinto pela natureza contínua do seu desenvolvimento jurídico, “pois o presente nunca está completamente isolado do passado e suas raízes históricas são facilmente percebidas”.²³⁴

Assim, entre as mudanças que podem marcar esse compromisso com o passado, mas, ao mesmo tempo, uma abertura para as adaptações necessárias do tempo presente, pode ser citada a legislação do absolutismo dos Tudors, no século XVI (1485), bem como, no final do século XIX (1832), as influências decorrentes do *Welfare State*, que impactou a formação jurídica até então construída pela ideologia liberal, uma vez que a interferência do poder

²³⁰ O direito inglês apresenta, historicamente, quatro períodos bem distintos: o anglo-saxônico, até a conquista normanda de 1066; o período da formação da common law, que vai de 1066 até o advento da dinastia dos Tudors (1485), no qual um sistema de direito novo, comum a todo reino, desenvolve-se em substituição aos costumes locais; neste ambiente feudal, o terceiro, que vai de 1485 até 1832, caracterizado pela desenvolvimento paralelo de um sistema manifestado pelas regras de equidade; e, por fim, o atual, desenhado pelas adaptações da common law frente ao advento da lei, em decorrência de uma sociedade cada vez mais dirigida pela administração. Cf. DAVID, René. **Os grandes sistemas**, p.356.

²³¹ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**, p.100.

²³² DAVID, DAVID, René. **Os grandes sistemas**, p.364.

²³³ *Ibid*, p.359.

²³⁴ Essa forte ligação entre o direito inglês e sua história inclusive leva Caenegén a afirmar que “não há nenhuma distinção nítida entre o Direito e a história do Direito”, muito embora a história jurídica inglesa não seja uma “narrativa absoluta estagnação”. O autor faz ainda uma importante distinção com o direito continental, quanto à evolução histórica, a exemplo do que ocorreu com o movimento dos Pandectas, na Alemanha, que revigoraram o direito alemão no século XIX a partir do direito romano, ignorando completamente o direito do medievo. Ver em CAENEKEN, R.C. Van. **Juízes, legisladores e professores**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.5 e p.9.

público na vida social, com vistas à proteção de direitos de base, levou o Estado a editar normativos administrativos que acabaram por organismos como novas instâncias de um contencioso antes não existente.²³⁵ Para Caenegem, neste segundo momento de mudanças, na década seguinte à Lei de Reforma de 1832, empreendeu-se a tarefa de modernizar o “velho castelo gótico”, muito embora o processo e a organização judicial dos ingleses tenham sido mais afetadas do que o direito substantivo em si.²³⁶

Cabe destacar, ainda, que o rigor e o formalismo da *common law*, ao lado de uma burocrática rotina dos juristas ingleses, provocaram uma importante reação à justiça administrada pelos Tribunais de Westminster. A criação do sistema da *equity* decorre dessa necessidade de adaptação às mudanças históricas, eis que nasce justamente em notável período da história inglesa em meio ao absolutismo dos Tudors (1485-1832). O novo sistema questionava a “injustiça” das decisões dos tribunais e admitia a interpelação junto ao rei ou posteriormente ao Chanceler, espécie de funcionário delegado pelo rei, os quais, dentro de suas prerrogativas, julgavam de acordo com a equidade do caso particular, atuando através de medidas “corretivas” dos princípios jurídicos aplicados previstos nos estatutos e aplicados pelos tribunais. Aos poucos, com volume gradativamente ampliado de tais petições e com a institucionalização mais formalizada da organização dos julgamentos realizados, o trabalho do Chanceler transformou-se em um Tribunal da Corte de Justiça.²³⁷

Essa correção ao alvedrio da Corte pode sugerir uma grande abertura para a discricionariedade. Para John Henry Merryman, a equidade, como justiça do caso individual, implica claramente o uso da faculdade discricionária do julgador, com o objetivo de mitigar a dureza da norma, que igualmente não prevê toda e qualquer situação fática, e valoriza a análise do caso concreto.²³⁸

Contudo, na linha das diversas adaptações recepcionadas por ambos os sistemas, atualmente, o poder discricionário na aplicação das regras da *equity*, de acordo com René David, o sistema impõe uma conformidade do seu discernimento com o que restou já instituído pelos inúmeros precedentes.²³⁹ O próprio Merryman esclarece que no direito inglês o juiz pode exercer sua discricionariedade, mas também deve sujeitar-se à responsabilidade que tem de preservar a estabilidade do direito, ou seja, ao vincular-se aos aspectos históricos e

²³⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas**, p.377.

²³⁶ CAENEKEN, R.C. Van. **Juízes, Legisladores e Professores**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.7.

²³⁷ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**, p.101.

²³⁸ *Ibid.*, p.98 e99.

²³⁹ DAVID, René. **Os grandes sistemas**, p.371-372 e p.431.

tradicionais do conflito social.²⁴⁰ Assim, durante cinco séculos a Inglaterra assistiu à concomitância de dois sistemas jurídicos, um guiado pelos tribunais de direito da *common law* (*courts of law*) e outro conduzido pelos tribunais da corte de justiça e equidade (*courts of equity* ou *courts of chancery*).²⁴¹

A origem da *class action*, a partir da *Bill of Peace*,²⁴² é fato que se destaca e distingue um procedimento do outro, pois já neste momento admitia-se a ocorrência de ações representativas (século XII), momento em que alguns grupos sociais apresentavam-se em juízo na pessoa de seus líderes. Enquanto que nos tribunais de direito a regra da formação do litisconsórcio necessário era mais rígida, pois tornava compulsória a presença dos interessados de forma direta no processo, nos tribunais de equidade permitia-se a formação de litisconsórcio fundada na existência de questões comuns. Contudo, a partir do século XVII, a intervenção de um número grandioso de pessoas passou a inviabilizar a condução do processo, razão pela qual no sistema da *equity* foi criada a *Bill of Peace*, para admitirem-se as ações representativas a partir do atendimento de determinadas condições, a exemplo da inviabilidade da formação de litisconsórcio, da existência de interesse comum e adequação do representante dos membros ausentes.²⁴³

Nos passos da história, o século XIX irá marcar e afetar diretamente o procedimento desencadeado pela *Bill of Peace*. Inicialmente, em 1873 os dois sistemas de justiça até então existentes na Inglaterra de forma paralela são fundidos, momento em que a tradição inglesa passa a revelar uma administração da justiça pautada no direito comum original, com moderada influência da *equity*.²⁴⁴ Além disso, o momento de efervescência da indústria no ápice da filosofia liberal-individualista vai naturalmente causar algumas mudanças nas ações coletivas, já que a representação de grupos ausentes era incompatível com os interesses do poder econômico, contrastado, ainda, com a necessidade cada vez maior de representação da massa que se aglomerava em torno dele.

Nos Estados Unidos, por sua vez, onde essa cultura foi notadamente absorvida, optou-se pela manutenção dos dois sistemas jurídicos (de direito e de equidade), adaptado,

²⁴⁰ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**, p.103.

²⁴¹ Neste sentido ver em GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**, p. 40, bem como em MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**, p.102.

²⁴² Trata-se de novo mecanismo processual criado no ambiente da *equity* para evitar uma multiplicidade de ações individuais nos tribunais, por razões de necessidade e conveniência, ou seja, para a tutela de direitos indivisíveis e divisíveis, evitando, assim, ações repetitivas e decisões conflitantes. Ver em Gidi, Antonio. *A Class Action*, p. 43-44.

²⁴³ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**, p. 41-42.

²⁴⁴ Neste sentido ver em GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**, p. 40, bem como em MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**, p.102.

todavia, para funcionarem em um único tribunal. Em 1842 as ações representativas foram codificadas através da *Federal Equity Rule 48* e em 1912 pela *Federal Equity Rule 38*. Em 1938 foi promulgada a *Federal Rules of Civil Procedure*, como um conjunto de normas emitido pela Suprema Corte por delegação do Legislativo americano, momento em que se uniram os dois sistemas jurídicos nos Estados Unidos, potencializando o uso das ações coletivas para abranger, também as pretensões indenizatórias. Com redação confusa e abstrata, a *Rule 23* foi reformada em 1966, momento histórico peculiar naquele país no que respeita às liberdades civis e ao preconceito racial. A remodelação das ações coletivas, na década de 60, atendeu a critérios de praticidade e de acesso à justiça de grande alcance, ao adotar, por exemplo, a técnica do *opt out* para legitimar a eficácia da coisa julgada erga omnes independentemente do resultado alcançado.²⁴⁵

É curioso notar que, nas primeiras décadas do século XX, enquanto o direito processual na tradição romano-germânica firmava-se como ciência autônoma, ao tempo em que as ideologias provenientes do Estado de Bem Estar social eram gradativamente instauradas, o sistema da *common law* e a sua tradição na solução de conflitos já sofria significativas transformações, justamente por se voltar ao exame da casuística e a construção jurisprudencial, acompanhando de forma próxima, portanto, a evolução do conflito social. Lamentavelmente, a tradição *civil law* somente foi despertar para a necessidade de adequação do direito processual à conflituosidade da massa na década de 60 e 70, quando os Estados Unidos já se movimentavam com reformas processuais ao modelo já experimentado.

Neste sentido é importante observar também a fidelidade com o direito de cultura inglesa trabalha com a sua historicidade e tradição, na medida em que foi sendo construído a partir da prática dos tribunais, ou seja, a partir da concepção de processualistas,²⁴⁶ permanecendo receptivo às constantes adaptações ao longo do tempo,²⁴⁷ sem que isso venha a significar, obviamente, o desprezo à legislação, o que com mais vigor ocorreu nos Estados Unidos.

É justamente essa a razão pela qual as tradições jurídicas valorizam a segurança jurídica de formas diferentes, ou seja, enquanto que o *common law* procura preservar o *due*

²⁴⁵ Neste sentido ver em GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**, p. 45-61.

²⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.19.

²⁴⁷ Símbolo disso foi a edição de regulamentos administrativos que passaram a suscitar constantes litígios entre cidadão e administração, que acabou tornando necessária a criação de instâncias administrativas como espaço paralelo de administração da justiça. Sob outro aspecto, tal qual observado por Merryman, a tradição da *civil law* corresponderia ao que seria a *common law* se a *equity* nunca tivesse ocorrido. Ver em MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**, p.102.

processo f law através do próprio processo, nos países de *civil law* essa segurança estaria preservada na lei e através da lei, sem a qual resultariam os processos em arbítrios e desigualdades, o que tem sua nascente no ambiente europeu de Montesquieu.²⁴⁸

De qualquer forma, a par das diferenças que distinguem uma e outra tradição jurídica, é possível observar uma mescla recíproca de institutos jurídicos, o que, contudo, não respalda a afirmação de que o direito do continente europeu está se “jurisprudencializando” e de que o direito de origem inglesa está aplicando a lei ao caso concreto, pois, tal qual já observou Mauro Cappelletti, “embora geral a tendência evolutiva evidenciada, seria de todo impróprio, pelo contrário, defender ou propugnar em determinado país certos desenvolvimentos ou certo curso de ação, sem primeiro verificar a situação específica de tal país e a sua concreta posição no âmbito da tendência evolutiva (relativamente) universal”.²⁴⁹ Há que se ter cuidado, portanto, de evitar precipitações acerca da homogeneização dos sistemas jurídicos a partir da evolução de seus institutos, na medida em que as limitações da tradição e da história, notadamente diversas entre as duas tradições jurídicas, notadamente impactam qualquer perspectiva neste sentido.²⁵⁰

No que se refere à formação do direito processual como ciência, na tradição romano-germânica, segundo Ovídio Baptista da Silva, vai partir de um novo desvirtuamento das bases romanistas, justificado por fatores políticos e econômicos ligados ao mercantilismo, que impunha uma ideologia privatista de aprisionamento do julgador em um ordenamento jurídico sem lacunas, sem qualquer possibilidade de contribuição com a criação do direito.²⁵¹

No século XVIII, com a codificação da legislação e a compreensão do direito nos segmentos público e privado, sacramentou-se a universalização e a abstratividade da prestação jurisdicional, dentro da cultura romano-germânico-canônica,²⁵² sob a ideologia do

²⁴⁸ Para o jurista francês, “as formalidades da justiça são necessárias à liberdade”. Cf. MONTESQUIEU, Charles. **Do espírito das leis**. São Paulo: Edipro, 2004. p.583.

²⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1993. p.112.

²⁵⁰ Qualquer tendência diversa, rumo à homogeneização dos sistemas jurídicos, deveria considerar a análise de questões já suscitadas por Mauro Cappelletti. Segundo o jurista italiano, “entre as várias questões que deveriam, portanto, ser examinadas, estão as seguintes: que tipo de Judiciário existe em determinado país e qual o seu grau de independência em relação ao executivo? Como são organizados e operam os tribunais superiores? É realístico esperar que tais cortes exerceriam, de maneira razoável, mais alto grau de discricionariedade que lhes fosse atribuído? Quais seriam as reações a tal discricionariedade e o vigor dos preconceitos contrários? Existe desequilíbrio na distribuição dos poderes e, caso afirmativo, é realístico esperar que os juízes possam e desejam lançar, por assim dizer, o próprio peso sobre o prato da balança, para alcançar melhor equilíbrio?” Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1993. p.113.

²⁵¹ SILVA, Ovídio Baptista da. **Ação de imissão de posse no direito brasileiro atual**. São Paulo: Saraiva, 1981. p.9-10.

²⁵² No dizer de Luiz Recaséns Siches, “*al olvidar que las normas particulares y las individualizadas forman parte esencialmente de todo orden jurídico, los juristas de aquella época dejaron mutilado el orden jurídico,*

racionalismo e da separação dos poderes, aprisionando a história e o sentido do direito na lei codificada. Como legado nem sempre bem compreendido pelo imaginário dos juristas, essa ideologia trouxe consequências significativas, especialmente no que se refere à evolução do positivismo ao longo dos séculos e sua influência sobre o direito e sobre a prestação jurisdicional.²⁵³

Algumas posturas daquele rigoroso formalismo dos séculos passados podem ser encontradas em Leibniz, que sustentava a possibilidade de uma ciência moral e, naturalmente, também uma ciência do direito, cuja exatidão e demonstrabilidade fossem tão evidentes como a demonstração de um simples teorema matemático.²⁵⁴ Em suma, Leibniz lançou fundamentos para a subsequente construção do mundo jurídico, depois consagrado por Emmanuel Kant, tornando o direito uma ciência generalizante, uma ciência das normas e das verdades eternas, alimentando, enfim, a fuga do mundo empírico para o mundo normativo e abstrato.

Mas a conformação da justiça universal com a materialização da justiça particular já aparecia com Santo Tomás de Aquino, que resgatou os estudos de Aristóteles acerca do significado de justiça para deduzir que o direito é a *práxis* orientada pela prudência, materializada em lei. Neste sentido, o direito mostra-se como justo mediante a realização efetiva se dá apenas na aplicação da lei de acordo com a prudência,²⁵⁵ propondo a positivação do direito ao partir de princípios essenciais ou naturais próprios das mudanças vividas pela sociedade.²⁵⁶

O fato é que, na modernidade, que nasce com o Estado absolutista, o exercício do direito confunde-se com a presença e a necessidade de um poder absoluto do soberano, tornando igualmente indispensável a submissão incondicional à sua vontade unívoca. Para

precisamente en los efectos más importantes y decisivos que produce en esa realidad social. De tal guisa, se concibió de un modo amputado el orden jurídico positivo, solamente como el conjunto de las leyes”, disse resultando que “...el Derecho positivo quedó como habitando en las nubes, bastante alejado de la superficie terrestre, donde viven, pululan y caen en conflicto los seres humanos. Y al tener que ocuparse de esos seres humanos, no se les trató desde el punto de vista de su realidad efectiva, sino como seres abstractos, homogéneos, grises, pertenientes a algo así como un vago espacio sideral”. Ver em SICHES, Recasés Luiz. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. México: Porrúa, 1973. p.156-157.

²⁵³ A passagem a seguir desafia o leitor a compreender a que época o autor está a se referir: “El juez se convierte em uma espécie de empleado experto. Se le presenta una situación de hecho para la que se encontrará a la mano una respuesta legislativa em todos los casos, excepto los extraordinarios. Su función consiste simplemente em encontrar la disposición legislativa correcta, compararla con la situación de hecho y consagrar la solución que produce la unión em forma más o menos automática (...)La premissa mayor se encuentra em el estatuto, los hechos del caso proveen la premissa menor y la conclusión se siegue inevitablemente”. Ver em MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: FCE, 1989. p.76-77.

²⁵⁴ Ver neste sentido a posição de SICHES, Recasés Luiz. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. México: Porrúa, 1973. p.161.

²⁵⁵ MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem?** Qual racionalidade? São Paulo: Edições Loyola, 1991. p.217.

²⁵⁶ SICHES, Recasés Luiz. **Nueva filosofía**, p. 148.

tanto, era preciso uma jurisdição neutra, cuja atividade deveria se restringir à declaração da vontade do soberano, então expressa na lei. No dizer de Luiz Recaséns Siches, a partir das ideias racionalistas, as normas gerais dos artigos do código francês foram tidas, por exemplo, como dogmas definitivos,²⁵⁷ até mesmo porque a promulgação do Código Civil francês foi acolhida com exclamações de código imortal, reduto da moral universal, arca santa de um respeito religioso.²⁵⁸ Logo, a partir da ideia de garantia dos direitos como lei, ditada pelo soberano, sacramentou-se a operação do silogismo lógico-dedutivo nas decisões judiciais, justamente para garantir a segurança e a certeza da manutenção do poder do Estado, como ideal de verdade que então passou a ser incontestável.²⁵⁹

Veja-se que, segundo Luiz Recaséns Siches, ao tratar da Jurisprudência de Interesses na Alemanha, as escolas jurídicas predominantes no século XIX sustentavam a tese de que a função do juiz deveria consistir em conhecer as normas jurídicas e em subsumir sob estas os fatos pertinentes, seguindo em tal processo as regras de uma operação lógica.²⁶⁰

Lembra Ovídio Baptista da Silva que “A suposição de que a ciência do direito pudesse criar, através da razão, como pretendia Leibniz, “verdades eternas” é a responsável pelo extraordinário divórcio entre o Processo Civil e a vida que se observa na experiência contemporânea”,²⁶¹ o que vem a confirmar a observação de que, enquanto a tradição romano-germânica seguiu o caminho da abstração e dogmatização da ciência processual, a tradição da *common law*, tanto quanto possível, manteve-se fiel à sua história e às mutações sociais. Nesse sentido, o problema não reside na importação de institutos próprios de um sistema jurídico para a sua aplicabilidade em outro, mas sim reside na implantação incontestada de ideologias construídas com as especificidades de tempo e história do sistema de origem, sem as devidas adaptações ou refinamentos adequados pelo sistema receptivo. É o que ocorre com os precedentes judiciais, na linha do que já vinha ocorrendo no Brasil com o ativismo judicial, com a jurisprudência dos valores e a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy.

²⁵⁷ Ibid., p. 154.

²⁵⁸ Para Recaséns Siches, “...la doctrina de la ciencia dogmática del Derecho se apegó fuertemente a la tesis de que sólo la ley escrita podía ser la fuente de decisiones concretas, y de que la función judicial consistía exclusivamente en la mecánica de un silogismo, cuya premisa mayor debía ser el texto aplicable; la premisa menor, la constatación de los hechos; y la consecuencia, el fallo. Éstos fueron los lemas sobre los cuales se desarrolló en Francia la Escuela Exegética, la cual comprendió la casi totalidad de los más ilustres profesores y tratadistas durante muchos decenios”. Cf. SICHES, Recasés Luiz. **Nueva filosofía**, p. 153 e 199.

²⁵⁹ É o que observa Ovídio Baptista da Silva, ao comentar o texto Siches, destacando, como reflexo desta ideologia no processo civil, a valoração extremada da instrução probatória como demonstração de certeza. Cf. SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 132.

²⁶⁰ SICHES, Recasés Luiz. **Nueva filosofía**, p. 60.

²⁶¹ SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 128.

3.2 O legado racionalista, as importações teóricas desprovidas de tempo e história e as perspectivas da legislação processual civil. A aplicação da regra dos precedentes judiciais e o regozijo do positivismo normativista

“[...]Não devemos depositar demasiada esperança na “Reforma do Poder Judiciário”, se não estivermos dispostos a repensar os fundamentos do sistema, superando os ideais do Iluminismo”.

Ovídio Baptista da Silva. Processo e Ideologia, p.318.

O paradigma racionalista impôs uma aplicação do direito a partir do método de subsunção, na tentativa de assim preservar uma segurança jurídica supostamente encontrada na lei, em benefício do poder instituído.

A base do ideário racionalista revela, portanto, a preservação de dogmas²⁶² notadamente trazidos para o Direito, a exemplo da ideia de direito igualado ao texto da lei e, portanto, como instituto apartado da realidade social, ou dos fatos que lhe emprestam suas características factuais. O resultado desta operação permite a análise do fato pela lógica, própria do movimento, atribuindo uma falsa ideia de segurança jurídica. Os reflexos deste paradigma sobre a prestação jurisdicional são sintomáticos, diante da crença de que a jurisdição pode se dar de forma atemporal e desapossada de sua dimensão histórica. Trata-se, na verdade, de uma fórmula cujos elementos são suficientes para a instituição dogmática de um sistema jurídico impenetrável.

Para Ovídio Baptista da Silva, a filosofia racionalista desenhou as bases do direito moderno, acabando por separar a cognição da execução e, conseqüentemente, o fato do direito, de modo que, para compreender o compromisso do Direito com o normativismo, é preciso considerá-lo tomando-se inicialmente o seu pilar racionalista, a partir do qual a norma jurídica foi concebida para prescindir dos fatos.²⁶³

O que se observa é que o Direito Processual está assentado em uma concepção racionalista que declara e executa o direito em patamares compartimentados, delineando o perfil do procedimento ordinário e instituindo a clássica autonomia entre fato e direito. Da

²⁶² Neste sentido Ovídio Baptista da Silva ensina que a premissa da cristalização do dogma é justamente a eliminação da crítica histórica, em que o esquecimento do passado é a condição do dogma. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia** – O paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 19. Especificamente no que se refere ao direito processual, afirma o mestre processualista que a neutralidade axiológica da ciência processual é, na verdade, o seu dogma Silva, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia**, p. 301.

²⁶³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Direito Material e Processo. **Revista Jurídica NotaDez**, Porto Alegre, n.321, p. 14, Julho.2004.

mesma forma, sua formação foi significativamente afetada pelos ideais da filosofia liberal-individualista dos séculos XVIII e XIX e, passados mais de um século, predomina ainda na ciência processual o viés privatístico e individualista que não mais se compatibiliza com a contemporaneidade e tampouco com a litigiosidade própria da sociedade da urgência e que supera a modernidade. Não é diversa a análise de Lenio Luiz Streck, que afirma não existir lugar para os direitos de segunda e terceira dimensão em uma tradição jurídica assentada em modelo liberal-individualista.²⁶⁴

Para Ovídio Baptista da Silva,²⁶⁵ para quem a jurisdição moderna tomou a linha do abstrativismo, incapaz, portanto, de pensar o direito a partir do caso ou do problema,

Somos induzidos por uma determinação paradigmática, a pensá-lo como sendo produzido pela regra, pela norma, enfim pelos códigos. Somos herdeiros da cultura europeia das uniformidades, que devota um profundo desprezo pelas diferenças. O conflito entre nossa sujeição paradigmática e as contingências impostas por uma sociedade urbana de massa, com marcantes plurivocidades de visão de mundo, seja político, familiar, ético e até mesmo religioso, gera enormes dificuldades em torno do conceito de direito, especialmente quando nos deparamos com o fenômeno jurisdicional. As tentativas de quebrar as regras, de abrir brechas no sistema, de flexibilizá-lo, arejando-as, de modo a superar o idealismo próprio do Iluminismo europeu, que – ingenuamente – pretendeu transformar o Direito numa fórmula matemática, seguidamente defrontam-se com as mais graves e inesperadas dificuldades, opostas por nossa submissão ao paradigma racionalista, inspirador das várias matizes de positivismo jurídico, que os mais otimistas imaginam que já estejam superados. O verdadeiro arsenal de instrumentos modernos que se vêm criando, para aproximar o Direito da vida real, com seus incontáveis desdobramentos, não poderiam sequer ser relacionados, pela sua enorme quantidade, numa visão apressada e parcial. O cometimento demandaria um verdadeiro tratado. Mesmo assim, para se ter uma ideia dessa busca permanente em favor da "justiça do caso" – porque a justiça jamais é abstrata –, contra a "justiça da regra", quer dizer, contra a fria e falsa justiça da lei, poderíamos relacionar os principais instrumentos com que hoje o Direito, especialmente o direito processual civil, pode contar.

É fato que recentemente, no caso do Brasil, algumas reformas processuais tentaram abreviar esse ideário, a exemplo da Lei n. 10.444/2002, que introduziu a demandas inibitórias com efeito executivo *lato sensu*, de acordo com o parágrafo 5º do art.461 do CPC,²⁶⁶ ou ainda

²⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.285.

²⁶⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Justiça da Lei e Justiça do Caso**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/Artigos>>. Acesso em: 17 jun. 2011.

²⁶⁶ Art.461 [...] §5º. Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por

a Lei n. 11.232/2005, que tornou a execução do julgado uma fase do processo de conhecimento, alterando inclusive o conceito de sentença, de acordo com o que se observa no art.162, §1º²⁶⁷ e no art.457-I²⁶⁸ do mesmo diploma processual. Ocorre que, muito embora algumas alterações legislativas tenham provocado sensíveis mudanças no ritmo dos processos judiciais, a cultura jurídica processual de origem, ainda impregnada pelas ideologias privatísticas, continua desprezando a avaliação do conflito em sua casuística essencial, a partir de subterfúgios de toda ordem, a exemplo do excesso de litigiosidade. Para argumentar com mais clareza, o excesso de litígios, ao tempo em que precariza a prestação jurisdicional, é usado como justificativa para a adoção de métodos abstratos e agilizadores da entrega da tutela ao cidadão.

Assim, para justificar medidas de contenção da litigiosidade, criou-se a necessidade de buscar alento em soluções encaminhadas por outras culturas jurídicas, sem levar em consideração a historicidade e tradição brasileiras. Tal qual afirmado por Lenio Luiz Streck, a carência de teorias jurídicas adequadas a um novo paradigma jurídico acabou deixando a cultura jurídica brasileira a descoberto, impulsionando-a para tradições teóricas estrangeiras, que restaram recepcionadas sem maiores critérios,²⁶⁹ a exemplo do ativismo judicial, da jurisprudência dos valores e da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy.

A jurisprudência dos valores ocorre após a Segunda Guerra Mundial e nasceu da necessidade sentida pela cultura jurídica alemã de conferir ao ordenamento jurídico então vigente uma interpretação axiológica e compatível com as perspectivas da sociedade. No dizer de Lenio Streck, tratou-se de uma tentativa de recorrer a critérios decisórios fora da estrutura rígida da legalidade, valorizando o aspecto axiológico da interpretação. E da confluência da jurisprudência dos valores com a jurisprudência dos interesses, em especial a partir de Philip Heck,²⁷⁰ exsurtiu a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, que introduz a ideia de ponderação como técnica de justificação da decisão jurídica,²⁷¹ o que inadvertidamente não

tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

²⁶⁷ Art.162 [...]§ 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.

²⁶⁸ Art. 475-I. O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo.

²⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.285.

²⁷⁰ Segundo Philipp Heck, “A interpretação judicial é uma interpretação relativa, em grau mesmo muito acentuado. O interesse final do julgador não compreende todo o conteúdo do comando legal, a determinação do seu contorno por todos os lados, mas somente o que respeita à sua aplicabilidade à situação de facto *sub judice*. O juiz só tem de fixar os pontos de coincidência”. Cf. HECK, Philipp. **Interpretação da lei e Jurisprudência dos Interesses**. São Paulo: Saraiva, 1947. p.101.

²⁷¹ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.187.

restou bem compreendido na recepção pelo Brasil, que, além de não considerar as historicidades diversas entre a cultura alemã e brasileira- sendo que nesta última até mesmo as bases da legalidade ainda não se firmaram para que viesse a ser adotada uma técnica de interpretação pautada em valores-, acabou por confundir ponderação com a técnica do *balance* defendida por Ronald Dworkin.²⁷² Ocorre que a ponderação não é uma operação em que dois princípios supostamente em colisão são colocados em confronto para sobrepor-se um ao outro. E essa técnica ainda foi transformada em um princípio interpretativo, quando, na verdade, trata-se de um procedimento que resulta em uma regra (regra de direito fundamental *adscripta*) apta para a resolução da demanda da qual se originou o conflito, abstrato de princípios, aplicada pelo método da subsunção.²⁷³

Ou seja, enquanto Alexy sustenta a sua teoria para racionalizar a ponderação de valores,²⁷⁴ no Brasil, pressupostos formais racionalizadores são desconsiderados com retorno às estratégias de fundamentação da jurisprudência dos valores.²⁷⁵ Essa abertura de interpretação com base em valores é ainda potencializada pela recepção do ativismo judicial, extraído do realismo norte-americano,²⁷⁶ que amplamente tem sido invocado no Brasil como método de salvaguarda dos direitos fundamentais, através de um rebuscado retorno ao século XVI, quando da fundação da modernidade com base na subjetividade, momento em que o sujeito se descobre como alguém que se impõe sobre as coisas, sobre os objetos e em que a vida passa a ser compreendida através da razão. Sob este viés, o sentido ou a essência das coisas encontra-se na consciência do sujeito, que dá vida, portanto, ao seu objeto de conhecimento, paradigma este sustentado pela filosofia da consciência.

A decisão jurídica, nessa perspectiva, seria produto de uma intenção do intérprete, como se o mundo fosse exatamente um produto de sua vontade de representação,²⁷⁷ como se o direito como produto de interpretação perpassasse pelos extremos que vai do grau zero de sentido até a sua consciência. O judiciário está impregnado desse domínio do julgador sobre a

²⁷² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.286.

²⁷³ É imensa a lista apresentada por Lenio Streck. Ver em STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.52.

²⁷⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.187.

²⁷⁵ Ver Nota de Rodapé n. 16, em STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013., p.287.

²⁷⁶ Neste sentido é a obra de Benjamin Cardozo: CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

²⁷⁷ “[...] A sua vontade é o objeto mais imediato da sua consciência, que constitui a essência íntima do seu próprio fenômeno, que manifesta como representação, tanto pelas suas ações como pelo seu substrato permanente, o corpo”. Cf. SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade de representação**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001. p.119.

interpretação dos fatos segundo sua consciência,²⁷⁸ a exemplo da casuística da área previdenciária que propositadamente abre a introdução dessa pesquisa: muito embora já objetificada a ordem de decibéis nocivos à saúde, numa apuração técnica que admite a exposição do trabalhador até 80 decibéis sem riscos à sua saúde, apenas um único decibel acima dessa limitação, segundo o pensamento arbitrário do julgador, não justifica o reconhecimento de tempo de trabalho que mereça o acréscimo legal. Para o julgador solipsista, portanto, a exposição ao elemento nocivo ruído no patamar de “apenas” um decibel acima do limite legal seria suportável! Neste sentido, vale a leitura dos anexos A e B.

Portanto, a complexidade e a urgência da vida social, alcançada na contemporaneidade, não foi devidamente acompanhada da reavaliação das bases do direito processual que operam com dicotomias, paradoxos, abstrações, verdades eternas e até incompatibilidades frente aos fundamentos constitucionais. Tal é a zona abissal retratada por Boaventura de Sousa Santos, que sobrevive com o pensamento moderno.²⁷⁹

Também faz parte dessa lógica messiânica a invocação do precedente como instituto próprio da tradição jurídica da *common law* e o seu uso desvirtuado do modelo original. O novo Código de Processo Civil anuncia a manutenção do mecanismo adotado nas ações repetitivas para o uso de recursos representativos de controvérsia, bem como nos Incidentes de Demandas Repetitivas, que, uma vez julgados, cabe lembrar, em um espaço jurisdicional que se nega a apreciar matéria fática, representarão enunciados universalistas que se aplicarão a todas as situações a ela idênticas, tanto que novas ações serão obstaculizadas se conformadas com o precedente que a supera.²⁸⁰

Nessa linha de ideias, a doutrina tem se comportado de maneira a tratar o precedente judicial com extrema dignidade, já que se colocaria como solução para as aflições decorrentes do excesso de litígios e da necessidade de uniformização das decisões judiciais. Para Luiz Guilherme Marinoni, por exemplo, seria uma irracionalidade deixar de aplicar o precedente em caráter obrigatório para admitir interpretação distinta daquela proferida por órgão cuja finalidade, nos termos da Constituição Federal, é justamente de conferir unidade do direito federal, e tal irracionalidade, segundo o processualista, seria ainda mais indisfarçável quando

²⁷⁸ É imensa a lista apresentada por Lenio Streck, c. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.24-28.

²⁷⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal – Das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Revista Novos Estudos**, São Paulo, n.79, p. 71-94, 2007.

²⁸⁰ No CPC atual, ver artigos 285-A e 543-C. No texto do novo Código, com redação última da Câmara, ver artigos 522 e 988.

a decisão se distancia de outra anterior a ela proferida pelo mesmo órgão jurisdicional em caso similar.²⁸¹

Ocorre que, inicialmente, o tratamento judicial desigual acerca de casos idênticos não pode ser concebido como uma aberração jurídica, até mesmo porque essa paridade absoluta somente pode ser exigida para situações concretas absolutamente iguais e experimentadas em um mesmo contexto histórico-temporal.²⁸² Não fosse assim, seria sim uma irracionalidade o fato de um sistema jurisdicional primar cegamente pela segurança jurídica e admitir, ao mesmo tempo, ações diretas de constitucionalidade para afirmar a tese jurídica correta frente às divergências jurisdicionais acerca da aplicabilidade da lei federal em território nacional.²⁸³

O problema, na verdade, reside na forma com que o precedente vem sendo pensado e utilizado no Brasil, a partir de uma compreensão equivocada da sua aplicação pela tradição do direito inglês, a exemplo da imposição do precedente como critério de julgamento sem a análise da casuística, critério este justamente indispensável para averiguação da similitude dos casos no tempo, confundindo, ainda, precedente com jurisprudência. A partir disso, cria-se uma sistemática de abstração dos julgados que recebem os precedentes como critério de fundamentação, especialmente no caso de demandas repetitivas, as quais, muito embora sejam de interesse da coletividade, são levadas ao Judiciário individualmente. O mecanismo de julgamento acaba produzindo decisões abstratas e seriadas que, por não mencionarem a casuística em nenhum momento, parecem circular sobre qualquer pretensão ou qualquer ambiente jurisdicional. Tudo para bem servir a agilidade dos julgamentos, especialmente nos tribunais.

A preocupação de Marinoni está direcionada, portanto, justamente para um sistema jurisdicional que venha a admitir vários significados de um mesmo direito fundamental ou de uma mesma lei federal, o que, segundo o autor “eliminará qualquer possibilidade de se ter uma elaboração teórica racionalmente capaz de explicar a legitimidade de uma decisão que afirma direito fundamental e deixaria sem qualquer razão de ser as normas constitucionais que consagram as funções jurisdicionais de uniformização da interpretação da lei federal e de atribuição de sentido à Constituição”.²⁸⁴

²⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2011. p.144-145 e p.148-149.

²⁸² Sérgio Gilberto Porto alerta para a ideia rigorosa de uniformidade de pensamento jurídico muito embora existam no Brasil acentuadas diferenças culturais. Cf. PORTO, Sérgio Gilberto. A humanização do processo civil contemporâneo, em face da mais valia constitucional no projeto de um novo CPC. **Revista Nota Dez**, Porto Alegre, n.418, p.42, agosto.2012.

²⁸³ Ver neste sentido o art.103 da CF e art. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, mais especificamente no seu art.14, inciso III: “Art. 14. A petição inicial indicará: [...] III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória”.

²⁸⁴ Neste sentido, ver os Anexos A e B.

Ocorre que na tradição da *common law*, a regra do precedente funciona justamente para adaptar a estrutura jurisprudencial de acordo com a tradição e, para evitar a rigidez que poderia paralisar a interpretação do direito no tempo, foi adotada a *técnica da distinção*, que exige do juiz inglês a análise apurada das razões e os comentários que sustentam a decisão judicial. De tal modo, nesta análise, o julgador deve distinguir o ponto que efetivamente constitui o suporte necessário da decisão, o *ratio decidendi* (regra jurisprudencial que se incorpora no direito inglês e que se impõe no futuro), bem como aquilo que é dispensável, o *obiter dictum*. Esta possui valor de acordo com a força de “persuasão do juiz que se pronunciou, da exatidão da sua análise e de um grande número de circunstâncias, variáveis de caso para caso”.²⁸⁵

Logo, a valoração do precedente tal como ocorre no Brasil é fruto de uma compreensão equivocada da sua essência, sendo utilizado tal qual ocorre com a prática usual da jurisprudência. Para Michelle Taruffo, o precedente é suscetível de universalização, para que assim possa ser aplicado como critério de decisão ao caso sucessivo em função de sua identidade, o que implica necessariamente revolver os fatos que integram o precedente, pois “se essa análise justifica a aplicação da *ratio decidendi* do primeiro caso, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo caso”, ou seja, somente através da análise dos fatos da causa que se pode determinar qual a razão jurídica efetiva da decisão.²⁸⁶ Segundo John Henry Merryman, o juiz da *common law* tem tradicionalmente uma faculdade equitativa de adaptar a decisão ao caso concreto, interpretando e reinterpretando tal decisão para alcançar a melhor compreensão do caso e assim adaptando o direito às mudanças sociais. Em se tratando do precedente, essa faculdade resta potencializada na medida em que tal decisão será, na análise do caso concreto, totalmente adaptada às circunstâncias atuais do conflito. Assim, em uma síntese apurada por Merryman, enquanto no direito inglês o juiz tem a faculdade de adaptar a regra aos fatos, na tradição da *civil law*, caso os fatos não se ajustarem à norma, estes devem ser distorcidos até se ajustarem: “...es siempre la legislatura quien construye la caja”.²⁸⁷

Já a jurisprudência, por sua vez, apresenta características bastante diversas, na medida em que é construída através de enunciados que se projetam através de regras jurídicas, ou seja, “enunciados gerais de conteúdo preceptivo”. Logo, para Taruffo, de modo geral os

²⁸⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**, p. 430.

²⁸⁶ TARUFFO, Michele. **Precedente y Jurisprudencia**. Disponível em: <<http://www.proesa.org.co/revistas/index.php/precedente/article/download/1434/1831>>. Acesso em: 11 Dez.2012, p.91.

²⁸⁷ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**, p.103.

textos jurisprudenciais não incluem os fatos objeto de decisão, o que retira de sua aplicação a análise dos fatos e de sua identidade, pois a aplicação da jurisprudência como precedente, neste caso, ocorrerá através da subsunção do caso sucessivo a estes enunciados gerais,²⁸⁸ o que, somado à frequência com que a jurisprudência se modifica, torna assombroso o modo como vem sendo utilizada, muitas vezes de modo arbitrário e privada da devida justificação,²⁸⁹ tornando incoerente a própria tentativa de racionalização da aplicação do direito.²⁹⁰

De outro lado, a técnica da distinção, segundo René David está muito relacionada à *legal rule*, já que o jurista inglês tem se determinado a limitar o alcance de regras elaboradas em termos muito genéricos. Logo, a toda a evidência o mecanismo de engessamento da jurisprudência desencadeada pela sistemática do art.543-C do CPC de 1973 e mantida na proposta do novo CPC em nada se compara à regra do precedente da tradição jurídica da *common law*.²⁹¹ Nesse sentido, é forçosa a compreensão de que, enquanto a regra do precedente respeita o desenvolvimento de sua tradição e de sua história, ou a dimensão histórica do fenômeno jurídico nas palavras de Lenio Luiz Streck, o Brasil tenta importar inadvertidamente essa lógica, ao engessar o sentido da solução jurídica atribuída sem qualquer comprometimento com os elementos históricos da casuística,²⁹² misturando, ainda, à brasileira, o instituto do precedente com a doutrina do *stare decisis*, que somente vai aparecer na cultura inglesa no século XIX, momento em que a aplicação de decisões jurídicas anteriores naturalmente já integrava o cotidiano da prática do *common law*.

Essa é, na verdade, uma peculiaridade da tradição inglesa que merece ser melhor avaliada. A doutrina do precedente é consideravelmente prévia à doutrina do *stare decisis*, ou doutrina dos precedentes obrigatórios (*doctrine of binding precedente*), então surgida no momento em que o julgamento dado a determinado caso passou a ser tratado como decisão de aplicação obrigatória para casos semelhantes no futuro. Enquanto a técnica dos precedentes

²⁸⁸ TARUFFO, Michele. Precedente y jurisprudência, p.88-89.

²⁸⁹ Ibid., p.95.

²⁹⁰ Para Sérgio Gilberto Porto, a jurisprudência brasileira transformou a atuação judicial em uma complexa atividade de domínio de poucos, ambiente peculiar em que, conhecer detalhes procedimentais (e não processuais) aparece como algo digno de gênios, a exemplo de situações exóticas como a intempestividade negativa, da ausência do efetivo interruptivo dos embargos quando incabíveis. Cf. PORTO, Sérgio Gilberto. A humanização do processo civil contemporâneo, em face da mais valia constitucional no projeto de um novo CPC. **Revista Nota Dez**, Porto Alegre, n.418, p.43-44, agosto.2012.

²⁹¹ DAVID, René. **Os grandes sistemas**, p.430 e 441.

²⁹² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.36 e p.41.

decorria da cultura dos julgamentos que se apresentava como uma linha de casos, o *stare decisis* especializava uma única decisão de efeito vinculante.²⁹³

Além disso, quanto à vinculação do precedente, a tradição inglesa e a norte-americana diferem-se naturalmente por sua história e constituição políticas. Enquanto que na tradição inglesa o precedente é aplicado com maior rigor, nos Estados Unidos, a doutrina chamada de *stare decisis* respeita a formação política da federação e apenas funciona para matérias de competência dos Estados federados, ou seja, às jurisdições federais. Neste sentido, os Estados são soberanos e não estão vinculados às suas próprias decisões, podendo inclusive desviarem-se de sua jurisprudência uma vez verificada a distinção do caso concreto.²⁹⁴

Por fim, outro dado não menos importante que merece destaque na sistemática inglesa do precedente é o critério de sua publicação, pois há uma seleção prévia que antecede à publicidade das decisões, proporcionalmente aos tribunais que os pronunciam, evitando, assim, que decisões sem relevância venham a atrapalhar ou contaminar o campo de análise dos juristas. Segundo René David, essa seleção distribui a publicação de 75% de publicação dos acórdãos da Câmara dos Lordes, 25% dos acórdãos do *Court of Appeal* e somente 10% das decisões do *High Court of Justice*.²⁹⁵

É interessante observar que, enquanto no Brasil a superveniência da súmula vinculante revigora o método lógico-subsuntivo, ao se impor pelos discursos da necessidade e da segurança jurídica e aplicada como verdadeira operação de enquadramento aos casos futuros, no sistema do *common law* o uso do precedente oxigena a aplicação do direito, já que a decisão paradigmática é objeto de estudo e reavaliada no tempo e na dimensão histórica do caso concreto. O precedente é uma operação de ajuste, não de embuste, tal qual absorvido pela tradição jurídica brasileira. Enquanto a regra da vinculação do precedente pela doutrina do *stare decisis* é apenas um critério de julgamento, no Brasil, a súmula vinculante foi criada sob a ideologia de uma austeridade garantida por um forte esquema de controle através da Reclamação Constitucional.²⁹⁶ Nem mesmo a possibilidade de edição ou cancelamento da súmula nos termos previstos pelo art.3º da Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, consegue afastar tal arbitrariedade.

²⁹³ Ibid., p.41.

²⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.381.

²⁹⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas**, p. 432.

²⁹⁶ Neste sentido é a redação do art.103-A, parágrafo 3º da Constituição Federal, incluída pela Emenda 45/2004.

As justificativas da doutrina que apoia a importação do precedente não são, portanto, adequadas ao problema da litigiosidade repetitiva e do seu tratamento processual. Trata-se, na verdade, de uma importação inadequada da regra do precedente da tradição do direito inglês, sem o devido cuidado acerca do contexto histórico e cultural de onde é originário. Isso porque a natureza do *common law* está justamente na sua estrutura formada na prática cotidiana dos tribunais, ou seja, debruça-se sobre a casuística, e não a partir da doutrina ou da ciência do direito tal qual ocorre na tradição romano-germânica.

Logo, as decisões prévias não são precedentes, mas sim paradigmas do modo como o direito havia sido aplicado aos casos particulares, já que o termo *precedente* é utilizado pela primeira vez em 1557. Tanto é que, segundo Caenegem, “todo o jurista que quiser estudar em profundidade os méritos de um caso pode ter de perambular pelos séculos e tornar-se um historiador jurídico ou talvez um jurista histórico”, uma vez que o direito inglês é essencialmente “produto da história”.²⁹⁷ É neste sentido que Lenio Luiz Streck vai afirmar que, como teoria que orienta as Cortes no julgamento de casos análogos, a aplicação do precedente exige dos juízes uma avaliação dos fundamentos jurídicos que foram essenciais (*holding*) para o julgamento das causas anteriores.²⁹⁸

O fato é que a litigiosidade extremada no Brasil e a sua respectiva política de contenção ou de tratamento processual dado à quantidade de processos têm levado à defesa de alternativas equivocadas e inadequadas à cultura e a história do direito processual no Brasil. E essa medida que representa o verdadeiro regozijo do método de subsunção retroage ao século XVIII para fazer ressurgir a escola exegética francesa em pleno século XXI, de contexto social gritantemente diverso daquele e ainda carente de medidas jurisdicionais coerentes e mais adequadas a essa realidade social.

Conseguimos capturar e engessar o sentido da compreensão, descaracterizando a sua essência de, nas palavras de Gadamer, restar afetado pela consciência histórica efectual. As racionalidades aprisionadas pelos precedentes e súmulas estão sufocando a prestação jurisdicional. De novo, são praticamente dez anos de Emenda 45 nesse país e não há nada de novo no *front*. Enquanto nossa jurisdição está dando sinais perigosos de exaustão, estamos insistindo em um modelo mal adaptado que até agora não conseguiu dar tratamento adequado aos litígios característicos de uma sociedade igualmente exausta pela excessiva conflituosidade e pela precariedade das relações sociais. O acirramento das relações sociais

²⁹⁷ CAENEGEM, R.C. Van. **Juízes, Legisladores e Professores**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.10 e 12.

²⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.p.39-40.

evolui. Os conflitos se perpetuam e os litígios se multiplicam. Enquanto isso, a jurisdição dos conceitos sem coisas já demonstrou não estar apta a essa vertiginosa realidade social. Mas aqui reside o maior problema: insistimos na superficialidade, porque não definitivamente insistimos na ideia de que encarar a conflituosidade no ambiente jurisdicional é um problema, quando na verdade é a saída para a qualidade da prestação jurisdicional.

Por outro lado, assusta o fato de ser esse o modelo jurisdicional que está se construindo para atender a uma conflituosidade de massa e, portanto, para litígios que se repetem na proporção do descaso e menosprezo aos direitos da coletividade. Essa mecanização processual está desenhando uma jurisdição conceitual que não pretende enfrentar o caso concreto, a pretexto de solucionar milhares de casos individuais e idênticos. É o caminho da abstração, eleito para atender à quantidade na medida em que ignora outras formas de solução mais adequadas ao perfil da conflituosidade da coletividade. Há outro caminho mais adequado? É possível desenhar um roteiro procedimental mais adequado a esse perfil de conflito?

3.3 O acesso à justiça sob a ótica da legislação infraconstitucional. Código de Processo Civil atual e novo CPC. A lógica da quantidade como *locus* da universalidade conceitual a pretexto de garantir segurança jurídica

“[...]todo saber racional se enraíza numa compreensão que nunca pode ser levada a um termo definitivo”.
Ernildo Stein, *Hermenêutica e Epistemologia*, p.24.

O cenário da litigiosidade no Brasil revela que parcela considerável dos conflitos judicializados revolvem matérias atinentes às relações de consumo. É o que se deduz no percentual de quase 70% dos processos nos quais se pode observar a assiduidade com que instituições financeiras e operadoras de telefonia estão presentes como sujeitos processuais passivos. A habitualidade destes réus sugere uma repetição de demandas que trazem a mesma pretensão de diferentes autores contra réus fornecedores de bens de serviços,²⁹⁹ fornecendo, assim, um arcabouço de argumentos para a dogmática jurídica acreditar no procedimento das demandas repetitivas, resolvidas através de julgamentos abstratos e com a implementação de decisões paradigmas.

²⁹⁹ Segundo a observação de Marilena Lazzarini, “no âmbito das relações de consumo, a maior parte das questões que afligem o consumidor são de caráter coletivo ou difuso e, como tal, não são resolvidas no âmbito individual, por mais informados, conscientes e ativos que sejam os cidadãos”. Cf. LAZZARINI, Marilena. **As investidas contra as ações civis públicas**, p.159. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (org.). *Tutela Coletiva*. São Paulo: Atlas, 2006.

Recentemente, a título de exemplo, o Supremo Tribunal Federal julgou 1.672 casos de uma única vez, a partir de três recursos com repercussão geral acerca da contratação de serviços sem concursos públicos, vencimentos com base no princípio da isonomia e paridade entre os servidores inativos.³⁰⁰ Também o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do Recurso Repetitivo n. 1.274.466, apreciou teses acerca da liquidação de sentença envolvendo milhares de processos cuja causa de pedir volta-se para as ações de empresa de telefonia.³⁰¹ Mais recentemente, a avalanche de processos envolvendo o *concentre scoring*, foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça através do Recurso Especial Repetitivo n. 1.457.199 (afeito ao Recurso 1.419.697/RS), que também tramitou sob o rito do art.543-C do CPC de 1976.³⁰² De fato, trata-se de uma matemática estrondosa. Mas seria a única via possível para responder aos conflitos repetitivos? Tão importante quanto, é dotado este caminho processual de efetividade como expressão do devido processo legal?

Desde a Emenda 45/2004, as reformas processuais têm se apresentado no *front* da contenção da litigiosidade e do congestionamento dos processos judiciais, anunciando que, para o poder público, a responsabilidade pelos números estaria depositada no *iter* processual moroso. É o que ocorre com o Código de Processo Civil que, desde 2005, vem suportando retalhos e enxertos decorrentes de reformas processuais disseminadas basicamente a partir da necessidade de conferir ao princípio da duração razoável dos processos judiciais a devida aplicabilidade.

Tantos são os retalhos que o CPC perdeu sua identidade. Nas palavras de Sérgio Gilberto Porto, as reformas resultaram numa “eloquente desumanização do processo judicial”, já que decorrentes de brutais contradições no comportamento da comunidade jurídica, descompromissada com a efetiva solução dos conflitos.³⁰³

³⁰⁰ Neste sentido consultar os recursos extraordinários RE n.592.317, RE n.705.140 e RE n.677.730. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>, Acesso: em 01 Ago.2014.

³⁰¹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.274.466/SC, sob a relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 14/05/2014 pela Segunda Seção do STJ e Publicado no Dje de 21/05/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1274466&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em:01 Ago2014.

³⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.457.199/RS, sob a relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 12/11/2014 pela Segunda Seção do STJ e Publicado no Dje de 17/12/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1457199&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO>. Último acesso em: 20 Dez. 2014.

³⁰³ PORTO, Sérgio Gilberto. A humanização do processo civil contemporâneo, **Revista Nota Dez** n.418, p.43.

3.3.1 O “atual” CPC de 1973

A duração razoável foi, portanto, erigida à categoria de direito fundamental do cidadão e um dever do Estado, a partir da inserção do inciso LXXVIII ao art. 5º da Carta Constitucional pela Emenda Constitucional 45/2004, junto de outros institutos de relevância para os procedimentos cíveis, a exemplo da repercussão geral como condição de admissibilidade dos recursos extraordinários (art. 102, §3º), bem como a admissibilidade de edição de súmula vinculante, de competência do Supremo Tribunal Federal (art. 103-A), a fim de submeter o Judiciário e da Administração Pública às suas decisões consolidadas, sob pena de Reclamação, todos esses institutos justificados pela necessidade de conferir “racionalidade” à prestação jurisdicional a partir da lógica da celeridade dos julgamentos.

A partir do ano de 2005, então sob o prisma da celeridade processual, diversas leis ordinárias passaram a alterar o Código de Processo Civil de 1973, com vistas à sumarização dos ritos. Para o fim a que se destina essa pesquisa, destaca-se a Lei nº 11.276, de 7 de fevereiro de 2006, que alterou o art. 518, §1º, instaurando a súmula impeditiva de recursos que contrariem o entendimento das cortes superiores; a Lei nº 11.277, de 7 de fevereiro de 2006, que introduziu o art. 285-A, autorizando a reprodução de sentenças de improcedência preliminares em processos idênticos, desde que debatedores de questões exclusivamente de direito; e a Lei nº 11.672, de 08 de maio de 2008, que introduziu o art. 543-C, disciplinando o rito dos recursos repetitivos.³⁰⁴

Da leitura do artigo 285-A do atual Código de Processo Civil de 1973,³⁰⁵ verifica-se a instauração de julgamentos sumários sem a presença do réu, em processos de “causas idênticas cuja controvérsia se restrinja a questões de direito”, nos quais se reproduz a sentença de improcedência então já utilizada em processos anteriores. Um mês apenas após a publicação da Lei 11.277, restou proposta pelo Conselho Federal da OAB a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3695/DF, questionando a constitucionalidade da redação dada ao art.285-A, sob a alegação de ofensa aos direitos fundamentais do direito de ação, contraditório e devido processo legal.³⁰⁶ Até o momento, agora sob a relatoria do ministro Teori Zavascki,

³⁰⁴ Outras leis de reforma do CPC: Lei nº 11.232, de 22.12.2005, que modificou o rito da execução judicial, sincretizando as fases de conhecimento e de execução em um único processo; Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que introduziu o art. 543-A, disciplinando a repercussão geral nos recursos extraordinários; da Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que disciplina os processos eletrônicos.

³⁰⁵ “Art. 285-A da Lei 5.869/73. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”. (Incluído pela Lei nº 11.277/2006).

³⁰⁶ E veja-se que o contraditório, na concepção de Daniel Mitidiero, deve ser compreendido também sob a perspectiva do autor, de modo que o art.285-A fere o direito ao contraditório do autor. Ver em MITIDIERO,

o Supremo Tribunal Federal não se manifestou acerca do mérito da ação, que pode inclusive perder seu objeto em razão da superveniência do novo CPC.³⁰⁷

De qualquer modo, muito embora parcela da doutrina alimente a tese de constitucionalidade do art.285-A,³⁰⁸ a lógica por ele instaurada não se sustenta em um ambiente constitucional-processual respaldado em direitos fundamentais simbolizados pelo devido processo legal, assim como é questionável os propósitos que firmaram o procedimento de demandas repetitivas como promessa de agilização dos julgamentos.

Inicialmente, com Alexandre Freitas Câmara desde logo é possível posicionar o *locus* de aplicabilidade do artigo, quais sejam as demandas de massa. Ou seja, há uma opção clara do regramento processual em conduzir o litígio repetitivo pelo rito individual.

Por outro lado, a agilidade buscada pelo procedimento do art.285-A, além de não impactar a redução do tempo de trâmite dos processos judiciais, fragiliza o processo de conhecimento a partir da franca violação aos direitos fundamentais processuais guiados pelo devido processo legal, seja pela obstrução ao pleno direito de ação, seja pela via transversa do contraditório, tese esta que acertadamente vem sendo defendida também sob o ponto de vista do demandante.³⁰⁹

Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.37. Neste mesmo sentido, dada a importância do princípio, na lição de Darci Guimarães Ribeiro, muito embora “certos princípios processuais possam, em certas circunstâncias, admitir exceções, o do contraditório é absoluto e não admite exceção, devendo sempre ser respeitado, sob pena de nulidade do processo, inclusive no âmbito administrativo, conforme determinação da própria CF, art. 5º, inc. LV”. Ver em RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.232, p.13-15, jun.2014.

³⁰⁷ Consultar em BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade n.3695/DF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3695&processo=3695>>. Acesso em: 14 Jan.2014.

³⁰⁸ De forma bastante direta, Luiz Guilherme Marinoni chega a afirmar que é “lamentável que se chegue a pensar na inconstitucionalidade do art.285-A” e que “Somente muita desatenção pode permitir imaginar que esta norma fere o direito de defesa. Por isto mesmo, parece que a afirmação de inconstitucionalidade do art.285-A tem mais a ver com a intenção de garantir alguma reserva de mercado, já que é sabidamente interessante, do ponto de vista financeiro, reproduzir, por meio de máquinas, petições e recursos absolutamente iguais”. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de conhecimento**. São Paulo, RT, 2008. p. 98. Alexandre Freitas Câmara, inicialmente, posiciona a aplicação do art.285-A somente às “demandas de massa (ou repetitivos)” e que, anteriormente, sustentava a inconstitucionalidade do referido dispositivo. Hoje, mantém posicionamento diverso, no sentido de que a constitucionalidade do art.285-A resta preservada caso seja o autor intimado previamente para manifestar-se acerca da aplicação ou não da norma processual em questão. Assim, entende o autor que o procedimento se conformaria com os princípios constitucionais caso o autor da demanda seja previamente ouvido antes do pronunciamento da sentença de improcedência reproduzida pelo julgador. Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2014. p.366 e 368. A posição de Luiz Guilherme Wambier e Eduardo Talamini parece não definitiva, pois ao tempo em que revigoram a inexistência de ofensa ao contraditório e ampla defesa e ao direito de ação, afirmam ser acertado o questionamento da constitucionalidade do art.285-A por ocasião da Adin 3695/DF. Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. São Paulo: RT, 2013. p.362-364.

³⁰⁹ Para Daniel Mitidiero, o contraditório deixa de ser uma norma de igualdade formal para assumir um papel central na experiência do processo, cujo resultado não pode ser outro que não um ato de três pessoas, como

Em um segundo momento, a partir da leitura do art. 518, parágrafo §1º,³¹⁰ constata-se que, na eventualidade de tal sentença reproduzida apresentar como critério de fundamentação súmulas dos tribunais superiores (STJ e STF), sejam ou não vinculantes, nenhum sucesso terá o recurso de apelação, na medida em que a súmula por si só é obstáculo intransponível que impõe o não conhecimento do recurso já no exame de sua admissibilidade. Assim, a julgar pela análise dos referidos dispositivos, o processo se resumiria a dois atos processuais: uma petição inicial, indeferida preliminarmente por uma sentença reproduzida e então decorrente de “processos idênticos”, e um recurso de apelação, o qual de qualquer maneira se revelaria inapropriado para prosseguimento, já que compreendido como inadmissível no juízo de admissibilidade, acaso a sentença se apresentasse “fundamentada” em súmula dos tribunais superiores.

Já nos Tribunais superiores, o procedimento recursal de julgamentos de recursos representativos de controvérsia realmente tem sido o alento para as operações limpa-gabinete e, com isso, o atendimento de tantas metas já impostas pelo Conselho Nacional de Justiça. Na linha do art. 543-C e seus parágrafos,^{311/ 312} instaura-se a sistemática dos recursos repetitivos, quando recursos diversos apresentarem fundamento de idêntica questão de direito, frente aos quais um único recurso passa a ser admitido como representativo da controvérsia. Dada a identidade do recurso representativo da controvérsia com os demais recursos que ficaram

um autêntico ambiente democrático e cooperativo. Cf. MITIDIERO, Daniel. **Processo civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.37.

³¹⁰ “Art. 518 da Lei 5.869/73. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder”. “§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.

³¹¹ “**Art. 543-C da Lei 5.869/73.** Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. § 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. § 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. § 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia. § 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. § 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias. § 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. § 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

³¹² No Projeto do CPC ora em trâmite na Câmara dos Deputados, o artigo 543-C toma o número de 1049 e segue praticamente com a mesma redação.

suspensos, o julgamento daquele se sobreporá a estes, nos quais se presume a identidade da causa que deixa de ser apreciada em seus pressupostos fáticos.

Volta-se a afirmar e, sobretudo para esclarecer, que o grande problema não reside na tentativa de provocar a uniformização de julgados sobre controvérsias idênticas, mas sim no grave risco da produção de decisões arbitrárias e sobretudo abstratas que acabam afetando milhares de processos sem a devida apreciação da similitude fática.

O roteiro demonstra notadamente o término célere de um processo que, para a filosofia das reformas processuais, representa o caminho do atendimento da segurança jurídica a partir da agilidade de julgamentos debruçados sobre causas que, com decisão de improcedência, encerram-se sob o efeito da coisa julgada material. Dois ou três atos processuais são praticados pelo autor e o processo acaba sumariamente, ao tempo em que o réu passa a ter a seu favor uma decisão judicial transitada em julgado. Trata-se de uma vitória da jurisdição quantitativa que atua em prol do direito fundamental à celeridade, e que se diga, não é sinônimo da garantia à duração razoável dos processos judiciais.³¹³

Há, portanto, um primeiro aspecto a se denunciar acerca dos resultados ilusórios dessa crença da quantidade, quando as estatísticas acerca da litigiosidade demonstram que o problema não se encontra no aumento do número de processos novos, e até mesmo no aumento de processos repetitivos, pois, conforme as pesquisas já exploradas no capítulo anterior, Bancos e empresas de telefonia são demandados campeões do indesejado número de processos relacionados às relações de consumo. Num segundo aspecto, o rito individual não se mostra o mais adequado para o tratamento de conflitos de massa e de titularidade coletiva, sob pena de prestar tratamento jurisdicional igualitário a conflitos de natureza diversa.

Por fim, não bastassem as reformas processuais promovidas com vistas à sumarização do processo, numa verdadeira operação de subsunção, as opções do poder público têm demonstrado uma busca incessante de institutos de outras tradições jurídicas incompatíveis com a historicidade brasileira, importados ainda às avessas e promovendo uma sistemática à brasileira de julgamentos abstratos - que nada mais representam do que “conceitos sem coisas”,³¹⁴ na expressão de Lenio Luiz Streck, impostos arbitrariamente como verdadeiras razões de decidir ou critérios de fundamentação que acabam, na verdade, engessando a prestação jurisdicional de primeiro grau.

³¹³ Neste sentido consultar o capítulo 3.4 desta tese.

³¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: 2009. p. 440.

E veja-se que o mote dessa operação abstrata e universalizante é a controvérsia restrita à análise das questões de direito, na aficionada compreensão de que a causa pode restar desprovida de seu elemento histórico-fático.

Sob a dialética sufocada pelo procedimento sumarizado, de questionável efetividade, subjaz o menosprezo pelas demandas repetitivas, tratadas como “vala comum”,³¹⁵ (ou o comportamento jurisdicional desumano do “virar as costas para o conflito social”, nas palavras de Sérgio Gilberto Porto³¹⁶), bem como subjaz o anseio fervoroso pelos despachos *express* dos gabinetes, com a rapidez e o descaso com que o próprio procedimento revela para com demandas decorrentes de uma realidade social da massa.

Diante do excesso de conflituosidade retratada no país, a solução encontrada pelo poder público segue, portanto, a via da abreviação dos processos através das decisões de improcedência reproduzidas em demandas sem réus e no apontamento de processos idênticos, julgados de forma seriada e por amostragem, por apresentarem supostamente controvérsia restrita à questão de direito, levando-se em consideração decisões já confirmadas pelos tribunais superiores, suprimindo do julgamento a análise do caso concreto. Encontrou-se, na abstrativização dos julgamentos, fundamentados pelas decisões dos tribunais superiores e na valorização dos precedentes, o caminho para garantir a duração razoável dos processos e a efetividade da prestação jurisdicional.

Se inicialmente as reformas pareciam combater os lastros silenciosos do tempo de um processo “ordinarizado”, para compatibilizá-lo com os conflitos decorrentes de uma sociedade da urgência, além de inexitoso tal escopo, na verdade elas acabaram resultando em uma indesejada abstrativização da jurisdição, de uma lógica seriada, quantitativa e superficial.

3.3.2 O “novo” CPC que se anuncia

O novo CPC foi publicado através da Lei n.13.105, no Diário Oficial de 17 de março de 2015, com forte apelo constitucional e com vistas à aplicabilidade dos direitos fundamentais voltados para a garantia do acesso à justiça, do contraditório e da ampla defesa e da duração razoável dos processos judiciais. Essa vertente principiológica encontra-se claramente respaldada pelos doze primeiros artigos da nova lei.

³¹⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, Segurança, Massificação e a Proposta de um “Incidente de Demandas Repetitivas”. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n.53, mar/abr.2013. p.58.

³¹⁶ PORTO, Sérgio Gilberto. A humanização do processo civil contemporâneo, em face da mais valia constitucional no projeto de um novo CPC. *Revista Nota Dez*, Porto Alegre, n.418, agosto.2012. p.44.

Por outro lado, paradoxalmente ou não, a nova legislação processual manteve a lógica da aceleração dos julgamentos, introduzida pelas reformas processuais já promovidas sobre o CPC de 1973, a exemplo daquela já prevista no art.285-A e no art.543-C, acerca do julgamento das demandas repetitivas.

A redação do projeto de lei n.166/2010, que inicialmente tramitou no Senado Federal, transformou a redação do atual art.285-A no art.307 do PLS, determinando a rejeição liminar da demanda através de sentença que estiver em conformidade com o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, esteja este presente em súmulas ou adotado em decisão estendida a recursos repetitivos. Na Câmara dos Deputados, o dispositivo foi readequado como art. 333 do PLC 8046/2010, e inovou ao prever a não aplicabilidade da súmula ou do precedente caso a diversidade fática se impusesse. Neste sentido é o comando do parágrafo 5º do art.333 do PLC, que remetia às disposições do art.521, cujo parágrafo 5º comandava que

Art.521[...]. Parágrafo 5º. O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentalmente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa.

Ao final, com a publicação no novo CPC (Lei n. 13.105), a providência restou mantida como art.332, sem, contudo, restringir a imposição dos enunciados ou julgados quando o caso se apresentar como “hipótese fática distinta”, ou seja, desapareceu da redação final a possibilidade de distinção do caso supostamente idêntico.³¹⁷ O art.332 passou a determinar, portanto, a rejeição liminar da demanda através de sentença que estiver em conformidade com enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça (inciso I); com acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos (inciso II); com entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inciso III); ou, por fim, com enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local (inciso IV).

³¹⁷ A possibilidade de distinção aparece apenas discretamente no novo CPC por ocasião do julgamento dos recursos repetitivos que apresentarem fundamentos com idêntica questão de direito (art.1036), com decisão de afetação que suspende processos individuais e coletivos, à exceção dos casos distintos de acordo com a previsão do art.1037, parágrafo 9º: “§ 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo”.

Veja-se que, por um lapso de tempo, foi possível acompanhar, embora de forma oscilante, a tentativa de mudança do texto anunciada para respeitar situações fáticas distintas, representando, assim, um provisório avanço rumo à “integridade” das decisões judiciais, muito embora pareça de certa forma ingênuo acreditar no êxito da perspectiva de “análise da diversidade fática” dentro de um cenário de metas de aceleração dos julgamentos a que o Judiciário se propõe, justamente a partir da abstração dos julgamentos.³¹⁸ E tanto não vingaria tal hipótese nesse cenário de abstrações que o texto final não confirmou a perspectiva da Câmara.

Ainda, é preciso mencionar também que, segundo o texto proposto pela Câmara, o julgamento das causas repetitivas continuaria apostando em demandas cuja questão “controvertida seja eminentemente de direito”, apreciadas a partir da aplicação subsuntiva de enunciados universais, mantendo, portanto, o senso comum teórico que impera na dogmática jurídica quanto à crença da existência de etapas distintas de aplicação do direito no processo de compreensão (primeiro interpretamos depois aplicamos) e, não menos importante, na crença de que a questão de fato e a questão de direito são elementos estanques e separados na compreensão da causa debatida em juízo. Neste sentido é o texto do projeto de lei para o parágrafo único do artigo 522, parágrafo único.³¹⁹

Por outro lado, mostram-se relevantes duas providências contidas no texto final do novo CPC que, contrariamente à essência das medidas abstrativistas, parecem querer valorizar a casuística real como elemento indissociável da decisão judicial. A primeira, contida no art.190 do novo CPC,³²⁰ diz respeito à flexibilização do procedimento em caso de direitos disponíveis, para ajustá-lo às especificidades da causa e admitir a convenção, mediante comum acordo entre o magistrado e as partes, das circunstâncias desta mudança. Tal inovação, segundo Darci Guimarães Ribeiro, faz homenagem ao princípio do contraditório, valorizando o diálogo entre o juiz e as partes e, “conferindo-lhes, quando necessário e nos limites traçados pelo próprio sistema, a condição de adaptar o procedimento às exigências

³¹⁸ A crônica do único decibel, anunciada na introdução deste trabalho, é a demonstração fiel da lógica que impera nos fóruns do país. É fato, pois: as cortes não se voltam para a análise da historicidade da causa. O julgamento superficial facilita a aceleração dos julgamentos e o cumprimento das metas de produtividade.

³¹⁹ Projeto de lei 8046/2010. “Art. 522. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I – incidente de resolução de demandas repetitivas; II – recursos especial e extraordinário repetitivos. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual”.

³²⁰ Lei n. 13.105, “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

específicas do litígio”.³²¹ A outra medida está prevista no art. 489, parágrafo 1º, incisos II e III,³²² quanto ao dever de enfrentamento expresso da controvérsia, no sentido de impedir o uso de conceitos jurídicos indeterminados ou de prolação de decisões que se prestam a tratar sobre qualquer tipo de controvérsia. Neste sentido, muito embora o texto do novo CPC queira impedir pronunciamentos judiciais superficiais e abstratos, ao rechaçar decisões que se apliquem para qualquer causa, resta observar e controlar se, na prática, essa regra será respeitada no dia a dia forense da “litigiosidade perniciosa”, pois na linha do que ocorre atualmente, o idealismo convencionado de que “uma única coisa serve para tudo” tem sustentando virtuosamente as missões institucionais de cumprimento de metas.

Por fim, na linha de argumentação a que se propõe este trabalho, as duas importantes inovações dos projetos de lei voltados para a construção do novo CPC serão tratadas separadamente, quais sejam o Incidente de Demandas Repetitivas e a Conversão de Demandas Individuais em Ação Coletiva.

3.3.2.1 O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no novo CPC

O novo Código de Processo Civil, além de não se desprender da lógica já instaurada no CPC de 1973 a respeito da sumarização das demandas repetitivas, vai além e inova ao instaurar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, previsto no capítulo que vai do art.976 ao art.987 da Lei n. 13.105/2015.

A redação original do novo CPC que tramitou no Senado Federal, então elaborada pela Comissão de Juristas responsável pelo anteprojeto, prevê a instauração do incidente de coletivização dos litígios de massa, inspirado no processo-modelo alemão (*Musterverfahren*),³²³ atendendo à premissa de construir instrumentos capazes de reduzir o número de demandas e recursos que tramitam pelo Poder Judiciário, a partir da eleição de casos pilotos, julgados por decisão que afeta todos os demais processos similares.³²⁴ Segundo

³²¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.232, jun.2014, p.13-15.

³²² Lei n. 13.105, “Art.489 [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;[...]”.

³²³ Neste sentido ver em AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, Segurança, Massificação e a Proposta de um “Incidente de Demandas Repetitivas”. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n.53, mar/abril.2013, p.62; Ver ainda: LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**. São Paulo: RT, p.34.

³²⁴ Essa providência já existia no CPC de 1973, no art.543-B e art.543-C, que autoriza a eleição de recurso representativo de controvérsia em caso de demandas idênticas.

as justificativas prestadas pelo presidente da Comissão, Ministro Luiz Fux,³²⁵ tal providência teria o condão de evitar a multiplicação das demandas,

[...] na medida em que suscitado o mesmo pelo juiz diante, numa causa representativa de milhares de outras idênticas quanto à pretensão nelas encartada, imporá a suspensão de todas, habilitando o magistrado na ação coletiva, dotada de amplíssima defesa, com todos os recursos previstos nas leis processuais, proferir uma decisão com amplo espectro, definindo o direito controvertido de tantos quantos se encontram na mesma situação jurídica, plasmando uma decisão consagradora do princípio da isonomia constitucional.

A intenção da redação original prevista no art.930 e seguintes do PLS n.166, a exemplo do procedimento alemão, seria de suspender todos os processos idênticos em tramitação, afetados posteriormente com a decisão vinculante decorrente do julgamento do incidente. No substitutivo da Câmara dos Deputados, o projeto obteve redação ampliada (PLC 8046/2010) e recebeu a inclusão de providências para a identificação da repetição de lides pendentes com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas, em capítulo especial previsto do artigo 988 ao artigo 999 e,³²⁶ a pretexto de promover a segurança jurídica, garantir a uniformização das decisões para demandas unicamente de direito com efeito vinculante.³²⁷

As providências compreendiam, por exemplo, por ocasião da suspensão, inclusive os processos coletivos (neste sentido são os artigos 988, §1º e 995, §5º),^{328/329} e a possibilidade de a parte interessada demonstrar a distinção do seu caso para afastá-lo da suspensão e da vinculação à decisão final do incidente, em requerimento dirigido ao juízo do processo original (art.990, §4º).³³⁰

³²⁵ BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. Comissão de Juristas do Novo CPC. Disponível em: <www.oab.org.br/pdf/Cartilha1afase.pdf>. Acesso em: 31 Out.2014.

³²⁶ PLC n. 8046/2010, “Art. 988. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito”.

³²⁷ PLC n. 8046/2010, “Art. 995. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo estado ou região”.

³²⁸ PLC n. 8046/2010, “Art.988 [...] § 1º Admitido o incidente, o relator: I – suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no estado ou na região, conforme o caso;”

³²⁹ PLC n. 8046/2010, “Art. 995.[...] § 5º Se houver recurso e a matéria for apreciada, em seu mérito, pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem no território nacional”.

³³⁰ PLC n. 8046/2010, “Art.990 [...]§ 4º O interessado pode requerer o prosseguimento do seu processo, demonstrando a distinção do seu caso, nos termos do art. 521, § 5º; ou, se for a hipótese, a suspensão de seu processo, demonstrando que a questão jurídica a ser decidida está abrangida pelo incidente a ser julgado. Em qualquer dos casos, o requerimento deve ser dirigido ao juízo onde tramita o processo. A decisão que negar o requerimento é impugnável por agravo de instrumento”.

Essa manifestação de distinção não resultaria da escolha do interessado, a exemplo do que ocorre com algumas espécies de *class actions* com o *opt-out*, que, diante de ampla divulgação e notificação prévia, permite ao membro do grupo manifestar seu desejo expresso de, apesar de integrar a coletividade, não desejar ser afetado pela decisão final, seja ela positiva ou negativa. A proposta inicial, portanto, exigia duas condições diversas para que a distinção fosse aceitável: a demonstração de caso distinto daquele considerado idêntico e a devida justificativa para tanto. Nesta experiência, o indivíduo que não exerceu o direito de exclusão não poderia ajuizar demanda fundada na mesma causa. Não se trata de manifestação de vontade tal qual ocorre na sistemática norte-americana. Contudo, na versão final pelo Senado, em capítulo previsto a partir do art.976, o IRDR foi finalizado sem a previsão de possibilidade de distinção fática.

Segundo Guilherme Rizzo Amaral, muito embora o incidente tenha inspiração na experiência da causa-piloto do direito alemão,³³¹ este ordenamento jurídico conhece apenas algumas formas limitadas de ações de grupo e não prevê ação coletiva para a reparação de danos individuais homogêneos, assim como o próprio procedimento da *Musterverfahren* é, na verdade, uma legislação experimental, idealizada em 2005 e posteriormente prorrogada até dezembro de 2012 para aplicação restrita aos casos de grupos lesados no mercado de capitais.³³²

Márcio Flávio Mafra Leal também confirma a inexpressividade do procedimento na Alemanha, onde o procedimento é praticamente inexistente na prática.³³³ Ademais, é evidente que antes de se instaurar o funcionamento de novas instituições e procedimentos deve ser verificado se os mesmos respondem a uma necessidade real e homologável no país de origem, pois é preciso verificar a conveniência ou a necessidade de adotar ou não certas técnicas adotadas por outros países que facilitem o exercício das ações judiciais, o que depende da situação e tradição particular de cada país.³³⁴ Já para Antonio do Passo Cabral, tais mecanismos preservam a garantia do devido processo legal e o princípio dispositivo em sua

³³¹ Ada Pellegrini Grinover registra também que esse procedimento não é exclusividade do Brasil, já que ritos similares são adotados na Alemanha, Áustria e Noruega, nos quais são chamados de casos piloto ou processo modelo (*pilot action, test case, máster proceeding*). Ver em: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law** – uma análise de direito comparado. São Paulo: RT, 2011. p.233.

³³² AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, Segurança, Massificação e a Proposta de um “Incidente de Demandas Repetitivas”. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n.53, mar/abr.2013. p.63-64 e p.75.

³³³ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**. São Paulo: RT, 2015. p.34.

³³⁴ MARTÍNEZ, María del Pilar Hernández. **Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997. p.156-157.

plenitude, já que o autor critica a legitimidade extraordinária nas ações coletivas e a extensão da coisa julgada.³³⁵

Contudo, qual a diferença entre o representante que ocupa o polo ativo de ação coletiva e o caso representativo da controvérsia (caso piloto) igualmente conduzido por partes e advogados estranhos a todos os milhares de processos que esse processo piloto irá afetar? Também no incidente de demandas repetitivas ocorre o que o autor designa de *ficção representativa*.

Não bastasse isso, na concepção acertada de Guilherme Rizzo Amaral, o incidente proposto pelo novo CPC não é capaz de combater efetivamente a massificação dos conflitos, na medida em que, por afetar apenas os processos em trâmite, não tem o condão de impedir novas ações idênticas e, além disso, requer justamente que novas demandas individuais sejam ajuizadas para que venham a receber a tese jurídica consolidada pela decisão vinculante. A crítica é coerente, pois além de não atender ao propósito a que foi destinado, qual seja a racionalização do trâmite de demandas de massa, o IRDR decorre da importação inadvertida de um instituto idealizado em lei alemã de caráter experimental e muitíssimo recente naquele país, que sequer tradição no trato do processo coletivo possui.³³⁶

Por outro lado, causa espécie a importação do caso-piloto alemão pela metade, pois enquanto o *Musterverfahren* tem cognição ampla para o debate de “questões de fato como de direito”,³³⁷ o incidente de demandas repetitivas insiste em manter a lógica paradigmática dos julgamentos desprovidos da situação fática, eis que o julgamento do incidente está restrito a “questões unicamente de direito” (caput do art.976, inciso I do novo CPC).

Nesse mesmo caminho segue o relato de Ada Pellegrini Grinover, ao retratar a experiência não muito efetiva de alguns países que usam os seus *case pilots* como medidas de contenção da litigiosidade de massa. Segundo a processualista brasileira, tais medidas servem como sucedâneo para países que ainda não contam com verdadeiros processos coletivos ou que nada preveem acerca da tutela de direitos coletivos, ou como reforço de outros, sendo obrigados a revisar sua sistemática tradicional para adaptá-la à realidade das controvérsias de massa, de modo que a expressiva maioria dos países indicados (Japão, Noruega, Alemanha,

³³⁵ CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, n.147, ano 32, maio.2007. p.129.

³³⁶ AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, Segurança, Massificação e a Proposta de um “Incidente de Demandas Repetitivas”. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n.53, mar/abr.2013. p.67.

³³⁷ CABRAL, Antonio do Passo, CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão, REPRO n.147, p.132.

Áustria, Brasil e Dinamarca) “admite francamente que esses métodos são insuficientes e inadequados para fazer face à efetiva tutela jurisdicional dos direitos transindividuais”.³³⁸

Soma-se a essa crítica o fato de o incidente produzir decisões paradigmas abstratas que serviriam de instrumento para mecanizar a prestação jurisdicional a casos futuros supostamente idênticos, em operação desvirtuada do que na verdade ocorre na tradição da *common law* na aplicação do precedente. Alguns defensores dessa lógica de uniformização das decisões judiciais, a partir da homogeneização dos casos concretos, partem do argumento de que a necessidade de analisar fielmente o caso não passa de uma visão romântica e ultrapassada.³³⁹

E é nessa linha de entendimentos que a versão final, tal qual apresentada pela Lei 13.105, não manteve a possibilidade de suspensão do IRDR quando demonstrado pelo interessado a “distinção do caso fático”, nos mesmos moldes do também afastado trecho que impedia a improcedência liminar do pedido. Neste sentido, já se observa que “casos distintos” são futuramente institutos raros na órbita da prestação jurisdicional, já que claramente sua identificação restou afastada na tramitação do texto legal do novo CPC, dando abertura evidente para o caminho da abstração dos julgamentos.

3.3.2.2 A conversão das ações individuais em ação coletiva: entre o projeto de lei e o veto presidencial

O texto do projeto de lei que pretendeu alterar o Código de Processo Civil, quando de sua passagem pela Câmara dos Deputados, destinou um capítulo específico para a identificação das ações coletivas a partir da tramitação de ações idênticas, texto este não previsto pelo projeto de lei durante sua tramitação no Senado. Segundo a redação original do projeto, constante do art.334, o juiz poderia converter ações individuais em demanda coletiva, atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, a requerimento dos legitimados arrolados no artigo 5º da Lei da ACP e do artigo 82 do

³³⁸ Ver GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law** – uma análise de direito comparado. São Paulo: RT, 2011. p.233.

³³⁹ Neste sentido foi a declaração do Ministro Cezar Peluso, em julho de 2010, na época Presidente do Supremo Tribunal Federal. Na mesma ocasião, afirmou que, diante do número elevado de processos, é uma realidade inevitável o julgamento dos processos por servidores públicos, analistas e assessores dos magistrados. Neste sentido consultar a entrevista concedida pelo Ministro César Peluso, enquanto Ministro do Supremo Tribunal Federal, sob o título **Ninguém lê 10000 Ações**. Ver em: Revista Veja n.27, Ano 43, edição 2172, Jul 2010. p. 20.

CDC,³⁴⁰ mesmo que a ação individual formulasse pedido de caráter pessoal, hipótese em que o processamento desse pedido se daria em autos apartados, já que a decisão final nas ações convertidas somente viria a afetar o objeto comum que perpassava por todas as demandas identificadas.³⁴¹

Inicialmente, é de se notar que, na hipótese do inciso II do referido artigo, a conversão em demanda coletiva seria possível quando “tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo”. Ora, o conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica, cuja solução deva ser necessariamente uniforme, é o mesmo litígio estampado no art.976 da redação final, que prevê o IRDR para as chamadas “demandas repetitivas”,³⁴² o que por si só já ratifica o argumento de que o procedimento coletivo mostra-se como um rito mais adequado à solução dos conflitos de massa. Ou seja, a “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” é a identificação clara de direitos coletivos, cujo afrontamento poderia fatalmente ser analisado e julgado em sede de ação coletiva.

De outro lado, o projeto de lei, contrariamente às perspectivas do que poderia se chamar de um regozijo do acesso à justiça coletivo, trouxe consigo restrição expressa ao uso da medida de conversão quando a controvérsia contemplar direitos individuais homogêneos, conforme se verifica no parágrafo primeiro do art.334 do PLC,³⁴³ conflitando o que, a esse respeito, já prevê o próprio Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 81, inciso III,³⁴⁴ ao

³⁴⁰ Câmara dos Deputados, PL 8046/2010. “Art. 334. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou de outro legitimado para a condução do processo coletivo, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que: I – tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico coletivo e indivisível, cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; II – tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo”.

³⁴¹ “Art. 334 [...] § 7º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento deste pedido dar-se-á em autos apartados”.

³⁴² “Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

³⁴³ “Art. 334 [...] § 1º A conversão não pode implicar a formação de um processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos”.

³⁴⁴ “Lei 8078/1990. Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre

admitir a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos. De qualquer modo, sendo o Código de Defesa do Consumidor regramento processual específico para as demandas de consumo, para a proteção coletiva em juízo de direitos relativos ao consumidor, na categoria de individuais homogêneos, impõe-se o regramento do CDC, de caráter específico, tornando inócua a restrição prevista no art.334 do PLC, de caráter genérico.³⁴⁵

Ainda, outras restrições à medida de conversão proposta integraram o projeto de lei, no parágrafo 2º do art.334, a exemplo da impossibilidade da conversão quando já iniciada a audiência de instrução e julgamento no processo individual (inciso I) ou, ainda, diante de outros processos coletivos pendentes com o mesmo objeto (inciso II). Afora a questão relativa à competência do juízo (inciso III), efetivamente os dois primeiros empecilhos, somados à impossibilidade da conversão para os direitos individuais homogêneos, prejudicariam a aplicabilidade real e efetiva da conversão das ações individuais em ação coletiva.

Nesse sentido, a redação do projeto de lei, do modo como foi proposta, reforçou a impraticabilidade da medida de conversão das ações individuais em ação coletiva e, a julgar pelos parágrafos do art.334, revelou, mais uma vez, um excesso de formalismo, próprio do legislador brasileiro, a inviabilizar a flexibilidade e a abertura para a composição dos interesses que a essência dos conflitos coletivos naturalmente requer, a exemplo da impossibilidade de conversão da demanda caso já iniciada a audiência de instrução (parágrafo 2º) e a regulação do processo, após a conversão, pelas regras de procedimento coletivo já previstas (parágrafo 6º).³⁴⁶

É de se notar, portanto, que muito embora o ritual da conversão de demandas individuais em ação coletiva pudesse indicar o melhor tratamento das demandas repetitivas, já

si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

³⁴⁵ Conforme o capítulo 4.6 desta tese, essa intenção classificatória, que cataloga interesses ora transindividuais ora metaindividuais, indivisíveis ou divisíveis, indisponíveis ou disponíveis, difusos, coletivos e individuais homogêneos decorrem de uma engenharia jurídica bem própria da dogmática, que mais dificulta do que favorece o acesso à justiça.

³⁴⁶ Câmara dos Deputados, PL 8046/2010. Art. 334 [...] § 3º Não se admite a conversão, ainda, se: I – já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou II – houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou III – o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado. § 4º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva. § 5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de quinze dias. § 6º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo. § 7º O autor originário não é responsável por qualquer despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo. § 8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo. § 9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados. § 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no caput, salvo quando ele próprio o houver formulado.

que permitiria enfrentar a inteireza do conflito e toda a sua controvérsia, a complexidade do procedimentalismo proposto dificultaria o alcance dos resultados esperados e sinaliza a ineficiência, na prática, da indução do processo coletivo, a uma porque não evitaria o ajuizamento de demandas idênticas individuais, de modo que o mecanismo de conversão não impede a continuidade do fluxo de entrada das demandas idênticas e, com isso, não afeta os números da litigiosidade; a duas, porque a causa individual ficaria sobrestada até a decisão final do mérito da ação coletiva, que acabaria por se tornar incidente prejudicial à questão pessoal da ação individual, podendo representar, no entendimento de Márcio Mafra Leal, um atraso, portanto, na prestação jurisdicional individual.³⁴⁷ O fato é que qualquer óbice procedimental que venha a ser oposto à defesa coletiva em juízo de direitos individuais parte de uma forçosa ou engenhosa hermenêutica que desconsidera toda uma litigiosidade extremada no país, representada pela multiplicidade de ações similares ou de mesma controvérsia. Ignora-se, portanto, a sociologia do litígio.

Mas a tentativa de introduzir a indução do processo coletivo pelo novo CPC foi de curta duração. No retorno do PLC ao Senado, o texto final do novo CPC manteve a redação dada pela Câmara, redimensionando apenas o dispositivo da conversão como art.333, mas, ao ser submetido à sanção presidencial, o artigo 333 restou vetado na íntegra, sob os seguintes argumentos:

Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.³⁴⁸

É interessante observar que, ainda que precário o procedimento previsto para alavancar o manejo das ações coletivas, a proposta restou rejeitada, em síntese, justamente pela já previsão do tratamento das demandas repetitivas no novo Código pelo IRDR, sendo tal mecanismo visto como adequado e suficiente (“já contempla”) para conduzir os litígios da coletividade. Parece clara, portanto, a opção política pelo julgamento abstrato das demandas que se repetem no Judiciário. Sob outro aspecto, a julgar pela ótica dos postulados constitucionais, a exclusão prevista no parágrafo primeiro do art.333 padeceria de

³⁴⁷ LEAL, Márcio Mafra. **Ações Coletivas**, p.253.

³⁴⁸ Mensagens de vetos à Lei 13.105, de 17 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm; Acesso em: 18Mar2015.

constitucionalidade, porque revelaria verdadeiro desacesso à justiça, pretendendo tratar com desigualdade os iguais e, nessa linha, acabaria por violar o devido processo legal, como princípio democrático basilar que deve preponderar nas políticas públicas, cujo dever é justamente afirmar ou concretizar os direitos dos cidadãos.³⁴⁹

Mesmo com tais incongruências, a possibilidade de conversão até então prevista no art.333 representava, ao menos, importante referência ao processo coletivo, na linha da atenção dada já nos primeiros dispositivos do novo CPC (mais precisamente do 1º ao 11º), em respeito ao cumprimento dos direitos fundamentais, a exemplo da dignidade da pessoa humana no art.8º,³⁵⁰ do dever de oportunização do contraditório no art. 10º³⁵¹ e da imposição acerca da fundamentação das decisões judiciais no art. 11.³⁵² Ocorre que, ao que parece, o arranjo final do texto do novo CPC, muito embora transpareça um compromisso com valores constitucionais acerca do processo e da prestação jurisdicional, a regulação dos conflitos coletivos pela via do procedimento de cariz individualista, com destaque para o IRDR está conflitando com essa perspectiva principiológica.

O veto presidencial, por sua vez, acabou por suplantar qualquer expectativa de revigoração do processo coletivo, na contramão das garantias constitucionais processuais os onze primeiros artigos, em especial no aspecto da igualdade material, já que ratificou o procedimento individual de demandas repetitivas através do IRDR como mecanismo apto à solução de conflitos repetitivos, ignorando sua natureza coletiva. Conflitos individuais e coletivos, de natureza diversa, continuarão sendo tratados com rito igualitário. Resta acompanhar se essa lógica materializada pelo julgamento abstrato cumprirá com os postulados da efetividade e eficácia das decisões judiciais, preconizados pelo novo regramento proposto. De qualquer sorte, enquanto o direito processual civil coletivo não se libertar das amarras dogmáticas e ideológicas que o sufocam, não será possível defender uma jurisdição constitucionalmente adequada, a ser garantida por um Estado que se pretende Democrático e de Direito.

³⁴⁹ Nos seus comentários ao texto primário do novo CPC, Marinoni defende que a exigência da igualdade processual vai muito além da proteção em face da insuficiência técnica, pois, para velar pelo efetivo contraditório, determinada particularidade do direito material e do caso litigioso pode impor a necessidade de equalização da posição das partes em juízo. Neste sentido ver em: MARINONI, Luiz Guilherme. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo, RT, 2010. p.74.

³⁵⁰ Lei 13.105/2015, Art. 8º. “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

³⁵¹ Lei 13.105/2015, Art. 10. “Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício”.

³⁵² Lei 13.105/2015, Art.11. “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

3.4. O acesso à justiça e (é) o acesso ao processo constitucionalmente adequado

“Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”
(Art.83 do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990)

A jurisdição civil, como espaço democrático de concretização do acesso à justiça em juízo, mostra-se como reflexo do exercício da cidadania, sendo o exercício da cidadania elemento fundante do Estado Democrático de Direito. Tal qual caracterizada nos capítulos anteriores, o fenômeno da litigiosidade tem submetido a prestação jurisdicional a constrangimentos e embaraços, que respira em meio às reformas processuais que buscam a uniformização das decisões judiciais e que confundem efetividade com julgamento célere, fazendo do tempo do processo o seu algoz.

O rito das demandas repetitivas, já instaurado no CPC atual e também ratificado pelo projeto de lei do novo CPC, não causou impacto nos números da litigiosidade, a julgar pela manutenção da taxa de congestionamento dos processos judiciais, na esfera jurisdicional estadual e federal, ao longo de um período de dez anos, conforme demonstrado no capítulo 2.3. Por outro lado, o “custo social”³⁵³ suportado em razão da superficialidade daquele rito, torna-se demasiadamente alto quando bens constitucionais são atingidos, especialmente se considerado como conceito de efetividade processual a devida adequação ou compatibilidade entre procedimento e conflito, como corolário do devido processo legal.

De tal modo, para além dessa garantia expressamente prevista na Constituição Federal, é possível analisar, em favor do cidadão, a garantia de um processo constitucionalmente adequado, concepção esta que, muito embora não se revele expressamente na redação constitucional,³⁵⁴ resulta da compreensão do conjunto de direitos

³⁵³ Expressão utilizada por Ovídio Baptista da Silva em sua crítica à ordinaryidade. Cf. SILVA, Ovídio Baptista. **Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica**, p.132.

³⁵⁴ A Constituição Italiana estampa em seu art. 111 a garantia de que “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”. Muito embora o conceito de justiça extrapolaria o espaço dessa pesquisa, que tampouco pretende esgotá-la, é cabível a referência a Chaim Perelman, para quem o termo apresenta “noção prestigiosa e confusa”, mostra-se relevante a concepção deste filósofo ao extrair de um campo conceitual de justiça o seu aspecto formal, como parte de um todo que pode ser definida de forma mais clara e precisa. Neste sentido, Perelman chama de justiça formal a consideração de um ato considerado como justo, quando todos os membros de uma categoria essencial são tratados em situação de igualdade. Partindo desta concepção, a “igualdade resultaria da regularidade do ato”, permitindo “definir a noção de equidade” a fim de evitar a aplicação de regras de justiça incompatíveis, sendo que, a única exigência para compreender uma regra como justa, é de que ela não seja arbitrária, pois que justificável dentro de um sistema normativo. Completa o autor ainda ao afirmar que não há justiça perfeita e necessária, diante das arbitrariedades que naturalmente habitam os sistemas normativos, e que “Todo sistema de justiça deveria não

fundamentais processuais já suficientemente previstos na Constituição, sob o olhar do devido processo legal.

O que é um processo constitucionalmente adequado?

Inicialmente, a compreensão acerca de adequação e com ela de efetividade, parte necessariamente da garantia ao devido processo legal,³⁵⁵ estampada explicitamente na redação do inciso LIV do art.5º da Constituição Federal, o que, para Marco Félix Jobim é fruto justamente da constitucionalização dos direitos.³⁵⁶ Para Rui Portanova, a garantia do devido processo legal assegura aos cidadãos uma solução do conflito de acordo com os mecanismos jurídicos de acesso e desenvolvimento do processo, considerando-o, ainda, pela amplitude e significado, postulado de legitimação da jurisdição. Neste sentido, para o desembargador gaúcho, o devido processo legal tem caráter informativo sobre outras garantias processuais presentes no art.5º, a exemplo do direito de ação estampado no inciso XXXV, revelando, assim, seu aspecto elementar de proteção do processo e do procedimento.³⁵⁷

A despeito da natureza substancial ou processual dessa garantia,³⁵⁸ acenada pela doutrina, o princípio anuncia, de qualquer forma, a estruturação, nas palavras de Daniel Mitidiero, de um “modelo mínimo de conformação do processo”, capaz de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva, pautado pela colaboração do juiz para com as partes que participam do seu andamento em posição de igualdade, em contraditório e ampla defesa, perante juiz natural que conduz procedimento público com duração razoável, no qual os pronunciamentos são motivados e, quando for o caso, venha a respeitar a assistência jurídica integral e a formação da coisa julgada.³⁵⁹

perder de vista sua própria imperfeição e disso concluir que uma justiça imperfeita, sem caridade, não é justiça”. Cf. PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.66-67.

³⁵⁵ O conceito do princípio tem origem na Magna carta inglesa de 1215, mas a expressão *due process of law* surge pela primeira vez na quinta emenda norte-americana, em 1789. Logo, trata-se de um direito de origem anglo-saxã, aperfeiçoado pelo constitucionalismo americano e universalizado mundialmente como devido processo legal. Consta na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, no art.8º e art.10º. Cf. PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.145-146.

³⁵⁶ JOBIM, Marco Félix. **O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.108.

³⁵⁷ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.145 a 147.

³⁵⁸ Para Nelson Nery Júnior, enquanto o *due process of law* apresenta uma compreensão mais abrangente do princípio, em seu aspecto substancial, o devido processo legal no Brasil tem conotação mais procedimental (*procedural due process of law*). Essa substancialidade do princípio decorre das questões submetidas à Suprema-Corte norte americana no final do século XVIII em defesa dos direitos fundamentais à liberdade e justiça. No Brasil, o sentido processual enumera uma proteção ligada ao direito da igualdade no processo, ao contraditório e ampla defesa, para garantir a efetividade do acesso à justiça, para dedução de pretensão e defesa no sentido mais amplo possível. Cf. Nery Jr., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.69-70.

³⁵⁹ Segundo Mitidiero, “O Estado tem o dever de tutelar de forma efetiva os direitos. Se essa proteção depende do processo, ela só pode ocorrer mediante processo justo”. Cf. MITIDIERO, Daniel. O direito fundamental ao processo justo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v.8, n.45, 2011. p.27.

Neste aspecto, segundo o autor, o direito ao processo constitucionalmente adequado impõe, sobretudo ao Estado, deveres organizacionais na sua função legislativa, judiciária e executiva, constituindo-se em palavra de ordem para uma prestação positiva de organização de procedimento aptos a garantir a estrutura de concretização dessa garantia constitucional.³⁶⁰

Sob outro aspecto, Mitidiero direciona sua análise do processo justo para o aspecto da adequação do processo ao direito material, ou seja, da adequação da tutela jurisdicional à tutela do direito, o que exige a “observância de balizas mínimas de justiça processual na sua conformação, seja qual for a natureza do direito material que o processo visa a realizar”.³⁶¹

Nessa linha de argumentação, para Mauro Cappelletti, é necessário que o processo se adapte ao tipo de litígio, ou, ainda, é preciso buscar procedimentos que sejam conducentes à proteção dos direitos, pois diferentes são os litígios e diversas são as soluções passíveis de serem encontradas, especialmente considerando os novos direitos que, em nível individual, têm sido difíceis de fazer valer, na medida em que as barreiras enfrentadas pelos indivíduos relativamente fracos contra litigantes organizacionais têm prejudicado o respeito a esses novos direitos.³⁶² Essa preocupação com a adequação substantiva do direito em debate também é ressaltada por Rui Portanova, no sentido de que o dever do processo é para com a dignidade das partes, que devem estar em posição de efetiva igualização por ocasião do debate judicial.³⁶³

De tal modo, é preciso reconhecer que a concepção de processo constitucionalmente adequado decorre da interpretação de postulados constitucionais, erigidos à categoria de direitos fundamentais, que, em torno do devido processo legal, repercutem diretamente sobre a legislação processual. Esta deve garantir a tramitação ou a condução de procedimentos ou rituais compatíveis com o tipo de conflito que se torna seu objeto de litígio. E isso se mostra, inclusive, como condição de legitimidade da própria prestação jurisdicional. Disso decorre, na verdade, a sua efetividade.

Na linha dessa perspectiva, é preciso avaliar se o ritual das demandas repetitivas, impulsionadas pelo dever de celeridade dos julgamentos, revela-se como meio procedimental

³⁶⁰ Para Mitidiero, “As leis processuais, portanto, não são nada mais nada menos do que a concretização do direito ao processo justo”. Cf. MITIDIERO, Daniel. O direito fundamental ao processo justo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v.8, n.45, 2011. p.25.

³⁶¹ MITIDIERO, Daniel. O direito fundamental ao processo justo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v.8, n.45, 2011. p.28.

³⁶² Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**, p.71-72 e 92-93.

³⁶³ É nesse sentido que Rui Portanova ressalta o foco social que o processo deve apresentar, ultrapassando, assim, concepções individualistas e particulares, para alcançar também preocupações coletivas e difusas. Cf. PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.147.

adequado ao tratamento individual de conflitos de natureza de coletiva e, portanto, que se repetem massivamente como litígios em série.

Primeiramente, se conflitos coletivos são tratados através de procedimentos de cunho individual, a discrepância afronta o princípio da igualdade constitucional, na medida em que conflitos de natureza diversa são tratados igualmente. Não é demasiado enfatizar que nas demandas repetitivas, o cidadão está isolada e individualmente em confronto com grandes corporações ou instituições, defendendo direitos que não dizem respeito somente a ele, além de já advir de uma relação material desigual.

Por outro lado, nota-se que a celeridade processual não pode ser confundida com a garantia da duração razoável dos processos judiciais. Segundo a observação de Marco Félix Jobim, a duração razoável dos processos judiciais (tempestividade dos pronunciamentos judiciais) não é sinônimo, por si só, de celeridade (meios legais que garantam tramitação célere).³⁶⁴ Entretanto, todas as medidas adotadas pelo Estado após a Emenda 45 revelam essa confusão conceitual, valorizando a agilização dos julgamentos judiciais como ferramental principal de todas as reformas processuais e das “medidas de austeridade” adotadas pelo CNJ através da política de metas.

Por fim, e não menos importante, de acordo com o aparato constitucional que resguarda de forma latente a efetividade processual, a duração razoável é apenas um dos postulados que integram o “modelo mínimo de conformação do processo”, retratado por Daniel Mitidiero como necessário para o reconhecimento de um processo justo, do qual a efetividade é elemento este indissociável.

Em razão disso, é possível afirmar que, para as conflitos de massa, que atingem direitos ou interesses transindividuais, o procedimento oferecido pelo Estado através das demandas e recursos repetitivos não revelam a devida adequação constitucional esperada frente à litigiosidade massificada.³⁶⁵ E se a prestação da jurisdição por parte do Estado não se mostra adequada à conflituosidade imanente da sociedade contemporânea, há um claro desalinhamento entre os ritos disciplinados pela legislação ordinária e as garantias de acesso à justiça e, em última análise, do devido processo legal.

Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva,

³⁶⁴ Segundo o autor, o Estado pode garantir os meios legais à persecução célere, mas o pronunciamento judicial é intempestivo, o que ensejaria, segundo sua opinião, responsabilidade civil do ente público. Cf. JOBIM, Marco Félix. **O direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.91.

³⁶⁵ Nesta linha o Código Modelo Brasileiro de Processo Coletivo adota a “tutela coletiva adequada” como princípio da tutela jurisdicional coletiva, conforme art.2º, alínea “d” do Anexo C.

Temos uma compulsiva necessidade de "enfileirar" os casos individuais como se eles fossem números de uma grande série de casos idênticos, sem a menor consideração pela impositiva e categórica determinação constitucional, a exigir que as sentenças sejam adequadamente fundamentadas. Todavia, como fundamentar dezenas, às vezes milhares de casos, com base na simplória alegação de que a "a norma não enseja qualquer dúvida"? Como a norma poderia ensejar dúvida se o julgador ignora a inesgotável riqueza do "fato individual"?³⁶⁶

Esse confronto é reconhecidamente desigual no âmbito de um processo individual. Em um ambiente de processo coletivo, os cidadãos, representados por agente dotado de condições técnicas, podem colocar-se, sobretudo, em posição de igualdade perante o polo passivo. Portanto, não é possível garantir a efetividade jurisdicional sem que se tenha, no mínimo, a paridade de armas, direito fundamental que se apresenta, nesta situação peculiar, como um mínimo existencial do devido processo legal e, portanto, para restar garantida a concretização de um processo constitucionalmente adequado. Ganha a jurisdição, ganha a coletividade.³⁶⁷

Nessa linha de ideias, fica claro que a essência que subjaz na reforma do CPC atual e da redação do novo CPC, afronta a compreensão de um processo constitucionalmente adequado, resguardados alguns acertos já referidos nos itens anteriores.

Se o sentido do que é justo é totalmente relativo à situação ética em que nos encontramos, já que não é possível afirmar algo como justo de forma abstrata ou o justo "em si",³⁶⁸ admitir um sistema jurisdicional que menospreze a casuística vivida pelas partes é transitar à margem da ética. Se a adequação do procedimento perpassa pelo diálogo entre a prestação jurisdicional e a realidade social, procedimento constitucionalmente adequado, portanto, é aquele que se volta para a análise do caso concreto e a ele proporciona o devido tratamento, não só porque a realidade da casuística impõe, mas porque é isso que significa, em primeira mão, efetividade jurisdicional como direito fundamental, na garantia do acesso à justiça.

³⁶⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Justiça da Lei e Justiça do Caso**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/Artigos>>. Acesso em: 17 jun. 2011.

³⁶⁷ É o que resta observado na ACP n.2006.61.00.028224-0, ajuizada na 6ª Vara Federal de São Paulo em 2006 e que ficou conhecida como o caso "apagão aéreo", tendo como autor o PROCON/SP, entre outros, e como réus a UNIÃO, a ANAC e as empresas aéreas envolvidas. O pedido foi formulado no sentido de impor assistência material e informativa, sob pena de multa diária, além de indenização por danos materiais e morais sofridos pelos consumidores, em razão dos atrasos e cancelamentos dos voos. Consultar em YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **Ação Civil pública: aspectos evolutivos e tendências. Protagonismo, integração e gestão participativa dos conflitos. Legitimidade e efetividade do processo decisório**. In: MILARÉ, Édis. **A Ação Civil Pública após 25 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.174-175 e 180.

³⁶⁸ GADAMER, Hans Georg. **O problema da consciência histórica**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p.52.

Ademais, a estrutura do processo civil não pode ser moldada pela simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente por escolhas de natureza política, em busca dos meios mais adequados para a realização dos valores que dominam o meio social, estes sim estruturando a vida jurídica de cada povo,³⁶⁹ de modo que procedimento adequado é a jurisdição compatível com o conflito social, no seu tempo e na sua história, sob pena de franca violação as dispositivos constitucionais processuais.

E como se desenha essa nova casuística? Quais as características do procedimento que pode viabilizar o acesso à justiça dessa nova realidade e concretizar a efetividade processual? É que se pretende propor na segunda parte desse trabalho, na intenção de demonstrar que as demandas repetitivas consideradas individualmente podem ser tratadas processualmente pela via do processo coletivo, não só por se mostrar como caminho constitucionalmente mais adequado, mas também por se tratar de uma via processual mais coerente com a conflituosidade deste início de século. Ademais, o trato individual de conflitos coletivos já se anunciou como solução rasa e incapaz de promover, em favor do cidadão integrante da massa, o pleno e efetivo acesso à justiça.

Cabe alertar, entretanto, que o processo coletivo não está proposto como um “desatador de nós”, na expressão de Barbosa Moreira, pois com o processualista também é preciso reconhecer que “a lei processual não é onipotente e tampouco tem o processo, sozinho, condições de construir um cenário ideal”. E isso já anunciava o renomado jurista brasileiro lá em 1983.

Neste mesmo sentido alerta Sérgio Gilberto Porto acerca das expectativas depositadas sobre o novo CPC, já que não é o método de processamento das demandas judiciais a única causa da inefetividade da solução dos litígios, pois há outras causas concorrentes, de natureza conjuntural, humana e até mesmo de conveniência ideológica, assim como não é possível supor que a construção de um novo CPC, por si só, irá resolver definitivamente o problema da jurisdição.³⁷⁰

³⁶⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. **Do formalismo no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.227.

³⁷⁰ PORTO, Sérgio Gilberto. A humanização do processo civil contemporâneo, em face da mais valia constitucional no projeto de um novo CPC, **Revista Nota Dez**, Porto Alegre, n.418, ago.2012. p.41-42.

3.5 Litigiosidade e Reformas Processuais

Muito embora se reconheça a legitimidade de outros meios de solução de conflitos, a exemplo da mediação, da conciliação e da arbitragem, este trabalho se ocupa daqueles conflitos que já chegaram ao Judiciário, a fim de avaliar os mecanismos disponibilizados pelo Estado justamente para dar ao conflito social o devido tratamento jurisdicional, especialmente na contemporaneidade, marcada por contingências sociais cada vez mais crescentes e complexas.

A complexidade da vida em sociedade vem acompanhada de um traço de litigiosidade extrema e antes não observada. Essa extrema conflituosidade pode ser marcada pelo triunfo da sociedade pós-industrial, decorrente, entre outros fenômenos, da difusão do consumo de massa e da sociedade de massa.³⁷¹ Neste ambiente, os conflitos que se avolumam e acabam por se repetir na sociedade da urgência estão a receber igualmente uma vulgarização pelo Estado que, além de não lhes proporcionar o devido tratamento preventivo e repressivo, está a lhes menosprezar ao oferecer tratamento jurisdicional constitucionalmente inadequado. Exemplo disso são os julgamentos por subsunção de decisões paradigmas sobre demandas então vulgarizadas como causas repetitivas.

Os conflitos de massa, assim generalizados, podem ser identificados quando relacionados, por exemplo, aos consumidores, cujo direito lesado nas relações de consumo resulta na violação dos direitos de uma massa de sujeitos indeterminados.³⁷² Neste universo da quantidade, passou-se a reconhecer uma identidade social de cariz negativo, a partir da aglomeração do homem médio, vulgarizada sob a pecha de sociedade de massa. Segundo Ortega y Gasset, em obra publicada na década de 20,³⁷³ a democracia liberal, a experimentação científica e o industrialismo mostram-se como fatores implantados no século XIX que, somados, dão oportunidade à criação de um novo cenário para existência do homem, a do homem-massa ou homem-médio, que ultrapassa o conceito qualitativo de multidão, fenômeno demográfico sintomático das primeiras décadas do século XX, para alcançar o conceito qualitativo de lugar comum, de homem ignóbil que não se diferencia dos demais, mas que se repete em si num mesmo tipo genérico.

³⁷¹ Conforme CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 5, p.128-159, 1977, p.130. O termo também é utilizado por diversos cientistas sociais, a exemplo de MASI, Domenico de. **O futuro do trabalho** – Fadiga e ócio da sociedade pós-industrial. São Paulo: José Olympo, 2006. p.161.

³⁷² Alguns processualistas brasileiros já tem observado esse fenômeno, a exemplo de Alexandre Freitas Câmara. Neste sentido, ver CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2014. p.366.

³⁷³ ORTEGA y GASSET, José. **A rebelião das massas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

Trata-se de um perfil de massa que carrega, segundo o filósofo, “uma estranha dualidade de prepotência e insegurança que se aninha na alma contemporânea”.³⁷⁴ Essa massa vulgarizada e hermética, não deseja a convivência com o que não é ela e, assim, carece e é mantida por um poder que a organiza e a representa, sob pena de eternizar-se à deriva. Ortega y Gasset deixa claro sua posição de vulgarização e de mediocrização da massa.

Sob um outro aspecto, Bauman vê como tarefa assustadora essa convergência e condensação das queixas individuais em interesses compartilhados e depois em ação conjunta, pois considera que as aflições mais comuns dos indivíduos são *não-aditivas*, ou seja, não podem ser somadas numa “causa comum”. Segundo o sociólogo, “Podem ser postas lado a lado, mas não se fundirão”.³⁷⁵

Por outro lado, a distopia de Orwell supõe uma sociedade dominada pelo Estado através de uma forte propaganda desenvolvimentista e controlada pela “teletela” que tudo vê. Esse poder se mantém com a aniquilação do pensamento independente e com um constante vigiar dos fatos e do controle da verdade e da história.³⁷⁶ Trata-se de um poder que não só diz satisfazer as necessidades da sociedade como faz crer que ele próprio a constitui, subjugando a massa formada pelos *proletas*, contrariando a compreensão de indivíduo tal qual pensado por Cornelius Castoriadis, que o concebe como tal diante do exercício pleno da liberdade, ou seja, não existe “indivíduo” em uma sociedade totalitária.³⁷⁷

Nessa linha de raciocínio, massificar o conflito não significa alienar a massa, pois tratar os interesses de um cidadão através do grupo do qual ele faz parte não lhe retira seus direitos mais elementares. Contudo, a sociedade massificada vulnerabiliza-se diante das novas ideologias e novas formas de totalitarismo, a exemplo da economia de mercado, sob os olhos do Estado inerte, parecendo confirmar as profecias de Nietzsche acerca da sociedade-rebanho, que massificada pelos mesmos desejos, sufoca aquele que se direciona para rumos diversos.

Se o momento atual é de transição, sugerindo que não somos mais modernos, mas ainda não definimos como sociedade uma nova identidade, Orwell parece pré-anunciar, guardadas as devidas proporções, a perspectiva de um mundo pós-moderno dominado pela

³⁷⁴ ORTEGA y GASSET, José. **A rebelião das massas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p.100.

³⁷⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p.44.

³⁷⁶ Essa vigilância em nome da dominação tem inspiração no panopticon de projeto de Jeremy Bentham já no século XVIII, que buscava uma visibilidade universal que age em favor de um poder rigoroso e metucioso (construção periférica com uma torre no centro, com grandes janelas que se abrem para a parte interior do anel). Ver mais em FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: edições Graal, 1979. p.211-212 e 215.

³⁷⁷ Para Castoriadis, “um sujeito autônomo é aquele que sabe ter boas razões para concluir: isso é bem verdadeiro e isso é o meu desejo”, Cf. CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p.126.

manipulação do pensamento, da comunicação e da realidade, o que se observa recair sobre a sociedade como um todo, e não apenas sobre uma massa dita ignóbil, mas também desprovida de uma autonomia e de uma consciência histórica necessárias para opor-se à opressão e à dominação do pensamento.

No âmbito jurisdicional, muito embora o ordenamento jurídico reconheça a existência de direitos de titularidade de uma massa, transcendentais ao indivíduo, prepondera ainda um procedimentalismo organizado para tratar de conflitos de caráter individualista, bem próprio do momento histórico em que o direito processual surgiu como ciência autônoma. Ainda, ao manter a prática da jurisdição abstrata, esse ambiente jurisdicional passa a alimentar uma lógica da modernidade, absolutamente anacrônica, em pleno século XXI, dotado de circunstâncias históricas e sociais completamente diversas. Essa falaciosa e ingênua metodologia de prestar jurisdição acaba por desprezar a essência do tratamento do conflito, já que, no dizer de Luis Alberto Warat, não se pode fazer ciência social ou jurídica sem sentido histórico, sem nenhum compromisso direto com as condições materiais da sociedade e com os processos mediante os quais os sujeitos sociais são dominados e coisificados.³⁷⁸

Efetivamente, até o momento não foi dada a devida atenção ao alerta de Mauro Cappelletti, na década de 70 do século passado, momento em que afirmou que processo que monopoliza a defesa do direito nas mãos de um único sujeito é impotente diante de direitos que pertencem a todos e ao mesmo tempo a ninguém.³⁷⁹

A partir das reformas processuais operadas na última década, subjaz, portanto, na cultura jurídica brasileira, a construção de um procedimentalismo de caráter universal e abstrativista, quando procura dar, aos chamados conflitos repetitivos, o mesmo tratamento previsto para os conflitos de caráter claramente individualista. E na via da adequação, com a peculiaridade brasileira, criam-se julgamentos por amostragem e, para sustentá-lo, uma indesejada jurisdição conceitual, que aposta na vulgarização da análise do caso concreto para superficializar a decisão judicial, a pretexto de criar uma jurisdição célere onipotente, eis que conceitual e abstrata.

E nesse universo de poucas verdades, perde-se a oportunidade de oferecer tratamento adequado às demandas chamadas repetitivas. O fato é que há um contrassenso no tratamento processual prestado às demandas que se “repetem” no Judiciário, ao tempo em que se observa um descaso com relação ao procedimento das ações coletivas. Em 2009, o projeto de lei que

³⁷⁸ WARAT, Luiz Alberto. **O direito e sua linguagem**. Colaboração de Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Fabris Editor, 1995. p. 47.

³⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 5, p.128-159, 1977. p.135.

pretendia alterar a Lei de Ação Civil Pública (PL 5.139/2009) encontrou óbices curiosos, a exemplo da motivação apresentada pela Comissão de Constituição e Justiça, então a rejeitar o projeto com “receio do excessivo poder ao Ministério Público e à Defensoria Pública”.³⁸⁰ Salta aos olhos a preocupação de questões micro, criadas como macro, diante de um quadro de litigiosidade alarmante, de crescimento vertiginoso e constante de acordo com as estatísticas oficiais já exploradas anteriormente.

Na década de 90, em que os números de litígios se mostravam alarmantes, a doutrina não estava inerte ao fenômeno da litigiosidade e alguns autores já apontavam as ações coletivas como um caminho possível de contenção do excesso de litígios, a exemplo de José Rogério Cruz e Tucci.³⁸¹ Também Ovídio Baptista da Silva, em uma de suas mais renomadas obras, com olhar atento a um “Judiciário condizente com as atuais circunstâncias históricas”, já pré-anunciou a importância das ações coletivas como instrumento capaz de exercer uma “poderosa influência modernizadora do sistema processual”, ao superarem a concepção de “ação processual como expressão de um conflito individual”, abrindo “campo extraordinariamente significativo para o exercício político da solidariedade, permitindo uma visão comunitária do Direito”.³⁸² Contudo, lamentavelmente, pouca ressonância tais preocupações causaram no senso comum teórico da cultura jurídica brasileira, até mesmo porque impotentes frente às ideologias da política-econômica operante.

Está-se, na verdade, diante de um problema de política processual, que carece de uma reformulação ou reconstrução da ciência do processo acerca da condução das questões sociais. Neste sentido, bem apropriada a tese de Boaventura de Souza Santos, ao defender a superação de arcaísmos abissais que subsistem no pensamento ocidental e permanecem como elementos constituintes das relações políticas e culturais excludentes no mundo contemporâneo.³⁸³

As reformas processuais promovidas sobre o CPC de 1973 e já anunciadas para o novo Código ignoram essa realidade. Apenas um lampejo de expectativa o novo CPC traz, em seu art.190, ao permitir a flexibilização do procedimento de acordo com as “especificidades

³⁸⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 5.139/2009**. Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>. Acesso em 09Jan2013.

³⁸¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo** – uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual. São Paulo: RT, 1997. p.14.

³⁸² Mas alerta o mestre processualista que “é indispensável que as livremos do procedimento ordinário, com a indefectível ‘cognição exauriente’ que é seu apanágio”. Cf. SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia, o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.319.

³⁸³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal - Das linhas globais a uma ecologia de saberes, **Revista Novos Estudos**, São Paulo, n. 79, p. 71-94, 2007. p.77.

da causa”,³⁸⁴ medida em que se mostra como critério de promoção de efetividade, muito embora não se mostre hábil para a redução da litigiosidade. E veja-se a necessidade de, bem antes de se pensar em um novo modo de compreender o prestação jurisdicional, aproximar as distâncias que ideologicamente afastaram a jurisdição e seu modelo de atuação da realidade social contemporânea.

Não verdade, as reformas ignoram as próprias estatísticas do poder público, que, na tentativa de apurar a efetividade através do tempo de congestionamento dos processos, constrange-se diante da inexpressividade das mudanças em tempos de Emenda 45. Por isso, ao confundir celeridade com efetividade, a jurisdição se perde pela via da incongruência e da incompatibilidade entre o rito e o conflito, contrariando o que a própria doutrina entende por efetividade processual.

As reformas processuais já executadas e as ainda anunciadas insistem na modulação superficial do problema da litigiosidade. A vulgarização da causa conflituosa, que facilita a abstrativização da prestação jurisdicional, e o tratamento ostensivo e individual dos conflitos, a partir da resistência ao tratamento adequado de conflitos coletivos, revelam uma escolha equivocada de roteiro. Julgamentos por amostragem, repercussões gerais e súmulas impeditivas de recursos, institutos dos quais os juristas na atualidade têm se orgulhado, “cedo ou tarde resultarão em novas desilusões”.

Diriam os defensores das reformas processuais que acompanhar a realidade é justamente viabilizar o tratamento célere dado aos julgamentos por amostragem, ou então abreviados com base em decisões dominantes que venham a sintetizar a posição do Estado a respeito de casos que se repetem pelo Judiciário, pois, do contrário, estar-se-ia a admitir a coexistência de diversas Constituições Federais, a cada posicionamento jurisdicional diverso sobre casos idênticos, em razão da ampla liberdade dada ao julgador para julgar o caso como bem entender, de modo que, para evitar o mal da não uniformização, a vinculação aos precedentes fortalece o direito de acesso à justiça.³⁸⁵

Como se observa, o dogma, portanto, que ainda preenche o imaginário do jurista que aposta na lógica da quantidade, revela-se da aceitação da interpretação como ato de vontade do julgador ou como fruto de sua subjetividade e na crença de que o juiz deve realizar a

³⁸⁴ Lei 13.105/2015, Art.190. “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

³⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.205-207 e p.211.

ponderação de valores a partir de seus valores, valendo-se da razoabilidade e/ou proporcionalidade como ato voluntarista do julgador.³⁸⁶

Esse modelo produtor de decisões abstratas e não fundamentadas tem se vangloriado de suas metas numéricas alcançadas, sendo demasiadamente angustiante observar que seus resultados são um vazio jurídico, um engodo mascarado de eficiência. É o que a dogmática jurídica não consegue superar, por restar mergulhada nesse mundo abstrato de conceitos sem coisas.

Tão difícil de exercer a cidadania nesse país carente de um paradigma interpretativo que respeite a Constituição é também aceitar que uma decisão de caráter solipsista seja a ordem do dia e medida integrante de uma estatística decorrente da técnica “limpa-gabinete”, que, muito embora seja combatida através de recursos, passa a ser ratificada para provocar a coisa julgada material sobre decisões céleres porque abstratas, e arbitrárias que nada dizem, eis que vazias como molduras teóricas que podem ser aplicadas sobre qualquer caso concreto.

Assim, são diversas as dificuldades que impedem a construção de uma teoria jurídica adequada acerca da prestação jurisdicional, já que, de um extremo ao outro, a doutrina parece confusa e perdida, ou seja, vamos da escola exegética à jurisprudência dos valores e, no caminho incorporamos, de forma anacrônica, e ainda desrespeitando os aspectos culturais e históricos, elementos da tradição do *common law*, causando um verdadeiro colapso na condução dos processos judiciais. Na tentativa de acertos, incorporamos o que não conseguimos sequer adaptar, assim como não conseguimos reformular nossa cultura jurídica com a abertura para o julgamento do conflito no caso concreto, no processo. Trata-se de uma barreira histórico-cultural que impede a valorização do conflito *in natura*. Conseguimos, na verdade, a proeza de “julgar” sem o caso.

Contudo, é injustificável a materialização do escopo da suposta segurança jurídica a partir da manutenção do método lógico-subsuntivo que foi revigorado pela importação da regra dos precedentes, sobrepondo como premissa maior súmulas e decisões dominantes a casos compreendidos por idênticos, numa verdadeira operação de acoplamento e de produção de uma justiça abstrata prestada em série, ao bom estilo de modelo fordista e, como se não bastasse, instrumentalizada pela lógica da arbitrariedade do julgador.

Ora, em definitivo é preciso destacar que, primeiramente, o número de litígios permanece em dinâmica evolução nos últimos dez anos e, apesar dos incessantes esforços das últimas reformas processuais que seguem a linha do julgamento uniformizante, a pretexto de

³⁸⁶ É imensa a lista apresentada por Lenio Streck, c. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.33.

promover efetividade processual, o congestionamento dos processos judiciais é uma realidade intocada. Segundo, a situação posta deixa sob o crivo do magistrado o reconhecimento do que é “idêntico”, o que exige sobretudo uma análise acurada do caso concreto em cada lide ajuizada e a cada recurso recebido nos tribunais, o que, notadamente, sabe-se que não ocorre na prática forense, a julgar pela visão do Supremo Tribunal Federal, na pessoa do Ministro Cezar Peluso, que há época em que ocupava a presidência da Suprema Corte, afirmou que a análise pormenor do caso concreto revela, na verdade, uma visão romântica da atividade jurisdicional. Terceiro, se a população aumenta e com ela aumentam seus litígios, por que a insistência no tratamento individual do conflito de massa, ao tempo em que conflitos desse perfil só tem se elevado na sociedade massificada?

Neste sentido, o método proposto pelas últimas alterações legislativas, além de ineficaz e não pragmático, a julgar pelos índices de litigiosidade que assolam o Judiciário, expostos no capítulo anterior, índices estes não reduzidos nos últimos anos, acaba por criar verdadeiros embaraços processuais que denegam direitos fundamentais, em especial o do próprio acesso efetivo à justiça e, a reboque, o devido processo legal.

Não bastasse isso, ao primar cegamente pela celeridade, com base em métodos anacrônicos e sobretudo através de critérios questionáveis apuradores de identidade de litígios, a jurisdição brasileira despreza a historicidade do caso concreto, engessa e desqualifica o pronunciamento judicial. E vamos além: constrói-se um aparato lógico-conceitual que sustenta uma prestação jurisdicional abstrata e seriada, em renúncia às conquistas constitucionais decorrentes do contexto histórico do país na década de 80. Faz-se da Constituição, letra vazia, mais uma vez.

Já afirmava Castanheira Neves que o maior erro da autonomia do direito intencionada pelo normativismo é a autonomia de uma normatividade constituída e sustentada no sistema autorreferente de sua abstrata racionalidade dogmática, por fechar-se em si própria num sistema formal, alheia à realidade social que evoluía.³⁸⁷ Logo, uma vez apartado da realidade, portanto, o direito constitui-se por autorreferência e abstração, facilitando julgamentos conceituais e, conseqüentemente, arbitrários, blindados de qualquer controle mais acurado. Abre-se, neste contexto, o entorno para as decisões de cunho totalitário, avessas ao espaço democrático,³⁸⁸ a um custo demasiadamente alto, pago por toda a sociedade,³⁸⁹ seja

³⁸⁷ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O Direito hoje e com que sentido?** O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p.29.

³⁸⁸ Não é outro o entendimento de Heinrich Henkel que, ao tratar da separação lógico-conceitual da questão de fato e de direito, afirma que o postulado da separação “*Crea una valla contra los peligros de que el derecho*

no aspecto organizacional do sistema de justiça, especialmente no que se refere à organização do procedimento, seja no resultado do serviço prestado, ou seja, no retorno precário da prestação jurisdicional que chega ao cidadão sob a máscara da celeridade processual.

Conforme o Relatório Justiça em Números de 2014, são 95 milhões de processos registrados em 2013, tão congestionados quanto o ano em que adveio a Emenda 45. Não convence mais o discurso da necessidade dos julgamentos em série, através de decisões paradigmas, se há quase dez anos a essência das reformas nenhum impacto causou sobre a prestação jurisdicional e tampouco lhe proporcionou efetividade. Repercussões gerais, precedentes e incidentes de demandas repetitivas, além de não impedir o ajuizamento de casos novos, mantêm uma lógica de julgamento abstrato que só vem a aumentar o risco contra a efetividade da prestação jurisdicional e do devido processo legal.

Também não convence mais o discurso da segurança jurídica, a obstaculizar o avanço do procedimento coletivo no Brasil, espaço jurisdicional este que, ainda que não seja aqui apresentado como a *ultima ratio* de contenção da extrema litigiosidade, ao menos se mostra como caminho mais adequado à realidade do litígio de massa e repetitivo, na medida em que atinge a coletividade a partir do julgamento concreto e não abstrato pelo método de subsunção.

Muito embora na visão de Bauman a individualização tenha chegado para ficar, não se pode tratar o caráter individualista do processo civil como uma questão de escolha ou opção da política legislativa ou jurídica, porque é a Constituição Federal que, comprometida com todo um ideário de um Estado que se pretende democrático e de direito, está a lhe impor uma adaptação do acesso à justiça pela promoção de procedimentos constitucionalmente adequados à realidade social, sem o que não se pode falar em efetividade processual.

Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva, o repúdio ao individual, ao estudo do caso e à tradição foram os pressupostos para o normativismo e a conseqüente recusa da busca da justiça do caso concreto, na medida em que o critério para a determinação de justiça passou a ser tarefa do legislador, a pretexto de garantir a segurança jurídica através da lei, o que, portanto, não seria tarefa da jurisdição. Se o direito prescindir da experiência social, tal qual

se determine de un modo irracional, obedeciendo al puro sentimiento...”. Cf. HENKEL, Heinrich.

Introducción a la filosofía del derecho. Madrid, 1968. p.153.

³⁸⁹ AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, Segurança, Massificação e a Proposta de um “Incidente de Demandas Repetitivas”. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n.53, mar/abr. 2013. p.59.

uma verdade matemática, elimina-se do horizonte teórico do Direito toda a filosofia e toda a retórica.³⁹⁰

Cabe registrar o alerta de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, no sentido de que processo não se presta tão-somente para a elaboração de uma decisão, nem esta se legitima só por ter sido imposta segundo os cânones do rito, assim como não há dúvida de que a observância da racionalidade do rito legitima o resultado do exercício do poder de julgar, “mas até mesmo o procedimento pode estar estruturado indevidamente, e impregnado de vícios que maculam as garantias fundamentais do processo, como princípios ínsitos ao nível de desenvolvimento de cada povo”, de modo que não é possível, pura e simplesmente, esquecer o aspecto axiológico, nem legitimar o resultado só pelo procedimento, ritualizando, enfim, o processo.³⁹¹

É preciso considerar que o acesso à justiça efetiva depende de um aparato procedimental no mínimo adequado ao perfil do conflito. Neste sentido, o Estado, como prestador de políticas públicas em prol do exercício dos direitos fundamentais, deve regular procedimentos aptos e que igualmente devem evoluir na proporção da realidade conflituosa.

O exercício do direito através do acesso à justiça pode não depender diretamente ou necessariamente do tipo de procedimento regulado pelo Estado, mas este procedimento, de qualquer modo, não pode obstaculizá-lo. Logo, o direito processual deve fazer a sua parte, pois, na lição de Barbosa Moreira, “por menos que se afigure o provável relevo de sua contribuição, corre ao processualista o dever de prestá-la”.³⁹²

De tal sorte, não há outro caminho, pois a lógica da jurisdição abstrata e dos conceitos sem coisas, em total desrespeito à cidadania, é produtora da inefetividade da prestação jurisdicional, frustrando as expectativas de direitos fundamentais que, no aspecto processual, são guiados pelo devido processo legal.

Contudo, a ilusão das reformas de superfície, já profetizada por Ovídio Baptista da Silva,³⁹³ não tardou a despontar, embora o senso comum teórico dos juristas, ao tempo em que

³⁹⁰ “...o abandono das concepções clássicas, de vertente aristotélica, o menosprezo pela dialética, como ciência do convencimento e da retórica, em favor dos juízos lógicos como pretensão a verdades científicas absolutas, formam os pilares que sustentam o chamado Processo de Conhecimento, cuja natural consequência são os juízos pretensamente definitivos de certeza e o consequente repúdio aos juízos de verossimilhança”. Cf. SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p.114 e 127.

³⁹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. **Do formalismo no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.187.

³⁹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da efetividade do processo, **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n.29, 1983. p.80.

³⁹³ “Sem uma profunda e corajosa revisão de nosso paradigma, capaz de torna-lo harmônico com a sociedade complexa, pluralista e democrática da experiência contemporânea, devolvendo aos juízes poderes que o

faz média de seus números, parece ignorar a gravidade deste engodo que é o abandono do caso a justificar a aceleração dos julgamentos pela via da abstrativização da prestação jurisdicional.

O fato é que o paradigma racionalista não foi rompido, na medida em que remanesce a mecanização da prestação jurisdicional a partir de procedimentos que ignoram a análise da causa. O regozijo da subsunção da controvérsia a decisões abstratas e arbitrárias é uma demonstração clara dessa superficialidade, bem própria do positivismo normativista.

Luis Alberto Warat já alertava para o estabelecimento de critérios de organização positivista das linguagens científicas, que desqualificam os âmbitos ideológicos de significação; que pretendem, sobretudo, reduzir a significação ao campo referencial e constroem o mito do referente puro, a partir de uma linguagem ideal, com aparência de realidade, que reforça a visão do mundo cristalizadora no *status quo*.³⁹⁴

Não é outra a lógica das reformas processuais, com vistas à abreviação do trâmite processual a partir da identificação de causas cujo objeto seja eminentemente de direito, alijadas do caso concreto, numa verdadeira operação de engessamento da prestação jurisdicional, seguindo a lógica do referencial puro. De tal modo, quanto mais abstrata se mostra a decisão judicial, um maior contingente de causas ela consegue alcançar. Apesar deste arrombo decisionista, o tempo do processo continua o mesmo de outrora.

Neste sentido, o problema que assola o procedimento do IRDR é a abstração. As demandas repetitivas deveriam ser compreendidas como pretensões imanentes da coletividade e como tais tratadas através de procedimentos adequados, sem qualquer necessidade de se abandonar o elemento fático-histórico da causa.

Num primeiro momento, observa-se o alerta registrado por Ovídio Baptista da Silva acerca da tendência de homogeneização do mundo não só econômico como cultural, ao tempo em que a própria concepção de mundo culturalmente uniforme contraria o sentido de cultura, que circula naturalmente nas diversidades. De outro lado, vive-se, segundo ele, em uma sociedade essencialmente hermenêutica, com incontáveis visões de mundo e, naturalmente, com isso, estaríamos obrigados a lidar com uma linguagem dotada de plurivocidade, a exigir permanente interpretação.³⁹⁵

Sob outro aspecto, é possível observar que a legislação processual não pode ser responsabilizada pela litigiosidade judicializada e, tampouco, pela crise da prestação

iluminismo lhe recusara, todas as reformas de superfície cedo ou tarde resultarão em novas desilusões” (In: SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e Execução**, p.219).

³⁹⁴ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem** (colaboração de Leonel Severo Rocha). Porto Alegre: Fabris, 1995. p.42.

³⁹⁵ Ovídio Araújo Batista da. **Advocacia de Tempos de Crise**. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=487>. Acesso em: 17jun. 2011.

jurisdicional, na medida em que, a julgar inclusive pela análise da litigiosidade em outros países, o fator de eficiência da prestação jurisdicional mais está para a ideologia política que comanda o modelo de organização do Estado do que para o sistema jurídico adotado ou ainda para a legislação processual. Afinal, é bem apropriada a afirmação de Alexandre Freitas Câmara, para quem a “*a crise do processo não é a crise das leis do processo*”.³⁹⁶

³⁹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. São Paulo: 2014. p.69.

2 Parte

...ao encontro da hermenêutica da facticidade.

“[...]o ser-á que se projeta em direção ao seu futuro ‘saber-ser’ é um ser que, desde sempre, já foi, de modo que todo o seu livre comportar-se se choca e se detém na facticidade do seu ser”.(Gadamer, **O problema da consciência histórica, p.44**)

4 PARA ALÉM DA JURISDIÇÃO DOS “CONCEITOS SEM COISAS” I - CONFLITOS COLETIVOS DE TRATO INDIVIDUALISTA - NOVOS DIREITOS EM PROCESSO VELHO OU INADVERTIDAMENTE ADAPTADO – NOVAMENTE A TRAIÇÃO DO TEMPO E DA HISTÓRIA.

“Quem sabe não seria um remédio manter-se, como no passado, ombro a ombro e marchar unidos? Quem sabe se, caso os poderes individuais, tão frágeis e impotentes isoladamente, fossem condensados em posições e ações coletivas, poderíamos realizar em conjunto o que ninguém poderia realizar sozinho? Quem sabe...”
(Bauman, **Modernidade Líquida, p.44**).

4.1 Os chamados novos direitos na contemporaneidade: direitos coletivos e a proteção do Estado antes e no processo judicial

O direito, por apresentar uma dimensão sobremaneira histórica, o que afasta a concepção jusnaturalista do ser e do dever ser, vai se construindo ou se igualmente se transformando nesse processo de evolução social, justamente como medidas de oposição ao poder econômico e suas diretrizes. Neste sentido, no decorrer do século XX, no âmbito da jurisdição, as reivindicações políticas e sociais não estão mais asseguradas pelo Estado, como sujeito político, mas pelo direito, que se apresenta como uma nova linguagem, em um espaço democrático, regulador e disciplinador dos conflitos.

Nesse contexto, a justiça mostra-se como elemento de exigibilidade da democracia, no qual o cidadão age autonomamente, de forma direta, sem a necessidade da representação política clássica, e em paridade de direitos, em busca da satisfação de seus interesses.³⁹⁷

³⁹⁷ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas.** Rio de Janeiro: Renavan, 1996. p.48-49.

Nesse patamar, uma nova categoria de direitos se observa, agora não mais pertencente a um único sujeito, mas sim transcendendo o aspecto individual de sua titularidade, para alcançar a toda uma coletividade. Os chamados novos direitos, assim, vão pertencer a agrupamentos de indivíduos submetidos a situações comuns. Essa ruptura paradigmática ocorre originalmente através das reivindicações decorrentes das relações de trabalho e, ao final do século XX, ganha uma dimensão que se volta para os cidadãos consumidores dos mesmos bens e serviços.³⁹⁸ Contudo, muito embora essa garantia de direitos da coletividade tenha um aspecto contemporâneo, a sua tutela processual remonta à ação popular romana, entre registros históricos acerca de ações das comunidades medievais, sobretudo inglesas, e das ações de constitucionalidade.³⁹⁹

Nesse novo cenário, o Estado vai se colocar entre a economia de mercado e os novos direitos construídos historicamente a partir justamente da voracidade da economia. Na perspectiva de Norberto Bobbio, as *gerações* de direitos⁴⁰⁰ vão se construindo historicamente, pois as transformações sociais e as inovações técnicas fazem surgir novas exigências e, portanto, imprevisíveis e não executáveis antes da ocorrência de suas causas.⁴⁰¹

Sob esse viés, os direitos civis e políticos seriam direitos de primeira dimensão (liberdade, igualdade, propriedade, segurança e resistência às formas de opressão), os direitos sociais, econômicos e culturais seriam concebidos como direitos de segunda dimensão, Já os direitos coletivos e difusos, ligados a ideia de solidariedade de desenvolvimento, seriam direitos de terceira dimensão, ampliando a titularidade desses novos direitos para grupos de pessoas ou para uma coletividade humana.

De uma forma abrangente, tais direitos estão relacionados ao meio ambiente sadio e à qualidade de vida e, de forma mais específica, relacionam-se aos direitos do consumidor.⁴⁰²

³⁹⁸ Tal qual observado por Bolzan de Moraes, o paradigma da economia capitalista apostava na liberdade e na igualdade dos cidadãos como forma de dispersão e individualização na reivindicação de direitos, de modo que os movimentos coletivos surgidos ao final do século XIX, originalmente decorrentes das relações de trabalho, nas quais se acirravam as tensões entre trabalho e capital, acabam rompendo com aquela ordem vigente. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Do direito social aos interesses transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1996. p.89.

³⁹⁹ A ação popular, após a experiência romana, experimentou longo período de hibernação na práxis, despertada somente no século XIX, recebendo maior impulso no século XX como símbolo de democracia direta e de maior participação do cidadão nos negócios públicos. LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**. São Paulo: RT, 2015. p.30 e p.45 e 46.

⁴⁰⁰ O termo *gerações* de direitos não é aceitável para boa parte autores nacionais e internacionais, por indicar uma ideia de processo substitutivo, compartimentado ou estaque de evolução dos direitos, ou ainda de uma espécie de periodização ideológica, de modo que o termo *dimensões* parece evitar compreensão equivocada de direitos alterados de tempos em tempos ou de forma sequencial. Neste sentido ver em WOLKMER, Antonio Carlos. **Os novos direitos no Brasil**. São Paulo, Saraiva, p.20 e 21.

⁴⁰¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.70-71

⁴⁰² Além disso, para Antonio Wolkmer, as novas subjetividades decorrentes das transformações da sociedade ampliam os sujeitos coletivos e trazem novas perspectivas de proteção ou tutela jurídica de grupos de gênero,

Restariam ainda os direitos relacionados a biotecnologia, bioética e à regulação da engenharia genética, concebidos como de quarta dimensão, e os direitos advindos da sociedade e das tecnologias de informação e da realidade virtual.⁴⁰³

Nessa mesma linha, para Mauro Cappelletti, os novos direitos estruturam-se cada vez mais em conformidade com o mundo contemporâneo, atendendo às exigências das novas técnicas de produção, comércio e consumo, à rapidez das relações econômicas, pessoais e culturais, à tendência universal de garantias fundamentais para a convivência humana e à tendência de supranacionalização e universalização das estruturas e instituições de composição das lides. Basta citar a abolição das fronteiras aduaneiras, frente à produção industrial dos *trusts* e dos monopólios e na forte expansão das empresas de comunicação que se valem de forte publicidade comercial,⁴⁰⁴ ou ainda adulteração de compostos alimentícios e do uso desenfreado de agrotóxicos, como medidas altamente enganosas e altamente lucrativas, sobre as quais o consumidor, sozinho, não causa o menor impacto.⁴⁰⁵

Trata-se, na verdade, do necessário reconhecimento de que são novas as necessidades sociais nesse momento de grandes transformações, que refazem os conflitos e os renovam ou até mesmo potencializam os problemas deste novo perfil social. Logo, para Antonio Carlos Wolkmer,⁴⁰⁶ igualmente decorrem novas formas de direitos que desafiam e põem em dificuldade a dogmática jurídica tradicional, seus institutos formais e suas modalidades individualistas de tutela, de modo que

Impõe-se a construção de um novo paradigma para a teoria jurídica em suas dimensões civil, pública e processual, capaz de contemplar o complexo e o crescente aparecimento plural de novos direitos. Esses novos direitos que se desvinculam de uma especificidade absoluta e estanque assumem caráter relativo difuso e metaindividual (...). O estudo atento desses novos direitos relacionadas às esferas individual, social, metaindividual, bioética, ecossistema, tecnocientífica e virtual exige pensar e propor instrumentos jurídicos adequados para viabilizar sua materialização e para garantir a tutela jurisdicional, seja por meio de um novo Direito Processual, seja por meio de uma nova Teoria Geral das Ações Constitucionais.

criança e adolescente e idosos, minorias étnicas e religiosas e novos direitos da personalidade. WOLKMER, Antonio Carlos. **Os novos direitos no Brasil**. São Paulo, Saraiva, 2012. p.24 e 26.

⁴⁰³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.209-210.

⁴⁰⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade**, vol 2. (Tradução de Hermes Zaneti Jr). Porto Alegre: Fabris, 2010. p.86-87.

⁴⁰⁵ Em 1988, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor ajuizou a sua 1ª ACP em 1988 para obrigar o governo a impedir o uso de anabolizante cancerígeno, o dietilestilbestrol, então usado ilegalmente na pecuária brasileira. Cf. LAZZARINI, Marilena. **As investidas contra as ações civis públicas**. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos (org.). Tutela Coletiva. São Paulo: Atlas, 2006. p.159-162.

⁴⁰⁶ WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.17.

O fato é que a conflituosidade, portanto, nesse perfil de sociedade, conduz-se para um cenário de litigiosidade que exige, entre outros fatores de ordem histórica e cultural, uma resposta, uma prestação por parte do Estado diversa daquela tradição jurisdicional individualista.

Por outro lado, não bastasse uma litigiosidade de nova roupagem, porque reveladora de uma titularidade de direito pertencente a uma coletividade, o litígio aparece em excesso e, frente a este contingente, o modelo clássico jurisdicional parece demonstrar não estar preparado, dada a ineficiência ou exaustão do próprio modelo implantado pelo Estado de Bem Estar Social,⁴⁰⁷ incapaz de suprir e executar os programas sociais de políticas públicas assegurados a toda a população.⁴⁰⁸

De outro lado, há que se reconhecer que a litigiosidade registrada em excesso também decorre da própria inadequação do modelo de jurisdição, enquanto organização de controle e pacificação sociais, eis que apegada a um formato normativista e anacrônico, que não dialoga e, portanto, não é compatível com as formas contemporâneas de conflito, e em especial por não respeitar a história e a tradição inerentes à conquista dos direitos. A sociedade da urgência, então marcada pela litigiosidade, leva ao Estado o seu litígio em proporções avassaladoras, seja pela fragilidade das relações sociais (Touraine, Bauman e Lipovetski), seja pela fragilidade do próprio homem (Ortega y Gasset).⁴⁰⁹

Nesse aspecto, a transferência do *locus* de solução dos conflitos para o Judiciário, ou a não presença do Executivo por ocasião do exercício dos direitos, retornou como problema ao Estado, em um ambiente pós-moderno, através do fenômeno da judicialização exacerbada de todo e qualquer tipo de conflito. O resultado desse movimento centrípeto de direcionamento dos conflitos ao Judiciário é o indesejado esgotamento do ambiente jurisdicional, sufocado pelos números de processos judiciais, ainda que o acesso à justiça seja ainda praticamente aristocrático.

⁴⁰⁷ Segundo Bolzan de Moraes é possível diagnosticar a judicialização dos conflitos ou o repasse da efetivação dos direitos fundamentais para o Poder Judiciário como um marco da contemporaneidade, *locus* antes ocupado pelo Poder Executivo. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **O Estado e seus limites**. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade, p.577.

⁴⁰⁸ Até mesmo porque o Estado, como instância de poder e de coação, experimenta um momento transição dentro de uma realidade pós-moderna, sobretudo acerca de legitimidade como instituição política e, nestas condições, participa sobremaneira desse processo de massificação dos conflitos, direta ou indiretamente. Primeiro, por não cumprir com seus compromissos políticos e sociais ao torna-se o réu mais litigante do país e, segundo, por presta mal os serviços públicos, a começar pela atuação precária das agências reguladoras frente aos bens e serviços prestados por empresas privatizadas.

⁴⁰⁹ Seja porque a sociedade deixa de creditar em outras searas igualmente legítimas a possibilidade apaziguadora das contingências sociais.

A questão que se coloca é que, de um lado, há o reconhecimento de uma litigiosidade excessiva e peculiar, de ofensa a direitos que não mais são de titularidade do indivíduo, assim considerado isoladamente, mas de uma massa de indivíduos, a exemplo dos consumidores. Essa litigiosidade, tal qual demonstrado no primeiro capítulo, é vertiginosamente crescente.

Por outro lado, o questionamento se coloca na posição do Estado, diante dessa litigiosidade, ou seja, se este dispõe de mecanismos de tratamento a ela adequados. Ou seja, é possível admitir que conflitos de cariz coletivo sejam conduzidos à solução através de um procedimento de perfil individualista, a se considerar, por exemplo, o procedimento que pretende regular demandas repetitivas?

Em uma sociedade pós-moderna, cuja historicidade e tradição se mostram com tamanha peculiaridade, seria admissível admitirmos que um conflito de massa receba tratamento através de um modelo jurisdicional no qual prepondera ainda a imponência de um julgador solipsista, que mantém a figura do sujeito moderno, que acredita ter condições de se apoderar do sentido do caso, portanto do objeto?

O fato é que se o litígio individualizado é característica própria do Estado liberal que estrategicamente tentou negar identidade à litigiosidade coletiva, marcada pelo associativismo ou sindicalismo, a sociedade de massa está a exigir mecanismos de proteção efetivos que não mais se compatibilizam com aquele modelo de jurisdição individual. E a perspectiva da jurisdição brasileira ainda está impregnada desse ideário liberal, tendo em vista as inexitosas tentativas de construção de um aparato procedimental adequado para o tratamento das demandas coletivas. A conquista da defesa dos direitos transindividuais não foi igualmente acompanhada da transformação do ambiente jurisdicional.

Para Márcio Mafra Leal, apesar de um momento histórico pós-moderno ou ainda pós-liberal, e até mesmo apesar de uma legislação processual acerca do processo coletivo considerada avançada segundo o autor em obra publicada em 1998,⁴¹⁰ não é possível reconhecer um novo paradigma processual, no sentido de uma nova ciência processual.⁴¹¹

Muito embora Cappelletti tenha se empenhado em disseminar projetos de reforma do direito processual civil também sob o aspecto da defesa em juízo dos direitos transindividuais,

⁴¹⁰ Parece contraditória a afirmação do autor, muito embora deva a mesma ser contextualizada na época em que defendida, pois, na mesma obra, o autor entendia que, muito embora tenha-se a compreensão dos argumentos que favorecem as ações coletivas, estes já se mostravam insuficientes, uma vez que a estrutura jurídico-processual adotada não aborda de forma adequada o modelo de representação, quanto a quem representa e como podem representar direitos alheios em nome próprio, assim como não regulam corretamente a extensão subjetiva da coisa julgada. Ver em LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Fabris editor, 1998. p.19-20.

⁴¹¹ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**. São Paulo: RT, 2015. p.90.

a cultura processualística brasileira tardou em absorver a ideia e tem encontrado diversas dificuldades, sobretudo políticas, para organizar em definitivo um procedimento coletivo no país. Não nos enganemos diante dos *lobbies* da economia de mercado, o Grande Irmão de Orwell do século XXI.⁴¹²

De qualquer modo, também é preciso reconhecer uma realidade forense que registra diuturnamente as indesejáveis petições iniciais seriais, nas quais apenas o nome do polo ativo é diferenciado, que desencadeiam pilhas de processos físicos e inúmeros arquivos de processos eletrônicos.

Como admitir que pessoas iguais e casos iguais obtenham do Judiciário tratamento diferenciado e decisões judiciais diversas, fora do procedimento repetitivo? É possível de fato conduzir a advocacia contenciosa de massa de modo diverso?⁴¹³

O fato é que sem mecanismos jurisdicionais adequados, igualmente garantidos pelo mesmo Estado, especialmente aqueles disciplinadores da representação dos interesses da massa, pouca ressonância terá a substância do direito resguardado pelo ordenamento jurídico. Os capítulos seguintes se ocupam justamente em buscar alternativas, dentro da jurisdição, para a realidade dos conflitos de massa. O processo coletivo, não é uma aposta, mas sim real alternativa para obter resultados que garantam ao cidadão, minimamente, a concretização dos direitos fundamentais que sinalizam para o processo constitucionalmente adequado.

4.2 Aspectos históricos do direito processual civil coletivo. O microsistema do processo coletivo no Brasil e a dispersão das leis disciplinadoras das demandas coletivas: avanços e recuos.

“ O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-lo, mas o de protegê-lo. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. (Norberto Bobbio, **A Era dos Direitos, p.23**).

Muito embora a ação coletiva não seja um fenômeno contemporâneo, eis que já presentes na experiência inglesa da tradição *common law* há cerca de oito séculos,⁴¹⁴ é nas

⁴¹² Para Bobbio, a boa vontade é um dos elementos para se ter confiança, ao lado de conceitos justos e grande experiência. Ver em BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 212.

⁴¹³ Tal qual reconhece Guilherme Rizzo Amaral, a advocacia contenciosa de massa também é protagonista da massificação do conflito social, na medida em que assedia a clientela à propositura de demandas individuais de maneira oportunista. Por isso afirma o autor que, entre outros fatores, “o cenário é bastante propício para a proliferação das demandas de massa”. Cf. AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “Incidente de Demandas Repetitivas”. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n.53, mar/abr.2013. p.57.

circunstâncias de uma sociedade massificada que este trabalho direciona sua atenção, de modo que, para tanto, não há como iniciar o estudo do processo coletivo sem mencionar o protagonismo de Mauro Cappelletti e o *Progetto Firenzi*, finalizado em 1979 através de um amplo documento de quatro volumes,⁴¹⁵ como um marco acerca da investigação sobre o acesso à justiça e, de forma, peculiar, às circunstâncias que revolvem a tutela processual dos direitos transindividuais.

O projeto Florença, de caráter multidisciplinar e internacional,⁴¹⁶ avaliou justamente os obstáculos jurídicos, econômicos, político-sociais, culturais e psicológicos que impedem ou dificultam a utilização do sistema judicial para boa parte da população, bem como buscou avaliar as medidas e esforços adotados em diversos países para superar ou abreviar os obstáculos antes referidos. E tal qual esclarecido pelo seu mentor, o ponto fulcral do projeto permeia o ambiente entre o liberalismo clássico e a democracia moderna, alertando, notadamente, para o fato de que há uma diferença essencial reconhecida pelos pesquisadores acerca do papel do Estado, que vai de negativo (*laisse faire*) ao positivo, entendido como um esforço ativo do Estado para garantir igualmente a todos o exercício das liberdades individuais.

Muito embora a importância do projeto resida justamente no método empírico empregado para apurar, de modo comparativo e multidisciplinar, os problemas relacionados ao acesso à justiça, sua grandeza não foi acompanhada da devida atenção e interesse esperados do público destinatário (juristas de todo o mundo), a exemplo do Brasil, onde pouco ressonou tão logo foi publicado. Isso porque o projeto buscou, de forma detalhada, a compartilhar a exigência social fundamental de tornar o sistema jurídico mais acessível a

⁴¹⁴ Neste sentido é o destaque de Márcio Flávio Mafra Leal, que apura a evolução da ação coletiva do medievo à contemporaneidade. Ver em LEAL, Márcio Fávio Mafra. **Ações Coletivas: história, teoria e prática.** Porto Alegre: Fabris editor, 1998. p.21.

⁴¹⁵ O primeiro volume do projeto, intitulado *Access to Justice: a world survey*, apresenta 25 relatórios elaborados com apoio em questionário detalhado e proveniente de diversos países de tradições históricas, políticas, sociais e culturais diversas, a exemplo da Alemanha e dos Estados Unidos. O segundo volume, intitulado *Access to Justice: promising institutions*, apresenta uma série de estudos de campo tratou de forma mais minuciosa acerca dos problemas ou controvérsias tratadas através de procedimentos voltados para a conciliação da adoção de juízes paraprofissionais para reduzir a carga de trabalho dos tribunais ordinários. Já o terceiro volume, denominado *Access to Justice: emerging issues and perspectives*, apresenta vários estudos distribuídos em quatro partes que abordam questões relacionadas à reestruturação e modernização da justiça. Por fim, o quarto volume intitula-se *Access to Justice: the anthropological perspective*, coordenado especialmente pelo antropólogo Klaus Friedrich Kloch, da Universidade de Harvard, que destaca os métodos da mediação e da conciliação como formas de justiça que sobremaneira devem ser acentuadas como partes significativas do processo de reforma igualmente tratado nos volumes anteriores. Ver em CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*, volume II, tradução de Hermes Zaneti Jr. Porto Alegre: Fabris, 2010. p.71 e seguintes.

⁴¹⁶ O projeto teve a participação de mais de cem estudiosos, incluindo juristas, sociólogos, economistas, antropólogos, cientistas políticos e psicólogos, bem como mais de trinta países representando os seis continentes.

todos, com o objeto precípua de dar efetiva proteção a “novos direitos”, tipificados como difusos ou coletivos, próprios de uma realidade de Estado de bem estar social.⁴¹⁷ O debate acerca do acesso à justiça deve perpassar, portanto, pela adequação e coerência dos procedimentos a serem adotados frente à litigiosidade cujo perfil fora desenhado anteriormente, do que não se descuidou o Projeto Florença.

O primeiro volume do projeto, intitulado *Access to Justice: a world survey*, apresenta 25 relatórios elaborados com apoio em questionário detalhado e proveniente de diversos países de tradições históricas, políticas, sociais e culturais diversas, a exemplo da Alemanha e dos Estados Unidos. O relatório geral, que na verdade acabou servindo de introdução para os demais volumes, examinou de forma conjuntural o reconhecimento de um grande movimento de reforma jurisdicional alargada em todo o mundo, à época, que compreendia três etapas: a renovação do sistema de assistência jurídica aos necessitados, a necessidade de proporcionar representação processual adequada aos direitos e interesses difusos, em especial aqueles relacionados aos direitos dos consumidores e ao meio ambiente e, por fim, como terceira etapa, a valorização de esquemas alternativos, diversos dos tradicionais, a exemplo do uso ampliado dos métodos de conciliação, instâncias especiais para solução de conflitos de menor importância econômica e ainda procedimentos menos formais.⁴¹⁸

No segundo e terceiro volumes, o projeto novamente vai dar atenção à proteção dos direitos coletivos. No segundo volume, destaca-se a importância da utilização de organismos públicos, a exemplo do Ministério Público, como representantes dos direitos difusos, especificamente com relação aos consumidores e à tutela do meio ambiente. Já o terceiro volume recebeu o contributo do economista Guido Calabrese, da Universidade de Yale, que registrou a importância da passagem de uma justiça puramente individualista para uma justiça coletiva, constituída como um meio de solução de problemas mais típicos da classe média.

O projeto, tão audacioso quanto seu idealizador, pretendia servir de orientação prática para reformas efetivas em busca da acessibilidade da justiça. São mais de quarenta anos de história, desde então e, ainda que algumas proteções legais tenham emergido em alguns países, a exemplo do Brasil, a audácia de Cappelletti não foi herdada em sua plenitude e no devido tempo em que as reformas analisadas poderiam já ter sido implementadas, a exemplo da compreensão acerca do procedimento coletivo e suas vantagens para conflitos de caráter transindividual.

⁴¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade** (trad. Hermes Zaneti Jr). Porto Alegre: Fabris, 2010. v.2. p.74.

⁴¹⁸ Ibid., p.76-77.

Para Márcio Mafra Leal, os conflitos vivenciados por massas de indivíduos constituídas por circunstâncias ou eventos contingenciais, pertinentes à raça, origem, gênero, nível cultural, emprego e consumo, entre outras, revelam grupos que com frequência estão em situação marginalizada na sociedade contemporânea,⁴¹⁹ o que fere sobretudo o princípio democrático, já que os cidadãos que vivenciam conflitos dessa natureza estão em posição de desigualdade quanto à tutela jurisdicional adequada e efetiva. Essa questão deve ser enfrentada no ambiente da jurisdição, especialmente no que se refere à legitimidade ativa e à representatividade adequada da massa, bem como a exequibilidade da decisão final cuja extensão deve transcender a figura do representante do grupo.

No Brasil, o rito das ações coletivas, regulado por um microssistema que mais torna complexa a sua procedimentalidade (em especial a Lei de Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor), mantém-se obscurecido em meio ao midiático fenômeno da aplicação dos precedentes sobre as malfadadas demandas repetitivas, tratadas como um mal a ser curado, como se elas, em um cenário complexo de diversos aspectos e variáveis, tivessem tomado as rédeas da litigiosidade no país. Na verdade, o número de demandas repetitivas só vem a reforçar a omissão do Estado em proporcionar tutela jurisdicional adequado aos conflitos transindividuais, porque frequentemente postulada a título individual e porque o cidadão tem sido sistematicamente lesado por instituições opressoras, em juízo e fora dele.⁴²⁰

Nesse contexto de demandas repetitivas encontram-se sobretudo os conflitos decorrentes de relações de consumo mal sucedidas, já que as estatísticas acerca da litigiosidade defendidas na primeira parte da pesquisa revelam, a julgar pela habitualidade com que as instituições financeiras e empresas de telefonia ocupam o polo passivo das ações judiciais cíveis do país,⁴²¹ uma predominância de demandas recorrentes cujo objeto se mostra nas controvérsias decorrentes das relações de consumo,⁴²² muito embora, no entendimento de Mafra Leal, nem todos os direitos do consumidor protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor tenham natureza difusa. Para Mafra Leal, não seriam difusos, por exemplo, a proibição de cláusulas abusivas e a reparação de dano por produto ou serviço viciado, mas podem receber tratamento processual coletivo, ampliando de individual para transindividual a

⁴¹⁹ LEAL, Márcio Fávio Mafra. **Ações Coletivas: história, teoria e prática.** Porto Alegre: Fabris, 1998. p.33.

⁴²⁰ LEAL, Márcio Fávio Mafra. **Ações Coletivas: história, teoria e prática.** Porto Alegre: Fabris, 1998. p.33.

⁴²¹ Neste sentido consultar a pesquisa **100 Maiores Litigantes.** BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf> Acesso em: 31 Out. 2014.

⁴²²Ver notas 36 e 37.

natureza da proteção legal.⁴²³ Como se observa, o consumidor lesado em massa, independentemente do direito protegido legalmente e afetado no caso concreto, potencializa a possibilidade senão a necessidade da condução do conflito no âmbito das ações coletivas.

O fato é que a massa de consumidores, afora a circunstância de ser reconhecida como hipossuficiente, não encontra na figura do Estado a proteção real de seus direitos. A propósito, a omissão do poder público já se observa na atuação das Agências Reguladoras que nada regulam,⁴²⁴ de modo que perde o Estado uma grande oportunidade de fortificar, no âmbito do poder executivo, um organismo como instância especial e sobretudo preventiva no que se refere à proteção do cidadão consumidor, o que a toda evidência já viria a suprimir parte significativa do número extremado de litígios, de ordem consumerista, que fazem estatística no Poder Judiciário.

Tratam-se, na verdade, de dados reveladores. A massa, em juízo, quando exerce o direito de ação, aparece individualmente, criando o fenômeno da repetição assistida no Judiciário, na medida em que não há uma organização processual adequada para o tratamento das pretensões cuja titularidade é a coletividade. Paradoxalmente, apesar do alto número de litígios repetidos, boa parte da população ainda não reivindica seu direito em juízo, de modo que há uma evidente demanda ressentida ou latente que poderá ampliar ainda mais o quadro da litigiosidade retratado na primeira parte dessa pesquisa. Na verdade, há uma transferência das discussões acerca da cidadania para o Judiciário e este, por sua vez, faz estatísticas com a lógica quantitativa e ágil dos julgamentos de conflitos repetidos.

Cabe considerar, de qualquer modo, que não se pretende apresentar aqui o processo coletivo como a última *ratio*, mas a jurisdição, dentro de um espaço democrático então preconizado pela Constituição Federal, necessita de uma organização procedimental adequada

⁴²³ LEAL, Márcio Fávio Mafrá. **Ações Coletivas**: história, teoria e prática. Porto Alegre: Fabris editor, 1998. p.122.

⁴²⁴ Antonio do Passo Cabral destaca que em alguns países de origem germânica, a exemplo da Alemanha, Áustria e Suíça, a necessidade de instrumentos de tutela coletiva não é tão sensível porque muitas das questões são resolvidas administrativamente por órgãos fiscalizadores governamentais, que possuem o bom hábito de cumprir e fazer cumprir a legislação, de modo que a ausência de mecanismos avançados de tutela de direitos supraindividuais nestes países resta justificada pela exitosa medida extrajudicial adotada pelo poder público regulatório. Cf. CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, n.147, maio.2007. p.130. Ainda, segundo Alexandre Santos de Aragão, as agências reguladoras são autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia, incumbidas do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo chefe do executivo, após prévia aprovação do Senado Federal, sendo justamente aí, segundo o autor, o ponto jurídico-político mais tormentoso dos amplos poderes, qual seja o seu déficit democrático, decorrente sobretudo da estabilidade temporária dos seus dirigentes, que não podem ser exonerados livremente pelos agentes legitimados democraticamente. Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos. Agências Reguladoras no novo governo: algumas considerações. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, ano IV, vol.17, jan/fev. 2003. p.2267.

para tratar de conflitos que traduzem a complexidade de uma sociedade mutante e urgente. Impõe-se um debate transparente acerca da incipiência ou inexpressividade do processo coletivo no Brasil, ao tempo em que o procedimento de alcance coletivo, por democratizar o acesso à justiça, pode ser instrumento valioso de redução de litígios.

De novo, não se está aqui, contudo, a oferecer meio incontestável e reformador de todo o problema relacionado ao excesso de litigiosidade, mas sim questionar o silêncio do poder público no Brasil quanto a não implantação efetiva do procedimento coletivo no país, pois de fato há um grande déficit procedimental que acusa uma grave incompatibilidade entre o ambiente jurisdicional e as demandas coletivas da atualidade. Que ressonância terá uma demanda individual na qual o cidadão, contra o poderio econômico industrial, reclama por vícios de produto alimentício, viciado e fraudado em sua composição, no que respeita à utilização de elementos químicos lesivos à saúde e à vida?

Lamentavelmente, o significativo clamor do projeto Florença não alcançou a atenção e a preocupação da cultura processual brasileira, ao menos não na emergência que a conflituosidade coletiva merecia, pois enquanto a dignidade humana é igualmente tratada como um mero produto eventual, cidadãos são afetados pela voracidade do lucro e da dominação da economia de mercado. Por um único decibel, deixe o cidadão sem aposentadoria. Em nome do lucro, imensuravelmente superior a uma indenização buscada em favor de um único cidadão, mantém-se à prática letal e usurária de fraudar produtos alimentícios. Por pouco menos de cinco reais, o correntista inibe-se e deixa de afrontar a instituição financeira que desconta tal quantia mensalmente de sua conta-corrente por serviço não contratado. Frente a essa realidade cruel, na qual poucos se encorajam a aventurar, o senso comum teórico apostou no caminho do meio, de manter a lógica individualista e importar às avessas a filosofia do *common law*, estranha à tradição jurisdicional brasileira. E nessa ordem das coisas, não surpreende a opção da comissão e juristas ao encaminharem o projeto do novo Código de Processo Civil, ignorando possibilidade de regulação de procedimentos coletivos em um único documento.⁴²⁵

Nessa perspectiva, a julgar pelas estatísticas da litigiosidade, a organização de um processo coletivo pragmático e adequado às demandas de massa parece não só ser essencial à efetivação do acesso à justiça como em especial revela um compromisso do Estado com os

⁴²⁵ Não obstante essa vagueza ou menosprezo para com o procedimento coletivo, Antonio Gidi defende que o Brasil é ponto de referência para os países de tradição *civil law*. Ver em GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: RT, 2007. p.133.

mais elementares princípios de um Estado Democrático de Direito, a começar pela cidadania e pela dignidade da pessoa humana, até alcançar o acesso à justiça e o devido processo legal.

Por outro lado, não se pretende ignorar o aparato legal fruto de uma tentativa de adaptação que se moldou no Brasil para disciplinar as ações coletivas, inclusive elogiada e paradigmática para a doutrina, que compreende a Lei de Ação Popular (1965),⁴²⁶ Lei de Ação Civil Pública (1985), Código de Defesa do Consumidor (1990) e Lei do Mandado de Segurança (coletivo, com a Lei 12.016/2009).⁴²⁷ Contudo, esse aglomerado de leis mais tem acanhado a regulação do direito do que promovido sua efetiva regulação e proteção jurisdicional. De fato, em razão da sua dispersão, o formato atual acaba por acarretar dificuldades de ordem prática e dúvidas acerca da sua correta aplicabilidade, a exemplo da competência absoluta e relativa, litispendência, conexão, da possibilidade de repetição da demanda no caso de prova superveniente e da bipolaridade de coletividades em uma única ação.

Mais especificamente com relação à Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, diversos conflitos de interpretação restaram suscitados, o que gerou um descrédito generalizado acerca de sua aplicabilidade e eficácia. Projetos de lei, Medidas Provisórias e decisões judiciais diversas tentaram limitar os efeitos da sentença em ação coletiva ao âmbito territorial do país e que restringiram a utilização da ACP contra a Fazenda Pública.⁴²⁸ Além disso, houve movimentação contrária à legitimação da Defensoria Pública, ao controle difuso de constitucionalidade no âmbito da ACP, entre outras dissidências.⁴²⁹

Por outro lado, também não se podem menosprezar mecanismos previstos atualmente no próprio Código de Processo Civil, que buscam igualmente acompanhar e proteger as demandas relacionadas às obrigações de fazer e de não fazer. O Código dispõe de medidas de ordem mandamental para garantir tutela específica e inibitória, com cominação de multa ou toda e qualquer medida necessária a garantir o resultado prático equivalente, tal qual se

⁴²⁶ O trabalho realizado por José Barbosa Moreira em 1977, sob o título “A ação popular no Direito Brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos”, é que desencadeou o estudo e a preocupação da doutrina pátria acerca da proteção em juízo dos direitos coletivos.

⁴²⁷ Gregório Assagra de Almeida faz ainda uma distinção entre processo coletivo especial, composto pelas ações de controle de constitucionalidade concentrado, e o processo coletivo comum, composto pelo microsistema já referido. Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**, p.137.

⁴²⁸ Neste sentido, ver: PL 265/2007, de autoria de Paulo Maluf, que pretendia responsabilizar por litigância de má-fé para ACPs propostas com manifesta intenção de promoção pessoal ou perseguição política; Medida Provisória n. 1.570/1997, convertida na Lei 9.494/97, que restringiu o alcance da coisa julgada conforme redação do art.16; Medida Provisória n.2.180/2001, que restringiu o manejo da ACP para questões atinentes tributos, contribuições previdenciárias e FGTS, conforme redação atual do parágrafo único do art.1º da Lei 7.347/1985.

⁴²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2011. p.330.

verifica nos artigos 287 e 461, decorrentes de sucessivas reformas implantadas através da Lei n.8.952/1994 e da Lei n. 10.444/2002.⁴³⁰

De qualquer modo, cabe ressaltar os aspectos que circundam a história do direito processual que busca dar tratamento ao conflito coletivo, destacando os auspícios de uma reforma anunciada há mais de quarenta anos, quando os desígnios de uma sociedade de massa fragmentada e desorientada (Touraine, Bauman e Lipovetski) sequer se mostravam evidentes no país.

De tal modo, a história do direito processual coletivo no Brasil inicia na década de 60 com a edição da Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/1965), estranhamente no âmago da ditadura militar. Mas é com o trabalho realizado por José Barbosa Moreira, em 1977, sob o título “A ação popular no Direito Brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos”, que se desencadeia o estudo e a preocupação da doutrina pátria acerca da proteção em juízo dos direitos coletivos, provocando uma reforma na Lei n. 4.717, para tutelar os direitos difusos relacionados ao patrimônio ambiental por intermédio da legitimidade ativa do cidadão.⁴³¹

Na década de 80, sobreveio a Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), para tutela direitos difusos e coletivos, incluindo em seu rol protetivo de direitos coletivos a tutela dos direitos dos consumidores. Desde então, a lei sofreu diversas alterações,⁴³² as quais notadamente representam as divergências políticas e econômicas que contornam as atividades do processo legislativo, trouxeram avanços e recuos para a tutela dos direitos da coletividade, inclusive através de vias duvidosas como diversas medidas provisórias.

Atenta à necessidade de tutelar os interesses da coletividade, a Assembleia Constituinte de 1986 tratou de registrar a garantia da defesa dos direitos da coletividade no rol dos direitos fundamentais, os quais restaram solidificados no art.5º da Constituição de 1988, sem olvidar da cidadania já apontada como fundamento do Estado Democrático de Direito já

⁴³⁰ Essa tentativa de adaptação mereceu o registro de Darci Guimarães Ribeiro, para quem as legislações em diversos países têm registrado constantes adaptações frente aos novos problemas da sociedade, decorrentes de uma economia cada vez mais crescente, reforçando o caráter mandamental de tais pretensões. Cf. RIBEIRO, Darci Guimarães. **La Pretensión Procesal y la tutela judicial efectiva**. Barcelona: JMBosch, 2004. p.161-162.

⁴³¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2013. p.103.

⁴³² Lei 7.853/1989; Lei 7.913/1989; Lei 8.069/1990 (ECA); Lei 8.429/1992; Lei 9.494/1997 (liminar contra Fazenda); Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso); Lei 11.448/2007 (legitimidade) e Lei 12.288/2010 (fundo). Ainda no ano de 2014, o texto foi alterado pelas Leis 12.966 e 13.004, ampliando o rol de direitos protegidos, para incluir a honra e a dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social.

no art.1º da Carta Magna.⁴³³ Além disso, a própria Ação Civil Pública obteve *status* de ação constitucional e significativo instrumento de proteção dos direitos coletivos.⁴³⁴ Em 2007, o art. 5º da Lei da ACP sofre importante alteração, com a ampliação do rol de legitimados ativos para incluir a Defensoria Pública.⁴³⁵

Mas é no início da década de 90,⁴³⁶ com a edição do Código de Defesa do Consumidor que, após acalorado debate entre os melhores juristas do país, o microsistema protetivo dos direitos transindividuais obtém uma roupagem de tutela coletiva mais concreta, demonstrando uma certa influência dos estudos de Mauro Cappelletti da década de setenta,⁴³⁷ muito embora, até mesmo porque representou significativa conformação com o texto da Lei de Ação Civil Pública, ao promover ajustes de sintonia entre um texto e outro, a exemplo da dispensa do desembolso de custas e honorários e a ampliação do objeto de proteção.⁴³⁸

De todo modo, a expectativa do texto legal da Lei 8.078 era com a efetividade do processo e a facilitação do acesso à justiça, o que implicaria, obviamente, uma ampliação de mecanismos processuais de caráter coletivo tal que, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, representassem verdadeira desobstrução do acesso à justiça com o tratamento coletivo de pretensões individuais que, de forma fragmentada, poucas condições teriam de buscar adequada condução judicial. Tanto é que o CDC é considerado como um marco no processo coletivo brasileiro, influenciando os ordenamentos jurídicos de outros países ibero-americanos.⁴³⁹

Nessa linha, obteve-se, com o Código, a proteção dos interesses difusos e coletivos, nos termos dos incisos I e II do art.81, bem como de uma nova categoria de proteção aos interesses individuais homogêneos, de acordo com o inciso III do mesmo dispositivo consumerista, que protege de forma coletiva os direitos individuais, aproximando-se da *class actions for damages*, da tradição norte-americana, muito embora tal tradição não dê tratamento a direitos de ordem difusa, coletiva ou individual homogêneo. O CDC fornece

⁴³³ Cf. o disposto na Constituição Federal, “O Estado promoverá a defesa do consumidor” (art.5º, inciso XXXII), Ação Popular (art. 5º, inciso LXXIII), Ação Civil Pública para interesses difusos e coletivos (art. 129, inciso III) e Mandado de Segurança Coletivo (art. 5º, inciso LXX).

⁴³⁴ Neste sentido é a redação do art.129, inciso III da Constituição Federal.

⁴³⁵ Para Guilherme Rizzo Amaral, pouco fez a ação civil pública pelo processo civil brasileiro. Cf. AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, Segurança, Massificação e a Proposta de um “Incidente de Demandas Repetitivas”. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n.53, mar/abr.2013. p.60.

⁴³⁶ O CDC foi publicado no dia 11 de setembro de 1990, como lei n.8.078/1990.

⁴³⁷ Segundo Kazuo Watanabe, a legislação brasileira teria inclusive superado a tradição italiana, dado o caráter mais operante e pragmática que a proteção dos interesses coletivos obteve no Brasil a partir das adaptações realizadas sobre as ideologias italianas. Ver em GRINOVER; WATANABE; **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.726.

⁴³⁸ Neste sentido ver a redação dos artigos 109 e 117 do CDC.

⁴³⁹ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**. São Paulo: RT, 2014, p.90.

ainda disciplina específica com relação à incidência e alcance da coisa julgada, de acordo com o que se observa com a redação do art.103 do Código e que será tratado em capítulo à parte.⁴⁴⁰

Em 2002, em Roma, por ocasião de um Seminário Internacional, surgiu a perspectiva, a partir da intervenção de Antonio Gidi, de constituição de um Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, a pretexto de inspirar reformas processuais em busca da proteção de direitos transindividuais em países de cultura jurídica comum, que serviu de inspiração para os regramentos nos diversos países ibero-americanos.⁴⁴¹ Após uma série de estudos e revisões de texto, foi elaborado o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que, segundo seus autores, embora reconheça a processualística norte-americana através das *class actions* e a brasileira, por meio das ações coletivas, o anteprojeto a supera, pretendendo criar um modelo original e adequado à realidade dos países ibero-americanos. O documento, apresentado em texto exíguo com apenas 41 artigos e uma pragmaticidade significativa com relação ao procedimento regulador do processo coletivo, foi aprovado pela Assembleia Geral em Caracas, em outubro de 2004, por ocasião da XIX Jornada de Direito Processual.⁴⁴²

De inspiração no Código Modelo para a Ibero-América, foi entregue ao governo federal em 2007 a proposta de um Anteprojeto Brasileiro de Processos Coletivos, com 52 artigos ao final e mantendo a mesma pragmaticidade do modelo ibero-americano, com a proposta de dar maior clareza e flexibilidade as regras adequadas às demandas coletivas.⁴⁴³

Mostra-se como aspecto positivo a intenção do anteprojeto de revisitar alguns princípios clássicos do processo individual para adaptá-los ao procedimento coletivo, a exemplo da ampliação da legitimidade extraordinária ao incluir pessoas físicas e membros de grupos, categorias ou classes (art.20), defendendo a representatividade adequada como princípio (art.2º, alínea *l*), e da flexibilização do princípio da congruência, ao sugerir interpretação extensiva do pedido e da causa de pedir (art.5º, caput). Por outro lado, muito

⁴⁴⁰ Ver em GRINOVER; WATANABE. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.719-720.

⁴⁴¹ Ver mais em: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de *civil law* e *common law*** – uma análise de direito comparado. São Paulo: RT, 2011. p.311.

⁴⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2011. p.310-312.

⁴⁴³ O texto do Código Modelo não é de fácil localização, razão pela qual, para manter a confiabilidade do estudo, optou-se por manusear o documento do Anteprojeto apresentado pelos seus mentores, disponível como Anexo D na obra de GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de *civil law* e *common law*** – uma análise de direito comparado. São Paulo: RT, 2011. p.339-363.

embora não se mostre como problema novo, o texto do anteprojeto pretende ampliar os poderes do julgador, defendendo o ativismo judicial como um princípio norteador do procedimento (Art.2º, alínea *i*), o que sugere problemas decorrentes de uma arbitrariedade indesejável e não bem utilizada pelo julgador brasileiro, tradicionalmente mais adepto à ideia do sujeito moderno que se apodera do sentido do objeto (juiz solipsista).⁴⁴⁴ De maneira geral, o projeto é relevante na medida em que passa a reunir, em um único texto legal, todos os regulamentos necessários à tutela dos direitos transindividuais, o que pode viabilizar e incentivar o uso frequente dos procedimentos coletivos.

Críticas à parte, o anteprojeto que foi encaminhado para tramitação na Câmara dos Deputados como projeto de lei n. 5.139/2009, apresentou texto complementemente diverso daquele originalmente apresentado, a iniciar pelo nome, já que foi apresentado como projeto de lei que pretendia alterar a Lei de Ação Civil Pública. Assinado em 13 de abril de 2009, muito embora o anteprojeto tenha servido como resposta aos anseios do II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo,⁴⁴⁵ acabou sendo rejeitado em 2010 pela Comissão de Constituição e Justiça, notadamente em razão das inovações alargadoras dos bens jurídicos a serem tutelados, que despertaram a oposição de diversos setores públicos e privados.⁴⁴⁶ Apesar de amplo debate público e após a oposição de diversas críticas infundadas, a exemplo, dentre outros argumentos, da ausência de taxatividade para o autor da ação e a atribuição de “excessivo poder ao Ministério Público e à Defensoria Pública”,⁴⁴⁷ o projeto de lei foi arquivado, reproduzindo, não por coincidência, as mesmas razões dos opositores ao avanço do projeto.

⁴⁴⁴ Sobre a questão consultar em: SOUZA, Luiz Antônio de. **A tutela jurisdicional coletiva e sua efetividade**. In: MILARÉ, Édis. **A Ação Civil Pública após 25 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.535-556, p.540.

⁴⁴⁵ O II pacto apresentou como objetivos: I - acesso universal à Justiça, especialmente dos mais necessitados; II - aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos; III - aperfeiçoamento e fortalecimento das instituições de Estado para uma maior efetividade do sistema penal no combate à violência e criminalidade, por meio de políticas de segurança pública combinadas com ações sociais e proteção à dignidade da pessoa humana. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm>, Acesso em 10Jan2014. O I Pacto foi em 2004, que cercou o ambiente de publicação da Emenda 45, conforme já registrado no capítulo I.

⁴⁴⁶ O lobby foi desencadeado pela Confederação Nacional da Indústria que, através de nota técnica conjunta, assinada também pela Confederação do Comércio e das Instituições Financeiras, entre outras, manifestaram aclamado repúdio ao texto da lei. Já a Confederação Nacional da Indústria afirmou que o projeto abre larga porta para as aventuras jurídicas, na medida em que ao autor tudo é facultado e aos réus restaria a defesa em um procedimento sem rumo, já desenhado para a sua derrota. Neste sentido consultar mais em: MORAES, Voltaire de Lima. **A lei da Ação Civil Pública 25 anos depois (Lei 7.357/1985) e a derrocada do Projeto de lei 5.139/2009 que pretendia revogá-la**. In: MILARÉ, Édis. **A Ação Civil Pública após 25 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.841-852, p.851.

⁴⁴⁷ Neste sentido consultar o Anexo E.

Veja-se que 40 anos do Projeto Florença se passaram, para que no Brasil se assistisse à proposta de um anteprojecto regulador da tutela coletiva. É muito tempo de espera para a urgência de reformulações do Judiciário admitida pelos relatórios florentinos. Não obstante esse alerta sobretudo preventivo, o Brasil acordou tarde e, muito embora tenha despertado da cegueira, foi pego pelo senso comum teórico que não é cego mas não vê.

Há na verdade uma verdadeira precarização do direito processual civil coletivo, nem tanto pela ausência de uma codificação apta a desenhar a execução da prestação jurisdicional coletiva, mas sim pela ausência de interesse político efetivo do senso comum teórico processual brasileiro frente à necessidade de se tutelar de forma adequada os interesses coletivos no Brasil. Na verdade, é perceptível esse movimento de contenção velada do avanço das ações coletivas, uma vez que sua potencialização de acesso à justiça ataca justamente o grande poder econômico cada vez mais institucionalizado, na mesma medida das tentativas de boicote que a evolução das *class actions* suportou nas décadas seguintes à reforma de 1966, atingindo inclusive os Tribunais e o Congresso americano.⁴⁴⁸

Esse confronto não é apenas aparente e tampouco decorre de uma concepção meramente ideológica, pois pode ser facilmente observada pelas tentativas frequentes de boicotes ao avanço da proteção legal das ações coletivas, a exemplo da Lei n.9.494/1997, que a partir de uma conversão nefasta da MP n. 1570/1997 procurou limitar a repercussão nacional dos efeitos da decisão em ACP (art.16 da Lei 7.347/1985),⁴⁴⁹ e da PEC 358/2005, que insiste nesta tese ao procurar inserir parágrafo no art.105 da Constituição com essa mesma intenção.⁴⁵⁰ Além disso, até 2005, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor havia ajuizado cerca de 260 ações civis públicas, das quais mais da metade foi extinta sem análise de mérito por aplicação dos institutos processuais próprios da cultura individualista, a exemplo do não reconhecimento da legitimidade do Instituto ou ainda por suposta litispendência com relação a ações individuais, o que veio justamente em decorrência de parcela mais conservadora da Justiça que se mostra “pouco confortável com a tutela dos direitos difusos e coletivos”, caudatária ainda de um paradigma que insiste em desqualificar e limitar a atuação do MP e das Associações como legitimados ativos e que cede, por vezes, aos

⁴⁴⁸ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: RT, 2007. p.65.

⁴⁴⁹ Neste sentido consultar o capítulo 4.4 da segunda parte do trabalho.

⁴⁵⁰ BRASIL, Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda Constitucional n.358/2005**. “Nas ações civis públicas e nas propostas por entidades associativas na defesa dos direitos de seus associados, representados ou substituídos, quando a abrangência da lesão ultrapassar a jurisdição de diferentes Tribunais Regionais Federais ou de Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal e Territórios, cabe ao Superior Tribunal de Justiça, ressalvada a competência da Justiça do Trabalho e da Justiça Eleitoral, definir a competência do foro e a extensão territorial da decisão”.

apelos dos réus (tanto empresas como o próprio poder público) que argumentam suas teses procurando construir alarmismos afeitos à falência acerca dos efeitos das decisões erga omnes.⁴⁵¹ Entre avanços e recuos, o fato é que tem preponderado o tratamento individual dos litígios coletivos, de caráter superficial e enganoso, restando bem apropriado a vulgarização da massa tal qual retratada por Ortega Y Gasset, sentimento este reproduzido pelo senso comum teórico. O preconceito gratuito frente ao procedimento coletivo chega a defender o argumento pouco convincente de que as demandas coletivas irão provocar uma litigiosidade extremada ao ampliar o acesso à justiça!⁴⁵²

Há, portanto, um problema de ordem político-econômica velada, quando um dos entraves para a consolidação e utilização do processo coletivo seja a percepção de um suposto desequilíbrio na relação jurídica processual na ação coletiva, na medida em que a vantagem de um processo de baixo custo para os milhares de autores beneficiados pode significar grandes riscos ou desvantagem econômica para o réu. Na verdade, o que se deve compreender, é que, muitas vezes, esse mesmo réu já se beneficiou com o prejuízo coletivo suportado individualmente por cada cidadão diante da inviabilidade do acesso à justiça solitário. O que ocorre, portanto, para receios de alguns, é que o processo coletivo acaba estabilizando o conflito, ao colocar as partes envolvidas em posição de igualdade.⁴⁵³ Exemplo disso é a situação de vários consumidores lesados por uma determinada Instituição Financeira, com desconto de míseros reais mensais em sua conta corrente sem a contraprestação de qualquer serviço correspondente, pois o percentual de consumidores que se aventura isoladamente em juízo, pelas veredas dos juizados especiais, a fim de buscar a reparação do prejuízo, é infinitamente inferior à lucratividade obtida com o vício do negócio.

Como melhor aparelhar o processo coletivo no Brasil? O que efetivamente são direitos individuais homogêneos, exortados da categoria “transindividual” que identificaria os interesses coletivos lato sensu? Por que a dificuldade de organizar representações adequadas em juízo? O que impede o reconhecimento de litispendência e coisa julgada entre ações coletivas e ações individuais? Sem a intenção de esgotar o assunto e, ainda que todas as respostas não sejam possíveis de oferecer, o fato é que a jurisdição brasileira não está preparada de forma adequada para recepcionar os conflitos de massa. O direito é coletivo,

⁴⁵¹ LAZZARINI, Marilena. **As investidas contra as ações civis públicas**. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (org.). **Tutela Coletiva**. São Paulo: Atlas, 2006. p.159-162.

⁴⁵² Ver neste sentido o Anexo E.

⁴⁵³ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: RT, 2007. p.29 e 32.

mas seus titulares são membros de uma massa fracionada, fragmentada e desprotegida, precarizando, com ela, o acesso coletivo à justiça.

Mas a discussão não alcança tão somente a análise de um acesso à justiça pleno, como também de um processo legal devido e, neste sentido, igualmente adequado aos conflitos da coletividade. O que se observa, portanto, é, ainda, a organização do tratamento dos litígios na sua individualidade, tratado com superficialidade. Mantêm-se, em pleno século XXI, em que os conflitos de massa ocupam o Judiciário individualmente, conceitos clássicos da processualística, a exemplo da legitimidade e interesse processuais, como condições para o exercício do direito de ação, próprio do mundo entre guerras, do início do século XX, trazido ao Brasil por Enrico Tulio Liebman.

É preciso, pois, romper com alguns paradigmas que bloqueiam a adaptação e a evolução do procedimento coletivo no Brasil, a fim de que os conflitos coletivos sejam conduzidos, no âmbito da jurisdição, pelo devido processo legal coletivo, garantindo, assim, o pleno acesso à justiça, já que, o rito das demandas e recursos repetitivos sinalizam pelo caminho contrário, do desserviço da prestação jurisdicional e da insatisfação do cidadão.

Para Guilherme Rizzo Amaral, o Brasil não enfrentou de forma corajosa e incisiva o problema da massificação dos conflitos, o que resultou na falência do processo coletivo como instrumento de combate aos litígios de massa, sendo que até mesmo a ação civil pública pouco fez como mecanismo de inibição ou redução dos litígios de massa. A partir disso, dois seriam os aspectos fundamentais que justificam essa incapacidade do processo coletivo no Brasil: a legitimidade ativa concentrada, em rol restrito de demandantes, e a limitação da eficácia e autoridade da coisa julgada, circunstâncias estas com resultados nefastos sobre a prestação jurisdicional, observados no tratamento antieconômico, ilógico e irracional para o processo coletivo e sua relação com as demandas individuais.⁴⁵⁴

Esses problemas não são enfrentados na sistemática norte-americana da *class action*, notadamente dotada de especificidades bem próprias da tradição da *common law*, cuja historicidade justifica as distinções para com a tradição brasileira. Inicialmente, é preciso compreender que o direito norte-americano não protege os direitos coletivos, porque não há registro expresso de uma proteção legal substancial ou material acerca dos direitos da coletividade. Há sim, um procedimento específico com vistas a reconhecer o ritual adequado para conflitos que atinjam pessoas ou grupos de pessoas que compartilhe entre si um interesse

⁴⁵⁴ AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, Segurança, Massificação e a Proposta de um “Incidente de Demandas Repetitivas”. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n.53, mar/abr.2013. p.60.

comum. Seu cabimento restringe-se às hipóteses em que não é plausível a união de todos que poderiam ser parte no mesmo processo, inclusive em razão da dispersão territorial dos afetados, sob pena de dificultar a condução do processo, e exige a comprovação, por parte do autor da ação, que poder inclusive pessoa física, de que é efetivamente representante típico do grupo.⁴⁵⁵ O regramento atual atende às reformas realizadas em 1966, de modo que o requisito final para o cabimento da ação é o enquadramento em uma das espécies previstas na *Rule 23*. Cada tipo de ação reúne peculiaridades de ordem prática, política, econômica e social, que influenciam na interpretação e na reação do Judiciário, complexidade esta que impede qualquer espécie de generalização e sistematização.⁴⁵⁶ Deste modo, a *Rule 23* (1938) instaurou três categorias de *class actions*: 23 (b)(1) e 23 (b)(2) e (b)(3). A *Rule (b)(1)* e a *Rule (b)(2)* exigem que os membros do grupo tenham interesses indivisíveis, inexistindo a possibilidade de exclusão (*opt out*) e a necessidade de notificação pessoal (*notice*).⁴⁵⁷ Já a (b)(3), que pretende tutelar danos por lesões individuais, é a *class action* mais utilizada e que se aproxima da ação coletiva para tutela de interesses individuais homogêneos no Brasil, compreendendo membros do grupo com direito de notificação e de auto-exclusão (*opt out*). Outro traço característico dessas ações é o seu uso com interesse exclusivamente mandamental, para a proteção de liberdades públicas contra particulares, o que decorre da história norte-americana contra a discriminação racial, possibilidade esta impedida no Brasil com o veto ao art.85 e art.86 do CDC.⁴⁵⁸

Para Antonio Gidi, por se tratar de sistemática processual inserida na tradição jurídica própria da *common law*, as questões jurídicas não são apreciadas a partir de princípios abstratos e imutáveis, mas a partir da especificidade fática do caso concreto e no substrato político de cada solução pragmática.⁴⁵⁹ Gidi vai defender, ainda, a visão global da

⁴⁵⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, São Paulo, n.82, p.92-151, 1996.

⁴⁵⁶ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: RT, 2007. p.20.

⁴⁵⁷ A adoção do sistema de *opt in e opt out* viabilizar o ingresso voluntário e a auto-exclusão dos membros do grupo, quando notificados, oportunizando a escolha do cidadão de ser ou não atingido, ao final, pelos efeitos da coisa julgada.

⁴⁵⁸ "Art. 85 - Contra atos ilegais ou abusivos de pessoas físicas ou jurídicas que lesem direito líquido e certo, individual, coletivo ou difuso, previsto neste Código, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas da lei do mandado de segurança; Art. 86 - Aplica-se o habeas data à tutela dos direitos e interesses dos consumidores". Razões do voto: "As ações de mandado de segurança e de habeas data destinam-se, por sua natureza, à defesa de direitos subjetivos públicos e têm, portanto, por objetivo precípuo os atos de agentes do Poder Público. Por isso, a sua extensão ou aplicação a outras situações ou relações jurídicas é incompatível com sua índole constitucional. Os artigos vetados, assim, contrariam as disposições dos incisos LXXI e LXXII do art. 5º da Carta Magna". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/vep664-L8078-90.htm#art85>. Acesso em: 31 Out.2014.

⁴⁵⁹ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: RT, 2007.p.22.

controvérsia naquela sistemática, que permite ao Judiciário levar em consideração todas as nuances da decisão sobre o caso concreto, obrigando a parte condenada a responder pelo ilícito coletivo em sua totalidade, potencializando a sua função reparadora e evitando reincidência futura.⁴⁶⁰ Tal é a função *deterrence* da responsabilidade civil na *class action*.⁴⁶¹

O que ocorre no Brasil, além do assalto de uma cultura de historicidade diversa (common law), é a adoção de um produto final de um procedimento acelerado (decisões paradigmas e vinculantes), que menospreza a análise do caso concreto, para sua utilização em procedimento que pretende suprimir o contexto fático do julgamento. Enquanto nos Estados Unidos a técnica jurisdicional das *class actions* é utilizada para promover o acesso à justiça, economia processual e, ainda, para evitar a formação de decisões judiciais contraditórias,⁴⁶² esse caminho, no Brasil, parece estar sendo construído preferencialmente pelo procedimento de cunho individual, que abstrativiza o julgamento a partir da superficialidade, ignorando a adequação advinda do procedimento coletivo.⁴⁶³

⁴⁶⁰ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: RT, 2007.p.34 e 36.

⁴⁶¹ Por outro lado, é preciso observar que na sistemática norte-americana as normas processuais permitem, pela sua generalidade, uma larga margem de discricionariedade ao julgador de primeiro grau, admitindo, assim, adaptações do processo às peculiaridades do caso concreto. Há um risco, neste sentido, quanto às expectativas geradas acerca das convicções pessoais de cada magistrado, e do grau de subjetivismo que lhe é atribuído, até mesmo porque a vinculação do juiz não é a todo e qualquer precedente (*persuasive precedentes*), mas tão somente aos precedentes decorrentes dos tribunais superiores (*binding precedentes*) aos quais o julgador está hierarquicamente submetido. Cf. GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: RT, 2007. p.19. De qualquer sorte, nem mesmo as ações individuais fogem ao risco da subjetividade que por vezes obscurece as reais razões ou motivações que levaram o julgador a determinado resultado.

⁴⁶² GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: RT, 2007. p.25.

⁴⁶³ Neste mesmo sentido, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou por ocasião do Recurso Especial n. 1.370.899, através do seu relator, Ministro Sidnei Beneti, ao apreciar, pelo rito do art.543-C do CPC a tese acerca do termo inicial dos juros de mora para indenização de prejuízos decorrentes dos planos econômicos sobre as cadernetas de poupança: “[...]No fundo, o pleito de que o julgamento de Ação Civil Pública se limite à só proclamação anódina de tese, incentivado o condenado a procrastinar a concretude da condenação no aguardo da propositura de execuções individuais, para, só então, iniciar o curso de juros de mora, contém o germe da destruição da efetividade do relevante instrumento processual que é a Ação Civil Pública, que tantas esperanças abriu para a eliminação da demora na solução de grandes controvérsias e da superação da própria insegurança jurídica na sociedade brasileira, além de incentivar a judicialização individual em massa, de gigantesco número de processos repetitivos, que estão a asfixiar o Judiciário nacional e a impedir o célere e qualificado deslinde de processos para os jurisdicionados em geral.[...] Deve-se arrear firmemente a tentativa, disfarçada de mera discussão a respeito de início de fluência de juros de mora, de destruição do próprio instrumento da Ação Civil Pública brasileira, em verdadeira traição ao modelo da “Class Action” criada pelo Direito Anglo-Americano exatamente para o amparo, entre outros, de direitos coletivos homogêneos, de modo a compô-los para todos os titulares de tais direitos, sem necessidade de ingresso de cada um deles em Juízo, para judicializar, individualmente, suas pretensões. Nessa ordem de considerações, repita-se, o sucesso do Recurso Especial ora sustentado pelo Recorrente fatalmente levará à pulverização das pretensões individuais homogêneas, obrigando-se os titulares de tais direitos, conquanto homogêneos, à busca do ajuizamento individual, quer dizer, mantendo-se a necessidade da judicialização multitudinária em massa, pela via oblíqua da obrigatoriedade do ajuizamento das execuções individuais. Além disso, evidente que a procrastinação do início da contagem dos juros moratórios traria em seu bojo o efeito perverso de estimular a resistência ao cumprimento da condenação

O fato é que é possível oferecer uma resposta ao questionamento do que venha a ser processo adequado, pois ao nos debruçarmos sobre a análise das demandas coletivas e de sua utilização para a contenção de conflitos afetados pela atuação da economia de mercado global, observa-se que o procedimento coletivo mostra-se constitucionalmente mais adequado, já que irá de fato enfrentar a causa conflituosa, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos, onde a concepção do cabimento de uma *class action* impõe obrigatoriamente o enfrentamento ou a valoração do caso concreto.

Se o procedimento coletivo se impõe sobre a análise do caso concreto que irá atingir um número infinito de pessoas, notadamente mostra-se como procedimento adequado à situação fática conflituosa, ao passo que a sistemática do julgamento das demandas repetitivas, muito embora irá igualmente atingir um número infindável de cidadãos, adota o caminho da abstração, ou seja, do não enfrentamento coerente do caso concreto, cujo produto final é uma jurisdição conceitual, eivada de superficialidade.

Neste sentido, a tradição da *common law* leva vantagem novamente, não pela aplicação do precedente (que no Brasil é utilizado abstratamente como recurso repetitivo representativo de controvérsia), mas por atuar em busca da solução do conflito através da ampla aplicação do contraditório sobre o caso concreto, próprio de uma conflituosidade decorrente de uma sociedade cada vez mais complexa e homogeneizada pela massificação do consumo excessivo. Na sociedade hipermoderna é preciso dizer, em definitivo, que os riscos de danos causados à uma coletividade inteira serão cada vez mais comuns e os efeitos igualmente cada vez mais potencialmente danosos para essa mesma coletividade. O direito processual da tradição *civil law* precisa acompanhar essa historicidade.

4.3 O problema da representatividade nas ações coletivas. A necessária revisitação dos conceitos clássicos de legitimidade e do interesse processual um século depois de sua origem

transitada em julgado da Ação Coletiva, visto que é claro que seria economicamente mais vantajoso, como acumulação e trato do capital, não cumprir de imediato o julgado e procrastinar a efetivação dos direitos individuais, via incontida recorribilidade, e, quiçá, a eternização da violação de direitos, como ocorre, aliás, na atualidade, em que a judicialização pulverizada desempenha relevante papel no giro de assuntos de diversas naturezas – não apenas os referentes a Cadernetas de Poupança e Planos Econômicos, subjacentes ao caso, mas a todos os demais, que afligem a sociedade na irrealização de direitos e afogam o Poder Judiciário em multitudinária massa de processos individuais, para os quais se remeteriam todos os titulares de Cadernetas de Poupança, com direito reconhecido no julgamento de Ação Coletiva”. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n.1.370.899, Corte Especial, Relator Ministro Sidnei Beneti, Publicado no DJe 14/10/2014.

Um dos maiores entraves à incorporação do procedimento coletivo diz respeito à representatividade das coletividades, especialmente quando o direito transindividual diz respeito à coletividade de consumidores.⁴⁶⁴ O problema diz tanto ao apontamento de quem venha a estar legitimado em juízo em nome da coletividade, como da adequação da representatividade, dada a extensão e o reflexo da decisão e de sua definitividade (coisa julgada) obtida ao final do processo. Como admitir que alguém tenha contra si decisão judicial sobre relação jurídica material da qual integra sem ter participado diretamente do processo judicial? O que legitima a decisão judicial? A reflexão que se impõe alcança a obra de Enrico Tulio Liebman e sugere uma revisitação dos conceitos clássicos de legitimidade e interesse processuais como condições da ação e da sua teoria eclética, trazida para o Código de Processo de 1939 e mantida no Código atual.

O debate estabelecido na Alemanha de 1856, entre Windscheid e Muther,⁴⁶⁵ contribuiu sobremaneira para a independência do direito processual frente ao direito material e para o avanço dos conceitos de ação, pretensão e direito subjetivo. Mas foi com a obra de Oscar Von Bulow, em 1868, que ocorreu o marco do início de uma nova ciência processual (*Die Lehre von den Processeinreden und die Processeoraussetzungen*). Bülow defendeu, na época, a teoria de que o processo encerra uma relação jurídica dinâmica e de natureza pública, desenvolvida de forma gradual, não decorrendo, portanto, exclusivamente do direito subjetivo proposto pelo autor, já que as regras processuais estabeleciam uma relação de caráter público entre os funcionários do Estado e os cidadãos, com sujeitos, causa e objeto bem definidos.⁴⁶⁶ Neste mesmo momento, o alemão Degenkolb e o austríaco Plósz defenderam a teoria de um direito de ação abstrato, dirigido contra o Estado-juiz, depois evoluída para a busca de uma composição do conflito, instaurando uma nova teoria do direito de ação como direito público, autônomo e abstrato.

No Brasil, em meio à tramitação do Código de Processo Civil de 1939,⁴⁶⁷ idealizado pela escola paulista de direito processual, o texto sofreu forte influência das teorias do recém-

⁴⁶⁴ Ainda na Itália, Cappelletti apontava para a obscuridade quanto a quais organismos públicos e quais as organizações dos consumidores que a lei estaria a legitimar para a ação, norma que no seu entender diz muito e nada ao mesmo tempo. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade**, p.172).

⁴⁶⁵ SILVA, Ovídio Baptista. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.88.

⁴⁶⁶ A Oscar Von Bulow deve ser creditada, ainda, a teoria dos pressupostos processuais de desenvolvimento válido e regular do processo, adotada pelo Brasil (CPC, art.267, IV), que diz respeito exatamente aos aspectos objetivos e subjetivos da relação jurídica processual. Ver em SILVA, Ovídio Baptista da. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.99.

⁴⁶⁷ Após a implantação do regime forte de 1937, o governo encarregou uma comissão de elaborar o Código Nacional de Processo Civil, que, entretanto, não conseguiu ultimar seu trabalho em razão das divergências insuperáveis entre seus membros. Posteriormente, pelas mãos de Pedro batista Martins, outro projeto fora elaborado e transformado em lei pelo Decreto-Lei 1.608, de 1939, e que entrou em vigor a partir de março de

chegado italiano ao Brasil, que consistiam basicamente ao condicionamento da obtenção da decisão de mérito a três elementos, quais sejam a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade de partes e o interesse processual, sem os quais o autor seria carecedor da ação.

⁴⁶⁸ Segundo Liebman, a ação, como direito de provocar o exercício da jurisdição, deve restar voltada para o julgamento da lide, compreendida como conflito efetivo de interesses controvertidos. Defende, portanto, que as condições da ação são requisitos para o exercício da função jurisdicional com referência à situação concreta deduzida em juízo.⁴⁶⁹

Nessa linha de ideias, ainda que a ação tenha um viés abstrato, não pode ser movida por qualquer pessoa e por qualquer razão (causa), de modo que, se o exercício da ação é voltado para o julgamento do mérito, há que se estabelecer condições para trilhar esse caminho, pois o problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir, que decorre da distinção entre a existência objetiva do interesse de agir e a sua pertinência subjetiva, de modo que *“um estranho não pode validamente invocar o interesse de agir alheio”*.⁴⁷⁰ E assim restou consolidado no CPC atual a condição de que os sujeitos processuais devem litigar em nome próprio questões pertinentes aos seus próprios direitos (legitimidade ordinária),⁴⁷¹ de modo que apenas em situações extraordinárias autorizadas pela legislação é que o sujeito poderá estar em juízo em nome próprio na defesa de direito alheio (legitimidade extraordinária).

No âmbito das ações coletivas, a discussão acerca da legitimidade ativa e, portanto, da representatividade, não é tão simplória. Ademais, prova dessa complexidade relacionada à

1940. Segundo Humberto Theodoro Jr., coexistiam no Código uma parte geral moderna, fortemente inspirada nas legislações alemã, austríaca, portuguesa e nos trabalhos de revisão legislativa da Itália, e uma parte especial anacrônica, ora demasiadamente fiel ao velho processo lusitano, ora totalmente assistemática. Dizia-se, com razão, que dois espíritos coabitavam o Código, formando uma parte geral impregnada de ideias novas, enquanto as que tratavam dos procedimentos especiais, dos recursos e da execução se ressentiam "de um execrável ranço medieval". Depois de uma década de estudos e debates, ocorreu em 1973 a reforma do Código de 1939, baseada em anteprojeto redigido pelo Ministro Alfredo Buzaid e revisto por uma comissão formada pelos juristas José Frederico Marques, Luiz Machado Guimarães e Luís Antônio de Andrade. Submetido ao Congresso Nacional, o projeto foi aprovado, restando promulgada a Lei 5.869/73, CPC atualmente em vigor. Ver em THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.1. p.17.

⁴⁶⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 1984. v.1. p. 150-151.

⁴⁶⁹ Logo, para Liebman a ausência das condições da ação levará a ausência de uma prestação jurisdicional, já que sem as condições da ação esta simplesmente não existe. Portanto, somente se presta jurisdição quando ocorrer análise do mérito. Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.162, e, ainda, do mesmo autor, **Estudo sobre o Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Bestbook, 2001. p.109, o que obviamente sofreu críticas por longa data, a exemplo de Ovídio Baptista da Silva. Ver em SILVA, Ovídio Baptista da. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.105.

⁴⁷⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 1984. v.1. p.157.

⁴⁷¹ CPC atual: Art.6º. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

legitimidade ativa nas ações coletivas, são as opções adotadas por países diversos acerca da legitimidade para a propositura das ações coletivas, que vão da legitimidade privada (somente pessoa física ou associações),⁴⁷² pública (Ministério Público, Ombudsman ou Defensor do Povo e similares), que é o caso do Japão, ou mista (admitindo a ambos).⁴⁷³

No Brasil, a Lei de ACP (art.5º) e o CDC (art.82) admitem, além dos entes públicos, apenas as associações, adotando, portanto, o modelo misto, afastando, contudo, a legitimidade de pessoas físicas no ajuizamento de ações coletivas. O cidadão, isoladamente, somente está autorizado ao manejo da Ação Popular, muito embora nestes casos seja possível considerá-lo como sujeito que detém a titularidade do direito levado a juízo, e não representante da coletividade. A proposta do CMBPC pretendeu afastar essa exclusão, incluindo no seu art. 20 qualquer pessoa física no rol de legitimados, mediante o reconhecimento judicial de sua adequada representatividade, muito embora o PL n.5.139/2009 tenha tratado, na sequência, de extirpar tal oportunidade.⁴⁷⁴

A legitimidade mista parece melhor atender aos interesses de caráter coletivo, viabilizando, assim proteção ampla e irrestrita, especialmente pela abrangência que alcança pessoas físicas e associações, não pessoalmente prejudicados, mas substancialmente envolvidos.⁴⁷⁵ Nas palavras de Mauro Cappelletti, é uma verdadeira revolução do conceito de legitimidade ativa, já que “justa parte” não é mais vista como um conceito aplicável àquele que é titular do direito ou aquele que detém interesse legítimo para a causa, ou ainda o sujeito diretamente ou pessoalmente afetado, mas o sujeito privado que age para o bem coletivo, sozinho ou em grupo, espontaneamente.⁴⁷⁶

⁴⁷² Alemanha, França, Itália, Japão e Suíça e Estados Unidos. Ver em GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2011.p.234.

⁴⁷³ Demais países que adotam o procedimento ou que apresentam projetos de lei sobre a temática. É sobretudo curioso o caso do México, que divide as legitimidades privada para causas agrárias e pública para as causas relativas aos direitos do consumidor. Ver em GRINOVER, Ada Pellegrini (*et al.*). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos**, p.234.

⁴⁷⁴ Ver Anexos C e D.

⁴⁷⁵ A título de exemplo, cita-se o comércio de leite longa vida, contendo água oxigenada, soda cáustica e ureia, altamente danosos à saúde de toda a população, conforme investigações e denúncias que ganharam notoriedade em Santa Catarina e no Rio Grande do Sul. O autor da ação coletiva pode ser qualquer cidadão integrante dessa sociedade atingida, mesmo que ele próprio não tenha consumido o produto ou tenha sido diretamente lesado pela comercialização do mesmo. Cf. notícia veiculada no portal do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul: RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público. **Leite Compen\$ado: MP cumpre mandados no Interior e deflagra nova etapa da operação**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/consumidor/pgn/id2130.htm>>. Acesso em 08 Set. 2014.

⁴⁷⁶ É o *autor ideológico* assim identificado por Louis Jaffe, em 1968, ou o *Ministério Público Privado*, de Jerome Frank, em 1943. Ver em CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 5, p.128-159, 1977. p.141 e 151.

Quanto à titularidade do direito coletivo, praticamente toda a doutrina manifesta posição assente acerca da legitimidade extraordinária conferida aos entes legitimados, a exemplo de Hugo Nigro Mazzili,⁴⁷⁷ Teori Albino Zavascki⁴⁷⁸ e Pedro Lenza.⁴⁷⁹ Diverge desta amostra doutrinária Nelson Nery Júnior,⁴⁸⁰ para quem o autor coletivo, em especial o Ministério Público, detém legitimidade autônoma, considerando as suas prerrogativas constitucionais e legais. Márcio Flávio Mafra Leal,⁴⁸¹ acolhe a posição de Nelson Nery apenas para os direitos difusos, pela indeterminação da massa, mas discorda da qualificação autônoma à legitimidade, quando o correto seria legitimidade ordinária. Assim, para Nelson Nery Jr. e Mafra, a legitimidade do MP seria ordinária para os direitos difusos e extraordinária para os coletivos e individuais homogêneos.

Na tradição romano-germânica, a legitimidade decorre de uma relação jurídica material concreta ou de uma posição jurídica específica, incluindo quem não é integrante da relação material, em razão da legitimação processual (substituição ou legitimação extraordinária). Já na família da *common law*, a legitimidade (ou *standing*) não parte da relação existente entre direito objeto e subjetivo, na medida em que, tal qual observado na primeira parte do trabalho, o direito inglês tem forte concentração no processo, razão pela qual a preocupação quanto à legitimidade vem no sentido de definir quais ações podem servir de forma apropriada à reparação da ofensa do autor.⁴⁸² Assim, geralmente o autor da ação coletiva é um único indivíduo, que postula ao tribunal uma certificação de que sua ação individual seja processada como coletiva, o que desencadeia um cuidadoso procedimento com o objetivo de analisar a sua representação acerca de direitos de outras pessoas que igualmente tenham sofrido as mesmas lesões, que avalia sete requisitos para a sua autorização: existência de uma classe identificável e a pertinência do indivíduo como membro da classe, estes dois de origem jurisprudencial, e os demais enumerados na Regra 23 (a): impossibilidade de formação de litisconsórcio, comunhão de questões de fato e de direito entre os membros da classe, identificação das pretensões do representante e do representado, a adequada

⁴⁷⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.65.

⁴⁷⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela coletiva de direitos. São Paulo: RT, 2011. p.152

⁴⁷⁹ LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.191.

⁴⁸⁰ NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. São Paulo: RT, 2006. p.152. O processualista brasileiro segue a concepção alemã que vincula a legitimidade ao direito material, de modo que a ilegitimidade ativa, no país germânico, leva o processo à improcedência.

⁴⁸¹ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas**, 2014. p.60.

⁴⁸² *Ibid.*, p.52.

representação da classe pelo autor da ação e, por fim, que a ação se encaixe em uma das opções de ação da Regra 23 (b).⁴⁸³

Por outro lado, certamente não é posição acerca da legitimação ordinária ou extraordinária que mais ocupa a doutrina, mas sim as circunstâncias autorizadas da propositura das ações coletivas pelos legitimados. Neste aspecto, ao lado da legitimidade, outra questão se impõe como critério de confiabilidade dos representantes da coletividade, qual seja o instituto da representação adequada, cuja relevância reside no fato de que, se a pessoa ausente estivesse em juízo, o resultado prático do processo seria exatamente o mesmo. Contrário sensu, o representante torna-se inadequado no momento em que a parte ausente demonstrar que sua participação no processo traria resultado diverso. Tal quesito se mostra inexorável quando do exame do cabimento das *class actions* nos Estados Unidos.⁴⁸⁴

Obviamente que os institutos estão intimamente vinculados, na medida em que a universalidade da legitimação ativa exige análise da credibilidade e da seriedade do representante, cuja condução do processo irá afetar toda uma coletividade, de modo que a representação inadequada, que para Gidi sequer pode ser concebida como representação, nos países da *common law* afasta inclusive a coisa julgada sobre os membros do grupo.⁴⁸⁵

Especificamente no Brasil, apesar das tentativas para esquematizar os critérios de reconhecimento da adequação do legitimado por ocasião do projeto de lei 3.304/1984 (ACP) e do anteprojeto do Código de Processo Coletivo, ainda não há critérios legais a serem examinados. Portanto, o instituto não tem correspondência na legislação brasileira.⁴⁸⁶

⁴⁸³ LEAL, Márcio Fávio Mafra. **Ações Coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Fabris editor, 1998, p.133-134.

⁴⁸⁴ Cabe destacar, antes mesmo de analisar a representatividade adequada, que a legitimidade ativa nos Estados Unidos é de caráter privado, ou seja, não há um rol de legitimados públicos e privados tal qual ocorre no Brasil, conforme o art.5º da ACP e art.82 do CDC, o que Antonio Gidi entende ser compatível com ideologia liberal, não paternalista e privatista que vigora no país norte-americano. Mas a tradição do *common law* não tem qualquer caráter absoluto quanto à regra, de modo que já ocorreram exceções relacionadas à saúde, economia e bem-estar, que suscitaram os interesses de iniciativa dos Estados (*parens patriae doctrine*), notadamente em razão do seu dever de zelar pelos cidadãos em questões de interesse social. Cf. GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: RT, 2007. p.124.

⁴⁸⁵ WATANABE, Kazuo. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2011.p.301. Ainda, segundo Antonio Gidi, nas *class actions*, se em ação futura restar constatado a inadequação da representatividade na ação transitada em julgado, o juiz negará o efeito da coisa julgada à sentença coletiva em benefício dos membros do grupo. Neste ver em Gidi, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, n.108, 2002. p.67.

⁴⁸⁶ Anteprojeto do Código de Processo Coletivo (vide anexo C), art. 20: “Art. 20. Legitimação. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa: I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como: a – a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos;

Assim, enquanto que na sistemática norte-americana o exame da representação adequada fica sob a incumbência do julgador, dentro das especificidades do caso concreto, caso a caso, no Brasil a representação adequada é presumida na figura dos legitimados ativos, a critério do legislador, e sem o consentimento dos cidadãos substituídos processualmente. De qualquer modo, cabe lembrar que ambas as situações a representação não é expressamente consentida pelos representados, ou seja, não há autorização direta pela coletividade tanto no Brasil como nas *class actions*. A diferença que se impõe é a possibilidade de o cidadão norte-americano contestar a representação na ação futura.

Para Guilherme Rizzo Amaral a problemática acerca da legitimidade ativa constitui um dos aspectos que justificam a falência do processo coletivo no Brasil, na medida em que a propositura de ações coletivas está adstrita a um rol de entidades previamente indicadas pelo legislador, colocando os juízes em uma posição de meros espectadores do crescimento das demandas individuais de massa, já que somente podem notificar os legitimados acerca da identificação dessas demandas, em especial o Ministério Público, para que o movimento em prol da ação coletiva ocorra, reação esta que, na sua visão, geralmente ocorre de forma tardia.^{487/488}

O que é preciso questionar é se, na ausência de critérios legais acerca da apuração da representação adequada, poderia o julgador avaliar as adequações do autor da ação valendo-se

c – sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado; II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos, e individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, nos termos do inciso I deste artigo; III - o Ministério Público, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de interesse social; IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, quando a coletividade ou os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas forem necessitados, do ponto de vista organizacional, e dos individuais homogêneos, quando os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas forem, ao menos em parte, hipossuficientes; V – as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e, quando relacionados com suas funções, dos coletivos e individuais homogêneos; VI - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, bem como os órgãos do Poder Legislativo, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos indicados neste Código; VII – as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas as primeiras à defesa dos interesses e direitos ligados à categoria; VIII - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais; IX - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

⁴⁸⁷ Neste e a posição de AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, Segurança, Massificação e a Proposta de um “Incidente de Demandas Repetitivas”. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n.53, mar/abr.2013.p.60.

⁴⁸⁸ Cabe ressaltar que nem mesmo a conversão das demandas individuais em ação coletiva, providência esta prevista no art. 334 do novo CPC, dará cabo de desencadear o processamento de um número maior de ações coletivas, quando o próprio texto exclui expressamente dessa providência os direitos individuais homogêneos (parágrafo 2º do art.334) que, a partir da classificação brasileira, revelariam a maior incidência de demandas repetitivas relacionadas a questões atinentes ao consumidor, a exemplo das ações de telefonia.

dos princípios fundamentais constitucionais. Seria o juiz do processo refém da simples constatação da legitimidade ativa do autor?

Para Cássio Scarpinella Bueno, se a discussão fática da lesão à coletividade requer legitimado ativo habilitado para o contraditório, sua inaptidão para o devido contraditório, inclusive sobre a perspectiva do demandado, justifica posicionamento do juízo no sentido de afastá-lo em nome do devido processo legal.⁴⁸⁹ Para Márcio Mafra Leal, é um equívoco teórico grave usar a realidade social atual ou os efeitos de uma sociedade de massa a pretexto de permitir um “pseudoafastamento” da aplicação do devido processo legal, simplesmente ignorando o indivíduo.

As regras processuais não podem aniquilar o aparato constitucional. Não sua supressão, mas sim a sua adaptação deve ocorrer no processo coletivo. O autor ainda usa como exemplo os danos de bagatela para justificar que não há razão de invocar a defesa do contraditório em casos que sequer chegariam ao Judiciário não fosse a ação coletiva, já que dificilmente o cidadão se move isoladamente para prejuízo de pequena monta, que não valem o desgaste de uma ação individual.⁴⁹⁰ De outro lado, Mafra Leal acusa de paternalista essa perspectiva sociológica que pretende tutelar interesses privados pelo autor coletivo, a pretexto de promover o acesso à justiça, e que ainda despreza as nuances próprias do caso concreto.⁴⁹¹

É interessante observar, de outro lado, que, para Antonio do Passo Cabral, a ideia de um sistema automaticamente inclusivo e as técnicas de legitimidade extraordinária dificultam o exercício de faculdades processuais e promovem um rompimento político-ideológico com o dissenso, o pluralismo e as iniciativas individuais, sustentando, ainda, que a condução do processo por um único autor estranho à coletividade, o que ele denomina de *ficção representativa*, pode esconder dissidências dentro da classe, vilipendiando a liberdade individual de milhares de cidadãos que opinam de forma divergente e que inclusive teriam adotado estratégias processuais diversas caso tivessem ajuizado sua ação individual.⁴⁹² A crítica vem nesse sentido exposta justamente em razão da maneira com que o Brasil conduz a legitimidade ativa das ações coletivas, ou seja, por se tratar de uma presunção *iuris et de iure*, e não necessariamente da intimidade do autor para com a relação fática coletiva levada a

⁴⁸⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, São Paulo, n.82, p.92-151, 1996.

⁴⁹⁰ LEAL, Márcio Flávio Mafra, **Ações Coletivas**, 2014. p.231- 233.

⁴⁹¹ Ibid. p.236-237.

⁴⁹² CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, n.147, ano 32, maio.2007. p.127.

juízo. Até mesmo com relação às associações a doutrina não demonstra absoluta confiança, mesmo que a lei venha a condicionar sua representação mediante a demonstração de pertinência temática.⁴⁹³

Diante do impasse, muito embora não haja critérios legais para análise da representatividade adequada, parece acertada a posição de Antonio Gidi, que ratifica o argumento de Cássio Scarpinella Bueno, no sentido de que a Constituição Federal por si só já respaldaria o julgador e também o Ministério Público a monitorar e se pronunciar sobre as circunstâncias reais de representação do autor da ação coletiva,⁴⁹⁴ o que decorre da imposição do devido processo legal constitucional, ou de um devido processo legal social ou coletivo,⁴⁹⁵ ou seja, de novo o processo coletivo requer um olhar que refoge à tradição privatística do direito processual, notadamente quando se está em questão o interesse de caráter coletivo dado o número de pessoas e cidadãos que a prestação jurisdicional irá afetar. Por outro lado, é possível assemelhar a *adequacy of representation*, em nosso entender, com o interesse de agir da teoria de Liebman, já que os critérios de adequação e utilidade da demanda para o autor revelam exatamente as suas aptidões para a condução de determinada causa. Neste sentido, a representatividade adequada não é imanente da legitimidade ativa conferida pelo rol legal, assim como não está o juízo adstrito à confirmação da legitimidade ativa do demandante, mas sim resulta de uma análise acerca da fidelidade do legitimado para com a causa coletiva, ou seja, o legitimado deve ser intimado para demonstrar sua condição de representante adequado e, caso suas justificativas não sejam acolhidas, deve-se preservar o processo já ajuizado com a substituição do mesmo, sob pena de extinção da causa sem análise de mérito por falta de “interesse de agir”.

Assim, não se socorre parcela da doutrina que critica o procedimento coletivo neste aspecto, ao apontar a representatividade ficcional prevista em lei e a posição passiva do julgador,⁴⁹⁶ na medida em que os postulados constitucionais autorizam a intervenção do julgador para se impor e provocar a extinção do processo sem julgamento de mérito, caso outro legitimado não se habilite em tempo hábil.

Na verdade, a presunção absoluta da representatividade adequada restaria mantida sob o argumento de que a decisão coletiva *in pejus* não vincula o cidadão, que poderá

⁴⁹³ Ver mais em LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas**. São Paulo: RT, 2015. p.71-86.

⁴⁹⁴ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: RT, 2007. p.134.

⁴⁹⁵ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, n.108, 2002. p.65, 68 e 69.

⁴⁹⁶ Neste sentido ver LEAL, Márcio Flávio Mafra, **Ações Coletivas**, 2014, p.230 e CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas, **Revista de Processo**, São Paulo, n.147, ano 32, maio.2007.

demandar isoladamente a mesma causa individual, o que também não se sustenta diante do aparato constitucional que garante o acesso à justiça efetiva. Como bem lembrado por Cássio Scarpinella Bueno, “não pode o réu estar sujeito à contingência da formação da coisa julgada que favoreça toda a classe por alguém que não tenha o mínimo de representatividade daqueles por quem alega agir em juízo, nada impedido que este mesmo réu sofra novamente a mesma demanda em caso de rejeição da pretensão”.

De qualquer modo, preocupações à parte acerca da idoneidade do autor da ação, o devido processo legal restaria acompanhado, de qualquer maneira, por interventores ou “cuidadores” clássicos do processo como o Ministério Público, de sorte que não há porque criarem-se óbices desproporcionais à representação do legitimado à ação coletiva, já que o procedimento coletivo proposto está todo envolto de medidas que devem garantir o efetivo exercício dos direitos fundamentais, assim como é preciso destacar que não raro é somente o cidadão, que vivencia seu conflito, seja ele de que grau for, é que tem condições de exercer plenamente o contraditório em juízo, já que ele próprio traz a sua experiência sobre a controvérsia e, também não raro, os legitimados por lei à propositura da ação coletiva não demonstram o efetivo interesse pela controvérsia como aquele que a experimenta o conflito.

Mas, afinal, o que faz do autor da ação coletiva um representante adequado? Nas palavras de Cappelletti, que garantias deverão estar resguardadas para que uma única pessoa esteja em juízo e, para que, de acordo com a sua preparação e astúcia, venha a conduzir um litígio que trará reflexos para uma coletividade inteira, ali ausente? Que cuidados, ao final, são necessários para prevenir sua imperícia ou negligência, e ainda abusos e eventuais posturas ardilosas?⁴⁹⁷

Na sistemática do *common law*, essa análise cognitiva pode, em um primeiro momento, mostrar-se mais facilitada, na medida em que o procedimento das *class action* é essencialmente voltado para a processualística do caso concreto, de modo que cada ação coletiva será analisada detalhadamente, até mesmo porque a análise da representatividade adequada passa a ser condição de cabimento da ação instaurada. Neste sentido, pretender legislar a respeito pode parecer desarrazoado naquela tradição, já que o caso concreto se impõe com sua especificidade e eventual legislação acerca dos critérios de representatividade adequada já nasceria parcial ou incompleta, por nem todos os casos abranger.

Nos Estados Unidos, a *adequacy of representation* é o quarto requisito de cabimento da ação coletiva previsto na *Rule 23* e um dos mais relevantes a serem considerados pelo

⁴⁹⁷CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 5, p.128-159, 1977. p.155.

juulgador quando da proposição de uma *class action*. Segundo Antonio Gidi, o objetivo dessa exigência é minimizar o risco de colusão, incentivar uma conduta vigorosa do autor e seu advogado e assegurar que todos os interesses do grupo representado e ausente sejam levados ao processo. O requisito se mostra, assim, como condição para a ocorrência de coisa julgada. Diante disso, o poder de representação do autor na tutela dos interesses dos membros ausentes decorrente diretamente do seu dever de adequadamente representá-los em juízo, o que ocorre sob a responsabilidade do juiz e ainda pode ser controlado pelo próprio polo passivo, interessado na efetivação da coisa julgada, ao final, a seu favor.⁴⁹⁸

Logo, fica evidente a necessidade de o julgador estar intimamente vinculado ao caso concreto da demanda e de monitor sua tramitação constantemente, até mesmo porque a adequação do representante vislumbrada no início do processo (certificação) pode não se confirmar até o final da demanda.

Quanto ao Brasil, é importante lembrar que o anteprojeto do Código de Processo Coletivo apresentado em 2009 entendia que a análise da representação adequada poderia partir de critérios legais, ao prever em seu art.19 a análise da credibilidade do representante, de sua capacidade e experiência, do histórico de sua conduta na proteção dos direitos da coletividade, em juízo e fora dele, judicial e extrajudicialmente.⁴⁹⁹

E por que o cidadão isoladamente não está autorizado a propor demandas coletivas além das opções previstas para a ação popular? Por que o cidadão não possui legitimidade ativa para questionar danos decorrentes das relações de consumo? ⁵⁰⁰ A doutrina tenta justificar essa desautorização no Brasil por medida de segurança jurídica, para evitar que o Judiciário não fique sobrecarregado com ações sem importância ou que o Judiciário se submeta a uma litigiosidade provocada por concorrentes desleais disfarçados de autores populares, sem falar do risco de uma determinada atividade econômica restar inviabilizada pela decisão coletiva em desfavor do mercado!⁵⁰¹

⁴⁹⁸ GIDI, Antonio, **A class action**, p.99-101.

⁴⁹⁹ Ver texto original no Anexo C.

⁵⁰⁰ Notadamente, caso as pessoas físicas e membros de grupos, categorias ou classes restassem legitimados à propositura de ações coletivas, a representatividade adequada se imporia como critério de cabimento da demanda, seja pela responsabilidade de condução de uma ação deste porte e, não menos importante, seja pela amplitude dos efeitos da decisão final. É por essa razão que os critérios que autorizam o candidato à representação devem ser minuciosamente avaliados, ou seja, o tribunal deve assegurar que o indivíduo tenha uma soma considerável em disputa ou que tenha grande motivação para a causa e ainda examinar a própria classe, levando em conta conflitos de interesse que possam inviabilizar a representação requerida. Por fim, o próprio advogado da classe é avaliado quanto à sua boa-fé, competência técnica e experiência profissional. Cf. LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Fabris editor, 1998. p.134-135).

⁵⁰¹ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas**, p.86.

Ora, esse é justamente o discurso decorrente de uma ideologia econômica fortalecida pelo conservadorismo que ainda subjaz na processualística brasileira, e que insiste em manter sua zona de conforto distante das “conturbadas” ações coletivas sob argumentos alarmistas de bancarrota das empresas resultante dos efeitos das decisões erga omnes.⁵⁰² Afinal, quanto à propositura da ação, efetivamente não há qualquer diferença entre um caso piloto, movido por um cidadão, com trâmite pelo rito individual repetitivo e uma ação coletiva igualmente proposta por um cidadão. Teria então autor do caso piloto representação adequada presumida?

Por outro lado, evidente que o risco de equívocos não poderia ser privilégio de uma ação coletiva, pois toda e qualquer demanda está sujeita aos mesmos perigos e preocupações relacionados ao melhor desenvolvimento do processo. Afinal, que risco maior sobreviria de uma ação coletiva, tão superior aos riscos decorrentes da sistemática superficial e mecanicista adotada através da repercussão geral e do julgamento dos recursos repetitivos ou representativos de controvérsia, instaurados pelos artigos 543-A, 543-B e 543-C do Código de Processo Civil de 1973, ou ainda no Incidente de Demandas Repetitivas constante no art.976 do futuro CPC?

Ao lado da legitimidade ativa e representatividade adequada, a autoridade da coisa julgada, além da caracterização da litispendência, também merece ser avaliada sob a ótica da efetividade do processo coletivo, razão pela qual são debatidas no capítulo a seguir.

4.4. A identificação do pedido e da causa de pedir nas ações coletivas e seus reflexos sobre a caracterização da litispendência e da coisa julgada

As questões atinentes à representatividade das ações coletivas estão intimamente ligada ao processamento de casos similares de forma conjunta (litispendência) ou sucessiva (coisa julgada), já que a condução do processo pelo representante da coletividade trará, como produto de seu trabalho, decisão judicial com reflexos sobre a massa indeterminada sem sua participação efetiva no curso do processo. Por outro lado, que vantagens teria a decisão coletiva final se, apesar de todo um processamento de uma ação coletiva, o cidadão isoladamente pudesse manejar sua própria ação individual sobre a mesma controvérsia?

Para a sistemática norte-americana, se a coletividade foi bem representada, a causa decidida está, não havendo porque questionar a solução dada,⁵⁰³ tamanha a importância do

⁵⁰² LAZZARINI, Marilena. **As investidas contra as ações civis públicas**. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (org.). Tutela Coletiva. São Paulo: Atlas, 2006. p.159-162.

⁵⁰³ BUENO, Cássio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, São Paulo, n.82, 1996. p.151.

atendimento deste requisito. Não havendo representação adequada, a propositura de ações futuras iguais está autorizada sob este fundamento, cujo efeito é justamente de ignorar a coisa julgada sobre a coletividade.

Cabe lembrar também que no sistema das *class actions* os direitos coletivos não aparecem tratados como direitos difusos ou individuais homogêneos, muito embora suas consequências estejam contidas na Rule 23 da seguinte forma: ⁵⁰⁴ as *class actions* 23 (b)(1) e (b)(2) exigem que os membros do grupo tenham interesses indivisíveis, inexistindo a possibilidade de exclusão (*opt out*) e a necessidade de notificação pessoal (*notice*), ⁵⁰⁵ de modo que a coisa julgada é *erga omnes*, atingindo a todos os membros do grupo, incluindo aqueles que não se manifestaram no tempo devido. Já a (b)(3), que pretende tutelar danos por lesões individuais, aproxima-se da ação coletiva para tutela de interesses individuais homogêneos, tendo os membros do grupo o direito de notificação e de auto-exclusão. Neste caso, a coisa julgada também tem efeito *erga omnes*, mas não atinge os membros que se auto-excluíram. Neste aspecto, a ausência de notificação ou a notificação não adequada, que não permitiu manifestação de exclusão, também impede a coisa julgada sobre os direitos do cidadão não notificado.⁵⁰⁶

Assim, de modo geral, nos países de tradição *common law*, a decisão coletiva atinge e vincula a todos os integrantes da massa coletiva, independentemente do seu conteúdo, salvo algumas variantes e particularidades adotadas por cada país. De tal modo, é possível elencar uma teoria sobre a aplicabilidade da coisa julgada sobre as ações que tutelam direitos individuais homogêneos a partir de duas tendências: a adoção do processo de inclusão (*opt in*)⁵⁰⁷ ou de exclusão (*opt out*)⁵⁰⁸ e o efeito *secundum eventum litis*.

No Brasil, a condução da autoridade da coisa julgada, disciplinada pelo art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, segue o critério *secundum eventum litis*.⁵⁰⁹ Para as ações

⁵⁰⁴ Quanto ao aspecto histórico, ver capítulo 2.1 desta tese.

⁵⁰⁵ A adoção do sistema de *opt in e opt out* viabilizar o ingresso voluntário e a autoexclusão dos membros do grupo, quando notificados, oportunizando a escolha do cidadão de ser ou não atingido, ao final, pelos efeitos da coisa julgada.

⁵⁰⁶ GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**, p.272-273.

⁵⁰⁷ Segundo Mafra Leal, Alemanha, França e Inglaterra. Cf. LEAL, **Ações Coletivas**, 2014, p.238.

⁵⁰⁸ As *class actions* indenizatórias (b.3), a tutela coletiva brasileira para individuais homogêneos e a as congêneres espanholas e portuguesas. Cf. GIDI, Antonio. **A Class Action**, p.272-273.

⁵⁰⁹ Neste sentido é a redação do art.103 do CDC: Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão

coletivas que tutelam direitos difusos e coletivos (art.81, I e II do CDC), a coisa julgada será *erga omnes*, com exceção de julgados improcedentes por falta de provas, circunstância esta que admitirá novo ajuizamento da ação mediante a apresentação de novas provas. Assim, a sentença de improcedência fará coisa julgada apenas no plano coletivo, onde incidirá de forma *erga omnes*, seja acolhendo, seja rejeitando o pedido. Essa sistemática foi reproduzida no CMBPC, conforme redação do seu art. 13.⁵¹⁰ Já no campo individual (art.81, III do CDC), somente a coisa julgada material favorável poderá ser de pronto aproveitada, em fase de liquidação e execução, enquanto que a decisão de rejeição não impede, por sua vez, novo ajuizamento da ação individual pelo membro da massa.⁵¹¹

Segundo os autores do Código Modelo de Processo Coletivo, há uma tendência adotada por países de tradição *civil law* no sentido de admitir que os danos individuais decorrentes da mesma causa de pedir destas ações sejam liquidados a partir do mesmo título executivo, o que já se observa no Brasil, Alemanha, Suíça e Itália. Da mesma forma, nos países ibero-americanos, o efeito da decisão segundo o resultado da ação vem apenas no sentido de favorecer e não prejudicar as ações individuais, o que estaria de acordo com a cultura e a historicidade da maioria desses países que enfrentam, entre outros problemas sociais, dificuldades peculiares de acesso à justiça. Esta é a posição de Antonio Gidi, ao defender a opção do legislador brasileiro em respeito à tradição do país, especialmente se consideradas as dificuldades de ordem tecnológica e científica de sua realidade política, social e jurídica.⁵¹²

Causaria estranheza, em um primeiro momento, a possibilidade de novo ajuizamento de ação individual, por membro que, no grupo, teve rejeitado o pedido coletivo, já que, do outro lado da relação jurídica processual, o demandado poderá suportar novamente contra si a

interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual. § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99. § 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória. Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

⁵¹⁰ Neste sentido ver Anexo C.

⁵¹¹ A coisa julgada favorável pode ser transportada para as pretensões individuais, reduzindo o caminho entre o pedido de reparação individual e a decisão final. Ver GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de *civil law* e *common law*** – uma análise de direito comparado. São Paulo: RT, 2011. p.243.

⁵¹² GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**, p.291.

mesma pretensão contraditada na ação coletiva. Os mentores do CDC e também autores do CMBPC defendem a categoria do *secundum eventum litis* para reduzir o risco decorrente da impossibilidade do membro do grupo usar a técnica do *opt out* e do esvaziamento das ações coletivas pelo não uso do *opt in*, preponderando, assim, o princípio da igualdade real. Sob o outro aspecto, o demandado, no novo contraditório instaurado, teria a seu favor a decisão negativa como precedente.⁵¹³

Essa técnica que é defendida pela doutrina e que parte sobretudo da defesa do devido processo legal, por outro lado, acaba servindo de incentivo à abstenção do cidadão isolado frente a uma ação coletiva, já que a possibilidade de novo ajuizamento de ações individuais retira qualquer preocupação acerca do resultado da ação coletiva em curso. Cria-se, até mesmo, um certo desprezo pelo processo coletivo, dada a garantia de ajuizamento da ação individual em caso de rejeição da pretensão coletiva.

Pelas mesmas razões, a sistemática brasileira não permite a caracterização de litispendência entre a ação coletiva e ação individual,⁵¹⁴ mas sim sua suspensão ou a opção simples de manutenção da ação individual, apesar da tramitação da ação coletiva (art.104 do CDC).⁵¹⁵ E o CMBPC manteve essa opção no sentido de que a ação coletiva não induz litispendência às ações individuais, admitindo pedido de suspensão das ações individuais no prazo de 30 dias, caso o interessado opte pelos efeitos da decisão proveniente da ação coletiva, assemelhando-se com o que, a esse respeito, já se disciplina para o Mandado de Segurança Coletivo.⁵¹⁶ Contudo, tal qual bem observado por Rodolfo Mancuso, a aglutinação de diversas ações individuais suspensas, compondo uma espécie de “apêndice” da ação coletiva, pode trazer mais entraves processuais, reduzindo a capacidade mobilizadora da ação coletiva acerca dos interesses da coletividade.⁵¹⁷

⁵¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law** – uma análise de direito comparado. São Paulo: RT, 2011. p.241.

⁵¹⁴ Cabe notar que na previsão da nova lei do Mandado de Segurança, o cidadão terá prazo de 30 dias para desistir do seu mandado individual, caso queira beneficiar-se da decisão na via coletiva: “Lei n. 12.016/2009, Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante. § 1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva”.

⁵¹⁵ “Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

⁵¹⁶ Art.7º do CMBPC, Anexo C.

⁵¹⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada**. São Paulo: RT, 2012. p.379-380.

A solução dada pela doutrina, na verdade, parte em defesa do princípio da autonomia da vontade para preservar o direito de ação individual do cidadão. Ocorre que esse formato não se mostra o mais adequado, na medida em que deixa de olhar para o aspecto coletivo do procedimento, tornando-se um permissivo de multiplicação de demandas que exploram a mesma situação fática país a fora. Nesta perspectiva, mostra-se coerente a adaptação do rito das *class actions* no Brasil, no sentido de conferir ao cidadão a possibilidade de ingressar com ações coletivas, mantendo também a possibilidade de intervenção litisconsorcial e especialmente para admitir a técnica do *opt out*, a fim de evitar a proliferação de demandas que venha a exigir da jurisdição um multi trabalho a respeito da mesma causa de pedir, especialmente para a categoria brasileira de “interesses individuais” tutelados coletivamente.

Por outro lado, a multiplicação de demandas idênticas é tratada de forma desigual pelo CPC e pelo CDC, no que se refere aos efeitos da coisa julgada. O ritual dos recursos repetitivos e do Incidente de Demandas Repetitivas do novo CPC parece ignorar a categoria *secundum eventum litis* do CDC, na medida em que as decisões paradigmas se impõem sobre as demandas individuais, sobrestadas ou não, independentemente do seu conteúdo. A realidade social, política e jurídica é a mesma, mas o tratamento a respeito da coisa julgada é desigual no ambiente do processo individual (CPC) e coletivo (CDC).

Logo, a fim de evitar incongruências ou incoerências, mostra-se relevante a revisitação desses institutos, em busca de um equilíbrio entre o devido processo legal e o acesso efetivo à justiça, dada a coerência com que as pretensões decorrentes do conflito social precisam ser tratadas pela jurisdição.⁵¹⁸ Nas palavras de Antonio Gidi, no caso das *class actions*, a pretensão do grupo será ouvida em juízo uma única vez e o devido processo legal exige que essa única vez seja ao mesmo adequada, até mesmo porque os membros ausentes são considerados partes no processo na exata medida em que estão adequadamente representados em juízo.⁵¹⁹

Sob outro aspecto, há uma peculiaridade a ser enfrentada acerca da extensão da coisa julgada nas ações civis públicas (ACPs). Inicialmente, o art.13 da Lei 7.347/1985 apresentava a mesma redação do art.18 da Lei de Ação Popular, que seguia os mesmos moldes do que hoje preconiza o Código de Defesa do Consumidor. Ocorre que, a partir da alteração promovida pela Lei 9.494/1997, o alcance da decisão na ACP estaria limitado ao espaço territorial da competência do juiz prolator, o que, segundo Hugo Nigro Mazzilli, confundiu

⁵¹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada**. São Paulo: RT, 2012. p.395.

⁵¹⁹ GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**, p.279-280.

(propositadamente) limites subjetivos da coisa julgada com limites territoriais de competência.⁵²⁰

Bem, inicialmente, a medida representou um verdadeiro golpe político à estrutura do microsistema das ações coletivas, formado pelas leis de Ação Popular, ACP e CDC, em uma clara tentativa de boicotar e eficácia do processo coletivo que começava a se ensaiar. Por outro lado, não obstante viciada na forma, pois decorrente de conversão da MP 1.570/1997 e, assim, desrespeitando totalmente os preceitos da urgência acerca de matéria que deveria estar tramitando democraticamente pelo Congresso Nacional, a alteração promovida pela Lei n. 9.494/1997 mostrou-se como medida inócua na prática, já que eivada de paradoxos e incongruências, uma vez que a alteração afetou apenas a Lei 7.347/1985, deixando intocável o texto do art.103 do CDC.

Não bastasse isso, além de admitir, ainda, a possibilidade de tramitação de ações populares e ações civis públicas com o mesmo objeto ou mesma causa de pedir, sem que na Lei da Ação Popular restasse alterada a mesma restrição acerca da coisa julgada, a Lei 9.494 acabou tratando a coisa julgada como um efeito da decisão transitada em julgada, contrariando o que Liebman já defendia acerca da autoridade da coisa julgada, não como efeito ulterior e diverso da sentença, mas uma qualidade dos seus efeitos, qual seja a imutabilidade. Para Liebman, ela está subjetivamente limitada somente às partes do processo judicial.⁵²¹

Logo, a impropriedade da redação do art.16 leva inevitavelmente ao insucesso da tentativa de boicote ao alcance da coisa julgada nas ações coletivas, seja porque mantida a amplitude e alcance das decisões referentes a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de acordo com a redação dos arts. 93 e 103 do CDC, até mesmo porque o CDC regula a coisa julgada de todos os processos coletivos e, portanto, não se restringe à matéria consumerista, seja pela incongruência dos paradoxos acerca da Ação Popular, cuja lei igualmente restou inatingida. Neste sentido, acertada a posição de Hugo Nigro Mazzilli, ao defender a imutabilidade da coisa julgada em todo o território nacional, como decisão soberana do estado, sendo que, o que poderá obter maior ou menor extensão é o dano e suas circunstâncias diversas, de amplitude nacional, regional ou local.⁵²² Neste mesmo sentido é a posição de Rodolfo Mancuso, para quem admitir entendimento diverso “conduziria os

⁵²⁰ Ver em MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.604.

⁵²¹ LIEBMAN, Enrico Tulio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 170.

⁵²² Ver em MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.605.

processos coletivos a um paradoxal limbo processual, um ermo indefinido, que nem seria tutela coletiva” .⁵²³

Inobstante todos esses equívocos, a alteração do art.16 foi afetando sobremaneira as decisões judiciais que passaram a aplicar a medida de forma impiedosa,⁵²⁴ até que alguns julgados tomados de um suspiro de coerência conduziram a interpretação do art.16 à sua ineficácia ou impraticabilidade, a exemplo do Recurso Especial n.411.529/SP, cujo acórdão fora publicado em agosto de 2008 e, mais recentemente, o Recurso Especial n. 1.243.386/RS, publicado no DJe de 26/06/2012,⁵²⁵ ambos de relatoria da Ministra Nancy Andrighi.

Admitir a lógica pretendida pela Lei 9.494/1997 é igualmente admitir que a produção de leite adulterado e cuja circulação venha a ser suspensa no âmbito dos Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul (abrangidos pelo Tribunal Regional da 4ª região), seja perfeitamente viável nos demais Estados do país, a menos que novas ações coletivas sejam ajuizadas nas demais regiões, demonstrando o contrassenso da redação do art.16 da ACP, que vai de encontro ao acesso à justiça, à eficácia da prestação jurisdicional e ao devido processo legal, além do risco da superveniência de decisões judiciais contraditórias. Assim, a tentativa de alteração do art.16 promovida pela Lei 9.494/1997 mostra-se impraticável, no momento em que pretendeu cindir o que é indivisível, ou seja, nas palavras de Teori Zavascki, “não há

⁵²³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada**. São Paulo: RT, 2012. p.369.

⁵²⁴ A própria Adin 1576-DF, promovida pelo Partido Liberal em março de 1997 teve julgamento prejudicado ao final, conforme decisão publicada em 06/06/2003. Também no âmbito do STJ diversas decisões confirmaram a restrição territorial imposta pela nova redação do art.16, a exemplo do acórdão resultante do EmbDiv no Resp n. 411.529, da Corte Especial e de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFICÁCIA. LIMITES. JURISDIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR. 1 - Consoante entendimento consignado nesta Corte, a sentença proferida em ação civil pública fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência do órgão prolator da decisão, nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97. Precedentes. 2 - Embargos de divergência acolhidos”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção, EmbDiv no Resp 411.529, Ministro Fernando Gonçalves, Julgado em 10/03/2010 e Publicado no DJe de 24/03/2010).

⁵²⁵ “[...] Assim, ainda que o objetivo do legislador, ao criar o art. 16 da LACP, fosse o de efetivamente limitar a eficácia da sentença ao território em que seria competente o juiz que a prolatou, esse escopo não foi atingido pela norma da forma como ela restou redigida. Ao dizer que “a sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator”, tudo o que o legislador logrou êxito em fazer foi definir que a sentença, em que pese estender seus efeitos a todo o território nacional, não poderá ser questionada em nenhuma demanda futura a ser decidida dentro da base territorial mencionada na lei. Nada mais que isso. Os efeitos da sentença, portanto, tanto principais (representados pela existência do elemento declaratório característico de toda a decisão judicial) como secundários (representados pela criação do título executivo nas ações condenatórias), estendem-se a todos os terceiros que eventualmente se beneficiariam com a decisão.[...] Não é possível conceber uma tutela jurídica que isente apenas os produtores do Rio Grande do Sul do pagamento dos royalties pela utilização de soja transgênica. Independentemente de qualquer ponderação sobre o mérito da legitimidade de tal cobrança, a eventual isenção destinada apenas a um grupo de produtores causaria um desequilíbrio substancial no mercado atacadista de soja”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 1.243.386/RS. Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 12/06/2013 e publicado no DJe de 26/06/2012.

como cindir territorialmente a qualidade da sentença ou da relação jurídica nela certificada”,⁵²⁶ de natural indivisibilidade.

Por fim, a sistemática dos recursos repetitivos do CPC de 1973 e das demandas repetitivas julgadas através do incidente previsto no art.976 do novo CPC, além de presumidamente admitirem o autor do caso piloto como legitimado adequadamente representado, acabam ignorando o critério *secundum eventum litis* do CDC,⁵²⁷ na medida em que a decisão em recurso repetitivo se impõe sobre os recursos sobrestados, seja para favorecer ou prejudicar os casos idênticos. Nesta mesma linha vem a decisão do Incidente de Demandas Repetitivas, com efeito vinculante sobre os casos pendentes de julgamento, independentemente do seu conteúdo.

Como se observa, a possibilidade de restar analisada a representação adequada pela via judicial só parece ser conveniente quando servir para respaldar o procedimento individual dos recursos repetitivos e do IRDR. De qualquer forma, tal constatação reforça a concepção de que é possível realizar essa análise judicialmente, apesar da inexistência de critérios legais autorizadores do instituto, o que deveria também servir de critério para um melhor encaminhamento dos efeitos da coisa julgada no processo coletivo.

4.5 As amarras do princípio dispositivo e a necessidade de sua revisitação no âmbito do processo coletivo

A formação do direito processual civil revela claramente, em sua origem, a herança de uma época em que o vigor da Revolução propunha o ideário de um Estado mínimo e de um indivíduo autossuficiente e possuidor de uma ampla margem de liberdade. O direito processual, portanto, em plena constituição nos séculos XVIII e XIX, notadamente restou impregnado de uma perspectiva de vida individualista, com ampla autonomia da vontade.⁵²⁸ Curiosamente, muito embora a remodelação da sociedade e as transformações ocorridas no âmbito do Estado, ao longo do século XX e XXI, tenham igualmente transformado o direito substancial, na linha das dimensões dos direitos visualizadas por Norberto Bobbio, o direito

⁵²⁶ ZAVASCKI, Teori. **Processo Coletivo**, p.66. O autor, contudo, vai admitir a possibilidade de aplicação da restrição territorial do art.16 aos interesses individuais homogêneos, o que viria a desencadear o ajuizamento de diversas ações (repetitivas) deste nível, com o que não se pode concordar, por ser incoerente com a análise da judicialização no Brasil, decorrente de um quadro de litigiosidade extrema, tal qual já restou retratado no capítulo primeiro. Cf. ZAVASCKI, Teori. **Processo Coletivo**, p.67.

⁵²⁷ Inclusive o caso retratado na introdução, acerca da suspensão de diversas ações individuais a partir da ação coletiva proposta pelo MP quanto ao piso nacional do magistério, foi respaldada pelo STJ por ocasião do AgRg no AgRg no Resp 210.738/RS, que teve como relator o Ministro Herman Benjamin, publicada o Dje de 05/12/2012. Ver mais em: LEAL, Márcio Mafra. **Ações Coletivas**, 2014. p.250-251.

⁵²⁸ É marco dessa perspectiva a promulgação da Lei de Chapelier, pela Assembleia Constituinte francesa, em junho de 1791, que proibia a organização de gremiações que poderiam vir a interferir nas entidades jurídicas fundamentalmente representadas pelo Estado e pelo indivíduo.

processual parece não ter acompanhado essa evolução. Exemplo disso é a força do princípio dispositivo na condução do direito processual, que preserva o que se poderia denominar de domínio sobre a causa a partir dos limites impostos pelo pedido do autor.

Para Darci Guimarães Ribeiro, predomina na doutrina a concepção de que o princípio dispositivo revela a possibilidade de que as partes têm de limitar o conhecimento do juiz a partir da sua própria vontade.⁵²⁹ No atual Código de Processo Civil, os artigos 2º, 128 e 460 conferem a garantia de que, sob pena de vício da decisão final, o juiz deverá respeitar os limites do pedido autor,⁵³⁰ estabelecendo, portanto, perspectiva de congruência entre o pedido do autor e a decisão proferida pelo julgador.

De outro lado, há algumas mitigações dessa máxima, ainda no texto atual, a exemplo das providências garantidas pelos art.461 e 461-A do CPC às chamadas tutelas específicas, nas quais o juiz da causa pode oferecer tutela específica de caráter executivo lato sensu, determinando todas as medidas necessárias⁵³¹ que julgar pertinentes à proteção do direito levado a juízo. Também no caso das medidas cautelares, não está o juiz adstrito ao pedido do autor, caso entenda que outras medidas cautelares, diversas daquela postulada, sejam mais adequadas à total proteção do seu direito.

No rito processual coletivo, essa reavaliação da congruência entre o pedido do autor e a decisão final decorre da necessária adaptação do rito processual em prol da coletividade, até mesmo porque a mitigação do princípio não se faz novidade no âmbito do direito processual quando o próprio rito individualista já pratica essa flexibilização, a exemplo dos casos antes apontados.

E com essa perspectiva, o Código Modelo Brasileiro de Processo Coletivo andou bem em prever, conforme a redação do no seu art.5º e seu parágrafo único, a alteração do pedido e da causa de pedir, “em conformação com o bem jurídico protegido”, até a prolação da sentença final, mediante o exercício do contraditório.⁵³² Além disso, o art.11, parágrafo 4º

⁵²⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas Atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.24.

⁵³⁰ “Art.2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais”; Art.128.O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”; “Art.460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

⁵³¹ Art.461 [...] § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

⁵³² “Art.5º. Pedido e causa de pedir. Nas ações coletivas, a causa de pedir e o pedido serão interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido” (Ver texto integral do Código Modelo no Anexo C).

admite expressamente a determinação de provas *ex officio*, desde que respeitado o contraditório.

Assim, mostra-se incompatível no trato judicial dos conflitos de caráter coletivo o apoderamento da prestação jurisdicional pelo pedido, especialmente se considerada a possibilidade de a controvérsia ser conduzida por representante que eventualmente não tenha oferecido todos os elementos adequados em prol dos interesses da coletividade. É nesse ambiente que a tutela dos direitos transindividuais através do processo coletivo justifica a reavaliação de alguns dogmas do rito processual e a superação de ideários próprios da sociedade liberal que caracterizam os institutos de sua origem. O clássico princípio dispositivo pretende resguardar, portanto, a exata congruência entre a decisão final e o direito subjetivo trazido a juízo.

É nesse patamar da limitação do princípio dispositivo é que Mauro Cappelletti sustenta que “o antigo ideal de iniciativa processual monopolística centralizada nas mãos de um único sujeito, a quem o direito subjetivo pertence”, deve ser superado, pois nos conflitos de massa, os direitos pertencem ao mesmo tempo a todos e a ninguém.⁵³³ De tal modo, se a segunda onda de promoção de acesso à justiça passa pela adequada tutela dos direitos supra individuais, parece inevitável que o direito processual clássico venha a restringir seu espaço de aplicação aos conflitos puramente individuais.

A natureza da relação jurídica processual coletiva impõe, portanto, um novo olhar sobre a vinculação estabelecida entre pedido e julgamento, já que o interesse levado a juízo notadamente não se restringe ao direito subjetivo de um único cidadão.

Por outro lado, a realidade que se impunha sobre os Estados, no decorrer do século XX, faz nascer uma nova perspectiva de regulação da vida em sociedade, inspirada na necessidade de proteção do homem enquanto parte de um todo coletivo ou comunitário, carente de necessidades e submisso à exploração e às mazelas sociais. É nesse contexto que Hector Fix-Zamudio apresenta a constituição de um direito social protecionista dos núcleos mais débeis da sociedade, a que designa de direito de grupo ou direito de integração, de inspiração socialista, bem representado pelo direito da seguridade social, direito do trabalho e direito agrário.⁵³⁴

E o campo processual não poderia ficar à margem de tais transformações, dada a necessidade de adaptação do tratamento dos conflitos na medida em que igualmente se

⁵³³ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 5, p.128-159, 1977. p.135.

⁵³⁴ FIX-ZAMUDIO, Hector. Introduccion al estudio del derecho procesal social. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, Madrid, n.01, 1965. p.407.

transformam os interesses envolvidos, sendo possível defender a construção de uma teoria geral do processo dividida em categorias meramente aparentes, a exemplo do processo civil e o processo penal, já que, segundo Fix-Zamudio, tais ramos não se distinguem plenamente entre si por restarem regidos pelos mesmos princípios formativos.⁵³⁵

Nesse sentido, seria possível estabelecer uma aproximação do processo penal, de caráter inquisitivo, com o processo civil coletivo, no qual o interesse de uma coletividade se sobrepõe à vontade do indivíduo isoladamente considerado. Sob este aspecto, o que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira chamaria de adequação do pedido e da causa de pedir ao longo do rito processual, em especial após o exercício do contraditório e exaurimento das provas,⁵³⁶ restaria compreendido como uma adaptação dos limites do dispositivo para a jurisdição de caráter coletivo. Na perspectiva de Fix-Zamudio, é proposta uma classificação de processos diversa da tradicional, posicionando o direito processual social entre o direito processual dispositivo (civil e mercantil) e o direito processual inquisitório (penal, familiar e do estado civil, administrativo e constitucional), caracterizado pelo predomínio do interesse social.⁵³⁷

Não se trata aqui de estabelecer uma diferenciação simplória de interesses privados ou públicos do direito material, supostamente a guiar o modo de aplicação do direito processual, mas de legitimar a prestação jurisdicional e dotá-la de efetividade para que a natureza jurídica do direito substancial debatido no conflito seja resguardada. Essa é a verdadeira congruência que o processo deve procurar respeitar, na medida em que há toda uma ordem social a considerar. Gregório Assagra de Almeida chega a elencar alguns princípios que justificam essa mudança de perspectiva no direito processual coletivo, trazendo, entre outros aquele que procura, como diretriz, preservar o interesse pelo conhecimento de mérito da ação, a disponibilidade motivada da ação coletiva, que evita a desistência ou o abandono da causa e o máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum, que evita a proliferação de causas individuais que, de forma indesejada, desequilibram a prestação jurisdicional.⁵³⁸

⁵³⁵ Ibid., p.410.

⁵³⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**, 2003, p.249.

⁵³⁷ FIX-ZAMUDIO, Hector. **Derecho Procesal**. México: Universidad Autónoma del México, 1991, p.1204. Outra classificação bastante significativa é citada pelo autor mexicano, proposta por Carlos Viada López-Puigcerver, que se apoia na prevalência do interesse protegido, de modo que o processo de interesse coletivo, que ficaria entre o processo de interesse individual e o processo de interesse social, terá sua condução pelo princípio inquisitório, iniciado inclusive de ofício e no qual prepondera a indisponibilidade do objeto. Ver em FIX-ZAMUDIO, Hector. Introduccion al estudio del derecho procesal social. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, Madrid, n.01, 1965. p.412.

⁵³⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p.571 a 578.

Logo, a revisitação do princípio dispositivo é algo que se impõe quando se está diante de uma necessária adaptação do processo para a tutela dos interesses transindividuais, o que já se denota a partir da própria essência do direito fundamental ao devido processo legal que abrange o direito ao contraditório e o melhor proveito da prestação jurisdicional (que também está submetido ao princípio da eficácia do serviço público). Logo, a vinculação absoluta estabelecida entre pedido e julgamento final, em nome do devido processo legal, deve ficar restrita aos procedimentos em que prepondera a vontade do indivíduo, na qual se identifica o interesse puramente isolado.

4.6. Afinal, o que são direitos individuais homogêneos?

A classificação dos direitos da coletividade está apresentada pelo art.81 do CDC e a forma com que são visualizados pela doutrina, seja no aspecto difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo, tem reflexos substanciais sobre o modo de compreender a complexidade e a aplicabilidade das ações coletivas.⁵³⁹ É o que ocorre com a aceitação da atuação do Ministério Público à frente dos direitos individuais homogêneos e dos efeitos da coisa julgada material de acordo com a espécie de direito controvertido e conforme resultado do processo coletivo. Mais recentemente, a redação do projeto do novo CPC, por ocasião de sua passagem pela Câmara dos Deputados, previa no art.334 a conversão de ações individuais em coletiva, afastando, contudo, tal providência, quando o direito fosse identificado como individual homogêneo.

Mas, afinal, como é possível compreender um direito individual homogêneo genuíno, a ponto de excluir as possibilidades de classificá-lo como difuso ou coletivo? A doutrina se empenha na distinção, mas no caso concreto as dificuldades de categorização se impõem, o que vem a se somar à complexidade do ambiente processual coletivo brasileiro. Segundo Kazuo Watanabe, a homogeneidade e a origem comum são requisitos para o tratamento coletivo dos direitos individuais. Sobre a homogeneidade, refere que “pouco se tem dito”, e talvez “homogeneidade de origem comum” seja um único requisito.

Watanabe lembra ainda da observação feita por Ada Pellegrini, na mesma obra, quanto à possibilidade de classificar a “origem comum” em próxima e remota, partindo do pressuposto de que “quanto mais remota for a causa, menos homogêneos são os

⁵³⁹ Tal qual já retratado anteriormente, na história norte-americana, as mesmas dificuldades foram criadas pela *Rule* de 1938, e foi justamente por essa razão que a reforma de 1966 se impôs, a fim de afastar essa “zona de incerteza” e viabilizar medidas mais seguras e objetivas para a tutela processual de direitos de grupos de pessoas.

direitos”(?).⁵⁴⁰ Refere ainda Hugo Mazzilli que o Supremo já se manifestou no sentido de que os individuais homogêneos não deixam de ser interesses coletivos, em sentido lato, e que tanto os difusos como os individuais homogêneos originam-se de circunstâncias de fato comuns, sendo que a distinção está na indeterminação (difusos) ou determinação (individuais) dos seus titulares e na (in) divisibilidade do objeto da pretensão. A título de exemplo, a compra de veículos com defeito em série individualiza o dano a ser reparado, muito embora a causa de pedir (defeito de lote) seja comum. Neste mesmo sentido, no caso de publicidade enganosa de um produto nocivo à saúde, o direito se apresentaria como difuso caso a pretensão seja de retirada do produto do mercado (obrigação de fazer), mas seria individual homogêneo quanto à pretensão reparatória do dano sofrido em particular. E os exemplos são inúmeros, assim como ocorre em relação a questões ambientais, em que a reparação pode ser coletiva e indistinta como também pode ser pessoal, quando algum dano particular à saúde ou ao patrimônio for demonstrado de forma isolada.⁵⁴¹

Já Márcio Mafra Leal distingue os conflitos coletivos sob dois enfoques. O primeiro, relacionado à emergência de um direito material de titularidade atribuída a uma massa determinada de indivíduos sem representação formal, no qual estariam compreendidos os novos direitos de índole constitucional, a exemplo da conservação ambiental do patrimônio cultural, para os quais se mostra de fundamental importância a atribuição da legitimidade ativa a um único titular personificado juridicamente, pois, “na ausência desse titular, os novos direitos difusos ficariam sem a devida proteção no plano judicial”.

Já o segundo enfoque refere-se não a um direito material conceitualmente novo, mas “circunstancialmente” massificado pelas sociedade contemporânea, decorrente, por exemplo, de contratos abusivos ou de atos ilícitos, que possuem repercussão patrimonial. E a necessidade de dar a este conflito massificado proteção judicial diferenciada resulta de uma hipossuficiência cultural, de uma percepção de recompensa mínima ou muito desgastante (psicologicamente) caso o indivíduo procure o Judiciário, de uma hipossuficiência econômica

⁵⁴⁰ WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto**, p.745-756. Neste mesmo sentido reproduz o autor em: **Do objeto litigioso das ações coletivas: cuidados necessários para sua correta fixação**. In: MILARÉ, Édis. *A Ação Civil Pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.501-508.

⁵⁴¹ Ao final, Mazzilli apresenta ainda “quadro classificatório” que leva em consideração a natureza do grupo, do objeto e a descrição da situação de origem, para identificar os direitos coletivos como determináveis ou indetermináveis, divisíveis ou indivisíveis, etc. Ver em: MAZZILLI, Hugo. **A defesa dos interesses difusos em juízo**, p.57-58.

ou ainda em virtude do formato do processo individual, que acaba por exigir do autor na condução da comprovação do direito alegado, frente à sua também hipossuficiência técnica.⁵⁴²

De fato, apesar de determinados os posicionamentos doutrinários a esclarecer ou justificar a tríade visão dos direitos coletivos, na prática a distinção pode inclusive inviabilizar o acesso efetivo à justiça, a julgar pelo enquadramento equivocado do direito e as consequências que o equívoco pode proporcionar. É nesse mesmo sentido que Antonio Gidi argumenta que a extensão da coisa julgada de acordo com o tipo de direito envolvido era vista como demasiadamente formalista e repudiada por boa parte da doutrina e tribunais norte-americanos.

Não só a classificação era de difícil aplicação como não havia razão para tal tratamento diferenciado. Tanto que, segundo Gidi, por ocasião da Reforma de 1966 - em especial quanto às alterações ocorridas nas ações do tipo (b) (3), que passou a admitir a vinculação de todos os membros do grupo à decisão final ao adotar a técnica do *opt out*-, para não deixar qualquer dúvida acerca da extensão da coisa julgada a todos indistintamente, seja para favorecer ou desfavorecer, constou por três vezes no texto da reforma: “*wheter or not favorable to the class*”.⁵⁴³

No que respeita à atuação do Ministério Público è frente dos direitos individuais homogêneos, a divergência ocupou sobremaneira o imaginário brasileiro. Inicialmente, a Constituição Federal, no seu art.127, designa o Ministério Público como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a *defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis* e, no seu art.129, aponta, entre suas diversas funções institucionais, a proteção de *interesses difusos e coletivos* em inquérito civil e Ação Civil Pública (inciso III) e *outras funções compatíveis com a sua finalidade* (inciso IX). Por ocasião da Lei da Ação Civil Pública, suas funções já haviam sido designadas como principal legitimado processual para a proteção do meio ambiente, consumidor, patrimônio artístico, histórico e paisagístico, a ordem econômica e economia popular e, ainda, a ordem urbanística (incisos I a VI do art.1º).

É interessante destacar, com Hugo Mazzilli, que a expressão “*qualquer outro interesse difuso*”, presente originalmente no inciso IV do art.1º, restou vetada sob o temor de uma “insegurança jurídica” causada pela “amplíssima e imprecisa abrangência da expressão”. Para Mazzilli, foram muito claras as razões pelas quais o texto integral, já transitado pelas casas legislativas, não estava a receber do executivo a chancela final, quais sejam as pressões

⁵⁴² LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Fabris editor, 1998. p.19-20.

⁵⁴³ GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**, p.277-278.

dos grupos interessados e dos riscos que o próprio governo sofreria caso seus atos fossem questionados no âmbito das ações civis públicas. Basta lembrar o que veio a seguir, a partir da enxurrada de ações promovidas no Judiciário para rever saldos de poupanças defasados pelos planos econômicos no governo Collor.⁵⁴⁴ Posteriormente, a redação do atual inciso IV, “*qualquer outro interesse difuso e coletivo*”, restou definida e incluída justamente pelo art.110 do Código de Defesa do Consumidor.

A defesa dos interesses individuais homogêneos foi igualmente instituída pela primeira vez com a edição do Código de Defesa do Consumidor (art.82, I), em 1990, o que suscitou divergências doutrinárias e jurisprudenciais a partir da interpretação dada à redação de tais dispositivos constitucionais e legais, especialmente acerca da atuação do Ministério Público em defesa de interesses individuais: se estes somente seriam protegidos pelas mãos do Ministério Público quando relacionados aos consumidores, já que a expressão vem regulada pelo CDC, e ainda somente quando considerados de caráter indisponível (pela expressão constitucional).

A dificuldade na identificação precisa da espécie de direito afetado exige uma análise a partir do caso concreto. Veja-se a situação relacionada à avalanche de processos envolvendo o *concentre scoring*,⁵⁴⁵ cuja pretensão é de indenização por danos morais e de cancelamento de cadastros que fornecem prognósticos de futura solvabilidade do candidato ao crédito, sem respeitar a exigência legal de autorização prévia do potencial cadastrado, mediante consentimento formalizado em instrumento específico ou cláusula apartada. De qualquer forma, segundo Hugo Mazzilli, é possível que nem toda situação concreta dê consistência à relevância social da atuação do MP.

Nesse sentido, a interpretação doutrinária e jurisprudencial diverge em torno da análise do critério da *relevância social*, a partir da qual, segundo Hugo Mazzilli, é possível distinguir quatro posições entre extremos da atuação restrita e irrestrita do Ministério Público.⁵⁴⁶

A primeira posição defende a atuação de caráter restritivo nos termos do art.129 da CF, excluindo os direitos individuais homogêneos, uma vez ausente a expressão na sua literalidade. Ocorre que os “interesses individuais homogêneos” restaram literalmente

⁵⁴⁴ Lembra ainda o autor que os boicotes não cessaram, já que sucessivas medidas provisórias tentaram posteriormente limitar a abrangência e o alcance das ACPs, para questões que interessavam ao governo. Neste sentido é a MP 2102-26/00 e a 2180-35/01, quanto ao proibitivo conteúdo do parágrafo único do art.1º da Lei da ACP. Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.136 e 137(nota de rodapé n.15).

⁵⁴⁵ A causa chegou ao Superior Tribunal de Justiça através do Recurso Especial Repetitivo n. 1.457.199, que tramita sob o rito do art.543-C do CPC. Sobre esse recurso, ver nota de rodapé 300.

⁵⁴⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.111 a 114.

previstos com a edição do Código de Defesa do Consumidor, que é logicamente posterior à CF. Além disso, a CF faz menção aos transindividuais no sentido lato, sendo que a distinção entre coletivos *stricto* e individuais homogêneos não pode restringir a atuação do MP.

A segunda posição decorre do entendimento de Ada Pellegrini Grinover, para quem a atuação do MP tem caráter ampliativo, de modo que o CDC permite a atuação do MP para interesses da coletividade que se refiram ou não às relações de consumo. Ademais, o próprio Inquérito civil pode ter por objeto direitos individuais homogêneos, de acordo com a LC 75/93 (art. 6º, VII, d e XII) e LONM 8625/93 (art.25, IV, a). A crítica manifestada para tal posição decorre de uma demasiada generalização da atuação do MP, até mesmo porque a destinação prevista em lei deve ser compatível com a previsão constitucional, devendo a atuação do MP apresentar efetiva conveniência social.⁵⁴⁷

Já a terceira posição exige a natureza indisponível do interesse a ser tutelado, o que igualmente não pode ser aceito, já que restringiria sobremaneira a atuação do MP em defesa de direitos individuais homogêneos. Assim, mostra-se incoerente tal posição na medida em que o MP atua em defesa de interesses sociais, indisponíveis ou não.

Por fim, o quarto entendimento, assinado por Hugo Mazzilli, defende a atuação do MP por efetiva conveniência social, com vistas à apuração da natureza do dano, apuração da abrangência social do dano e apuração do interesse social no funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico (previdência, captação de poupança, questões tributárias, entre outros).

O fato é que qualquer óbice que venha a ser oposto à atuação do Ministério Público para a defesa de direitos individuais parte de uma forçosa ou engenhosa hermenêutica que desconsidera toda uma litigiosidade extremada no país, representada pela multiplicidade de ações similares ou de mesma controvérsia.

Por outro lado, qualquer obstáculo legal de acesso à justiça pelas mãos do Ministério Público neste caso padece de constitucionalidade, já que a expressão “outras funções” genericamente admitidas nas atribuições constitucionais no inciso III do art.129 dá margem

⁵⁴⁷ Para essa posição irrestrita, seria possível suscitar a discussão acerca da hipótese de o cidadão individualmente considerado discordar da abrangência a ele atribuída na ação coletiva que tutela interesses individuais homogêneos. Kazuo Watanabe afirma ser incoerente o argumento de que a demanda coletiva imporá ao cidadão uma sentença condenatória em favor de um direito que ele não pretenderia exercer, na medida em que a sentença condenatória proveniente dessa ação coletiva apenas reconhece o dever de indenizar de forma genérica, segundo a redação do art.95 do CDC, cabendo ao cidadão habilitar-se, se esse for o seu desejo, para liquidar e executar o julgado, restando mantida a autonomia da vontade. Ver mais em WATANABE, Kazuo. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 801-802.

relevante de atuação da instituição em favor da coletividade.⁵⁴⁸ Ademais, nem mesmo o argumento fugidio e enfadonho no sentido de que é a facilitação do acesso à justiça a causa do aumento da litigiosidade se sustenta ou conseguirá dar respaldo a posicionamentos que, contrários à proteção da coletividade, ao impedirem a defesa de direitos individuais de massa pelo Ministério Público, estão na verdade protegendo seus lobbies políticos e econômicos.

Impressiona o imaginário da cultura jurídica pátria e sua capacidade de “interpretação da Constituição conforme a legislação ordinária”, o que poderia parecer ocorrer em um primeiro momento, quando se pretende afastar a legitimação do MP para os interesses individuais homogêneos de acordo com a previsão da legislação consumerista.⁵⁴⁹ Ocorre que, na verdade, é a própria Constituição Federal que fornece elementos de admissibilidade da atuação do MP para a tutela da massa desfavorecida individualmente, seja porque as circunstâncias diminutas de cada caso individual inviabilizariam a busca da reparação do dano (acesso à justiça), seja pela adequação da via processual coletiva para o atendimento de uma massa lesada (devido processo legal), atendendo a critérios de economia processual e viabilizando a análise do caso concreto para atender a milhares de pessoas, evitando ainda a abstração do julgamento (prestação jurisdicional efetiva) que fatalmente ocorreria na demanda individual.

Ademais, a classificação prevista no art.81, parágrafo único do CDC mais parece partir de um preciosismo do legislador do que efetivamente aplicável na prática, já que o enquadramento dentro do que é individual homogêneo ou é essencialmente transindividual decorre de subjetivismos ou até mesmo pode restar prejudicado por interesses outros latentes em desfavor da proteção da coletividade.⁵⁵⁰

⁵⁴⁸ É devida a lembrança, ainda, à Lei n.8.625/1993, que atribui ao MP a função de proteção, prevenção e reparação de danos causados a interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis homogêneos. Neste sentido, é o seu art.25, inciso IV alínea “a”: “Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: [...] IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;”. BRASIL. Lei. 8.625/1993. Institui a lei orgânica nacional do Ministério Público e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18625.htm>. Acesso em: 22 Nov.2014.

⁵⁴⁹ Além do art.82, I do CDC, também confere legitimidade ao Ministério Público a Lei n.7.913/1989, para a ação de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado imobiliário e também a Lei n.6.024/1974, para a ação de responsabilidade pelos prejuízos decorrentes de administradores de instituições financeiras em liquidação ou falência.

⁵⁵⁰ Segundo Teori Zavascki, a compreensão do que venha a ser interesse social caberia ao legislador e ao próprio Ministério Público, “caso a caso, mediante o preenchimento valorativo da cláusula constitucional à vista de situações concretas e à luz dos valores e princípios consagrados no sistema jurídico, tudo sujeito ao crivo do Poder Judiciário, a quem caberá a palavra final sobre a adequada legitimação”. Ver em ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela coletiva de direitos. São Paulo: RT, 2011. p.162.

É por isso que, na concepção de Kazuo Watanabe, a dimensão comunitária das demandas coletivas, independentemente de seu objeto, pode restar compreendida dentro do contexto dos interesses sociais a que está comprometido o Ministério Público.⁵⁵¹ Além disso, afirma o autor que a legitimação do MP estaria presente no caso de relevância social do bem jurídico tutelado ou da relevância social da própria tutela coletiva.⁵⁵² Em sentido contrário, Teori Albino Zavascki defende que “a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos somente é legítima quando isso representar também a tutela de relevante interesse social”.⁵⁵³

A par de todas as divergências, o fato é que, processualmente, são os direitos fundamentais que permitem seja reconhecida a atuação do Ministério Público em prol dos direitos individuais homogêneos, assim como é a própria Constituição que fornece elementos para identificar causas em que, a partir dos interesses da coletividade, não se justificaria a atuação do Ministério Público.

Quanto à coisa julgada, além do que já foi considerado no capítulo anterior, acrescenta-se à diferenciação entre os tipos de direitos coletivos o fato de que, quanto aos homogêneos, não se aplica a possibilidade de improcedência por falta de provas, não sendo possível compreender que razões ou quais justificativas dão respaldo a esta diferenciação, sobretudo do ponto de vista processual.

Agora mais recentemente o projeto do novo Código de Processo Civil, nas poucas linhas que destina sua atenção ao procedimento coletivo, ao prever a conversão de ação individual em ação coletiva na atual redação do art.334, § 2º, afasta essa possibilidade para os interesses individuais homogêneos.⁵⁵⁴ Segundo Márcio Mafra Leal, a exclusão se justifica em razão do procedimento do IRDR, previsto pelo art.976 e seguintes, que cuida de uma tese jurídica central, preservando as questões fáticas e jurídicas próprias de cada caso.

Ora, definitivamente não é possível compreender qual “mal” se pretende evitar e, ainda, por que no caso dos individuais homogêneos a conversão não vem justificada pelo mesmo argumento do IRDR, qual seja a explosão de demandas idênticas que fatalmente restariam julgadas por abstração e pela imposição de uma decisão paradigma (de acordo com a sistemática dos artigos 285-A e 543-C do CPC de 1973), contrária aos interesses do cidadão e ainda com força de coisa julgada material?

⁵⁵¹ WATANABE, Kazuo. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, p.801.

⁵⁵² Ibid. p.757.

⁵⁵³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela coletiva de direitos. São Paulo: RT, 2011. p.162.

⁵⁵⁴ Ver Capítulo 2.3, na primeira parte da tese.

Um procedimento que julga interesses de pessoas que não participam do processo não se torna constitucionalmente menos adequado frente àquele que adota a vinculação de precedentes nas ações individuais, técnica essa que no Brasil se agrava ainda mais, se considerada a importação inadequada da compreensão do precedente em um sistema processual abstrato que despreza a análise do caso concreto.

Logo, o novo CPC está na verdade suscitando questionável procedimento que, além implicar no esforço de se buscar o que é controversia de direitos individuais homogêneos ou não, perde uma grande oportunidade, do que viria a ser o suplício das demandas repetitivas, para conter a tramitação dos litígios de massa. O Congresso está confuso. A sociedade também. Processo democrático complexo demais este para que o exercício da cidadania seja pleno, quiçá para que efetivamente ocorra.

4.7 Litigiosidade de massa e ações coletivas

“Sem coletivização, a justiça pode ser difícil de alcançar”.
(Francisco Verbic, Principios del derecho de los procesos colectivos).

O cenário de litigiosidade exige, entre outros fatores de ordem histórica e cultural, uma resposta ou uma prestação por parte do Estado diversa daquela tradição jurisdicional individualista. Ainda, não bastasse uma litigiosidade de nova roupagem, porque reveladora de uma titularidade de direito pertencente a uma coletividade, o litígio aparece em excesso e, frente a este contingente, o modelo clássico jurisdicional parece demonstrar não estar preparado.

De outro lado, há que se reconhecer que a litigiosidade registrada em excesso também decorre da própria inadequação do modelo de jurisdição, enquanto organização de controle e pacificação sociais, eis que apegada a um formato normativista e anacrônico, que não dialoga com a realidade social e, portanto, não é compatível com as formas contemporâneas de conflito. Ou seja, trata-se de um modelo que não respeita a história e a tradição inerentes à conquista dos direitos.

Essa problemática é potencializada quando a análise recai sobre os conflitos de massa. Por isso, a questão que se coloca é a posição do Estado diante dessa litigiosidade, ou seja, se mecanismos adequados ao tratamento da litigiosidade de massa são oferecidos pelo poder público ao cidadão. Diante dessa realidade, poucos se encorajam a enfrentar todo um

aparato ideológico ou cultural que aposta no caminho do meio, no sentido de manter a lógica individualista do direito processual, muito embora esta se mostre claramente incompatível com a natureza do conflito de massa cada vez mais presente na contemporaneidade.

Na verdade, muito embora essa pesquisa não tenha a intenção de provocar questões ou interesses inerentes à economia ou ao “poder institucionalizado”, a incipiência do procedimento coletivo ou o dogma que prepondera pela sua rejeição fica facilmente justificada por questões relacionados ao comando do poder econômico que, por sua vez, afeta a condução da política social no país. A defesa pelo procedimento coletivo, portanto, está na contramão do interesse velado que não deseja a proteção efetiva dos direitos coletivos.

Como ressaltado anteriormente, o processo coletivo não é aqui apresentado como a *ultima ratio* de contenção da extrema litigiosidade, mas o exame de suas prerrogativas procedimentais permite concluir pela sua maior adequação frente à realidade do litígio de massa e repetitivo. Ademais, na perspectiva de Francisco Verbic, a necessidade de se promover a efetividade do processo coletivo através de ferramentas que buscam o cumprimento da lei vigente significa também evitar a deficiência do rito decorrente da falta de incentivos adequados, assim como significa evitar os excessos que poderiam se sobrepor de forma demasiada no campo dos remédios jurídicos.⁵⁵⁵

Primeiro, o procedimento coletivo atinge a coletividade a partir do julgamento fiel e concreto do conflito, ao contrário da análise abstrata conferida pelo método de subsunção. O trâmite processual coletivo enfrenta de fato a causa conflituosa, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos, onde a concepção do cabimento de uma *class action* impõe obrigatoriamente o enfrentamento ou a valoração do caso concreto. Se o procedimento coletivo se impõe sobre a análise do caso concreto que irá atingir um número infinito de pessoas, notadamente mostra-se como procedimento adequado à situação fática conflituosa, ao passo que a sistemática do julgamento das demandas repetitivas, muito embora venha igualmente atingir a um número infindável de cidadãos, adota o caminho da abstração, ou seja, do não enfrentamento do caso concreto, operação esta cujo produto final é uma jurisdição conceitual, eivada de superficialidade.

Segundo, no Brasil, para que essa adequação venha a se confirmar, algumas adaptações são necessárias. Oscar Chase defende que a forma escolhida por cada sociedade para a condução dos conflitos resulta de uma série de eleições conscientes e involuntárias que são realizadas desde condições de conhecimento, crenças e estrutura social, sendo que, o

⁵⁵⁵ VERBIC, Francisco. **Principios del derecho de los procesos colectivos**. México: Universidade Nacional Autónoma de Mexico, 2014, p.XXII.

conhecimento e compreensão dessa relação entre meios de solução de conflitos e cultura enriquece nossa capacidade de avaliar mudanças de paradigmas ou perspectivas, justamente servindo-se do que mais acertado há em culturas diversas.⁵⁵⁶ Nesta perspectiva, a flexibilidade procedimental para a sua adequada adaptação decorre justamente de uma mudança de paradigma,⁵⁵⁷ necessário para ajustar as dificuldades inerentes de uma sociedade complexa, cujos conflitos precisam ser tratados de acordo com suas especificidades.⁵⁵⁸ Muito mais que uma adaptação, a prática do procedimento coletivo implica adequação aos preceitos constitucionais, uma vez que o conflito coletivo requer condução jurisdicional coletiva, sob pena de restar inadequado constitucionalmente. Trata-se de uma questão simples de atendimento ao devido processo legal e ao efetivo acesso à justiça.

Nesse sentido, a fim de evitar incongruências ou incoerências, mostra-se relevante a revisitação de institutos clássicos do direito processual, a exemplo da legitimidade como condição da ação, do princípio dispositivo e da coisa julgada, em busca de um equilíbrio entre o devido processo legal e o acesso efetivo à justiça, dada a coerência com que as pretensões decorrentes do conflito social, em especial quanto aos conflitos de massa, precisam ser tratadas pela jurisdição. Para tanto, a cultura norte-americana representada pela estrutura das *class actions* pode servir de paradigma quando a preocupação se mostra frente às adaptações que a jurisdição brasileira deve estar disposta a realizar. É evidente que apostar na legitimidade ativa do cidadão é um grande desafio nessa perspectiva, mas pode significar uma forte abertura de evolução da estrutura jurisdicional para o atendimento das demandas de massa.

Conferir ao cidadão a possibilidade de ingressar com ações coletivas, mantendo também a possibilidade de intervenção litisconsorcial e especialmente para admitir a técnica do *opt out*, pode evitar a proliferação de demandas que venham a exigir da jurisdição um multi-trabalho a respeito da mesma causa de pedir, especialmente para a categoria brasileira de “interesses individuais” tutelados coletivamente.

⁵⁵⁶ CHASE, Oscar G. **Direito, Cultura e Ritual**: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.21.

⁵⁵⁷ Neste sentido, Alexandre Gavronski defende o incremento de instrumentos que valorizem a efetividade do processo coletivo, a partir da mudança de paradigma e revisão de princípios e regras em favor dessa efetividade, além do estímulo à conciliação, do compromisso para os ajustamentos de conduta. Ver em GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **A tutela coletiva do século XXI e sua inserção no paradigma jurídico vigente**. In MILARÉ, Édis (coord). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: RT, 2010. p.48.

⁵⁵⁸ Desse modo, se há um acerto nas perspectivas do novo CPC, esse se mostra na redação do art.191, que abre a possibilidade de adaptação do procedimento de acordo com a casuística, no interesse das partes e desde que respeitado o contraditório.

Na verdade, não há justificativa para a exclusão do cidadão como agente legitimado, nas circunstâncias propostas, já que o procedimento coletivo proposto está todo envolto de medidas que devem garantir o efetivo exercício dos direitos fundamentais, assim como é preciso destacar que não raro é somente o cidadão, que vivencia seu conflito, seja ele de que grau for, é que tem condições de exercer plenamente o contraditório em juízo, já que ele próprio é o protagonista da controvérsia, trazendo a juízo a experiência vivida com fidelidade. Isso não retira a legitimidade dos demais legitimados por lei à propositura da ação coletiva, mas o seu distanciamento dos fatos controvertidos podem justamente provocar o desinteresse pela causa e pela condução legítima do processo.

Ademais, não há como ignorar o fato de que o poder público é o maior litigante do país, ao mesmo tempo em que também é legitimado ativo para ações coletivas, assim como também é um passivo coletivo em potencial, ao lado, também, de outros campeões da litigiosidade, como Bancos e telefonias.

Por outro lado, não é o Incidente de Demandas Repetitivas e todo o ritual individual de demandas representativas de controvérsia (casos pilotos), que abrandará a inadequação da condução do conflito coletivo pelo procedimento privatístico. Na essência desta sistemática, a partir do caso levado a juízo na visão de um único demandante, o julgamento terá reflexos e afetará toda a coletividade. Teria então autor do caso piloto representação adequada presumida?

Afinal, que riscos oferece uma ação coletiva movida pelo cidadão, que supostamente venha a ser tão superior aos riscos decorrentes da sistemática superficial e mecanicista adotada através da repercussão geral e do julgamento dos recursos repetitivos ou representativos de controvérsia, instaurados pelos artigos 543-A, 543-B e 543-C do CPC de 1973, ou ainda no Incidente de Demandas Repetitivas constante no art.976 e seguintes do futuro CPC, que sequer se propõem a enfrentar a casuística? O que justifica a opção do legislador em afetar a coletividade através da solução do conflito de forma abstrata, no âmbito do processo individual, e desprezar o rito do processo coletivo que inclusive poderia ser ajuizado pelo mesmo cidadão, individualmente, onde ao menos o enfrentamento do caso concreto se impõe?

É notória a dificuldade da cultura jurídica brasileira no enfrentamento do caso concreto, assim como é fato a sua preferência pela abstração.

De fato é espantoso o imaginário construído em torno da suposta insegurança jurídica que o procedimento coletivo causaria (vide argumentos da Comissão de Constituição e Justiça no Anexo E), enquanto se sustenta a “tranquilidade” do procedimento proposto pelo

novo CPC através do criado pelo Incidente de Demandas Repetitivas, acompanhado ainda da impossibilidade de uso da conversão das ações coletivas para direitos individuais homogêneos, quando, na verdade, essa catalogação do aspecto coletivo do direito não passa de uma teorização desprovida de pragmaticidade e sem qualquer benefício ao cidadão.

Os embaraços à evolução do procedimento coletivo no Brasil, assim, são mais criações do que realidade. Os empecilhos de caráter processual aqui exposto podem ser facilmente superados pela mudança de perspectiva focada na renovação do direito processual em busca de uma jurisdição efetiva, diga-se constitucionalmente adequada. Os empecilhos inerentes à cultura jurídica brasileira precisam ceder passo à necessidade, em definitivo, do enfrentamento da realidade social, do conflito em essência, da contingência, ao fim e ao cabo.

Boaventura de Souza Santos, exímio observador da justiça brasileira, aponta que domina no Brasil uma cultura normativista e técnico-burocrática, assente na concepção de um Direito autônomo, avesso aos fenômenos sociais, manifestada em uma cultura generalista.⁵⁵⁹ Este modo de compreender o processo traduz a crise paradigmática da prestação jurisdicional, descompassada da realidade social e incapaz de se estruturar de forma a dar o devido tratamento à garantia do acesso à justiça em tempos de novas relações sociais caracterizadas pela superficialidade e pelo imediatismo.

De tal modo, nada de novo no front acontecerá enquanto restar recrudescida a resistência do jurista ao contato direto com o conflito. Nada poderá ser esperado da jurisdição, tampouco poderá se falar de efetividade, de fato, enquanto o processo continue sendo conduzido superficialmente, de forma distante da essência do conflito. Neste sentido, recuperar o aspecto histórico e o envolvimento com a tradição parece inevitável para que seja possível garantir a perspectiva hermenêutica do direito processual e assim seguir além da jurisdição dos conceitos sem coisas. O capítulo final dessa pesquisa, que vem a seguir, defende essa proposta.

⁵⁵⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2008. p. 69.

5 PARA ALEM DA JURISDIÇÃO DOS “CONCEITOS SEM COISAS” II: A SUPERACÃO DO ESQUEMA SUJEITO-OBJETO DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA EM DEFESA DA HERMENÊUTICA DA FATICIDADE. É POSSÍVEL RECUPERAR O CARÁTER HERMENÊUTICO DO DIREITO PROCESSUAL.

“Porventura isso significa que o lugar do pensamento e do sentimento está na própria poesia, nos sinais que compõem seu texto? Mas de que maneira uma paixão e um pensamento poderiam estar contidos em uma folha de papel? Por definição, um sentimento e um pensamento exigem um sujeito que os pense e os experimente”.
(Agamben, Profanações)

5.1 O despertar do direito processual pela filosofia: as rupturas paradigmáticas decorrentes da hermenêutica filosófica (*linguist turn*)

“O homem, pelo contrário, devido a seu poder de lembrar, acumula seu próprio passado, toma posse dele e o aproveita. O homem nunca é o primeiro homem: desde o início já existe a partir de um certo nível de passado acumulado. Este é o tesouro único do homem, seu privilégio e sua marca”.
(José Ortega y Gasset,
A rebelião das massas, p.34)

Os problemas ora enfrentados pela prestação jurisdicional são históricos e bem apropriados para uma cultura normativista então reproduzida pelo modelo de jurisdição executado no Brasil, acompanhada da condição privatística do direito processual civil. O modo de compreender o Direito como ciência lógica e abstrata, próprio do idealismo racional-iluminista, alcançou, assim, o século XXI, revelando-se na uniformização da prestação jurisdicional que premia a *giustizia di serie*, ao homogeneizar casos concebidos como idênticos, na superficialidade de uma justiça que pensa ser possível enquanto alijada da questão de fato.

Sob outro aspecto, observa-se certo privilégio do procedimento que ignora a análise do caso concreto, qual seja a celeridade com que as decisões judiciais são apresentadas ao cidadão. Contudo, a essência deste procedimento, que supostamente veio para garantir o postulado da duração razoável do processo, é disciplinado por regras processuais (legislação infraconstitucional), acaba por impor sobre as garantias processuais de *locus* constitucional.

Essa é a lógica que impera sobre o atual Código de Processo e que pretende se consolidar no novo CPC e tem servido para a construção de um aparato engenhoso de contenção da litigiosidade e de sumarização dos julgamentos no processo.

Trata-se de modelos culturais, normativos e instrumentais insuficientes e que se encontram em momento de significativo esgotamento, pois “os paradigmas que produziram a condição e a possibilidade de existência, delineada pelo idealismo individual, pelo racionalismo liberal e pelo formalismo positivista, e que mantiveram o rigor lógico do discurso filosófico, científico e jurídico”, devem ser questionados nesse momento que ultrapassa a modernidade, havendo um “natural esgotamento da ciência jurídica dogmática”.⁵⁶⁰

No ambiente jurisdicional processual, esse momento limite é visível, na medida em que se observa uma crise axiológica que cria um movimento utilitarista em favor da efetividade da *performance*,⁵⁶¹ na tentativa árdua de contenção da conflituosidade extrema e massificada, seja porque desenhada por litígios massificados, seja porque identificada pela sua insuperável numerosidade, está a desafiar a ciência processual a buscar novas referências a fim de compatibilizar o modelo de tratamento do conflito com a sua natureza e adequá-lo, igualmente, ao que é esperado pelo conjunto de valores presentes da Constituição Federal.

Diante desse quadro, o legislador tem se debruçado fielmente através de correções legislativas, primando, sobretudo, pelo enxugamento processual, que desencadeiam verdadeiras operações seriadas para eliminação do número de litígios. As reformas processuais apresentadas no capítulo três revelam essa realidade, potencializada pelas notícias que chegam dos tribunais superiores acerca dos selos de eficiência aos tribunais mais “eficientes”.⁵⁶²

O fato é que o atual Código de Processo Civil revela nos rituais que regulamenta esse dogmatismo-normativista, que avaliza sobretudo a produção de decisões engessadas e conceituais, obviamente facilitadoras de uma justiça célere, mas notadamente insatisfatórias na medida de sua abstração e da discrepância com a peculiaridade do litígio. Neste aspecto, o fato e o direito são compreendidos como realidades distintas, onde o fato é enquadrado dentro

⁵⁶⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. São Paulo: Saraiva, 2001. p.171.

⁵⁶¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.246.

⁵⁶² O critério de eficiência é criticado por Ha-Joon Chang, ao solicitar, em uma de suas últimas obras, que os mercados financeiros sejam menos eficientes, porque a eficiência absoluta causa um grande distanciamento entre o setor financeiro e o setor real. Cf. CHANG, Ha-Joo. **23 Coisas que não nos contaram sobre o capitalismo**. São Paulo: Cultrix, 2013. p.315.

de um ideal paradigmático, verificado na lei ou nos enunciados jurisdicionais.⁵⁶³ Este ambiente parece retratar um cenário dos séculos passados, na medida em que valoriza ou idealiza o dogma da verdade, defendida pelo racionalismo como postulado estático e atemporal, somente encontrado e verificado na lei, isolada do fato que a ela só se enquadra pela subsunção. Não há o necessário diálogo com a realidade social.

É o que ocorre com a legislação processual civil, atual e futura. O procedimentalismo então valorado pelo novo CPC, que se instrumentaliza através de mecanismos universalistas, em nome da efetividade e a pretexto de conter os altos índices de litigiosidade no país, prestigia a imaginável causa eminentemente de direito, ao alijar do processo de tomada de decisão o elemento fático-histórico da causa. A prática abstrata e superficial da prestação jurisdicional extirpa do Judiciário o indesejável conflito de massa e garante assim o aceleramento dos processos. Revigora-se, assim, a “engenhoca” jurídica da urgência já anunciada por François Ost.⁵⁶⁴

A ruptura epistemológica que se faz necessária sobre essa lógica implica o que Pierre Bourdieu compreende como conversão do pensamento, como a revolução do olhar e de uma mudança de visão sobre o mundo social, a partir do “por-em-suspensão as pré-construções vulgares e os princípios geralmente aplicados na realização dessas construções”.⁵⁶⁵

O fato é que é extremamente necessário, como construção de um discurso crítico acerca do pensamento dogmático do Direito, avançar para além dos modelos objetificantes-reprodutivos e ir além da subsunção, sob pena de observarmos inertes uma entificação do ser do Direito, a partir do esquecimento da diferença ontológica.⁵⁶⁶

A discussão autêntica, portanto, acerca do cumprimento do propósito democrático da jurisdição, vai muito além de um “bom Judiciário” ou de “bons juízes”.⁵⁶⁷ E é por força da

⁵⁶³ É nessa linha que Friedrich Muller argumenta que o espaço conceitual do texto normativo com os tipos legais concretos e específicos, bem como o espaço da normatividade da disposição materialmente determinada a ser concretizada para cada um desses tipos legais é restringido primeiramente por meio da convenção linguística e, depois, sobretudo por meio dos *topoi* “já apreendidos pelos cânones tradicionais e oriundos preponderantemente da jurisprudência, da doutrina jurídica e do ordenamento jurídico positivo”. Cf. MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.193.

⁵⁶⁴ François Ost usa a terminologia “engenharia jurídica da urgência”. Cf. Ost, François. **O tempo do direito**, 1999. p.360.

⁵⁶⁵ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006. p. 49.

⁵⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.220.

⁵⁶⁷ Segundo Dalmo de Abreu Dallari, o modo de seleção de magistrados contribui para a condução da justiça. Em sua obra *O poder dos juízes*, destaca o autor a importância da aferição da experiência dos candidatos, sendo a idade mínima, a honestidade, personalidade e preparo intelectual critérios relevantes, com destaque para o último. Segundo o autor, “*Não basta verificar se o candidato tem bons conhecimentos técnico-jurídicos, pois o juiz que oferecer apenas isso, ainda que em alto grau, não conseguirá ser mais do que um eficiente burocrata. É indispensável, para a boa seleção e, conseqüentemente, para que se tenha uma boa magistratura, que sejam selecionadas pessoas que, a par de seus conhecimentos jurídicos, demonstrem ter*

linguagem que essa discussão mostra-se inevitável, quando o que se pretende é, no mínimo, garantir padrões de solução de conflitos adequados constitucionalmente. Busca-se, assim, a partir da superação do esquema sujeito-objeto, ressaltar sobretudo a indissociabilidade entre o direito e sua dimensão fático-histórico que, no processo de compreensão, torna o intérprete comprometido com sua tradição, afastando qualquer operação arbitrária, já que a proposição jurídica só tem sentido no caso concreto e é constituída pela linguagem.

O que se propõe, de tal modo, é uma releitura da compreensão de questão de fato e de questão de direito à luz da hermenêutica filosófica, revelada na obra de Hans Georg Gadamer, nascedoura do pensamento heideggeriano, em especial a partir do estudo da diferença ontológica e do círculo hermenêutico, da ideia de tradição e de *applicatio*, denunciando, assim, as raízes do modo de prestação jurisdicional atual, de paradigma racionalista, na medida em que toda a jurisdição dos conceitos sem coisas está assentada na crença de que é possível conduzir o conflito social para uma decisão final que o ignora.

5.2. O discurso positivista e arbitrário a serviço da efetividade da jurisdição e a pretexto de oferecer segurança jurídica

É já cultural no Brasil e, portanto, histórica, a prática da reprodução de ideários que, muito embora pouca adequação à realidade brasileira venham a apresentar, são inadvertidamente sugados pela sua estética ou simplesmente em razão de sua aplicabilidade em países desenvolvidos. Esse vício bacharelista⁵⁶⁸ já causou sérios constrangimentos e prejuízos ao exercício da cidadania, especialmente no âmbito do acesso à justiça.

O discurso arbitrário (ou totalitarista) geralmente vem com a justificativa de que o direito nem tudo pode antecipar e que a liberdade de criação do direito por ocasião da decisão judicial é uma realidade natural e inevitável, sobretudo porque “não pode mais sobreviver entre nós a figura do “juiz boca da lei”, conferindo-lhe, assim, a liberdade de decidir. Sob outro aspecto, o discurso também aparece no sentido de que o Judiciário tem o poder de, “a partir da Constituição, negar a lei, alterá-la ou mesmo criá-la diante da omissão ou

consciência de que casos submetidos a sua decisão implicam interesses de seres humanos. [...]”. Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juizes**. São Paulo: Saraiva, 2008. p.27-28.

⁵⁶⁸ Cf. Sérgio Buarque de Holanda, “Um amor pronunciado pelas formas fixas e pelas leis genéricas que circunscrevem a realidade complexa e difícil dentro do âmbito dos nossos desejos, é dos aspectos mais constantes e significativos do caráter brasileiro (...) Tudo quanto dispense qualquer trabalho mental aturado e fatigante, as ideias claras, lúcidas, definitivas, que favorecem uma espécie de atonia da inteligência, parecem-nos constituir a verdadeira essência da sabedoria”. Cf. HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p.157-158.

insuficiência capaz de inviabilizar a tutela de um direito fundamental” e que o juiz não pode julgar como bem entender, julgando de forma distinta daquela já pronunciada pelos tribunais sobre a mesma questão jurídica.⁵⁶⁹

É nessa linha de ideias que a prática da subsunção de sobreposição da lei sobre o fato defendido pela escola exegética agora subsiste pelas mãos dos tribunais superiores, com a sobreposição de precedentes sobre o caso, nos quais a técnica solipsista de escolhas subjetivistas são usadas com frequência em nome da celeridade da jurisdição, de viés maquiavélico e em total desacordo com o devido processo legal.

A casuística de um decibel, antes fosse uma metáfora, é o retrato fiel desse modelo solipsista que a prática da urgência criou. As decisões trazidas nos anexos A e B são, portanto, o fiel retrato do menosprezo institucionalizado no procedimento que, no processo de caráter privatístico, trata os conflitos de massa.

A pretexto de *superar o já superado* positivismo exegeta, o decisionismo aposta na arbitrariedade para atribuir ao julgador um protagonismo judicial no que se refere à aplicação do direito, fazendo ressurgir mecanismos *neopositivistas* incompatíveis com o ambiente de um Estado Democrático e de Direito respaldado na cidadania, para deixar neste fundamento. A questão já foi incansavelmente esclarecida por Lenio Luiz Streck, que alerta para o sincretismo metodológico ingênuo que permanece cego às diferenças existentes entre positivistas e pós-positivas.⁵⁷⁰

Nessa perspectiva, é preciso um olhar atento às tradições jurídicas que interpretam a aplicação do direito, especialmente no que se refere à recepção de teorias de natureza diversas e que, por essa razão, não podem ser niveladas. Neste sentido, importa distinguir o movimento positivista exegético ou legalista (da exegese francesa de Savigny, do utilitarismo inglês de Jeremy Bentham e do conceitualismo alemão de Rudolf von Ihering), do movimento pós-positivista ou positivismo normativista (Kelsen e Hart), que se afastou da essência das escolas anteriores para permitir a compreensão de incompletude do direito ou de sua indeterminação de sentido.

Tanto Kelsen como Hart admitem, como elemento comum de suas teses, a criação do Direito, ou seja, identificam, ambos os teóricos, a interpretação judicial como processo de criação do Direito. Hart parte da ideia do direito indeterminado ou incompleto diante de casos difíceis (*hard cases*), para os quais passa a admitir o uso do poder discricionário dos

⁵⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2011. p. 204-207.

⁵⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: RT, 2013. p.199 e segs.

juizadores, que terá, diante do caso concreto, a liberdade de trazer o novo direito.⁵⁷¹ Kelsen, por sua vez, parte de três tipos de indeterminação da norma (relativa, intencional e não intencional), hábeis a desencadear a atividade criativa do juiz no processo de interpretação.⁵⁷² É com o capítulo VIII da sua obra *Teoria Pura do Direito* que se pode afirmar, embora admita a pluralidade de sentidos, Kelsen delimita sua compreensão ao que chama de moldura semântica, construindo, assim, o ideário de uma interpretação que deve se desenvolver a partir de um método que preencha ajustadamente a moldura prefixada.⁵⁷³ O pensamento de Kelsen, portanto, é discricionário, na medida em que o teórico admite a liberdade plena de criação de sentido ou várias soluções possíveis e diversas dentro da moldura.⁵⁷⁴ Na verdade, essa metodologia kelseniana, tinha a preocupação de conter o movimento da Jurisprudência dos Interesses e da Escola Livre do Direito,⁵⁷⁵ cujo expoente foi Philip Heck, que se opunha ao rigor jurídico dos conceitualistas ao defender, no processo de interpretação, a criação do Direito diante da incompletude da lei, valendo-se de elementos de caráter emocional e ideológico e libertando-se das amarras da literalidade.⁵⁷⁶

É possível identificar, assim, um elemento comum que aparece em Hart e Kelsen, qual seja a capacidade criadora do juiz no momento da interpretação do caso concreto, não havendo, portanto, limites para a aplicação do direito, o que restaria justificado pela indesejável indeterminação ou incompletude do direito, já que o regramento jurídico nem tudo prevê, nem tudo abarca, nem tudo pode proteger ou disciplinar por antecipação. Assim, Hart e Kelsen partem de uma reconhecida abertura da norma para autorizar a criação do direito durante o processo de interpretação do caso concreto.

Ronald Dworkin, por sua vez, nega o poder discricionário, defendido claramente por Hart,⁵⁷⁷ porque nega a incompletude do direito, ao valorizar os princípios como postulados jurídicos integradores da norma, que se ajustam ao direito explícito e com ele são coerentes, conferindo-lhes justificação moral. Neste aspecto, na concepção de Dworkin, o direito como integridade é essencialmente interpretativo, de modo que a decisão não pode ser compreendida como um ato de criação do juiz, mas sim produto de um processo

⁵⁷¹ Para Hart, aos juizes devem ser confiados poderes de criação do direito para resolver litígios que o direito não consegue regular, e este seria o preço necessário para evitar o inconveniente de métodos alternativos de regulamentação desses litígios. Cf. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007. p.314.

⁵⁷² KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.388-389.

⁵⁷³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**, p.391.

⁵⁷⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**, p.393.

⁵⁷⁵ STRECK, **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**, p.201.

⁵⁷⁶ HECK, Phillip. **Interpretação da lei e Jurisprudência dos Interesses**. São Paulo: Saraiva, 1947.

⁵⁷⁷ Cf. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**, p.335-339.

ininterrupto de desenvolvimento e identificação dos direitos no contexto de uma comunidade personificada e em conformação com ela, bem como mantendo a devida coerência com os preceitos de justiça e do devido processo legal.⁵⁷⁸

A partir disso, sob essa perspectiva e sob os auspícios de um Estado Democrático e de Direito, em toda oportunidade na qual o direito seja compreendido como indeterminado, restaria autorizada uma postura antidemocrática do julgador para lhe dar a posição de senhor dos sentidos e lhe atribuir a prerrogativa de “criar”, por seus próprios critérios, a normatização do caso, durante o processo de interpretação do caso concreto.

Logo, se para Dworkin o dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra, e não de inventar uma história melhor,⁵⁷⁹ sua perspectiva aproxima-se da proposta oferecida pela hermenêutica filosófica gadameriana, na medida em que ambas valorizam a decisão que está em conformação com a tradição, temporalidade e historicidade, na sua faticidade.

O respeito à natureza do conflito e suas circunstâncias está bem presente em tais teorias, o que a abstração dos julgados pretende tangenciar a partir da superficialidade das decisões judiciais.⁵⁸⁰ Na verdade, é justamente do sacrifício do caso concreto que se serve o discurso arbitrário a pretexto de conferir efetividade à prestação jurisdicional, impedindo que a decisão jurídica seja produto de revelação como faticidade e como mundo prático.⁵⁸¹

Neste sentido, Castanheira Neves denuncia a atuação do julgador longe das relações sociais, ao referir que se vê de um modo simples o direito considerado apenas como conjunto das regras jurídicas e a estas somente se terá de conformar a ideia da unidade do direito. O contato imediato do juiz com a sociedade é eliminado: perante ele não estão relações sociais a solicitar-lhe a sua homologação, pois tem simplesmente de ajuizar sobre factos mediante regras jurídicas.

⁵⁷⁸ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.272.

⁵⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.240.

⁵⁸⁰ Sobre a abstração dos julgamentos, consultar ainda a teoria minimalista de Cass Sunstein, que defende a necessidade de retração do Judiciário diante de casos complexos para os quais não está devidamente preparado. Sunstein recomenda, assim, uma decisão compatível com aspectos morais, políticos e filosóficos e neles fundamentada a um nível de abstração tal que lhe dê argumentação suficiente para sustentar-se. Neste sentido, consultar em SUNSTEIN, **Cass. One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Harvard University Press, 2001, p.84. Contra essa vertente de pensamento se opõe Ronald Dworkin, na medida em que considera a “abstinência judicial” de Sunstein, ainda que fosse minimamente viável, como antidemocrática e produtora de uma imobilização do processo que à ela é essencial. Neste sentido consultar DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.104.

⁵⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: 2009. p. 170.

A partir disso, é possível visualizar a essência da atividade judicial a partir de um deduzir lógico.⁵⁸²

O modo de compreender o Direito como ciência lógica e abstrata, próprio do idealismo racional-iluminista, alcançou, assim, o século XXI, revelando-se na universalização da prestação jurisdicional que premia a *giustizia di serie*, ao homogeneizar casos concebidos como idênticos, na superficialidade da justiça abstrata alijada da questão de fato. E é na esteira dessa crítica que a pesquisa se constrói, sob o referencial teórico da hermenêutica filosófica, reafirmando a impropriedade da prestação jurisdicional abstrata e a ineficácia das reformas processuais.

Sobre o quadro da litigiosidade, o legislador tem se debruçado fielmente com correções legislativas, primando, sobretudo, pela celeridade processual. O fenômeno da judicialização dos conflitos, assim, vem sendo tratado na linha da conceitualização abstrata do direito, assim compreendido como verdade universalizante a ser reproduzida nos litígios compreendidos como idênticos. A conceitualização abstrativizante, assim, ao desprezar o seu elemento fático-histórico, passa a ser utilizada como instrumento de sumarização dos processos judiciais, a pretexto de dar azo ao direito fundamental da duração razoável dos processos, a pretexto de conferir segurança jurídica às suas decisões.

Essa é a lógica que se pretende desmitificar, a partir da compreensão equivocada da questão de fato e da questão de direito como elementos cindíveis, da qual se vale o método subsuntivo, corolário do esquema sujeito-objeto que a hermenêutica da faticidade pretende superar, para assim demonstrar a impropriedade da abstrativização dos julgamentos que acabam por facilitar a conduta discricionária e arbitrária do intérprete.

O que se propõe a partir da crítica ao modelo objetificante adotado pela jurisdição prestada em série é uma releitura da compreensão de fato e de direito à luz da hermenêutica filosófica, de modo a elevar a importância da pré-compreensão no processo de interpretação, para assim recuperar a sua dimensão fático-histórica, indissociável neste processo, eis que decorrente da tradição.

A partir dessa releitura, através da superação do esquema sujeito-objeto, que sustenta o processo de subsunção, busca-se desnudar de todo a lógica da abstrativização dos julgamentos na jurisdição brasileira.

⁵⁸² CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Questão de facto e Questão de direito** - o problema metodológico da juridicidade. Coimbra: Coimbra, 1967. p.331.

5.3 Ainda a questão de fato e a questão de direito à luz da hermenêutica filosófica

“Os pressupostos doutrinários para a formação do “mundo jurídico” estão lançados, a partir desta renúncia ao individual, deste abandono dos compromissos do direito com o fato; de um direito que se desliga, cada vez mais do reino da existência, para refugiar-se no puro normativismo, “engessando” o sistema processual numa teia de conceitos e regras, com pretensões de universalidade, que o tornam inflexível e, por isso mesmo, anacrônico”.
Ovídio Baptista da Silva⁵⁸³

O estudo do direito processual civil tradicionalmente foi desenhado através das formas, ritos e procedimentalismos, constituídos estes seus objetos primordiais. A matematização do processo, no seu nascedouro, foi audaciosa, eis que caracterizada por um cartesianismo dotado de elementos, requisitos, condições, pressupostos, classificações, etc. A máxima dessa matemática pode ser observada no elemento fático da causa judicializada, denominada de “causa de pedir próxima”, então diferenciada da “causa de pedir remota”, identificada pelos fundamentos “jurídicos” do pedido, criando o que se denomina de “teoria da substanciação”.

A partir dessa lógica, várias outras passagens do texto processual expressam essa distinção,⁵⁸⁴ que inclusive se repete no texto do novo CPC,⁵⁸⁵ de modo que são raras as posições doutrinárias brasileiras que conseguem defender a diferença apenas ontológica entre questão de fato e questão de direito, a exemplo de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que, de forma categórica, afirma ser algo arbitrário valorizar abstratamente o juízo sobre o fato como totalmente divorciado do juízo sobre o fato, assim como é “artificial” a distinção entre fato e direito, seja porque no litígio fato e direito se interpenetrem, seja em virtude da necessidade do fato na construção do direito e da correlativa indispensabilidade da regra jurídica para determinar a relevância do fato.⁵⁸⁶ Na verdade, a divisão parte de uma linguagem classificatória, claramente presente na posição de Danilo Knijik, para quem a divisão entre fato e direito já se mostrou inviável, sendo possível observá-las em “questões mistas”, a partir da teoria tricotômica, que podem ou não ser analisadas pelas cortes superiores.⁵⁸⁷

⁵⁸³ SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e Execução**. São Paulo:Revista dos Tribunais,1997. p. 126.

⁵⁸⁴ A título de exemplo, seguem algumas passagens do CPC de 1973: julgamento antecipado do processo (Art.330); julgamento de mérito pelo tribunal (art.515, parágrafo 3º); sentença de mérito prima facie (art.285-A); incidente de recursos repetitivos (art.543-C).

⁵⁸⁵ Incidente de demandas repetitivas (art.988), entre outros.

⁵⁸⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.234.

⁵⁸⁷ KINIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo STJ**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.268.

Esse modo de compreender o processo traduz a crise paradigmática da prestação jurisdicional, descompassada da realidade social e incapaz de se estruturar de forma a dar o devido tratamento à garantia do acesso à justiça em tempos de novas relações sociais da sociedade da urgência.

Para Calamandrei, causa espécie essa separação entre *la cuestión de derecho y la cuestión de hecho*, que parece expressamente criada para levar à exasperação o culto da máxima que impede que o julgador se comova pelas exigências equitativas do caso concreto, obra máxima do racionalismo iluminístico, e ainda se é idônea em tempos de renovação social, “*como son los nuestros, em que el Derecho en formación está todavía lleno todo él de sorpresas y mezclado y amalgamado en los hechos como el metal en el mineral apenas excavado*”.⁵⁸⁸ Não é demasia lembrar que tal questionamento vem publicado no já distante ano de 1960.

Ovídio Baptista da Silva lançou-se sobre tal questão, denunciando que os pressupostos doutrinários para a formação do “mundo jurídico” estão lançados deste abandono dos compromissos do direito com o fato e de um direito que se desliga, cada vez mais do reino da existência, para refugiar-se no puro normativismo, “engessando” o sistema processual numa teia de conceitos e regras, com pretensões de universalidade, que o tornam inflexível e, por isso mesmo, anacrônico.⁵⁸⁹ De tal modo, para entender o compromisso do Direito com o normativismo, é preciso considerá-lo a partir de seu pilar racionalista, a partir do qual a norma jurídica foi concebida para prescindir dos fatos.⁵⁹⁰

Ao resgatar o estudo do direito romano-canônico, Ovídio Baptista da Silva ensina que havia dois institutos de proteção e defesa dos direitos no direito romano: a *actio* e os *interdicta*, além de outros meios extraordinários, sendo que somente o processo da *actio* se desenvolvia através do procedimento do *ordo judiciorum privatorum*, de natureza jurisdicional. Refere, ainda, que o direito moderno conservou as instituições próprias do direito privado romano, relativas apenas ao procedimento da *actio*, no qual apenas era permitido o esclarecimento-declaração do direito, reservada ao âmbito da jurisdição, com a supressão dos interditos, que integravam o *imperium* do pretor, a quem cabia ordenar e executar o direito.⁵⁹¹ Neste sentido, vai afirmar que a concepção romana de jurisdição, enquanto oposição entre *iurisdictio* e *imperium*, é suficiente para demonstrar a redução do

⁵⁸⁸ CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. (tradução para o espanhol de Hector Fix Zamudio) Buenos Aires: Editora EJEJA, 1960.

⁵⁸⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.126.

⁵⁹⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. **Direito Material e Processo**. Revista Jurídica NotaDez, nº 321, Julho/2004. p.14.

⁵⁹¹ SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e Execução**, p. 25-26.

campo jurisdicional apenas a seu momento declaratório, sendo que, tal modo de conceber a jurisdição, como indubitável pilar do processo de conhecimento, revela justamente a separação entre a atividade puramente normativa e a atividade prática próxima da realidade.⁵⁹²

Luiz Recaséns Siches também lembra que, no direito romano, o labor prático da criação do Direito, sobretudo pelo pretor e pelos grandes jurisconsultos, mostra uma finíssima sensibilidade das novas necessidades e dos novos fatos sociais, e mostra um sentido pragmático de estreito contato com a vida real. Neste sentido, alerta o filósofo que os graves pecados do conceitualismo jurídico não foram cometidos pelos romanos, mas sim pelos romanistas, especialmente pelos romanistas alemães do século XIX.⁵⁹³

É de se observar, assim, as razões que subjazem a formação do direito processual como ciência autônoma. O direito processual nasceu e alimentou-se da ideologia racionalista, herdada do direito romano-canônico, evitando assim a aproximação da atividade jurisdicional com a realidade do mundo social, impondo ao julgador uma neutralidade proposital, ou seja, o que agora as decisões universalizantes e abstratas pretendem manter como corolário de uma jurisdição célere, embora não efetiva e adequada.

O paradigma racionalista, portanto, impôs uma aplicação do direito a partir do método de subsunção, na tentativa de assim preservar uma segurança jurídica supostamente encontrada na lei, em benefício do poder instituído. A base do ideário racionalista revela, portanto, a preservação de dogmas notadamente trazidos para o Direito, a exemplo da idéia de direito igualado ao texto da lei e, portanto, como instituto apartado da realidade social, ou dos fatos que lhe emprestam suas características.

Essa falaciosa e ingênua metodologia de prestar jurisdição acaba por desprezar a essência do tratamento do conflito, já que, no dizer de Luis Alberto Warat, não se pode fazer ciência social ou jurídica sem sentido histórico, sem nenhum compromisso direto com as condições materiais da sociedade e com os processos mediante os quais os sujeitos sociais são dominados e coisificados.⁵⁹⁴

Neste sentido Ovídio Baptista da Silva ensina que a premissa da cristalização do dogma é justamente a eliminação da crítica histórica, em que o esquecimento do passado é a

⁵⁹² Ibid., p. 46.

⁵⁹³ SICHES, Luís Recaséns. **Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho**. México: Porrúa, 1974. p. 148.

⁵⁹⁴ WARAT, Luiz Alberto. **O direito e sua linguagem (colaboração de Leonel Severo Rocha)**. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 47.

condição do dogma.⁵⁹⁵ Especificamente no que se refere ao direito processual, afirma o autor que a neutralidade axiológica da ciência processual é, na verdade, o seu dogma.⁵⁹⁶

Veja-se a necessidade de, bem antes de se pensar em um novo modo de compreender o prestação jurisdicional, aproximar as distâncias que ideologicamente afastaram o mundo do direito do mundo dos fatos. Ao manter a prática da jurisdição abstrata, está o direito alimentando uma lógica moderna anacrônica, em pleno século XXI, de circunstâncias históricas e sociais completamente diversas.

No dizer de Ovídio Baptista da Silva,

O Jurista – por isso que não lhe é dado perquirir sobre o “por quê” de suas dificuldades – não percebe que os instrumentos processuais, que se adaptaram com alguma eficiência enquanto lhes coube regular uma sociedade organicamente estruturada e otimista, estarão destinados ao fracasso quando lhes caiba disciplinar sociedades altamente complexas, como a sociedade contemporânea, pós-industrial, tangida pelos meios cibernéticos de comunicação social, além disso pluralista – condição, aliás, de possibilidade para um regime democrático – e carente de valores, consequentemente individualista e conflituosa.⁵⁹⁷

Em sua extensa obra sobre Questão de Fato e Questão de Direito, Castanheira Neves, já diagnosticava o problema da atuação do julgador longe das relações sociais, ao referir que

...A jurisprudência fundada sobre a concepção estatista do direito(...) procede em regra de modo a opor todo o restante acontecer social, como mero facto, à ordem incluída nas regras jurídicas. Para ela os usos sociais, as formas de posse, os contratos, os estatutos, as partilhas, as disposições de última vontade, não são, como fundamentalmente em Roma, na Europa medieval e ainda agora nos espaços jurídicos anglo-americanos, a matéria a partir da qual o juiz forma as suas normas de decisão para os conflitos de interesses, que aí surjam, mas factos que o juiz deve subordinar às regras jurídicas. É deste modo extremamente simples que se vê todo o direito se considera apenas o conjunto das regras jurídicas e a estas somente se terá de conformar a idéia da unidade do direito. O contacto imediato do juiz com a sociedade é eliminado: perante ele não estão relações sociais a solicitar-lhe a sua homologação, pois tem

⁵⁹⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia** - o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.19.

⁵⁹⁶ Ibid., p. 301.

⁵⁹⁷ SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia**, p.301.

simplesmente de ajuizar sobre factos mediante regras jurídicas. Assim se chega a ver a essência da actividade judicial num deduzir lógico.⁵⁹⁸

E assim apartado da realidade e, portanto, ao suprimir o elemento fático dos julgamentos, o direito constitui-se por autorreferência e abstracção, facilitando julgamentos conceituais e, conseqüentemente, discricionários, blindados de qualquer controle mais acurado. Abre-se, neste contexto, o entorno para as arbitrariedades, avessas ao espaço democrático.

Nesse sentido, Castanheira Neves, ao tratar da pura normatividade do Direito, defende que ⁵⁹⁹

[...]a realidade histórico-social da aplicação do direito vê-se concebida como uma realidade analisável em termos de factos, como a totalidade dos factos correlativos à racional abstracção das normas ou como a correlativa facticidade (empírica) da idealidade lógica (racional) das normas (da sua lógico-conceitual representatividade e hipotética previsibilidade normativoregulativa) e isto justamente como condição de possibilidades de aplicação lógica. E se a realidade histórico-social, como realidade humano-prática, não se oferece fenomenologicamente desse modo, como um acervo de factos discretos, mas em unidades de acontecimentos práticos histórico-socialmente estruturados, em especificados casos práticosociais, se portanto essa forma de ver a realidade traduz uma analítica decomposição dessas unidades e desses casos em elementos empíricos diferenciados, é isto assim porque era igualmente própria dos racionalismos moderno e epistemológico-positivista, em que o normativismo encontrou a possibilidade da sua explícita expressão, a dicotomia razão(lógica)-factos – dicotomia que o pensamento jurídico normativista se limitou a converter na sua dicotomia normas-factos.

Para a jurisdição, tais reflexões ganham extrema relevância, na medida em que permitem romper com o paradigma racionalista, ao qual ainda se apegam a dogmática jurídica quando estabelece a prática crescente da jurisdição universalizante para conter o fenômeno da litigiosidade.

A dogmática jurídica, esperançosa das promessas da lógica da justiça quantitativa, e cega diante das expectativas criadas por juristas midiáticos, não consegue se despir da

⁵⁹⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Questão de facto e Questão de direito** - o problema metodológico da juridicidade. Coimbra: 1967. p.331.

⁵⁹⁹ NEVES, Antônio Castanheira. **O Direito hoje e com que sentido?** O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 27-28.

superficialidade que acompanha as últimas reformas processuais e a perspectiva já anunciada pelo projeto do novo Código de Processo Civil. O direito conceitual parece, enfim, superar a necessidade de análise de sua concretude e do que o constitui.

A jurisdição dos conceitos sem coisas, cunhando a expressão de Lenio Luiz Streck, parece bem atender à perspectiva da lógica da quantidade, quando abandona a sua historicidade, seu elemento constituidor. Trata-se de um grave dilema na medida em que, a exemplo do que ocorre com o Código de Processo Civil no Brasil, a compreensão da questão de fato e de direito como elementos cindíveis no processo de compreensão atravessa todo o âmbito de prestação jurisdicional, seja na fase de propositura e instrução, seja na fase recursal.

A revolução paradigmática, portanto, perpassa a necessidade de devolver ao processo a sua dimensão histórica, o que de forma solitária a dogmática jurídica não consegue alcançar. Por essa razão, a filosofia hermenêutica de Heidegger e a hermenêutica filosófica de Gadamer permitem uma reflexão que ultrapassa os limites que ainda imperam no universo jurídico, superando o seu aspecto eminentemente normativo.

Heidegger, assim, vai interpretar o ser, a verdade e a história, a partir da temporalidade absoluta, afirmando que o tempo se revela como horizonte do ser,⁶⁰⁰ o que significa dizer que, na afirmação de Gadamer, o ser deverá ser determinado a partir do horizonte do tempo, de modo que a estrutura da temporalidade aparece como determinação ontológica da subjetividade. Neste sentido, a fenomenologia de Heidegger vai avançar para a ideia de que o próprio ser é tempo,⁶⁰¹ na medida em que “a fenomenologia é a arte de desvelar aquilo que, no comportamento cotidiano, nos ocultamos a nós mesmos: o exercício da transcendência”.⁶⁰²

De tal modo, o que Heidegger propõe é a desconstrução do discurso metafísico, ao colocar a compreensão como existencial, e a linguagem do homem como condição de possibilidade para este existencial, e não como um terceiro elemento que se interpõe entre sujeito-objeto.

Eis a importância da pré-compreensão, no processo de interpretação, que retira qualquer hipótese de manutenção de conceitos objetificantes, universalizantes e abstratos, usados como razões de decidir, pois todo o existencial do intérprete, como parte da tradição,

⁶⁰⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método** – Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Vol I. São Paulo: Vozes, 2004. p. 344

⁶⁰¹ Ibid., p. 345.

⁶⁰² HEIDEGGER, Martin. **Que é metafísica**. Tradução e Notas de Ernildo Stein. In: Conferências e Escritos, p.29.

contempla toda a facticidade e, portanto, a dimensão fática e histórica da compreensão, que não está à disposição do intérprete.

O círculo hermenêutico reconcilia teoria e prática que passam a se relacionar e um contexto intersubjetivo de fundamentação, no interior do qual tanto o conhecimento teórico quanto o conhecimento prático se dão na abertura da pré-compreensão, ou seja, onde a compreensão parte das antecipações prévias do intérprete.⁶⁰³ A compreensão, pela sua presença antecipada, é algo que não dominamos, já que o sentido não está à disposição do intérprete.⁶⁰⁴

Logo, ainda com Lenio Streck é preciso destacar que o intérprete não constrói o seu próprio objeto de conhecimento, razão pela qual o direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja.⁶⁰⁵

Essa reconciliação entre teoria e prática ainda não fora recepcionada pelo Direito, que ainda conserva os velhos dogmas dualistas objetificantes, a exemplo da separação entre a questão de fato e a questão de direito e, por isso, se mostra incapaz de operar dentro dessa circularidade heideggeriana.

Heidegger vai atribuir à diferença ontológica o papel da transcendentalidade, para buscar e perguntar pelo ser, distinguindo-o do ente, advertindo, entretanto, que tal diferença somente faz sentido se ela pretende dar conta das condições de possibilidade do conhecimento. Ou seja, o sentido que se dá no processo de compreensão somente ocorre na diferença ontológica: o ser é sempre o ser de um ente e ente só existe no seu ser.⁶⁰⁶

É possível afirmar, assim, com Ernildo Stein que⁶⁰⁷

a diferença ontológica nos permite falar de que em toda a experiência há uma diferença e de que tal diferença nos dá a proporção da experiência, e introduz sentido na experiência, organizando, dessa maneira, enquanto existimos, aquilo que pode ser denominado de campo de experiência [...], de modo que teríamos aquilo que para Heidegger é constituído pelo modo de ser-no-mundo, aquilo que enquanto sentido nos dá o horizonte em que nos situamos com nossas experiências empíricas. Em razão disso, a experiência nunca se reduz ao domínio da causalidade ou acontece simplesmente num mundo exterior.

⁶⁰³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, p. 429.

⁶⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2010. p.25.

⁶⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, p. 439.

⁶⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, p. 439.

⁶⁰⁷ STEIN, Ernildo. **Pensar é Pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico**. Ijuí: Editora UNIJUI, 2002. p.104.

A diferença ontológica já se constitui, portanto, no âmbito em que pensamos as pessoas, os eventos, a natureza e nós mesmos, do ponto de vista da experiência científica. Não é necessário que, inicialmente, separemos as duas experiências, pois elas se dão enquanto nos compreendemos em nosso ser, basicamente de modo pré-compreensivo, isto é, como experiência especulativa.⁶⁰⁸

O que pode se observar é que a partir de uma perspectiva hermenêutica, sobretudo filosófica, torna-se possível compreender que o pensamento objetificante está presente no encobrimento do ser no ente, ou seja, na entificação do ser, fundado na ideia de fundamento último e de uma autorreferência, instituindo a ideia de verdade como algo estático e atemporal, que acaba consolidando os dualismos, dentre eles o direito e o fato, num mundo puro e conceitualista e, para usar a expressão de Lenio Luiz Streck, num mundo de conceitos sem coisas.⁶⁰⁹

Isso pode ser observado ao longo de todo o rito processual, em especial a partir das reformas ocorridas após a Emenda Constitucional nº 45. Amarradas ao objetivismo, o rito processual civil, hoje, admite demandas abreviadas por representarem causas eminentemente de direito, a partir da imposição de decisões normatizadas de forma abstrata e conceitualista,⁶¹⁰ através de um revigorado método de subsunção.

Assim, em tempos de justiça prestada em série, assiste-se a uma sobrevida do método subsuntivo, o que Lenio Luiz Streck vai denominar de repriminção da jurisprudência dos conceitos ou da subsunção do direito, na medida em que se passa a valorizar categorias abstratas-universalizantes com as quais se deduz, no processo, a decisão jurídica.⁶¹¹

Ora, se o ser só existe no seu ente e a partir dele é desvelado, a questão de direito não pode ser dissociada da questão de fato. São elementos diferentes, mas apenas a partir de uma perspectiva ontológica, pois esta é justamente aquela pela qual o sentido do direito, como interpretação, se distingue do fato ocorrido, transcendendo-o. Trata-se de elementos diferenciados, porém, inseparáveis.

O círculo hermenêutico na diferença ontológica, portanto, proporciona a ruptura de qualquer possibilidade de cisão entre fato e direito.⁶¹²

⁶⁰⁸ STEIN, Ernildo. **Pensar é Pensar a diferença**, p.102.

⁶⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, p. 439.

⁶¹⁰ Neste sentido são os artigos 285-A e 543-C do CPC, além de outros dispositivos já há mais tempo mantidos pelo Código, a exemplo do art.330, 515, §3º, entre outros.

⁶¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, p. 439.

⁶¹² GADAMER, **Verdade e Método I**, p. 408-409.

5.4. A recuperação da consciência histórica em defesa da hermenêutica da facticidade

Se a compreensão é um fenômeno ontológico através de um movimento de transcendência, o ser só se torna compreensível a partir da temporalidade e da historicidade da “pre-sença”⁶¹³ (dasein, ser-aí). Em Heidegger, a hermenêutica será basicamente um adjetivo cuja função é qualificar a fenomenologia. Trata-se de preparar, através da fenomenologia hermenêutica, um novo modo de conceber a questão do ser como um conceito, com que opera a compreensão. Em Gadamer, ao contrário, a hermenêutica é um substantivo, na linha de sua tradição histórica. A tarefa da hermenêutica filosófica, assim, consistirá na questão do sentido, ligado à historicidade do mundo vivido.⁶¹⁴

Para Stein, se em Heidegger a hermenêutica possui intenção meramente adjetiva, explicitando a facticidade como elemento constitutivo do Dasein, em que ele já sempre se compreende e compreende o ser, em Gadamer a hermenêutica liberta-se da “intenção ontológica” (transcendental), tornando-se substantiva e assumindo-se como área do conhecimento, área que se diz filosófica, na expressão “hermenêutica filosófica”, constituída pela experiência hermenêutica do sentido.⁶¹⁵

De tal modo, na linha de pensamento de Heidegger, a partir de “Verdade e Método”, Gadamer vai considerar que a compreensão não se concebe como processo subjetivo do homem face a um objeto, mas sim como o modo de ser do próprio homem, razão pela qual, com Gadamer, a hermenêutica passa a ser uma tentativa filosófica para avaliar a compreensão como processo ontológico.⁶¹⁶

De outro lado, ao afirmar que “a atividade hermenêutica que entenda a compreensão como a reconstrução do original não passa de um exercício de transmissão de um sentido morto”,⁶¹⁷ Gadamer enfatiza que o direito, se quiser permanecer vivo e útil para a sociedade,

⁶¹³ Ibid., p. 343

⁶¹⁴ A expressão mundo vivido – Lebenswelt de Husserl – segundo Stein, liga-se à questão da experiência, porque o mundo vivido é para ser o lugar originário da experiência. A experiência tem de se dar a partir desse lugar, desse aí, sem, no entanto, fazer desse mundo vivido uma experiência. O mundo vivido é constituído a partir do universo da significação, mas já sempre dado para toda a atividade significativa do ser humano. É, de certo modo, a fonte da significabilidade possível, já sempre dada e que, contudo, se atualiza sempre de novo na significação que se constitui. Cf. STEIN, Ernildo. Da fenomenologia hermenêutica à hermenêutica filosófica, **Revista Veritas**, Porto Alegre, n. 47, n.01, p.21-34, 2002.

⁶¹⁵ STEIN, Ernildo. Da fenomenologia hermenêutica à hermenêutica filosófica, **Revista Veritas**, Porto Alegre, n. 47, n.01, p.21-34, 2002, p.10.

⁶¹⁶ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1969, p, 168.

⁶¹⁷ GADAMER, **Verdade e Método I**, p. 234.

deve permitir que o processo de compreensão se desenvolva em busca da atribuição de significado aos fatos⁶¹⁸ e na atribuição de sentido à lei proposta pelo ordenamento jurídico.

A partir disso, é possível constatar que o direito que preconiza a abstração, e exige do julgador mera intermediação, já nasce sem vida, razão pela qual, através da filosofia gadameriana, como se observa, desnuda-se a impropriedade do método dedutivo-lógico que impera sobre a prestação jurisdicional.

Na atual sistemática do rito processual civil, por ocasião da prestação jurisdicional observa-se uma subjetividade assujeitadora, através da qual o julgador intérprete considera-se proprietário dos sentidos,⁶¹⁹ abstraindo a norma e aplicando o direito distante da situação concreta. É o que ocorre com o julgamento por amostragem, previsto no art. 543-C do CPC de 1973, que reproduz, por sua vez, a lógica do art. 285-A do mesmo diploma legal, sendo tal sistematicamente totalmente absorvida pelo novo CPC.

A partir de tais premissas, é importante pontuar que o sentido não está à disposição do intérprete, pois o intérprete tem um compromisso com a historicidade e a tradição, como universo que o antecipa e o cerca, pois toda a tradição se converte, para a consciência histórica, num encontro do espírito humano consigo mesmo. Logo, o sentido atribuído ao conflito no processo de decisão não decorre de uma arbitrariedade do julgador.

Ora, no processo de compreensão, o compreender não é um agir do sujeito, e sim um modo de ser que se dá em uma intersubjetividade,⁶²⁰ na sua faticidade, como modo prático de ser no mundo. É isso que comanda a atividade compreensiva.⁶²¹ Trata-se de um acontecer que se dá no âmbito da pré-compreensão, da antecipação de sentido, onde o horizonte de sentido (pré-juízos) limita o processo de atribuição de sentido.⁶²²

É preciso destacar ainda que, para Gadamer, a antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição.⁶²³ Neste sentido, Gadamer explora a distância temporal como algo que realça uma nova espécie de preconceito,⁶²⁴ na medida em que distingue os preconceitos que cegam (falsos preconceitos) dos preconceitos que esclarecem

⁶¹⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. Verdade e Significado. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Anuário de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n.1 Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004; São Leopoldo: UNISINOS, p.265-281, 2004. p.272.

⁶¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, p. 422.

⁶²⁰ Ibid. p.10.

⁶²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, p.13.

⁶²² Ibid., p.177.

⁶²³ GADAMER, **Verdade e Método I**, p.388.

⁶²⁴ GADAMER, Hans Georg. **O problema da consciência histórica**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p.68-69.

(verdadeiros preconceitos).⁶²⁵ Não se trata de uma distância a percorrer, mas uma continuidade viva de elementos que se acumulam formando uma tradição, isto é, “uma luz à qual tudo o que trazemos conosco de passado, tudo o que nos é transmitido faz a sua aparição”.⁶²⁶

Assim, é importante destacar, com Gadamer, que os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade histórica do seu ser,⁶²⁷ de modo que, o sujeito da compreensão recebe o legado da tradição de maneira compulsória, pois não há possibilidade de a ela renunciar.⁶²⁸

É por isso que Gadamer vai destacar que⁶²⁹

A experiência só se atualiza nas observações individuais. Não se pode conhecê-la numa universalidade prévia. É nesse sentido que a experiência permanece fundamentalmente aberta para toda e qualquer nova experiência – não só no sentido geral da correção dos erros, mas porque a experiência está essencialmente dependente de constante confirmação, e na ausência dessa confirmação ela se converte necessariamente noutra experiência diferente.

Para Gadamer, portanto, a atribuição de sentido somente ocorre na situação concreta.⁶³⁰ Nesse contexto, é interessante observar o elemento de negatividade na “experiência” gadameriana, pois segundo Gadamer, a verdadeira experiência é sempre negativa,⁶³¹ ou seja, “...o que antes era inesperado passa a ser previsto”.⁶³²

Neste sentido, Lenio Streck vai reiterar que sem compreensão não há interpretação, não há explicitação de sentido, o que só pode ocorrer através do processo de circularidade

⁶²⁵ Para Gadamer, a descoberta de um preconceito não é possível enquanto ele permanecer operante, razão pela qual é preciso provocá-lo. Tal provocação é fruto de um reencontro renovado com a tradição que se encontra, talvez, na origem deles. Se é difícil substituir uma convicção, denunciá-la como preconceito, é porque precisamente aquela que reivindica o seu lugar não pode apresentar as suas credenciais enquanto a convicção atacada não for desmascarada e denunciada como preconceito. Qualquer posição nova que substitui uma outra segue necessitando da antiga, já que ela não pode se explicitar enquanto não souber nem a que nem por que ela se opõe.

⁶²⁶ GADAMER, Hans Georg. **O problema da consciência histórica**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p.67-68.

⁶²⁷ GADAMER, **Verdade e Método I**, p. 367-368.

⁶²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise**, p. 202.

⁶²⁹ GADAMER, **Verdade e Método I**, p. 460.

⁶³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, p. 422.

⁶³¹ GADAMER, **Verdade e Método I**, p. 462.

⁶³² GADAMER, **Verdade e Método I**, p. 462.

diante da situação concreta, sem, portanto, categorias abstratas-universalizantes das quais se possa fazer deduções ou subsunções.⁶³³

Portanto, se o ente só existe no seu ser, se a norma não existe sem o seu texto, a questão de direito, da mesma forma, não pode ser compreendida como elemento separado da questão de fato, pois se interpretar é aplicar, não há como “acoplar” o direito sobre o fato, haja vista que, ao aplicarmos, já compreendemos.

Estes são os horizontes em fusão, valorizados por Gadamer no processo de compreensão, pois⁶³⁴

Quando nossa consciência histórica se transporta para horizontes históricos, isso não quer dizer que se translade a mundos estranhos que nada têm a ver com o nosso; ao contrário, todos eles juntos formam esse grande horizonte que se move a partir de dentro e que abarca a profundidade histórica de nossa autoconsciência para além das fronteiras do presente. Na realidade, trata-se de um único horizonte que engloba tudo quanto a consciência histórica contém em si. O nosso próprio passado e o dos outros, ao qual se volta a consciência histórica, faz parte do horizonte móvel a partir do qual vive a vida humana, esse horizonte que a determina como origem e tradição.

A hermenêutica filosófica, assim, reconhece os limites do próprio processo de compreensão, através da tradição, da qual o intérprete faz parte e com o qual deve estar verdadeiramente comprometido.

Neste sentido, Lenio Luiz Streck conclui que a filosofia no direito implica construção de possibilidades para a correta colocação do fenômeno jurídico que não pode mais ser compreendido à margem de um contexto de legitimidade democrática.⁶³⁵

É neste sentido que, ao destacar a tradição e a historicidade no processo de compreensão, Gadamer afirma que tais são revelados na valoração da experiência, evento que vai chamar de consciência da história efetual, no sentido de que, destacando a importância da dialética, a nossa compreensão de mundo se revela quando somos atingidos pela pergunta e interpelados pela própria tradição:⁶³⁶

A dialética da pergunta e resposta que descobrimos na estrutura da experiência hermenêutica nos permitirá agora determinar mais detidamente o que caracteriza esse tipo de consciência chamado consciência histórico efetual. Isso porque a dialética de pergunta e resposta que

⁶³³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, p. 439.

⁶³⁴ GADAMER, **Verdade e Método I**, p. 402.

⁶³⁵ STRECK, Lenio Luiz, **Verdade e Consenso**, p. 427.

⁶³⁶ GADAMER, **Verdade e Método I**, p. 492.

expusemos acima apresenta a relação da compreensão como uma relação recíproca semelhante à relação que se dá na conversação. É verdade que um texto não nos fala como o faria um tu. Somos nós, que compreendemos, que temos de trazê-lo à fala a partir de nós mesmos. Mas já vimos que esse trazer-à-fala, próprio da compreensão, não é uma intervenção arbitrária de uma iniciativa pessoal, mas se refere, por sua vez, como pergunta, à resposta latente do texto. A latência de uma resposta pressupõe, por sua vez, que aquele que pergunta foi atingido e se sente interpelado pela própria tradição. Esta é a verdade da consciência histórica efetual. (grifo nosso)

De tal modo, o texto a ser desvelado é um encontro do intérprete com a sua consciência histórica, na sua experiência, numa dialética entre o contexto em que cada pessoa se insere e o contexto da tradição, fazendo com que o ser ou a coisa que encontramos, revele-se.

A concepção hermenêutica, portanto, rompe com o paradigma abstrato e conceitual do qual a jurisdição ainda está impregnada, ruptura esta que leva inevitavelmente à constatação de que o direito não se sustenta, em tempos de Estado Democrático de Direito, com a mera aplicação subsuntiva de preceitos universais sobre coisas imaginárias, ou com a sobreposição de decisões paradigmas sobre processos então reconhecidos como idênticos, operações típicas do normativismo. Logo, a linha privatística preferida pelo imaginário brasileiro e adotada em essência pelo novo CPC não trará grandes mudanças para o cenário de solução de conflito no Brasil. Esse aparato elevado sobretudo sobre as amarras da celeridade dificilmente irá transformar o quadro da litigiosidade anteriormente retratada.

Em definitivo, a questão de direito, portanto, não está cindida da questão de fato. A partir de preceitos jurídicos abstratos e estáticos, assim concebidos como verdades atemporais, reproduzidos como ideal de verificabilidade e de justiça, o direito retorna ao idealismo da jurisprudência dos conceitos, ao passar de um século, para tratar de uma realidade completamente diversa, complexa e urgente.

A comunidade jurídica, lamentavelmente, não consegue se libertar das amarras que a impedem de visualizar o direito sob outra perspectiva, razão pela qual a lógica da quantidade tem preponderado como uma espécie de “ajustamento de conduta” da litigiosidade do país.

A hermenêutica filosófica, de outro lado, por ser antidualista e antirrelativista, proporciona uma reflexão significativa quando se trata de compreender que a diferença entre o fato e o direito é apenas ontológica; que a ideia de verdade como desocultamento e revelação é indispensável para superar o pensamento dogmático da ciência jurídica, que trabalha com a ideia de um direito autorreferente e impenetrável.

Neste sentir, o papel do julgador está inevitavelmente interligado com a força advinda da estrutura histórica e social da sociedade, não sendo mais unicamente a lei ou decisões paradigmas-abstrativistas que irão refletir o que o Estado Democrático de Direito entende como solução mais adequada a uma demanda social controvertida. A tradição e sua antecipação de sentidos no processo de compreensão impedem qualquer conclusão diversa.

5.5. Litigiosidade e *Applicatio*: porque não é possível aprisionar o conceito no processo de compreensão do conflito

“Para que haja subsunção, deve haver, antes, um conceito sem coisas”.

(Lenio Luiz Streck, Verdade e Consenso, p.446).

O comprometimento com o ideário constitucional, portanto, requer uma reavaliação da conduta do Judiciário frente ao número extremado de litígios, sob pena de restar instituído um totalitarismo descrito por George Orwell em sua distopia de “1984”, no qual a linguagem (novafala) está a serviço do poder totalitário e, como instrumento de dominação, tudo controla, tudo comanda, inclusive o pensamento.⁶³⁷

No processo de interpretação, as antecipações prévias ínsitas na pré-compreensão não estão à disposição do intérprete, pois o horizonte de sentido onde atuam os pré-juízos limitam o processo de atribuição de sentido. Contudo, os tribunais superiores do Judiciário brasileiro têm se mostrado autorizados a proferir julgamentos despidos de um comprometimento democrático, a pretexto de fazer justiça. Tais decisões, eivadas de arbitrariedade, podem ser usadas como decisões de recursos representativos de controvérsia, ou como futuras súmulas, aprisionando o conceito no processo de compreensão do conflito em nome da agilização dos julgamentos e, portanto, em nome do princípio da duração razoável dos litígios.⁶³⁸

Não obstante os perigos decorrentes de tal arbitrariedade, essa liberdade de decidir vem sendo defendida a pretexto de se fazer justiça no caso concreto. Diriam os defensores das reformas processuais, dentre os quais é possível destacar Luiz Guilherme Marinoni, que acompanhar a realidade é justamente viabilizar o tratamento célere dado aos julgamentos por

⁶³⁷ ORWELL, George. 1984. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

⁶³⁸ Como breve registro, cabe destacar os auspícios do poder econômico que através de seus *lobbies* políticos exercem sua influência sobre os tribunais superiores, sem que, obviamente, tais interesses venham a se constituir em verdadeiras razões de decidir.

amostragem, ou então abreviados com base em decisões dominantes que venham a sintetizar a posição do Estado a respeito de casos que se repetem pelo Judiciário. Do contrário, segundo o processualista, estar-se-ia a admitir a coexistência de diversas Constituições Federais, a cada posicionamento jurisdicional diverso sobre casos idênticos.⁶³⁹

Em entrevista à Revista *Veja*, o Ministro Cezar Peluso, na época Presidente do Supremo Tribunal Federal, declarou que a análise fiel do caso concreto se revela como uma visão romântica e ultrapassada,⁶⁴⁰ na tentativa de justificar a abstrativização dos julgamentos como medida pragmática e célere de julgamento dos processos judiciais, o que inclusive pode ser realizado, nas palavras do Ministro, pelos analistas e assessores dos magistrados.

Entretanto, atribuir à valoração do caso concreto individual a pecha de um romantismo ultrapassado não passa de argumento alheio às mazelas que envergonham a prestação jurisdicional no Brasil. Está-se primando, de forma extremada, pela abreviação do rito processual, numa operação apelativa de verdadeira negação à justiça, travestida de celeridade, através de mecanismos idealizados que criam uma perspectiva falso-redutora da litigiosidade.

É possível observar até mesmo uma certa naturalidade com que o poder público tem tratado a conflituosidade no país, assim como nenhuma objeção há de ser feita à operação de modelo fordista da prestação jurisdicional: em nome da sociedade da urgência, sela-se a justiça prestada em série, prática, universal e abstrata. É claro e evidente a negação ou resistência de aceitação e enfrentamento da realidade social por parte do senso comum dos juristas.

Na verdade, esse discurso, de tom claramente positivista e que, portanto, repousa suas raízes em Kelsen e seu neopositivismo lógico, serve de argumento para sustentar a investida arbitrária da magistratura brasileira, que, no dizer de Lenio Streck, a partir de discursos de justificação e/ou fundamentação prévia, procura ultrapassar a decisão de origem para atingir todas as situações semelhantes futuras.⁶⁴¹

A partir de “soluções prévias das várias hipóteses de aplicação”, a um passo da arbitrariedade, o Judiciário tem abstraído a situação concreta do ato de aplicação para que, em tese, venha finalizar a decisão judicial em várias outras situações que entende como idênticas e, diferentemente da sistemática adotada pela tradição da *common law*, ao contrário do que quer fazer crer o imaginário do jurista brasileiro, sem qualquer nova problematização, ou seja,

⁶³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁶⁴⁰ Ver em: “Ninguém lê 10000 ações”. Revista *Veja* n.27, Ano 43, edição 2172, Jul.2010. p. 20.

⁶⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, p.11.

o futuro aguarda por decisões finitas tomadas no passado, através de uma verdadeira operação de acoplamento de universalidades prévias, ao estilo fordista do início do século XX.

Ocorre que essa operacionalização é um verdadeiro engodo. Primeiro, porque o número de litígios permanece intocado nos últimos dez anos, apesar dos incessantes esforços das últimas reformas processuais que seguem a linha do julgamento uniformizado por precedentes. Segundo, a questão deixa sob o crivo do magistrado o reconhecimento do que é “idêntico”, e, portanto, de escolha (o que também exige sobretudo uma análise acurada do caso concreto em cada lide ajuizada e a cada recurso recebido nos tribunais, o que, notadamente, sabe-se que não ocorre na prática forense). Terceiro, se a sistemática adotada não demonstra aptidão para dar o devido tratamento à litigiosidade crescente, por que apostar no modelo privatístico de julgamento dos processos judiciais cíveis em total desencontro com a natureza dos conflitos que mais se avolumam no Judiciário?

Para Lenio Luiz Streck, o discurso exegético positivista, ainda dominante no plano da dogmática jurídica, é incompatível com o novo constitucionalismo compromissório e dirigente,⁶⁴² inaugurado pela Constituição de 1988, razão pela qual o modelo de conhecimento subsuntivo, próprio do esquema sujeito-objeto, deve ceder lugar a um novo paradigma interpretativo.⁶⁴³

Claro que não se está a propor aqui a defesa da longevidade dos processos judiciais, tampouco o retardo da prestação jurisdicional. Contudo, é preciso avaliar com maior seriedade os métodos utilizados com vistas à obtenção de uma jurisdição célere. É preciso desfazer essa blindagem da qual se serve o direito para refugiar-se no mundo dos conceitos, dos conceitos sem coisa e, portanto, dos conceitos sem vida, como se os conceitos incorporassem o ser das coisas as quais ele se refere.

E para superar essa ordem das coisas, a linguagem ocupa posição central sob o aspecto hermenêutico, porque não se trata apenas de um meio, um terceiro elemento posicionado entre o sujeito e o objeto, pois todo conhecimento humano do mundo é mediado pela linguagem.⁶⁴⁴ Quando se aprende a falar já se cumpre uma primeira orientação de mundo.⁶⁴⁵

⁶⁴² Segundo o autor, a Constituição de 1988 representa um *plus* normativo no contexto do atual Estado Democrático de Direito, na medida em que, como balizadora do direito, atua como elemento transformador da realidade. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, p.10.

⁶⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, p.9-10.

⁶⁴⁴ GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método I**, p.367-368.

⁶⁴⁵ Para Gadamer, as palavras brotam do movimento comunicativo da interpretação que o homem faz do mundo, o que se dá na linguagem.

Neste sentido, à luz da hermenêutica filosófica, o ente só existe no seu ser, a norma não existe sem o seu texto, e a questão de direito, da mesma forma, não pode ser compreendida como elemento separado da questão de fato, pois se interpretar é aplicar, não o que se dá na linguagem. O método de subsunção, portanto, sobrevive na abstrativização dos julgamentos, os quais, desprovidos do elemento fático, multiplicam-se sobre outros processos através das súmulas e decisões dominantes dos tribunais superiores, utilizadas como razões de decidir.

Essa proposta objetificante que envolve a ciência jurídica conserva o Direito num mundo de conceitos universalizantes e abstratos, metodologicamente acoplados sobre as coisas, sobre a vida e à sociedade. Há uma verdadeira operação de abstração do acontecimento fático-histórico, partindo-se da compreensão de que o direito sobrevive conceitualmente. Essa lógica de assimilação abstrata do acontecimento está bem reproduzida na lógica dos julgamentos repetitivos adotados no CPC atual e já engatilhada no texto do novo CPC.

Segundo Lenio Luiz Streck, a subsunção deve ser entendida no contexto paradigmático da relação sujeito-objeto, portanto, nos marcos da filosofia da consciência, em que o sujeito é o encarregado de fazer essa operação mental entre a sua subjetividade e a coisa.⁶⁴⁶

O método de subsunção, assim, passa a operar mediante uma premissa maior agora travestida de decisão paradigma, e atua como metodologia da qual se vale a justiça em série, a partir da abstrativização dos julgamentos desprovidos do caso concreto, nos quais o intérprete conduz a compreensão sobre o processo a partir de suas escolhas.

Diante disso, é possível compreender, com Lenio Luiz Streck, o quanto a visão metafísica que sustenta a relação sujeito-objeto é falha e sempre chega tarde, porque

O mundo não lhe é dado primariamente como um conjunto de objetos com os quais, num segundo momento, se relacionaria, ao atribuir-lhe os seus significados e funções. [...] O mundo só se nos dá na medida em que já temos sempre certo patrimônio de idéias, é dizer, certos prejuízos que nos guiam na descoberta das coisas. O ser-no-mundo nada tem daquele “sujeito” do cogito da filosofia moderna, porque esta noção pressupõe precisamente que o sujeito é algo que se contrapõe a um “objeto” entendido como simples-presença. O estar-aí nunca é algo de fechado de que há que sair para ir tem com o mundo; o Dasein já é sempre e constitutivamente relação com o mundo, antes de toda a distinção artificial entre sujeito e objeto [...]⁶⁴⁷

⁶⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. p.231.

⁶⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz, **Hermenêutica Jurídica em Crise**, p. 188.

A hermenêutica filosófica de Hans Georg Gadamer rompe com o esquema sujeito-objeto, alicerçada na filosofia hermenêutica (fenomenológica) de Martin Heidegger, a partir da compreensão de círculo hermenêutico e da diferença ontológica. Heidegger propôs uma hermenêutica sob uma perspectiva ontológica, através da qual o significado das coisas é desvendado, em que o sentido se ilumina e é revelado, desocultado através da interpelação, do diálogo. Segundo Ernildo Stein, Heidegger realiza uma estratégia ao afirmar o seu pensar contra o pensar da metafísica ocidental, como crítica ao esquema sujeito-objeto da filosofia moderna, que abriu um abismo entre o pensamento e as coisas, entre o significado e o objeto, entre o sentido e estado de coisas, entre representação e representado.⁶⁴⁸

Logo, a perspectiva ontológica questiona as verdades veladas pelo pensamento objetificante, responsável pela separação das áreas de conhecimento, que assim abstraiu consideravelmente a idéia de Direito como ciência pura, apartada da filosofia, da sociologia, da história, etc. Da mesma forma, permite romper com os dualismos ser/ente, texto/norma, sujeito/objeto, questão de fato/questão de direito, próprios do dogmatismo-normativista.

Da mesma forma, defluiu-se do pensamento gadameriano a impossibilidade de separar o fato do direito na concretude da prestação jurisdicional, na medida em que o processo de compreensão como existencial não permite a mera reprodução de sentido, mas sim impõe o desocultamento de sentido num dado momento de espaço e tempo, de acordo com a tradição que envolve o intérprete, no momento da aplicação da lei.

Por isso que, além da tradição, é significativa a compreensão de Gadamer acerca da *applicatio*, para quem a interpretação e a aplicação não são dois momentos distintos. Tal modo de compreender, assim, supera o esquema sujeito-objeto, que por sua vez sustenta o método de subsunção.⁶⁴⁹ Segundo Gadamer,⁶⁵⁰

A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação. A complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se sujeito à lei como qualquer outro membro da comunidade jurídica. A ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado na plena concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. É por isso que existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma ideia daquilo com que estamos às voltas... Não obstante, a única pertença à lei que se exige aqui é que a ordem jurídica seja reconhecida como válida para todos, sem exceção. Por isso, a

⁶⁴⁸ STEIN, Ernildo. **Pensar é Pensar a Diferença**. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2002. p. 95.

⁶⁴⁹ GADAMER, **Verdade e Método I**, p. 408-409.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, pp. 432-433.

princípio, sempre é possível conceber como tal a ordem jurídica vigente, o que significa reelaborar dogmaticamente qualquer complementação jurídica feita à lei.

Para Lenio Luiz Streck, ambas as conjecturas teóricas (círculo hermenêutico e diferença ontológica) necessitam da concretização do direito por intermédio da ineliminável categoria da *applicatio*, já que a diferença ontológica se assenta na singularidade do caso concreto, cuja problemática decidenda, pela sua infungibilidade, jamais poderá ser subsumida por expedientes abstratos de vinculação geral.⁶⁵¹

Veja-se que o olhar hermenêutico sobre o Direito revela a problemática da produção da norma na interpretação do caso concreto, pois para Gadamer, interpretar e aplicar não se dão em momentos distintos, pois não há, no processo de compreensão, um sujeito que se sobreponha sobre o objeto. Interpretar, portanto, é explicitar o compreendido.⁶⁵²

A partir disso, Gadamer vai desmitificar por completo a validade do silogismo judicial que subsume o fato à lei pré-estabelecida, ao afirmar que “Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe pois uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém primazia. A idéia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação”.⁶⁵³

Nesta linha de compreensão, a operação subsuntiva que sintetiza a compreensão de direito a partir de teses jurídicas de fundamentação prévia está presente nas reformas processuais do Código de Processo Civil. Atualmente, a premissa maior (a lei para o positivismo exegético), está presente nas decisões paradigmas proferidas nos recursos representativos da controvérsia.

E veja-se que a lógica da abstrativização é sustentada pela cisão entre a questão de fato e a questão de direito. Contudo, essa lógica acaba por assujeitar o texto à subjetividade do intérprete, transformando o processo interpretativo em uma subsunção do fato à norma, como se fato e direito fossem coisas cindíveis e os textos fossem meros enunciados linguísticos.⁶⁵⁴

Assim, sob o império dos conceitos universalizantes, o direito segue aplicado desprovido de sua faticidade, abstraindo-se do mundo fático e assim permitindo ao julgador, então intérprete, de maneira discricionária, dele valer-se para o seu pronunciamento, ao seu total arbítrio, rejeitando ou acolhendo teses, tudo muito bem amoldado com simplicidade na fundamentação do julgado.

⁶⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, p. 440.

⁶⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, p. 438.

⁶⁵³ GADAMER, **Verdade e Método I**, p. 432/433.

⁶⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, p. 163.

A análise de Piero Calamandrei sobre o silogismo lógico e subsuntivo é apresentada ironicamente através de um esquematizado “ficheiro”, onde cada artigo de código do ordenamento jurídico é uma ficha, feita para cada modelo de determinado comportamento humano. Neste “ficheiro”, não cumpriria ao juiz outra coisa senão classificar o fato juridicamente, é dizer, “*reconocer en él los caracteres típicos de uno de los modelos previstos en el fichero*”, e, quando encontrado, prontamente ler na referida “ficha” a solução apropriada.⁶⁵⁵

É por tal razão que, segundo Lenio Luiz Streck, a hermenêutica salta do esquema sujeito-objeto para a intersubjetividade, da relação sujeito-sujeito.⁶⁵⁶

Partindo de tais premissas, a dimensão fático-histórica é elemento inevitável e inafastável do processo de compreensão, de modo que o desprezo do elemento fático na jurisdição dos conceitos sem coisas não passa de uma ficção jurídica. A análise do fato ou do caso do concreto em cada demanda, na atual sistemática processual civil, inviabilizaria, portanto, o julgamento seriado de demandas, ou seja, impossibilitaria, na visão das reformas, a concretização da celeridade; impossibilitaria a abreviação do trâmite processual através dos julgamentos por amostragem, a exemplo do que ocorre com os recursos representativos de controvérsia, selecionados nos casos de recursos repetitivos cuja controvérsia se restrinja a questões de direito.

Na verdade, esta lógica quantitativa mantém apenas a forma lógico-matemática de operar a jurisdição, de evidente paradigma tipicamente racionalista, ao se admitir a seriação de casos “normatizáveis”, porque integrantes de um grupo “homogeneizado”,⁶⁵⁷ a partir da sobrevalorização das decisões dos tribunais superiores que passam a devorar os processos assim compreendidos como idênticos, numa verdadeira operação de julgamento em série, de estilo fordista.

Veja-se, portanto, que o mito da universalização dos julgamentos que proporciona a prestação da jurisdição dos conceitos sem coisas, no domínio totalitário e absolutista dos tribunais superiores, as suas premissas, que refletem claramente a manutenção do esquema sujeito-objeto que ora se denuncia.

E no esquema sujeito-objeto, o método de subsunção, agora, altera-se na premissa maior: o direito, compreendido como lei, passa a ser substituído pela decisão majoritária e

⁶⁵⁵ CALAMANDREI, Piero. **Processo y Democracia**. Buenos Aires: Editora EJE, pp.70-71.

⁶⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, p.187.

⁶⁵⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Advocacia de Tempos de Crise**. Editora Magister - Porto Alegre - RS. Publicado em: 22 jun. 2009. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=487>. Acesso em: 17jun. 2011.

sumulada dos tribunais, mantendo-se, assim, a operação de enquadramento de sentido nas demandas judiciais assim reconhecidas por idênticas. Observa-se, assim, que a desconstrução da relação sujeito-objeto que sustenta os dualismos presentes na atual dogmática jurídica faz sucumbir, consigo, o método subsuntivo, visto pela comunidade jurídica como instrumento eficaz de contenção da litigiosidade no país.

Ao mesmo tempo, tal desconstrução desmitifica a justiça em série, prática esta empregada pelas últimas reformas processuais e mantidas no texto do novo Código de Processo Civil, já que a atribuição de sentido por parte do intérprete leva em consideração, necessariamente, a sua consciência histórica num dado momento, de modo que cada interpretação é, em sua finitude, uma fusão entre o tempo presente e o momento em que a coisa interpretada foi criada, o que implica necessariamente o atendimento ao contraditório e ao exame e reexame da situação conflituosa a cada julgamento.

Segundo Ovídio Baptista da Silva, os normativistas, seguidores do cartesianismo das uniformidades, da fuga das exceções, do temor das circunstâncias inabarcáveis do caso, não fazem aproximações do caso e suas circunstâncias porque não contextualizam o caso concreto; na verdade, sua pretensão é despir o caso de sua individualidade para transformá-lo na simples unidade de uma seriação de casos idênticos, generalizados como norma.

A partir disso, Ovídio Baptista da Silva questiona de que modo poderiam as partes "ver os argumentos contemplados pelo órgão julgador" se as decisões fossem – como ordena o sistema – todas uniformes, de modo a serem acomodadas no texto da norma, como exemplares de um grupo de causas idênticas? Como respeitar "a garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal no processo administrativo", sem um exame atento e responsável das alegações e provas das partes? Mais importante, ainda: como poderia o julgador respeitar "o direito de ver os argumentos das partes contemplados pelo órgão julgador" se ele não penetrar séria e diligentemente no âmago da causa?⁶⁵⁸

A unidade do direito, portanto, restaria blindada e protegida da mobilidade social. Esta unidade, assim fantasiosa e mediante uma linguagem abstrata, pretende dar conta, quantitativamente, de uma sociedade complexa e diversificada, cujos conflitos são inevitavelmente a ela inerentes e em franco recrudescimento. Nessa unidade, a jurisdição chamada por Ovídio Baptista da Silva de "autista" (e não poderia ter outra identificação mais adequada), na medida em que somente fala consigo mesma e com aqueles cujo prévio

⁶⁵⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Justiça da Lei e Justiça do Caso**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/Artigos>>. Acesso em: 17 jun. 2011.

consenso já é conhecido,⁶⁵⁹ está sendo desenhada no novo Código de Processo Civil e assim pretende disciplinar as relações futuras, retrocedendo, contudo, ao velho discurso positivista, de viés totalitário-absolutista, que conduz o Judiciário para a arbitrariedade.

Segundo Lenio Luiz Streck, *para que haja subsunção, deve haver, antes, um conceito sem coisas*,⁶⁶⁰ de modo que a lógica da abstração, que se vale da subsunção e na uniformização das decisões judiciais, perpassa, necessariamente pela entificação do ser, ao suprimir o elemento fático do processo de compreensão.

Por fim, é preciso destacar que sem a necessidade de análise do concreto, do real, do acontecimento factual, há um evidente facilitador da abstrativização das decisões judiciais, que viabiliza a imposição de uma única decisão paradigma de controvérsia sobre um infindável número de processos concebidos como idênticos.

Subjaz, portanto, na legislação brasileira, a construção de um procedimentalismo de caráter universal e abstrativista, quando procura dar, aos chamados conflitos repetitivos, o mesmo tratamento previsto para os conflitos de cariz claramente individualista. E na via da adequação, com a peculiaridade brasileira, criam-se julgamentos por amostragem e, para sustentá-lo, uma indesejada jurisdição conceitual, que aposta na vulgarização da análise do caso concreto para superficializar a decisão judicial, a pretexto de criar uma jurisdição célere onipotente, eis que conceitual e abstrata.

Ocorre que a mera assimilação de decisões paradigmas decorre de uma perigosa neutralização crítica, própria da ideologia hegemônica, alertada por Slavoz Zizek⁶⁶¹ em sua crítica à contemporaneidade e bem apropriada para a difusão de um poder que controla a vivência social estigmatizada pela alienação, em uma aparente retomada do pensamento de Ortega Y Gasset, quando volta seu olhar para a massa desprezível, e ainda do pensamento de Nietzsche, ao antecipar o rebanho de homens domado pela proibição das diferenças.

No ambiente jurisdicional, a prática abstrativista das decisões judiciais de conceitos sem coisas parece ter criado esse espaço perfeito de controle superficial a partir de uma linguagem judicial totalitarista que quer fazer crer que não há outro caminho. Contudo, o caminho eleito já demonstrou ser ineficaz e embaraçoso, de modo que os resultados obtidos nos últimos dez anos de Emenda 45 já seriam suficientes para que as apostas fossem direcionadas em outro caminho.

⁶⁵⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Justiça da Lei e Justiça do Caso**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/Artigos>>. Acesso em: 17 jun. 2011.

⁶⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: 2009. p. 446.

⁶⁶¹ ZIZEK, Slavoj. **O ano em que sonhamos perigosamente**. São Paulo: Boitempo, 2012. p.38.

Contudo, nesse cenário da abstração, apostar em direção a outros rumos, desenhados pela valorização da consciência histórica e rumo ao encontro da hermenêutica da facticidade, passa a ser um desafio para o intérprete, que no dia a dia forense oferece identidade à prestação jurisdicional e que, nesse momento, poderá exigir o cumprimento dos valores constitucionais que protegem a jurisdição para a além dos conceitos sem coisas. Desafio aceito.

6 CONCLUSÃO

[...] É como se houvesse uma enorme casa de ferro, sem janelas e praticamente indestrutível, cheia de homens adormecidos. Tu sabes que, em breve, vão morrer asfixiados, mas passarão do sono para a morte, sem sentir a dor da agonia. Então, tu te pões a gritar, acordas alguns de sono mais leve, e esta desgraçada minoria irá sofrer as angústias de uma morte inevitável. Achas que lhes prestas serviço agindo dessa forma? Desde que haja homens despertos, não podes garantir que não exista a esperança de destruir a casa de ferro.
(Lu Xun, 1918).

1. O estigma da massa é algo emblemático na sociedade pós-moderna, que acompanha o imaginário do cidadão e da comunidade jurídica, uma vez que inclinado para a alienação e marginalização. Ainda que não seja possível de forma absoluta atribuir esse imaginário a Ortega y Gasset, que de forma contundente estigmatizou a figura do homem-massa, é a figura da massa emblemática justamente porque retrata a experiência de milhares de cidadãos que de fato experimentam a realidade social que a literatura já eternizou, a exemplo de personagens como João Romão e de Bertoleza de *O Cortiço*⁶⁶²e, da literatura estrangeira, como a *proleta* lavadeira de 1984,⁶⁶³ observada da janela de Winston com consternação, personagens que, tanto na literatura como na vida, parecem conduzidas, ora mais, ora menos, por uma linguagem opressora e que, conscientemente ou não, tornam-se sujeitos sem passado e, portanto, sem qualquer estrutura para o presente. Perspectivas? Apenas aquelas que o poder instituído prescreve, o que contraria notadamente aquela compreensão de indivíduo defendida por Cornelius Castoriadis, que somente se concebe como tal diante do exercício pleno da liberdade, ou seja, para Castoriadis não existe “indivíduo” em uma sociedade totalitária.⁶⁶⁴

Da literatura para a realidade muda apenas o ambiente, na medida em que tais personagens parecem se materializar em uma sociedade pós-moderna na qual a mercantilização das parcerias humanas a partir de uma compreensão hedonista da vida, na esteira da liberdade de escolha,⁶⁶⁵ vai transformando a convivência social e com ela o perfil do conflito.

⁶⁶² AZEVEDO, Aloísio. **O Cortiço**. São Paulo: L&PM Editores, 1998.

⁶⁶³ ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p.166-167.

⁶⁶⁴ Para Castoriadis, “um sujeito autônomo é aquele que sabe ter boas razões para concluir: isso é bem verdadeiro e isso é o meu desejo” (*In*: CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p.126).

⁶⁶⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p.105.

Diante desse cenário, é inevitável observar os reflexos dessa realidade sobre o cidadão e de sua relação com o Estado, especialmente da forma com que o Estado regula (ou não) a conflituosidade inexorável deste mesmo cenário ou modelo social, no qual a economia de mercado assumiu papel de relevo, afetando as relações interpessoais e sociais, já que como forte ator social o mercado se impõe desde os anos 70 sobre as relações internacionais, influenciando a postura do Estado nas relações internas e externas. O cenário global, na verdade, determina a identidade do cidadão e do Estado, cujas relações, de forma constante e complexa, ajustam-se às contingências de um mundo pós-moderno repleto de paradoxos.

A propósito dessa visão global da sociedade, muito embora a massa seja observada com tal estigma, massificar o conflito não significa alienar a massa, pois tratar dos interesses de um cidadão através do grupo do qual ele faz parte não lhe retira seus direitos mais elementares. Na verdade, o efeito é inverso, pois a partir da pesquisa realizada é possível afirmar que o conflito de massa, tratado como tal, favorece o cidadão.

Contudo, a sociedade massificada vulnerabiliza-se diante das novas ideologias e novas formas de totalitarismo, a exemplo da economia de mercado, sob os olhos do Estado inerte, parecendo confirmar as profecias de Nietzsche acerca da sociedade-rebanho, que massificada pelos mesmos desejos, sufoca aquele que se direciona para rumos diversos.

Se o momento atual é de transição, sugerindo que não somos mais modernos, mas ainda não definimos uma nova identidade, Orwell parece pré-anunciar, guardadas as devidas proporções, a perspectiva de um mundo pós-moderno dominado pela manipulação do pensamento, da comunicação e da realidade, o que recai sobre a sociedade como um todo, e não apenas sobre uma massa dita ignóbil, mas especialmente sobre ela, eis que desprovida de uma autonomia e de uma consciência histórica, necessárias para opor-se à opressão e à dominação do pensamento.

E a perda de autonomia decorre justamente da alienação, já que as forças que imperam sobre as relações internas e externas muito se valem da ausência de uma percepção da própria força, invertendo, no cidadão, a alienação em autoafirmação, fazendo do hedonismo da massa a energia necessária para a manutenção do poder e econômico e político operantes.

Esse trabalho abastece-se da compreensão acerca de nossa consciência histórica, porque acredita que o melhor papel que o direito pode desempenhar é de se aproximar do conflito social, para reconhecê-lo em sua essência e natureza e, diante disso, tratá-lo ou conduzi-lo a soluções que reflitam os propósitos de um Estado que se pretende Democrático e de Direito. É um ambiente jurisdicional constitucionalmente adequado que se defende e, para

tanto, o afastamento do conflito ou do modo como a conflituosidade se constrói ao longo do tempo e da história em nada auxiliará para essa investida. Reconhecer o perfil da conflituosidade e os aspectos que delineiam a litigiosidade no país é fundamental para construir um modelo coerente e efetivo de tratamento do conflito, sem máscaras e sem abstrações.

2. O primeiro capítulo cuidou de caracterizar essa realidade pós-moderna, em que o Estado aparece como coadjuvante de um relacionamento tenso com a economia de mercado, cujos interesses puramente financeiros, que evoluíram desde o capitalismo clássico, cada vez mais têm preponderado sobre o exercício pleno da cidadania. E a tensão dessa relação decorre justamente da transição enfrentada pelo Estado que, de moderno a alguma coisa, não se assentou em definitivo e está longe de se definir. O fato é que as certezas e verdades da modernidade foram desfeitas e o poder se desloca entre o poder público e a economia. Em meio a freios e contrapesos está o cidadão, desterritorializado, mas imerso a uma soberania complexa; global, mas defensor de cultura regionalista e vítima de todas as intempéries de um universo homogeneizante de consumo.

O cenário está contextualizado: a sociedade da urgência; os seus atores estão a postos: Estado, economia e cidadão. Os resultados estão sendo avaliados: o conflito em números extremos e na forma massificada; relações de consumo restam afetadas em série pela voracidade da economia; o empilhamento de ações idênticas, muitas delas debatidas contra o próprio poder público, desafiam a “capacidade logística” do Estado e colocam em xeque a qualidade da decisão judicial. A prestação jurisdicional está preparada para este cenário político-social?

No âmbito jurisdicional, muito embora o ordenamento jurídico reconheça a existência de direitos de titularidade de uma massa, então transcendentem ao indivíduo, prepondera ainda um procedimentalismo de caráter individualista, bem próprio do momento histórico em que o direito processual surgiu como ciência autônoma. Dois séculos se passaram e o pensamento da comunidade jurídica ainda continua impregnado de uma lógica individualista e atemporal, completamente avessa à sua historicidade. Temos um passado, mas não precisamos viver dele.

De tal modo, está o direito a alimentar uma lógica racionalista da modernidade, absolutamente anacrônica, em pleno século XXI, dotado de circunstâncias históricas e sociais completamente atônitas e diversas. Essa falaciosa e ingênua metodologia de prestar jurisdição acaba por desprezar a essência histórica do conflito, já que, no dizer de Luis Alberto Warat, não se pode fazer ciência social ou jurídica sem sentido histórico, sem nenhum compromisso

direto com as condições materiais da sociedade e com os processos mediante os quais os sujeitos sociais são dominados e coisificados.⁶⁶⁶

O estudo do processo civil proposto com o presente trabalho parte, portanto, do cenário político social para analisar o acesso à justiça e a resposta oferecida pelo Estado aos conflitos decorrentes desse cenário. Parte da sociedade porque a jurisdição somente pode ser considerada compatível com a sociedade por ela ajustada quando esta realidade social é devidamente compreendida. A consciência histórica, a tradição e a cultura ilustram perfeitamente que espécie de modelo jurisdicional é necessário para dar atendimento aos postulados constitucionais intimamente relacionados com o direito processual.

É por essa razão que a discussão foi proposta já na introdução do trabalho a partir da narrativa de casos concretos justamente para ilustrar a preocupação com o olhar (ou do não olhar) sobre o conflito social, ou seja, para provocar a necessidade de enfrentamento do conflito pela jurisdição. Logo, o problema do acesso à justiça em uma sociedade complexa, mutante e angustiada pela urgência, deve ser compreendido a partir de uma perspectiva histórica e não conceitual, em busca da hermenêutica da facticidade.

E qual é o perfil da conflituosidade no Brasil? Qual o contexto do conflito judicializado?

Para apurar o perfil da litigiosidade no Brasil, foram selecionados os dados atinentes aos processos da jurisdição estadual e da jurisdição federal, tanto de primeiro como de segundo grau, não só por se trataram de áreas afetadas diretamente pelas alterações da legislação processual civil,⁶⁶⁷ mas também por representarem, juntas, o maior número de processos registrados em tramitação no Poder Judiciário.

Segundo os dados apurados no último relatório publicado em 2014, o Judiciário caminha para a cifra de 96 milhões de processos judiciais, dos quais 78% encontram-se na justiça estadual e 12% encontram-se da justiça federal. De forma mais específica, a pesquisa levanta dados concernentes ao número de casos novos e casos pendentes e da taxa de congestionamento, apontados nos Relatórios Justiça em Números do período de 2004 a 2014, a fim de avaliar o movimento do Judiciário no período de dez de publicação da Emenda

⁶⁶⁶ WARAT, Luiz Alberto. **O direito e sua linguagem**. Colaboração de Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Fabris Editor, 1995. p. 47.

⁶⁶⁷ Ainda que a jurisdição trabalhista acolha, de forma subsidiária, a aplicação do Código de Processo Civil, sua dinâmica e praticidade se desdobram em outras perspectivas, até mesmo porque seus índices são os menos expressivos quando se trata de congestionamento, demonstrando uma maior produtividade em termos numéricos, sem esquecer que apresenta os processos em maior número no Judiciário como um todo (ocupa 23% do total de processos). Por essa mesma razão, foram desconsiderados os dados dos Juizados Especiais na justiça estadual e federal, optando-se por mencioná-los em separado, ao final do capítulo.

Constitucional n. 45, especialmente no sentido de avaliar se houve de fato mudanças significativas, a partir das estatísticas oferecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, paralelamente às reformas processuais desencadeadas e capitaneadas pelo primado constitucional da duração razoável dos processos judiciais na esfera cível.

Segundo os Relatórios Justiça em Números, o número de litígios, de quatro (4) milhões de processos na década de 90, saltou para 20 milhões no ano da Emenda n. 45/2004 e alcançou 95 milhões em 2013. No período de dez anos avaliado desde a edição da Emenda, embora tenham ocorrido oscilações em alguns momentos, manteve uma taxa de congestionamento entre 70% e 80%, tanto para a justiça estadual como para a justiça federal.

Ao longo do período, constatou-se que a litigiosidade continua sendo alta na porta de entrada, mas é demasiadamente alta no estoque de processos que então se acumulam ao longo do período. Além disso, a carga de trabalho não é aliviada na medida em que o aumento do número de casos novos não é acompanhado do aumento proporcional de uma estrutura judiciária compatível com o contingente de processos. Todo esse cenário acaba por precarizar as decisões judiciais, fomentando medidas de abstração que impulsionam o magistrado para a entrega de sentenças em modelo seriado (decisões *express*).

Prova elementar dessa lamentável realidade é o fato de o próprio Relatório de 2014 considerar como ponto positivo do ano-base de 2013 o indicador de processos julgados por magistrado: número de sentenças por magistrado. Vangloria-se o relatório do crescimento desse dado, em aproximadamente 3,9% com relação ao período anterior.

Por outro lado, a oscilação dos dados revela que no período das reformas processuais, acentuadas após 2008, os números se mantiveram praticamente nos mesmos patamares iniciais. Muito embora a partir de 2009 o Relatório tenha apontado a tramitação dos processos de execução como ambiente processual de maior congestionamento,⁶⁶⁸ especialmente no que se refere aos ritos da execução fiscal, é fato que, mesmo que os processos de conhecimento não venham a apresentar o maior número de processos pendentes, a distinção dos números entre processos de conhecimento e de execução, igualmente permite concluir que ao longo do segundo período apurado (2009 a 2013), a variação da taxa de congestionamento foi muito singela, não inferior a 3% (de 67% para 64%), portanto, nada significativa.

Além disso, no capítulo dois, quando da observação das Tabelas 1 e 2, se considerada a taxa de congestionamento geral do período apurado pelos Relatórios de 2004 a

⁶⁶⁸ Essa taxa chegou a 90% em 2013, o que representa, ainda, a forte presença do setor público na litigância numerosa.

2014, a taxa de congestionamento manteve-se na mesma faixa de 80% (de 80,7% para 80,4%).

Logo, se levada em consideração a taxa de congestionamento como medida de satisfação para mensurar o primado da duração razoável dos processos judiciais, segundo os Relatórios publicados no período de 2004 a 2014, não ocorreu qualquer alteração significativa na tramitação dos processos judiciais da jurisdição estadual de primeiro grau, mesmo período em que as reformas processuais cíveis foram sendo gradativamente implantadas e operadas, a partir do impulso dado pela EC n. 45.

É importante frisar, ainda, a fim de evitar qualquer hipótese de interpretação equivocada acerca das estatísticas que, muito embora o Relatório publicado em 2009 tenha apresentado uma perspectiva de pesquisa diferenciada dos anos anteriores, distinguindo os dados provenientes dos processos de conhecimento e de execução, a taxa de congestionamento inicial e final manteve uma alarmante constância de 80% dos processos que tramitaram no período.

Quanto ao perfil dos maiores litigantes, segundo os dados revelados pelo CNJ em 2010 e 2012, o poder público, Bancos e empresas de telefonia mantiveram-se no ranking de maiores litigantes. O setor público federal aparece em 1º lugar, seguido do 2º lugar geral ocupado pelos Bancos. Já o ramo da telefonia aparece em 4º lugar na classificação geral e em 4º lugar na justiça estadual e trabalhista (não aparece neste ranking na justiça federal). As posições se repetiram na segunda edição da pesquisa, ainda que a amostra de análise tenha sido modificada (na primeira com processos pendentes e, na segunda, processos que ingressaram apenas no período de 10 meses).

Nessa perspectiva, desconsiderando as posições ocupadas pelo setor público federal e estadual, o setor privado, em se tratando de litigância, é fortemente representado por Bancos e Telefonia, que ocupam as primeiras colocações como os sujeitos processuais mais presentes nos processos estocados no Judiciário até março de 2010.

Ainda, é preciso dar o devido destaque às ponderações finais do Relatório de 2012, acerca dos maiores litigantes, por desmistificar a ideia de que os Bancos somente seriam os maiores litigantes em razão dos litígios relacionados aos planos econômicos, que se multiplicaram no Poder Judiciário nas décadas anteriores, já que o primeiro relatório havia apurado apenas os processos estocados, pois o segundo relatório manteve os Bancos na primeira posição da justiça estadual, apurando percentual de participação dos Bancos em casos novos ajuizados até outubro de 2011. Além do mais, considerados os dados do Relatório Justiça em Números publicado também em 2012, referente ao ano-base de 2011, a

justiça estadual voltou à casa dos 80% de congestionamento dos processos judiciais, com um incremento de 42% a mais de processos de conhecimento novos (ver Tabela 2).

Por outro lado, ainda que não seja possível acessar dados acerca dos tipos de controvérsias especificamente debatidas pelos litigantes, o que seria de grande relevância para mensurar a proporção dos conflitos de massa, é fato a presença considerável de Bancos e telefonias em ambas as pesquisas, sinalizando para o registro significativo de relações de consumo sob litígio, e que coloca o consumidor em posição duplamente desfavorável frente aos fornecedores de serviços: primeiro, diante da ausência de uma postura mais criteriosa ou ostensiva por parte do poder público, que deveria atuar com maior rigor frente à investida do mercado financeiro e de serviços. Nada regulam as agências reguladoras; ou seja, o mercado atua com total liberdade sobre os consumidores e, gerado o conflito, este não é tratado na via administrativa de forma preventiva, retornando ao Estado pela via do Poder Judiciário; neste plano, na seara litigiosa, o cidadão passa a buscar individualmente uma solução, de caráter repressivo e ainda em posição de desvantagem, diante da preponderância do procedimento abstrato e individualista de controvérsias com perfil coletivo.

Diante desse quadro, o cidadão consumidor, desprotegido, torna-se por óbvio um autor frenético de demandas judiciais, as quais, sim, multiplicam-se individualmente pelas comarcas do país. Não pode ser outra a conclusão diante das pesquisas ora apuradas.

O quadro da litigiosidade, demonstrado no capítulo dois, a partir dos dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, do período de 2004 a 2014, não sustenta o argumento de que o ataque à legislação processual é medida nobre a impactar o número de litígios e o tratamento dado pelo Estado à judicialização extremada dos conflitos sociais, de modo que as estatísticas analisadas frente ao histórico das reformas processuais ocorridas no período referido revelam que não é o rito processual, campo da prestação jurisdicional, o responsável pela lentidão dos processos judiciais.

Os números desmentem, também, que, quanto maior o número de demandantes, maior é a taxa de congestionamento, porque os Estados que registram um maior número de demandantes na justiça estadual não são os mesmos Estados que, diretamente, registram os maiores percentuais de congestionamento. Logo, a ampliação do acesso à justiça não contribuiu diretamente para o fenômeno da litigiosidade.

Sob outro aspecto, segundo os dados dos Relatórios de 2010 e 2011 (mesmo período do Relatório 100 Maiores Litigantes), os Estados da federação que apresentam maior número de acessos, quais sejam Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Santa Catarina, são seguidos, na mesma proporção, pelos dados em valores que expressam o maior número de

despesas auferidas com a concessão de justiça gratuita por 100 mil habitantes. No período analisado, os três Estados ficaram sempre entre os cinco primeiros colocados quanto ao número de demandantes e despesas a título de concessão da justiça gratuita.

Seguindo neste mesmo raciocínio, segundo o governo brasileiro, no período entre 2001 e 2011, a população considerada de classe média cresceu vertiginosamente, passando de 38% para 53% do total da população em 2012, ou seja, o crescimento não se limitou, segundo a pesquisa, ao crescimento populacional, mas revelou migração da população da classe baixa para a classe média. Cabe destacar que a concentração da classe média ocorre na área urbana da região sudeste e nos segmentos da indústria e comércio, sendo que metade da classe baixa está concentrada na região norte do país.

Em última análise, portanto, as pesquisas complementam-se e convergem para o fato de que os dados da litigiosidade no país vão acompanhados do crescimento do consumo, na proporção do crescimento do poder aquisitivo, inclusive por região, já que o número de demandantes na justiça estadual está concentrado nas regiões sudeste e sul. Confirma essa hipótese os dados relacionados aos Estados do Piauí e do Amazonas, localizados na região norte do país, onde predomina a classe baixa, que apresentam um dos menores números de demandantes ao Judiciário e, curiosamente, são os Estados que nos últimos relatórios publicados apresentam os maiores índices de congestionamento dos processos judiciais: Piauí (89%) e o Amazonas (86%).

Por fim, é ainda mais preocupante constatar que, ainda que do cidadão tenha sido retirada a possibilidade de reação imediata ao conflito, obrigando-o a buscar na jurisdição a solução devida em razão de seu monopólio e, apesar da litigiosidade extremada dos conflitos, apenas parte população com capacidade econômica proporcional à extensão do conflito busca a intervenção da jurisdição. Ou seja, há uma demanda conflituosa latente que ainda não exerce o seu direito de ação, demanda latente que pode alarmar ainda mais os números de litígios.

3. Depois de contextualizado o cenário do litígio, o segundo passo foi avaliar se o modelo de jurisdição mantido pelo Estado é coerente ou adequado com a realidade conflituosa. O tema explora, assim, o estudo da prestação jurisdicional abstrata e universalizante, identificada no Código de Processo Civil e nas suas alterações ocorridas pelas reformas processuais desde 2005, bem como as perspectivas do novo CPC que se anuncia. As reformas até o momento revelam uma clara intenção de abreviamento do curso do processo, o que só possível ocorrer com a supressão do elemento fático-histórico do conflito, o qual, uma

vez considerado em abstrato, passa a ser identificado como conflito de massa e “solucionado” por decisões paradigmas.

Nessa perspectiva, o terceiro capítulo procurou observar o direito processual civil que tradicionalmente foi desenhado através das formas, ritos e procedimentalismos, constituídos estes seus objetos primordiais. Passado mais de um século de vida autônoma do direito processual, a partir da instauração da duração razoável do processo como direito fundamental (Emenda 45/2004), o direito processual civil no Brasil passou a ser alvo de diversas reformas, impostas por leis ordinárias sobre o atual Código de Processo Civil, igualmente sob reforma, cujo foco precípua mostrou-se no sentido de adaptar o rito processual à nova realidade da urgência. O acesso à justiça efetivo passou a ser sinônimo de celeridade, como resposta mágica do Judiciário ao imediatismo da sociedade de urgência. Os litígios são numerosos e como tal devem ser tratados: como lógicas quantitativas. Leia-se os artigos 285-A e a tríade do art. 543-ABC do CPC de 1973.

Ocorre que a primazia da abreviação do rito processual criou embaraços para a jurisdição, pois as estatísticas desnudam a lógica da quantidade, utilizada a pretexto de imprimir celeridade aos julgamentos de litígios, de maneira que se tornam ineficazes os ataques à legislação processual e os institutos universalizantes do direito dele decorrentes. Inexitosas, sob este viés, são as medidas processuais que vilipendiam o caso concreto, que afastam a questão de fato frente à questão de direito, circunstância esta que a dogmática jurídica não consegue superar, ao manter o método subsuntivo nas decisões judiciais.

Essa é a lógica que se pretende desmitificar. A compreensão de que a questão de fato e a questão de direito são elementos cindíveis, subjaz o método subsuntivo, corolário do esquema sujeito-objeto, que a hermenêutica da faticidade pretende superar e assim demonstrar a impropriedade da abstrativização dos julgamentos, que acabam por facilitar, na verdade, a conduta discricionária e arbitrária do intérprete.

O cenário de litigiosidade exige, entre outros fatores de ordem histórica e cultural, uma resposta, uma prestação por parte do Estado diversa daquela tradição jurisdicional individualista. Ainda, não bastasse uma litigiosidade de nova roupagem, porque reveladora de uma titularidade de direito pertencente a uma coletividade, o litígio aparece em excesso e, frente a este contingente, o modelo clássico jurisdicional parece demonstrar não estar preparado.

De outro lado, há que se reconhecer que a litigiosidade registrada em excesso também decorre da própria inadequação do modelo de jurisdição, enquanto organização de controle e pacificação sociais, eis que apegada a um formato normativista e anacrônico, que

não dialoga e, portanto, não é compatível com o perfil contemporâneo de conflito, e em especial por não respeitar a história e a tradição inerentes à conquista dos direitos.

Essa problemática é potencializada na análise dos conflitos de massa. Por isso, a questão que se coloca é a posição do Estado diante dessa litigiosidade, ou seja, se mecanismos adequados ao tratamento da litigiosidade de massa são oferecidos ao cidadão. Diante dessa realidade, poucos se encorajam para enfrentar todo um senso comum teórico que aposta no caminho do meio, no sentido de manter a lógica individualista incompatível com a natureza do conflito coletivo.

4. A defesa pelo procedimento coletivo notadamente não vem proposto neste trabalho como a *ultima ratio* de contenção da extrema litigiosidade, mas o exame de suas prerrogativas procedimentais permite concluir pela sua maior adequação frente à realidade do litígio de massa e repetitivo, bem como de sua maior conformação com os postulados constitucionais processuais, especialmente no que se refere ao tratamento desigual de conflitos de natureza diversa, de modo que, manter a tradição individualista do direito processual, atribuída a direitos exclusivamente de caráter pessoal e/ou individual, para tratar também de interesses relacionados a toda uma coletividade, significa, além de não garantir a efetividade da prestação jurisdicional, tornar impossível uma efetiva proteção jurídica dos direitos coletivos, exatamente na ocasião em que o conflito de massa surge como traço cada vez mais expressivo na sociedade contemporânea, uma vez que afeta valores essenciais para o exercício da cidadania e da qualidade de vida de forma generalizada (saúde, meio-ambiente, consumo).⁶⁶⁹

Ademais, na perspectiva de Francisco Verbic, a necessidade de se promover a efetividade do processo coletivo através de ferramentas que buscam o cumprimento da lei vigente significa também evitar a deficiência do rito decorrente da falta de incentivos adequados, assim como significa evitar os excessos que poderiam se sobrepôr de forma demasiada no campo dos remédios jurídicos.⁶⁷⁰

Primeiro, o procedimento coletivo atinge a coletividade a partir do julgamento fiel ao caso concreto, e não abstrato pelo método de subsunção. O trâmite processual coletivo enfrenta a causa conflituosa, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos, onde a concepção do cabimento de uma *class action* impõe obrigatoriamente o enfrentamento ou a valoração do caso concreto.

⁶⁶⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.14.

⁶⁷⁰ VERBIC, Francisco. **Principios del derecho de los procesos colectivos**. México: Universidade Nacional Autónoma de Mexico, 2014, p.XXII.

Se o procedimento coletivo se impõe sobre a análise do caso concreto que irá atingir um número infinito de pessoas, notadamente mostra-se como procedimento adequado à situação fática conflituosa, ao passo que a sistemática do julgamento das demandas repetitivas, muito embora venha a igualmente atingir um número infindável de cidadãos, adota o caminho da abstração, ou seja, do não enfrentamento coerente do caso concreto, cujo produto final é uma jurisdição conceitual, eivada de superficialidade.

Segundo, no Brasil, para que essa adequação venha a se confirmar, algumas adaptações são necessárias. Oscar Chase defende que a forma escolhida por cada sociedade para a condução dos conflitos resulta de uma série de eleições conscientes e involuntárias que são realizadas desde condições de conhecimento, crenças e estrutura social, sendo que, o conhecimento e compreensão dessa relação entre meios de solução de conflitos e cultura enriquece nossa capacidade de avaliar mudanças de paradigmas ou perspectivas, justamente servindo-se do que mais acertado há em culturas diversas.⁶⁷¹

Nessa perspectiva, a flexibilidade procedimental para a sua adequada adaptação decorre justamente de uma mudança de paradigma,⁶⁷² necessário para ajustar as dificuldades inerentes a uma sociedade complexa, cujos conflitos precisam ser tratados de acordo com suas especificidades.⁶⁷³

Para tanto, mostra-se coerente a adaptação do rito das *class actions* no Brasil, no sentido de conferir ao cidadão a possibilidade de ingressar com ações coletivas, mantendo também a possibilidade de intervenção litisconsorcial e especialmente para admitir a técnica do *opt out*, a fim de evitar a proliferação de demandas que venham a exigir da jurisdição um multi-trabalho a respeito da mesma causa de pedir, especialmente para a categoria brasileira de “interesses individuais” tutelados coletivamente.

De tal modo, a pesquisa revela que o problema não reside nas importações teóricas ou no uso do direito comparado com a intenção de aprimoramento do aparato jurisdicional. O problema está no desrespeito às condições particulares ínsitas à historicidade e tradição de cada modelo de resolução de conflitos adotado pelo Estado. A crítica ao precedente vem neste

⁶⁷¹ CHASE, Oscar G. **Direito, Cultura e Ritual**: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.21.

⁶⁷² Neste sentido, Alexandre Gavronski defende o incremento de instrumentos que valorizem a efetividade do processo coletivo, a partir da mudança de paradigma e revisão de princípios e regras em favor dessa efetividade, além do estímulo à conciliação, do compromisso para os ajustamentos de conduta. Ver em GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **A tutela coletiva do século XXI e sua inserção no paradigma jurídico vigente**. In MILARÉ, Édis (coord). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010. p.48.

⁶⁷³ Desse modo, se há um acerto nas perspectivas do novo CPC, esse se mostra na redação do art.191, que abre a possibilidade de adaptação do procedimento de acordo com a casuística, no interesse das partes e desde que respeitado o contraditório.

sentido, acerca do desvirtuamento realizado pela comunidade jurídica brasileira quanto ao uso parametrizado de decisões judiciais de forma arbitrária, tornando-o obrigatório em qualquer situação para as instâncias inferiores, no tempo, sem a devida adequação histórico-temporal.

Sob outro aspecto, não há justificativa para a exclusão do cidadão como agente legitimado para a propositura da ação coletiva, nas circunstâncias propostas, já que o procedimento coletivo está todo envolto de medidas que devem garantir o efetivo exercício dos direitos fundamentais, assim como é preciso destacar que não raro é somente o cidadão, que vivencia seu conflito, seja ele de que grau for, é quem tem condições de exercer plenamente o contraditório em juízo, já que ele próprio é o protagonista da controvérsia, trazendo a juízo a experiência vivida com fidelidade.

Isso não retira a legitimidade dos demais autores legitimados por lei à propositura da ação coletiva, mas o seu distanciamento dos fatos controvertidos pode justamente provocar o desinteresse pela causa e pela condução legítima do processo.

Por outro lado, não há como ignorar o fato de que o poder público é o maior litigante do país e, ao mesmo tempo em que também é sujeito legitimado para a propositura das ações coletivas, é sujeito passivo em potencial, ao lado de outros campeões da litigiosidade, a exemplo de Bancos e telefonias, circunstância que esta que coloca em xeque o efetivo compromisso do Estado para com a tutela coletiva.

Sob outro ponto de vista, não há lógica em admitir o ritual individual de demandas representativas de controvérsia (casos pilotos), a partir do caso levado a juízo na visão de um único demandante, cujo julgamento terá reflexos afetar toda a coletividade. Teria então autor do caso piloto representação adequada presumida? Que riscos oferece uma ação coletiva movida pelo cidadão, tão superior aos riscos decorrentes da sistemática superficial e mecanicista adotada através da repercussão geral e do julgamento dos recursos repetitivos ou representativos de controvérsia, instaurados pelos artigos 543-A, 543-B e 543-C do Código de Processo Civil de 1973, ou ainda pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas regulamentado pelo novo CPC, que sequer se propõem a enfrentar a casuística? O que justifica a opção do legislador em afetar a coletividade através da solução do conflito de forma abstrata, no âmbito do processo individual, e desprezar o rito do processo coletivo que inclusive poderia ser ajuizado pelo mesmo cidadão, individualmente, onde ao menos o enfrentamento do caso concreto se impõe?

E é na tentativa de responder a tais questionamentos é que se mostra possível sustentar a compreensão do que venha a ser processo constitucionalmente adequado frente à litigiosidade de massa pode ser visualizada no procedimento coletivo. Primeiro, a

vulnerabilização da massa na relação de direito material pode ser “ajustada” por meio do representante adequado, garantindo, assim, a paridade e o exercício do contraditório em situação de igualdade; na verdade, o próprio processo coletivo é uma expressão do princípio da igualdade, já que o conflito coletivo tratado em um ambiente processual individual cria o indesejável embaraço constitucional, e isso institucionalizado pelo poder público, de tratar conflitos diversos como se iguais fossem. Segundo, a posição ajustada das partes no ambiente processual oportuniza o exercício do contraditório de forma plena, o que ultrapassa a capacidade técnica da produção da prova, porque a paridade processual permite uma nivelção acerca da compreensão da causa, seus alcances e as possibilidades de negociação.

Por fim, se o conceito de efetividade, conforme visto, está intimamente ligado ao conceito de compatibilidade, ou seja, o conflito coletivo deve ser apurado em um ambiente procedimental igualmente coletivo, a adequação do ritual à natureza do litígio garante a caracterização do devido processo legal, que legitima não só o trâmite processual como a decisão final pacificadora.

Já restou alertado na presente pesquisa que o processo coletivo não está proposto como um “desatador de nós”, na expressão de Barbosa Moreira, e que “a lei processual não é onipotente e tampouco tem o processo, sozinho, condições de construir um cenário ideal”, mas o direito processual deve fazer a sua parte, pois, “por menos que se afigure o provável relevo de sua contribuição, corre ao processualista o dever de prestá-la”.⁶⁷⁴

De outro lado, não se retira do novo CPC toda a propriedade para melhor qualificar a prestação jurisdicional, já que algumas posições axiológicas estão bem afirmadas no texto da Lei n. 13.105, e que, sobretudo, ratificam os direitos fundamentais mais relevantes acerca do direito processual. Logo nos primeiros dispositivos do novo CPC (mais precisamente do 1º ao 11º) há uma clara atenção dada aos princípios norteadores do novo regulamento processual, em respeito ao cumprimento dos direitos fundamentais, a exemplo da dignidade da pessoa humana no art.8º, do dever de oportunização do contraditório no art. 10 e da imposição acerca da fundamentação das decisões judiciais, sob pena de nulidade, no art. 11. Neste sentido também é o art.190, diz respeito à flexibilização do procedimento em caso de direitos disponíveis, para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar, mediante comum acordo entre o magistrado e as partes, as circunstâncias desta mudança.

A outra medida está prevista no art. 489, parágrafo 1º, incisos II e III, quanto ao dever de enfrentamento expresso da controvérsia, no sentido de impedir o uso de conceitos

⁶⁷⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da efetividade do processo, **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n.29, 1983. p.80.

jurídicos indeterminados ou de prolação de decisões que se prestam a tratar qualquer tipo de controvérsia. Logo, muito embora o texto do novo CPC queira impedir pronunciamentos judiciais superficiais e abstratos, ao rechaçar decisões que se apliquem para qualquer causa, resta observar e controlar se, na prática, essa regra será respeitada no dia a dia forense da “litigiosidade perniciosa”, pois na linha do que ocorre atualmente, o idealismo convencionado de que “uma única coisa serve para tudo” tem sustentando virtuosamente as missões institucionais de cumprimento de metas.

Já o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e a tentativa de Conversão de Demandas Individuais em Ação Coletiva foram propostos na contramão da essência axiológica e principiológica dos primeiros artigos do novo Código. Quanto ao IRDR, tal procedimento teve sua redação ampliada e recebeu a inclusão de providências para a identificação da repetição de lides pendentes com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas, a pretexto de promover a segurança jurídica, garantir a uniformização das decisões para demandas unicamente de direito com efeito vinculante. As providências incluem, por exemplo, por ocasião da suspensão, inclusive dos processos coletivos. Ainda, foi afastada do texto final a possibilidade de a parte interessada demonstrar a distinção do seu caso para afastá-lo da suspensão e da vinculação à decisão final do incidente, em requerimento dirigido ao juízo do processo original (art.990, §4º). Essa manifestação de distinção, de qualquer forma, não resultaria da escolha do interessado, a exemplo do que ocorre com algumas espécies de *class actions* com o *opt-out*, que, diante de ampla divulgação e notificação prévia, permite ao membro do grupo manifestar seu desejo expresso de, apesar de integrar a coletividade, não desejar ser afetado pela decisão final, seja ela positiva ou negativa. A proposta exigia duas condições diversas para que a distinção possa ser aceitável: a demonstração de caso distinto daquele considerado idêntico e a devida justificativa para tanto. Nesta experiência, o indivíduo que não exerceu o direito de exclusão não poderá ajuizar demanda fundada na mesma causa. Não se trata de manifestação de vontade tal qual ocorre na sistemática norte-americana.

Cabe ressaltar que, muito embora o incidente tenha inspiração na experiência da causa-piloto do direito alemão, a Alemanha conhece apenas algumas formas limitadas de ações de grupo e não prevê ação coletiva para a reparação de danos individuais homogêneos, assim como o próprio procedimento da *Musterverfahren* é, na verdade, uma legislação experimental, idealizada em 2005 e posteriormente prorrogada até dezembro de 2012 para aplicação restrita aos casos de grupos lesados no mercado de capitais. E a inexpressividade do procedimento na Alemanha é confirmada pela doutrina mais atenta à matéria.

Aqui ocorre o que Cappelletti e Oscar Chase pretenderam alertar: antes de se instaurar o funcionamento de novas instituições e procedimentos deve ser verificado se os mesmos respondem a uma necessidade real e homologável no país de origem, pois é preciso verificar a conveniência ou a necessidade de adotar ou não certas técnicas adotadas por outros países que facilitem o exercício das ações judiciais, o que depende da situação e tradição particular de cada país.

Se visualizados o IRDR e a ação coletiva, é preciso questionar qual a diferença entre o representante que ocupa o polo ativo de ação coletiva e o caso representativo da controvérsia (caso piloto), igualmente conduzido por partes e advogados estranhos a todos os milhares de processos que esse processo piloto irá afetar? A resposta é evidente, pois há diferença para o que, neste sentido, parte da doutrina venha considerar a legitimidade como reflexo de *ficção representativa*.

Por fim, evidente que o IRDR não impede a massificação dos conflitos, na medida em que, por afetar apenas os processos em trâmite, não tem o condão de impedir novas ações idênticas e, além disso, requer justamente que novas demandas individuais sejam ajuizadas para que venham a receber a tese jurídica consolidada pela decisão vinculante. Ou seja, além de não atender ao propósito a que foi destinado, qual seja a racionalização do trâmite de demandas de massa, o IRDR decorre da importação inadvertida de um instituto idealizado em lei alemã de caráter experimental e muitíssimo recente naquele país, que sequer tradição no trato do processo coletivo possui.

Não fossem somente esses os problemas relacionados à novidade procedimental, o incidente ainda produz decisões paradigmas abstratas que serviriam de instrumento para mecanizar a prestação jurisdicional a casos supostamente idênticos, em operação desvirtuada do que na verdade ocorre na tradição da *common law* na aplicação do precedente. Alguns defensores dessa lógica de uniformização das decisões judiciais, a partir da homogeneização dos casos concretos, partem do argumento de que a necessidade de analisar fielmente o caso decorre não passa de uma visão romântica e ultrapassada.

De outro lado, o projeto de lei que pretendeu alterar o Código de Processo Civil, quando de sua passagem pela Câmara dos Deputados, destinou um capítulo específico para a identificação das ações coletivas a partir da tramitação de ações idênticas, texto este não previsto pelo projeto de lei durante sua tramitação no Senado. Segundo a redação do art.334 do projeto, o juiz poderá converter ação individual em demanda coletiva, atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, a requerimento dos legitimados arrolados no artigo 5º da Lei da ACP e do artigo 82 do CDC,

mesmo que a ação individual formule pedido de caráter pessoal, hipótese em que o processamento desse pedido se dará em autos apartados, já que a decisão final nas ações convertidas somente viria a afetar o objeto comum que perpassa na identificação das demandas.

Inicialmente, é de se notar que, na hipótese do inciso II do referido artigo, a conversão em demanda coletiva ocorrerá quando “tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo”. Ora, o conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica, cuja solução deva ser necessariamente uniforme, é o mesmo litígio estampado no art.976 do novo CPC, para as chamadas “demandas repetitivas”, o que por si só já ratifica o argumento de que o procedimento coletivo mostra-se como um rito mais adequado à solução dos conflitos de massa. Ou seja, a “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” é a identificação clara de direitos coletivos, cujo afrontamento poderia fatalmente ser analisado e julgado em sede de ação coletiva.

De outro lado, o projeto de lei, contrariamente às perspectivas do que poderia se chamar de um regozijo do acesso à justiça coletivo, trouxe consigo restrição expressa do uso da medida de conversão quando a controvérsia dirigir-se a direitos individuais homogêneos, conforme se verifica no parágrafo primeiro do art.334 do projeto, conflitando o que, a esse respeito, já prevê o próprio Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 81, inciso III, ao admitir a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos. De qualquer modo, sendo o Código de Defesa do Consumidor regramento processual específico para as demandas de consumo, para a proteção coletiva em juízo de direitos relativos ao consumidor, na categoria de individuais homogêneos, impõe-se o regramento do consumo, de caráter específico, já previsto no CDC, que se impõe sobre normas genéricas e restritivas.⁶⁷⁵

Ainda, outras restrições à conversão proposta integraram o projeto de lei, no parágrafo 2º do art.334, a exemplo da impossibilidade da conversão quando já iniciada a audiência de instrução e julgamento no processo individual (inciso I) ou diante de outros processos coletivos pendentes com o mesmo objeto (inciso II). Afora a questão relativa à competência do juízo (inciso III), efetivamente os dois primeiros empecilhos, somados à

⁶⁷⁵ Conforme o capítulo 4.6 desta tese, essa intenção classificatória, que cataloga interesses ora transindividuais ora metaindividuais, indivisíveis ou divisíveis, indisponíveis ou disponíveis, difusos, coletivos e individuais homogêneos decorrem de uma engenharia jurídica bem própria da dogmática, que mais dificulta do que favorece o acesso à justiça.

impossibilidade da conversão para os direitos individuais homogêneos, prejudicariam a aplicabilidade real e efetiva da conversão de ações individuais em ação coletiva.

A redação do projeto de lei, do modo como foi proposta, reforçou a impraticabilidade da medida de conversão das ações individuais em ação coletiva e, a julgar pelos parágrafos do art.334, revelando, mais uma vez, um excesso de formalismo, próprio do legislador brasileiro, a inviabilizar a flexibilidade e a abertura para a composição dos interesses que a natureza dos conflitos coletivos impõe, a exemplo da impossibilidade de conversão da demanda caso já iniciada a audiência de instrução (parágrafo 2º) e a regulação do processo, após a conversão, pelas regras de procedimento coletivo já previstas (parágrafo 6º).

É de se notar, portanto, que muito embora o ritual da conversão de demandas individuais em ação coletiva pudesse indicar o melhor tratamento das demandas repetitivas, já que permitiria enfrentar a inteireza do conflito e toda a sua controvérsia, a complexidade do procedimentalismo proposto dificulta o alcance dos resultados esperados e sinaliza a ineficiência, na prática, da indução do processo coletivo, a uma porque não evitaria o ajuizamento de demandas idênticas individuais, de modo que o mecanismo de conversão não impede a continuidade do fluxo de entrada das demandas idênticas e, com isso, não afeta os números da litigiosidade; a duas, porque a causa individual ficaria sobrestada até a decisão final do mérito da ação coletiva, que acabaria por se tornar incidente prejudicial à questão pessoal da ação individual, podendo representar, no entendimento de Márcio Mafra Leal, um atraso, portanto, na prestação jurisdicional individual.⁶⁷⁶

O fato é que qualquer óbice procedimental que venha a ser oposto à defesa coletiva em juízo de direitos individuais parte de uma forçosa ou engenhosa hermenêutica que desconsidera toda uma litigiosidade extremada no país, representada pela multiplicidade de ações similares ou de mesma controvérsia.

Mas a tentativa de introduzir a indução do processo coletivo pelo novo CPC foi de curta duração. No retorno do PLC ao Senado, o texto final do novo CPC manteve a redação dada pela Câmara, redimensionando apenas o dispositivo da conversão como art.333, mas, submetido à sanção presidencial, o artigo 333 restou vetado na íntegra, sob o argumento de ineficácia do procedimento e, em especial, diante da previsão já existente para a solução de demandas repetitivas através do Incidente finalizado no art.976 e seguintes.

É interessante observar que, ainda que precário o procedimento previsto para alavancar o manejo das ações coletivas, a proposta restou rejeitada justamente pela já previsão

⁶⁷⁶ LEAL, Márcio Mafra. **Ações Coletivas**, p.253.

do tratamento das demandas repetitivas no novo Código, sendo tal mecanismo visto como adequado e suficiente (“já contempla”) para conduzir os litígios da coletividade. Parece clara, portanto, a opção política pelo julgamento abstrato das demandas que se repetem no Judiciário.

Sob a ótica dos postulados constitucionais, a exclusão prevista no parágrafo primeiro do art.333 padeceria de constitucionalidade, porque revelaria verdadeiro desacesso à justiça, pretendendo tratar com desigualdade os iguais e, nessa linha, acabaria por violar o devido processo legal, como princípio democrático basilar que deve preponderar nas políticas públicas, cujo dever é justamente afirmar ou concretizar os direitos dos cidadãos.⁶⁷⁷

Mesmo com tais incongruências, a possibilidade de conversão até então prevista no art.333 representava, ao menos, importante referência ao processo coletivo, na linha da atenção dada já nos primeiros dispositivos do novo CPC (mais precisamente do 1º ao 11º) aos princípios norteadores do novo regulamento processual, em respeito ao cumprimento dos direitos fundamentais, a exemplo da dignidade da pessoa humana no art.8º,⁶⁷⁸ do dever de oportunização do contraditório no art. 10⁶⁷⁹ e da imposição acerca da fundamentação das decisões judiciais, sob pena de nulidade, no art. 11.⁶⁸⁰ Ocorre que, ao que parece, o arranjo final do texto do novo CPC, muito embora transpareça um compromisso com valores constitucionais acerca do processo e da prestação jurisdicional, a regulação dos conflitos coletivos pela via do procedimento de cariz individualista, com destaque para o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, está conflitando com essa expectativa principiológica.

O veto presidencial, por sua vez, acabou por suplantar qualquer expectativa de revigoração do processo coletivo, na contramão das garantias constitucionais processuais os onze primeiros artigos, em especial no aspecto da igualdade material, já que ratificou o procedimento de demandas repetitivas através do IRDR como mecanismo apto à solução de conflitos repetitivos, ignorando sua natureza coletiva. Conflitos individuais e coletivos, de natureza diversa, continuarão sendo tratados com rito igualitário. Resta acompanhar se essa

⁶⁷⁷ Nos seus comentários ao texto primário do novo CPC, Marinoni defende que a exigência da igualdade processual vai muito além da proteção em face da insuficiência técnica, pois, para velar pelo efetivo contraditório, determinada particularidade do direito material e do caso litigioso pode impor a necessidade de equalização da posição das partes em juízo. Neste sentido ver em: MARINONI, Luiz Guilherme. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo, RT, 2010. p.74.

⁶⁷⁸ Lei 13.105/2015, Art. 8º. “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

⁶⁷⁹ Lei 13.105/2015, Art. 10. “Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício”.

⁶⁸⁰ Lei 13.105/2015, Art.11. “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

lógica materializada pelo julgamento abstrato cumprirá com os postulados da efetividade e eficácia das decisões judiciais, preconizados pelo novo regramento proposto. De qualquer sorte, enquanto o direito processual civil coletivo não se libertar das amarras dogmáticas e ideológicas que o sufocam, não será possível defender uma jurisdição constitucionalmente adequada, a ser garantida por um Estado que se pretende Democrático e de Direito.

Ao que parece, o arranjo final do texto do novo CPC, muito embora transpareça um compromisso com valores constitucionais acerca do processo e da prestação jurisdicional, a regulação dos conflitos coletivos pela via do procedimento de cariz individualista está em franca colisão com sua própria expectativa principiológica.

Os embaraços à evolução do procedimento coletivo no Brasil, assim, são mais criações do que realidade. Os empecilhos de caráter processual aqui exposto podem ser facilmente superados pela mudança de perspectiva focada na renovação do direito processual em busca de uma jurisdição efetiva, diga-se constitucionalmente adequada. Os empecilhos inerentes à cultura jurídica brasileira precisam ceder passo à necessidade, em definitivo, do enfrentamento da realidade social, do conflito em essência, da contingência, ao fim e ao cabo.

Revigorar o direito processual civil coletivo, libertando-o dessas amarras dogmáticas e ideológicas, pode ser o caminho para que se possa defender uma jurisdição constitucionalmente adequada e prestada por um Estado que se pretende Democrático e de Direito. Na verdade, muito além de uma tentativa de adaptação, a prática do procedimento coletivo implica adequação aos preceitos constitucionais, uma vez que o conflito coletivo requer condução jurisdicional coletiva, sob pena de restar inadequado constitucionalmente. Trata-se de uma questão simples de atendimento ao devido processo legal e ao efetivo acesso à justiça.

5. A lógica que impera sobre o atual Código de Processo e que pretende se consolidar no novo CPC tem servido para a construção de um aparato engenhoso de contenção da litigiosidade e de sumarização dos julgamentos no processo. Trata-se de modelos culturais, normativos e instrumentais insuficientes e que se mostram em momento de significativo esgotamento. No ambiente jurisdicional processual, esse momento limite é visível, na medida em que se observa uma crise axiológica que cria um movimento utilitarista em favor da efetividade da *performance*, na tentativa árdua de contenção da conflituosidade extrema e massificada, seja porque desenhada por litígios massificados, seja porque identificada pela sua insuperável numerosidade, está a desafiar a ciência processual a buscar novas referências a fim de compatibilizar o modelo de tratamento do conflito com a sua

natureza e adequá-lo, igualmente, ao que é esperado pelo conjunto de valores presentes da Constituição Federal.

Diante desse quadro, o legislador tem se debruçado fielmente através de correções legislativas, primando, sobretudo, pelo enxugamento processual, que desencadeiam verdadeiras operações seriadas para eliminação do número de litígio. Eis aí os “selos de eficiência” aos tribunais, a enaltecer as práticas da quantidade em detrimento da qualidade da prestação jurisdicional, na medida de sua abstração e da discrepância com a peculiaridade do litígio. Neste aspecto, o fato e o direito são compreendidos como realidades distintas, onde o fato é enquadrado dentro de um ideal paradigmático, verificado na lei ou nos enunciados jurisdicionais.

Este ambiente parece retratar, na verdade, um cenário dos séculos passados, na medida em que valoriza ou idealiza o dogma da verdade, defendida pelo racionalismo como postulado estático e atemporal, somente encontrado e verificado na lei, isolada do fato que a ela só se enquadra pela subsunção. Não há o necessário diálogo com a realidade social.

É o que ocorre com a legislação processual civil, atual e futura. O procedimentalismo então valorado pelo novo CPC, que se instrumentaliza através de mecanismos universalistas, em nome da efetividade e a pretexto de conter os altos índices de litigiosidade no país, prestigia a imaginável causa eminentemente de direito, ao alijar do processo de tomada de decisão o elemento fático-histórico da causa. A prática abstrata e superficial da prestação jurisdicional extirpa do Judiciário o indesejável conflito de massa e garante assim o aceleração dos processos.

Em busca de uma ruptura epistemológica, faz-se extremamente necessário, como construção de um discurso crítico acerca do pensamento dogmático do Direito, avançar para além dos modelos objetificantes-reprodutivos e ir além da subsunção, sob pena de observarmos inertes uma entificação do ser do Direito, a partir do esquecimento da diferença ontológica.⁶⁸¹

E é por força da linguagem que essa discussão mostra-se inevitável, quando o que se pretende é, no mínimo, garantir padrões de solução de conflitos adequados constitucionalmente. Busca-se, assim, a partir da superação do esquema sujeito-objeto, ressaltar sobretudo a indissociabilidade entre o direito e sua dimensão fático-histórico que, no processo de compreensão, torna o intérprete comprometido com sua tradição, afastando

⁶⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.220.

qualquer operação arbitrária, já que a proposição jurídica só tem sentido no caso concreto e é constituída pela linguagem.

O que se propõe, de tal modo, é uma releitura da compreensão de questão de fato e de questão de direito à luz da hermenêutica filosófica, revelada na obra de Hans Georg Gadamer, nascedoura do pensamento heideggeriano, em especial a partir do estudo da diferença ontológica e do círculo hermenêutico, da ideia de tradição e de *applicatio*, denunciando, assim, as raízes do modo de prestação jurisdicional atual, de paradigma racionalista, na medida em que toda a jurisdição dos conceitos sem coisas está assentada na crença de que é possível conduzir o conflito social para uma decisão final que o ignora.

Em tempos de justiça prestada em série, o olhar está equivocadamente voltado para categorias abstratas-universalizantes com as quais se deduz, no processo, a decisão jurídica. Através de uma operação apelativa de verdadeira negação à justiça, travestida de celeridade, por meio de mecanismos idealizados que criam uma perspectiva falso-redutora da litigiosidade. As demandas sem réus, portanto, sugadas por uma decisão representativa de controvérsia supostamente idêntica, não irão reduzir o problema da litigiosidade no país.

Por outro lado, dentro de sua lógica autorreferente, o direito não consegue reconhecer suas próprias arestas. Na verdade, conserva a sua capacidade de auto crença na lógica da quantidade e no imediatismo das medidas que desprezam o exame do caso concreto e abstrativizam a prestação jurisdicional, vulgarizando, portanto, o conflito.

Tal é a problemática da visão de fato e de direito como elementos cindidos no universo do decisionismo, típicos do pensamento normativista, de paradigma racionalista (no qual o sujeito conduz a interpretação e cria seu próprio objeto de conhecimento), a partir de uma visão dualista e relativista do direito.

Instaura-se, com isso, uma espécie de absolutismo nos tribunais superiores, no regozijo do método subjuntivo-lógico, cujas decisões, respaldadas em atos de vontade e de consciência, têm sido utilizadas como base de uniformização do pensamento jurisdicional para a abreviação de demandas.

Contudo, dada a seriedade que a problemática requer, o cenário da litigiosidade não pode ser tratado com tanto desprezo e amadorismo. Os esforços voltados para dar concretude ao direito fundamental da celeridade da prestação jurisdicional não devem ser medidos pela proporção com que se ataca a legislação processual e, com ela, agride-se direitos fundamentais, sem nenhum êxito aparente, tendo a abstrativização do direito o seu desiderato.

A justiça abstrata e prestada em série, portanto, não pode ser compreendida como fenômeno natural decorrente da sociedade da urgência. Contudo, a comunidade jurídica

continua a aplaudir a sistemática da lógica da quantidade, numa espécie de engodo cego que acompanhou inclusive a apoteose do anteprojeto do novo CPC até o seu depósito junto ao Senado em 2010. A perspectiva jurisdicional que se anuncia parece reacender a compreensão de massa ignóbil definida por Ortega y Gasset. Uma vez tratado como homem médio, está o próprio jurisdicionado, incapacitado, mantendo tal perspectiva.

Contudo, não se faz possível, de fato, ovacionar as reformas processualistas e o texto do futuro código de rito civil. Impossível, também, deixar-se convencer pelo discurso midiático de solução de *todos os males* do Judiciário.

De um lado, colocam-se os defensores das reformas processuais, que defendem a ideia de viabilizar o tratamento célere dado aos julgamentos por amostra, ou então abreviados com base em decisões dominantes sintetizam a posição do Estado a respeito de casos que se repetem pelo Judiciário, pois “a previsibilidade elimina a litigiosidade, evitando a propositura de demandas (de um mesmo caso) em um ambiente aberto a soluções díspares”, já que impensável o fato de a parte litigar insistentemente no processo, ciente de que sua pretensão não encontra respaldo nas teses dos tribunais superiores.

Contudo, a razão está com Guilherme Rizzo do Amaral, quando atribui categoricamente a responsabilidade ao Estado. Enquanto o Estado aposta na reforma processual, sua organização administrativa continua a mesma, apesar dos sinais dos tempos. Sua responsabilidade, ou a falta dela, revela-se em dois momentos: quando permanece ausente ou inerte em meio à conflituosidade social, dada sua omissão estrategicamente operada para liberar o caminho para a economia de mercado, deixando de dar azo a políticas públicas de paridade, e também quando deixa de qualificar o serviço público jurisdicional, o que inclui a manutenção de ritos compatíveis com a natureza dos conflitos decorrentes da sociedade da urgência ou sobretudo constitucionalmente adequados.

Cabe ressaltar, nesse cenário, que apesar do excesso de litígio, há uma demanda litigiosa latente, já que o acesso ao Judiciário tem se mostrado na proporção da renda da população. Ou seja, é preciso realizar o fato de que o pior está por vir, e não a então sonhada legislação processual reformada que irá conter o impetuoso e crescente número da litigiosidade no país.

É injustificável, portanto, a materialização do escopo da celeridade a partir da manutenção do método lógico-subsuntivo, que sobrepõe como premissa maior súmulas e decisões dominantes a fatos tidos por idênticos, numa verdadeira operação de modelo fordista e homogeneizante, incompatível com o perfil da sociedade contemporânea e inadequado aos novos e extremados litígios.

Primeiro, porque o número de litígios permanece intocado nos últimos dez anos, assim como intocável permanece a taxa de congestionamento dos processos judiciais, apesar dos incessantes esforços das últimas reformas processuais que seguem a linha da abstrativização da justiça (julgados de conceitos sem os fatos).

Segundo, a questão deixa sob o crivo do magistrado o reconhecimento do que é “idêntico”, o que exige, sobretudo, uma análise acurada do caso concreto em cada lide ajuizada e a cada recurso recebido nos tribunais, e notadamente se sabe que não ocorre, a julgar pela visão dos ministros do STF, para o qual a análise pormenor do caso concreto revela, na verdade, uma visão romântica do processo. Romântico é pensar que a singularidade do caso será apreciada por um Judiciário assolado de litígios e que cumpre metas de celeridade, para afastar o precedente do caso concreto específico, segundo as novas regras. Terceiro, se a população aumenta e com ela aumentam seus litígios, por que esperar para conter tais contingências sociais no patamar do Poder Judiciário e ainda através de lógicas abstrativizantes?

Afinal, as políticas públicas que comprometem a República e seus Poderes também se constituem em normativos constitucionais, presentes na Carta Constitucional há mais de vinte anos, que notadamente há longo prazo já poderiam ter demonstrado alguma reversão da exclusão social, notadamente a partir do esclarecimento. Realmente Ortega Y Gasset, há um século atrás, profetizou uma massa ignóbil vulgar e indesejosa, frente a qual o comportamento do poder público é de tangenciamento ou até mesmo de indiferença.

Nesse sentido, frente à conflituosidade extrema e massificada, tal qual diagnosticado no primeiro capítulo, nada pode o método proposto pelas últimas alterações legislativas, além de inefetivo e não pragmático, a julgar pelos índices de litigiosidade que assolam o Judiciário, índices estes não reduzidos nos últimos anos, acaba por criar verdadeiros embaraços processuais que denegam direitos fundamentais, em especial o do próprio acesso à justiça.

Na busca cega pela celeridade, com base em métodos anacrônicos e, sobretudo, através de critérios questionáveis apuradores de identidade de litígios, a jurisdição brasileira despreza a historicidade do caso concreto, engessa e desqualifica o pronunciamento judicial. Não bastasse isso, constrói um aparato lógico-conceitual que sustenta uma prestação jurisdicional abstrata e seriada, em renúncia às conquistas constitucionais próprias da tradição brasileira.

É lamentável acompanhar essa realidade, em que conflitos que revolvem direitos fundamentais substanciais são apreciados por um ambiente jurisdicional de “conceitos sem coisa”, de uma jurisdição seriada prestada ao estilo fordista, de números e números de casos

julgados em larga escala, em nome da eficiência. É a lógica da fungibilidade retratada de forma peculiar por Ovídio Baptista da Silva.

É desmotivador assistir a magistrados dando notoriedade aos seus índices de julgamento anual, ansiosos por atender à política de metas ou exitosos na missão de exortar dos gabinetes o material repetitivo. Algo sobrenatural e impossível de ser compreendido, a não ser por aceitarmos a vulgarização da própria função jurisdicional.

O fato é que o canal de recuperação desse olhar sobre a jurisdição não pode ficar à margem do conceito de círculo hermenêutico e da diferença ontológica, advindos da fenomenologia heideggeriana, das quais se apropria Gadamer para elaborar os fundamentos de sua hermenêutica filosófica, cuja base na tradição e no conceito de *applicatio* refutam a hipótese defendida pela dogmática de aprisionamento de conceitos em enunciados ou verbetes, na medida em que a compreensão somente ocorre na facticidade, na concretude.

O olhar hermenêutico sobre o Direito e então sobre a prestação jurisdicional permite romper com a estrutura objetivista do esquema sujeito-objeto, valorizando a situação concreta no processo de compreensão, na medida em que, para Gadamer, interpretar e aplicar não se dão em momentos distintos, pois não há, no processo de compreensão, um sujeito que se sobreponha sobre o objeto. Interpretar, portanto, é explicitar o compreendido,⁶⁸² de modo que o ser só existe no seu ente e o direito, desprovido de sua estrutura fática, não pode ser compreendido.

Por isso, o sentido atribuído aos fatos não decorre de uma arbitrariedade do julgador, pois o sentido não está à sua disposição. No Direito, a atual sistemática do rito processual civil revela, sim, uma subjetividade assujeitadora, através da qual o julgador intérprete considera-se proprietário dos sentidos, abstraindo a norma e aplicando o direito distante da situação concreta. É o que ocorre com o julgamento por amostragem, previsto no art. 543-C do CPC de 1973, que reproduz, por sua vez, a lógica do art. 285-A, sistemáticas estas já confirmadas pelo texto do novo CPC.

Logo, além de ineficazes as reformas que propuseram medidas contentoras de litígios, não é a justiça abstrata, que despreza o elemento fático-histórico da demanda, que irá resolver o problema do excesso de litigiosidade do país. O mito da universalização justificado pela necessidade de celeridade se degenera diante dos números apresentados pelo próprio Conselho Nacional de Justiça.

⁶⁸² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, p. 438.

A reforma, portanto, faz-se necessária, sobretudo, no modo de compreensão do acesso à justiça e da prestação jurisdicional. Vergonhoso não são os altos índices de congestionamentos dos processos, mas sim a postura da comunidade jurídica que parece obter notoriedade quando apresenta o projeto do novo Código de Processo Civil como a promessa de cumprimento da Carta Constitucional.

Os mesmos rostos se repetem na mídia brasileira fazendo frente a esta ficção e, travestidos de messias das reformas, valem-se de uma linguagem retórica para convencer-nos de que a trajetória rumo à efetividade do acesso à justiça se perfectibiliza na medida de suas crenças, contrários à mobilidade social complexa e constante. O cinismo deve ser superado, ao cabo, antes que a litigiosidade, enfim avassaladora, desfaça a máscara da justiça seriada.

O discurso arbitrário geralmente vem com a justificativa de que o direito nem tudo pode antecipar e que a liberdade de criação do direito por ocasião da decisão judicial é uma realidade natural e inevitável, sobretudo porque “não pode mais sobreviver entre nós a figura do “juiz boca da lei”, conferindo-lhe, assim, a liberdade de decidir. Por outro lado, o discurso também aparece no sentido de que o Judiciário tem o poder de, “a partir da Constituição, negar a lei, alterá-la ou mesmo criá-la diante da omissão ou insuficiência capaz de inviabilizar a tutela de um direito fundamental” e que o juiz não pode julgar como bem entender, julgando de forma distinta daquela já pronunciada pelos tribunais sobre a mesma questão jurídica.

Portanto, o acesso à justiça é tema caro e complexo. Como direito fundamental, materializa o exercício pleno da cidadania, diante da ocorrência do conflito social, ao avançar além um ambiente igualmente caro que é o espaço público da jurisdição. Neste patamar, as reivindicações políticas e sociais não estão mais asseguradas pelo Estado, como sujeito político, mas pelo direito, que se apresenta como uma nova linguagem, em um espaço democrático, regulador e disciplinador dos conflitos. Neste contexto, a justiça mostra-se como elemento de exigibilidade da democracia, no qual o cidadão age autonomamente, de forma direta, sem a necessidade da representação política clássica, e em paridade de direitos, em busca da satisfação de seus interesses.

O cidadão, inobstante a existência do direito fundamental à jurisdição, tem peregrinado pelas vias paradoxais do Poder Judiciário, em busca de uma prestação jurisdicional identificada pelo alto custo e de efetividade questionável. Desde a Emenda 45, publicada em dezembro de 2004, a Constituição, como direito fundamental, tem garantido a duração razoável dos processos judiciais, traduzida, desde então, por justiça efetiva. Contudo, no contexto de uma sociedade complexa e da urgência, embora também democrática, a jurisdição precisa ser valorizada e repensada a partir justamente do reconhecimento de uma da

realidade bem diversa do momento em que o direito processual conquistou sua autonomia. Nenhuma mudança ocorrerá se não retomarmos nossa consciência histórica em busca de uma hermenêutica da facticidade.

Entre o lamento de um cidadão (metaforicamente, que irá amargar o fato de não ter sido exposto ao um nível maior de agente nocivo em sua vida como trabalhador) e a efetividade quantitativa, não há qualquer possibilidade de ultrapassar os anseios de uma Constituição que, a seu turno, de forma suficiente, garanta um modelo mínimo de organização jurisdicional. Cabe ao Estado cumprir com seu destino, qual seja o de promover políticas públicas, o que compreende notadamente a viabilização do exercício efetivo do direito de ação. Não há possibilidade de pensar em democracia sem essa perspectiva, pois ao lado desta, a litigiosidade em franca evolução é maior e notória evidência da sociedade pós-moderna.

Isso porque o excesso de litígios é observado como fenômeno de um mundo pós-moderno, em decorrência da precarização das relações sociais no mundo globalizado, no qual a judicialização exacerbada dos conflitos tem povoado o cenário da litigiosidade incontida. A litigiosidade, portanto, da sociedade da urgência, afeta sobremaneira o acesso à justiça. Contudo, não há mais “tempo” para riscos e aventuras. E a lógica da abstração é uma perigosa e irresponsável aventura, que faz sucumbir uma historicidade nacional contra a repressão e opressão dos direitos.

Há uma crise, portanto, verificada no *modus* de aplicação da prestação jurisdicional, o que impõe notadamente uma revisão do modelo de organização do Estado no que se refere à materialização do acesso à justiça. Isso porque, tratar do conflito e dar a ele a devida condução é uma obrigação do Estado.

As estatísticas oficiais, então publicadas pelo próprio poder público, depõem contra as medidas de contenção da litigiosidade, apresentadas a pretexto de promover a efetividade com a qual o Estado está comprometido. De acordo com os dados publicados pelo Conselho Nacional de Justiça, através da pesquisa Justiça em Números, o tempo de duração dos processos judiciais não sofreu significativa redução no período em que as reformas foram sendo implantadas. Ou seja, ao tempo em que o Judiciário é medido pela “produtividade”, os índices a ela relacionados desfazem a concepção de que as reformas processuais universalistas são “necessárias” ou “eficazes”.

É preciso, portanto, rever os paradigmas apontados como “soluções” promotoras de efetividade, bem como analisar formas de organização do Estado efetivas e adequadas às novas demandas contenciosas, cada vez mais crescentes e complexas. É preciso uma observação mais atenta ao fenômeno da massificação dos conflitos que, como parte do

também fenômeno da alta litigiosidade, diferentemente do ideário liberal-individualista do final do século XIX, chegam ao final do século XX exigindo postura diversa da ciência do direito processual.

Este trabalho, portanto, traz um diagnóstico das reformas processuais ocorridas no Código de Processo Civil, em especial a partir da publicação da Emenda 45, que culminam no projeto de lei do novo Código de Processo Civil, não publicado até a finalização deste trabalho, bem como se debruça sobre as estatísticas acerca da conflituosidade e litigiosidade no Brasil, imanescentes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), do período de 2004 a 2014, a fim de avaliar a aplicabilidade ou efeito das reformas processuais ao longo do período sobre a prestação jurisdicional e, diante disso, sobre o acesso à justiça. Questiona, ainda, a política de promoção de acesso à justiça que vem sendo adotada no Brasil, de caráter abstrativista e universalizante, que trata com naturalidade a supressão do elemento fático da prestação jurisdicional, no processo de compreensão do conflito, a pretexto de cumprir com o compromisso constitucional do direito fundamental constitucional da efetividade, traduzida pela celeridade.

Para tanto, socorrendo-se da perspectiva da hermenêutica filosófica, defende buscar, na perspectiva da hermenêutica filosófica, a questão de fato como elemento indissociável da questão de direito, denunciando a impossibilidade de afastar do processo de compreensão o elemento fático-histórico do conflito, valorizando a hermenêutica da faticidade.

Ao elevar a importância da pré-compreensão no processo de interpretação, onde o intérprete está comprometido com a tradição, procura-se recuperar a dimensão fática que, na hermenêutica da faticidade, revela um existencial sobre o qual o intérprete não exerce qualquer domínio, o que afasta, de antemão, a condução do intérprete na *applicatio* e, conseqüentemente, qualquer postura arbitrária, típica do pensamento positivista ainda presente na dogmática jurídica sustentada, ainda, pelo *sensu comum teórico* dos juristas.

Efetividade, definitivamente, não é um conceito matemático, medido pelo tempo em que a jurisdição é prestada ao cidadão. Se efetividade é um dever do Estado frente a um direito fundamental do cidadão, enquanto a lógica da justiça quantitativa perdurar, não será possível garantir a perspectiva de uma justiça prestada em um ambiente que se pretenda democrático e de direito.

Assiste-se, assim, a uma poderosa máquina de produção de decisões judiciais, operada por assessores de magistrados que reproduzem sentenças de improcedência e decisões em recursos representativos de controvérsia, sem a análise do caso concreto, é claro,

e produzindo, assim, milhares e milhares de decisões judiciais abstratas e uniformes. Quanto mais abstrata se mostra a decisão judicial, um maior contingente de causas ela consegue alcançar.

Apesar deste arrombo, o tempo do processo continua o mesmo de outrora. Eis a jurisdição da lógica seriada, embora tampouco quantitativamente, segundo os números do CNJ, tenha logrado êxito na contenção da litigiosidade. E o que esperar da qualidade de tais julgamentos? Ao que parece, todos os problemas acabam no Judiciário, inclusive aqueles decorrentes de políticas mal sucedidas do Poder Executivo. E para que o Judiciário possa dar conta dessa contingência, a lei processual passa a ser atacada vertiginosamente. Diante dos conflitos repetitivos, assim, a ordem é fantasiosamente tornar o Código de Processo Civil um espaço acolhedor de ritos abstratos, que disciplinam demandas sem réus e julgamentos por amostragem.

Na contramão da realidade do cenário da litigiosidade no país, a reformas processuais parecem prestigiar institutos de pompa, porém superficiais, a exemplo do uso dos precedentes, os quais, importados inadvertidamente com preciosismo, revelam o regozijo do método subsuntivo em pleno século XXI, sem qualquer reavaliação mais comprometida com a história processual brasileira, mantendo, assim, o afastamento do fato frente a uma questão de direito, circunstância esta que a dogmática jurídica não consegue superar.

A partir disso, sob essa perspectiva, e sob os auspícios de um Estado Democrático e de Direito, em toda oportunidade na qual o direito seja compreendido como indeterminado, estar-se-ia autorizando postura antidemocrática do julgador, para lhe dar a prerrogativa de “criar”, por seus próprios critérios, a normatização do caso, durante o processo de interpretação do caso concreto. A decisão, em definitivo, não é um ato de criação do julgador, mas ato de conformação com a tradição, temporalidade e historicidade, em sua faticidade.

É preciso desfazer essa blindagem da qual se serve o direito para refugiar-se no mundo dos conceitos, dos “conceitos sem coisa” e, portanto, dos conceitos sem vida, como se os conceitos incorporassem o ser das coisas as quais ele se refere. É preciso reconhecer que o Direito, e nele a prestação jurisdicional, é essencialmente interpretativo, e sua aplicabilidade ocorre diante e no caso concreto, em sua *applicatio*.

O comprometimento com o ideário constitucional, portanto, requer uma reavaliação da postura do Estado frente ao quadro da litigiosidade, sob pena de restar constituído um totalitarismo jurisdicional, nos moldes descritos por Orwell, no qual a linguagem (novafala) está a serviço do poder totalitário e, como instrumento de dominação, mascara as obviedades da crise e tudo controla, tudo comanda, tudo cria e edita, inclusive o pensamento,

ressuscitando o *panopticon* de Bentham, Foucault e Orwell e nos confundindo acerca do próprio tempo.

E essa complexidade social que a tradição jurídica precisa observar com mais atenção. É improvável que uma única teoria sobre o modelo de jurisdição aceitável seja suficiente para melhor conduzir ou tratar o conflito social, ou seja, não enfrentamos mais problemas do medievo, curados por superstições ou ordálios. Está-se diante de uma sociedade extremamente mutante, paradoxal e conflituosa; de relações de curta duração.

Diante desse cenário complexo, é inevitável afirmar que carecemos de paradigmas teóricos igualmente complexos, que devem reciprocamente buscar possíveis complementações, em busca de medidas ou contenções hábeis para o bem-estar social.

O fato é que é dever do Estado garantir ao cidadão procedimentos adequados à natureza dos litígios, o que deve ocorrer como reflexo de uma cidadania que sustenta, como fundamento, a democracia, sob pena de dar-se relevo ao lamento de Sérgio Buarque de Holanda de que a democracia brasileira sempre fora um mal-entendido.

Desse modo, oportunizar ao cidadão um aparato jurisdicional constitucionalmente adequado é compatibilizar o ritual com o conflito. Se coletivo o conflito, não é o ritual individual que legitimará o caminho processual que fatalmente implicará ofensa a um algum direito fundamental, minimamente a começar pelo direito de igualdade processual, que fatalmente se precariza em um procedimento individual que só vem a potencializar a situação de um cidadão já vulnerabilizado pela relação jurídica de direito material.

Diante desse quadro, nem mesmo o contraditório determinado pelo art.10 na redação final do novo CPC garantirá o cumprimento ao devido processo legal, na medida em que a fundamentação das decisões em demandas repetitivas serão tão repetitivas quanto às decisões já fichadas ou catalogadas que se formam e se formarão em torno da temática, a fim de atender ao primado da duração razoável dos processos, leia-se ao cumprimento de metas de julgamento a que Judiciário está submetido.

A jurisdição, ou seus algozes, continuarão apostando na via da abstração para conter o excesso de litígios. Garantida restará, portanto, a abstrativização da prestação jurisdicional. Contra essa lógica, depois de nos livrarmos do *duplipensamento*⁶⁸³ e da opressão, resta invocar os “espíritos fundamentais” que somente através do cidadão, a partir da sua compreensão da realidade, podem ser materializados: é o acontecer do direito elementar da

⁶⁸³ ORWELL, George. 1984. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p.252.

cidadania a partir do olhar do seu titular, ou seja, o ser está no seu ente, assim como o ente está no seu ser.

Nada de novo no *front* acontecerá enquanto restar recrudescida a resistência do jurista ao contato direto com o conflito. Nada poderá ser esperado da jurisdição, tampouco poderá se falar de efetividade, de fato, enquanto o processo seja mantido como instrumento utilitarista das técnicas da superficialidade, distante da essência do conflito. Logo, recuperar o aspecto histórico e o envolvimento com a tradição parece inevitável para que seja possível garantir a perspectiva hermenêutica do direito processual e assim seguir para além da jurisdição dos conceitos sem coisas.

E com esse olhar, que a arte e o saber nos alivie o espírito (Nietzsche), porque aqueles que não querem se conscientizar dos preconceitos que o dominam, acabam se enganando sobre o que se revela sob a luz (Gadamer),⁶⁸⁴ e acabam por sucumbir em seu sono confortável. Eis o perigo da letargia. Eis o drama de quem consegue, por vezes, permanecer desperto e solitário, para evitar a cegueira em meio à visão (Saramago). Que o Estado, por fim, assuma o seu caráter de instância digna da coletividade e que a sociedade desperte, desfazendo-se da casa de ferro. Que o tempo, enfim, seja um aliado, e não o nosso algoz.

⁶⁸⁴ GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método I**, p.471.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **A indústria cultural** – O iluminismo como mistificação das massas. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p.169-214.

AZEVEDO, Aloísio. **O Cortiço**. São Paulo: L&PM Editores, 1998.

AGAMBEN, Giorgio. **Profanações**. São Paulo: Boitempo, 2007.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios del Teoria General y historia del proceso**. México, 1992.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito procesual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de resolução de demandas repetitivas. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v.9, n.54, p.47-78, abr.2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Agências Reguladoras no novo governo: algumas considerações. **Revista de Direitos Difusos**, Ano IV, vol.17, p.2267-2269, Jan/Fev.2003.

ARNAUD, André-Jean. **O direito entre a modernidade e globalização**. Lições de filosofia do direito e do estado. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AROCA, Montero Juan (org.). **Proceso Civil y ideología** – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da efetividade do proceso. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n.29, p.77-94. 1983.

_____. Ações coletivas na Constituição de 1988. **Revista de Processo**, São paulo, vol.61, p.128/146, jan.1991.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do proceso e técnica procesual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

_____. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

_____. **Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **O Estado e seus limites**. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. Boletim da Faculdade de Direito n 83, 2007, p.569-590.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Atlas, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

BRASIL, Planalto. **Lei n. 13.105, de 17 de março de 2015**. Institui o novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 18Mar2015.

BRASIL, Planalto. **Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18625.htm>. Acesso em: 22 Nov.2014.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 8046/2010 e 6025/2005**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/quadro-comparativo-do-cpc-atual-e-pl-8.046-11/view>>. Acesso em: 10 Jan. 2014.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 5139/2009**. Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>. Acesso em: 10 Jan. 2014.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Proposta de formalização do "**Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano**". Exposição de Motivos número 204, publicada no Diário Oficial de 16/12/2004, Seção I, p.8. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/expmot/2004/exposicaodemotivos-204-15-dezembro-2004-592098-exposicaodemotivos-117162-mj.html>>. Acesso em 07 Jan. 2014.

BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 166/2010**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=79547&tp=1>>. Acesso em: 31 Out.2014.

BRASIL, Senado Federal. **Quadro Comparativo**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84033>>. Acesso em: 31 Out.2014.

BRASIL, Planalto. **Emenda Constitucional n.45**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 10 Jan.2014.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda Constitucional n.358/2005**. Altera dispositivos dos arts. 21, 22, 29, 48, 93, 95, 96, 98, 102, 103-B, 104, 105, 107, 111-A, 114,

115, 120, 123, 124, 125, 128, 129, 130-A e 134 da Constituição Federal, acrescenta os arts. 97-A, 105-A, 111-B e 116-A, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=274765>> Acesso em: 22 Nov.2014.

BRASIL, Planalto. **II Pacto Republicano**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm>, Acesso em 10Jan.2014.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números. Justiça Estadual. Série Histórica 2004-2008**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/serie-historica/serie_historica_estadual.pdf>. Acesso em 31 Out.2014

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números. Justiça Federal. Série Histórica 2004-2008**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/serie-historica/serie_historica_federal.pdf>. Acesso em 31 Out.2014

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números. Relatório Sintético 2009**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-emnumeros/rel_sintetico_jn2009.pdf>. Acesso em 31 Out.2014

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números. Justiça Estadual 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2009/rel-justica-estadual.pdf>>. Acesso em 31 Out.2014

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números. Justiça Federal 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2009/rel-justica-federal.pdf>>. Acesso em 31 Out.2014

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números. Justiça Estadual 2011**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_estadual_jn2010.pdf>. Acesso em 31 Out.2014

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números. Justiça Federal. 2011**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_federal_jn2010.pdf>. Acesso em 31 Out.2014

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números. Justiça Estadual 2012**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/rel_completo_estadual.pdf>. Acesso em 31 Out.2014

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números. Justiça Federal 2012**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/rel_completo_federal.pdf>. Acesso em: Acesso em 31 Out.2014

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2013**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf>. Acesso em 31 Out.2014

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2014**. Disponível em: <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf>. Acesso em 31 Out.2014

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes. Edição 2011.** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em 08 Maio 2011.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes do país. Edição 2012.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 24 Fev.2014.

BRASIL, Instituto Brasileiro de Geografia E Estatística. **Vitimização e Justiça.** Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/vitimizacao_acesso_justica_2009/pnadvitimizacao.pdf>. Acesso em: 26 Out. 2011.

BRASIL, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Pesquisa Nacional por amostra de Domicílio 2009.** Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2009/pnad_sintese_2009.pdf>. Acesso em 07 Dez.2012.

BRASIL, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. **Leite Compen\$ado: MP cumpre mandados no Interior e deflagra nova etapa da operação.** Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/consumidor/pgn/id2130.htm>>. Acesso em 08 Set. 2014.

BRASIL, Secretaria de Assuntos Estratégicos. **Plataforma Vozes da Classe Média.** Disponível em <<http://www.sae.gov.br/site/wp-content/uploads/Cartilha-Vozes-Classe-Media.pdf>>. Acesso em 26 Mar. 2014.

BRASIL, Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial n.1.370.899/SP**, Relator Sidinei Beneti, Data de julgamento: 21/05/2014, Corte Especial, Data de Publicação: DJe 14/10/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300535517&dt_publicacao=16/10/2014>. Acesso em 31 Out.2014

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Julgamento do piso do magistério demonstra êxito do projeto para ações de massa.** Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=214095>>. Acesso em 10Jan.2014.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Fórum Eduardo Luz distribui de forma eletrônica 73 mil ações do Serasa.** Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/noticias/listanoticia!viewNoticia.action?cdnoticia=29457>>Acesso em: 10 Jan.2014.

BRASIL, Turma Nacional de Uniformização. **Súmula 32.** Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>> Acesso em: 30Out. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Recurso Inominado número 5003352-50.2011.404.7111.** Relator: Juiz Federal Luiz Clovis Nunes Braga. Porto Alegre, 25 de setembro de 2012. Disponível em: <http://www.jfrs.jus.br/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?txtValor=50033525020114047111&selOrigem=RS&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=>> Acesso em: 10 Nov.2012).

- BUENO, Cássio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, São Paulo, n.82, p.92-151, 1996.
- CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, São paulo, n.147, ano 32, p.123-146, maio.2007.
- CAENEGEN, R.C. Van. **Juízes, legisladores e professores**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Tradução para o espanhol de Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Editora EJE, 1960.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, Volume I. São Paulo: Atlas, 2014.
- CANETTI, Elias. **Massa e Poder**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: economia, sociedade e cultura. São Paulo: Paz e Terra, 2006. v.1.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 5, p.128-159, 1977
- _____. **Processo, ideologias e sociedades**. Porto Alegre: Fabris, 2008.v.1.
- _____. **Processo, ideologias e sociedades**. Porto Alegre: Fabris, 2010. v.2.
- _____. **O processo civil no direito comparado**. Belo Horizonte: Cultura Jurídica – Ed.Líder, 2001.
- _____. **Juízes Legisladores** (trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira). Porto Alegre: Fabris, 1993.
- CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- CASSIRER, Ernst. **El problema del conocimiento**. México: Fondo de Cultura Económica, 1957.
- CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Questão fato e Questão de direito - o problema metodológico da juridicidade**. Coimbra: Coimbra, 1967.
- _____. **O Instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983.
- _____. **O actual problema metodológica da interpretação jurídica**. Coimbra: Coimbra, 2003.
- _____. **O Direito hoje e com que sentido?** O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

- CASTEL, Robert. **A insegurança social** – o que é ser protegido? Petrópolis: Vozes, 2005.
- CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.
- CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- CHANG, Ha-Joo. **23 Coisas que não nos contaram sobre o capitalismo**. São Paulo: Cultrix, 2013.
- CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo-Horizonte: Fórum: 2009.
- CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva** – Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo** – uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual. São Paulo: RT, 1997.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: RT, 2001.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.
- DESCARTES, René. **Discurso do Método** – regras para a direção do espírito. São Paulo: Martin Claret, 2000.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- ENGLISH, Karl. **La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales**. 2004.
- EUROPA. **European Commission for the efficiency of Justice (CEPEJ)**. CEPEJ report evaluating European judicial systems - 2012 edition (2010 data) - CEPEJ Studies No. 18 e European judicial systems - Edition 2010 (2008 data): efficiency and quality of justice - CEPEJ Studies No. 12. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/default_en.asp> Acesso em: 10Jan.2014
- FERNÁNDEZ, Sergi Guasch. **El hecho y el derecho en la casación civil**. Barcelona: JMBosch, 1998.

FIX-ZAMUDIO, Hector. Introduccion al estudio del derecho procesal social. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, Madrid, n.01, p.389-418, 1965.

FIX-ZAMUDIO, Hector. **Derecho Procesal**. México: Universidad Autónoma del México, 1991.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método I**. Petrópolis: Vozes, 2004.

_____. Hans Georg. **Verdade e Método II**. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. **O problema da consciência histórica**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.

_____. **Hermenêutica em Retrospectiva**. Heidegger em retrospectiva. Petrópolis: Vozes, 2007. v.1.

_____. **Hermenêutica em Retrospectiva**. A virada hermenêutica. Petrópolis: Vozes, 2007. v.2.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

GARCIA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del estado conteporaneo**. Madrid: Alianza, 1982.

GARCIA V., Mario David. **El desajuste sistémico constitucional em la tutela de urgência**. Guatemala: Editorial Tierra Labrada, 2003.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **A tutela coletiva do século XXI e sua inserção no paradigma jurídico vigente**. In MILARÉ, Édís (coord). A ação civil pública após 25 anos. São Paulo: RT, 2010, p.37-59.

GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil - Un modelo para países de derecho civil**. México, 2004.

_____. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: RT, 2007.

_____. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 108, p.61-70, 2002.

_____. **Rumo a um Código de Processo Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso I** (Teoria General del Proceso). Buenos Aires: Europa-Amerca, 1962.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2007.

_____. WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de *civil law* e *common law*** – uma análise de direito comparado. São Paulo: RT, 2011.

_____. [et al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HABERLE, Peter. **O Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2011.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

HECK, Phillip. **Interpretação da lei e Jurisprudência dos interesses**. São Paulo: Saraiva, 1947.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo I e II**. Petrópolis: Vozes, 2001.

_____. **Que é Metafísica**. Tradução e Notas de Ernildo Stein. In: Conferências e Escritos.

_____. **Introdução à filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HELLER, Agnes. **Além da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

HENKE, HORST-EBERNHARD. **La cuestion de hecho**. El concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad. Buenos Aires: Edições Jurídicas Europa-América, 1979.

HENKEL, Heinrich. **Introducción a la filosofía del derecho**. Madrid: Taurus ediciones, 1968.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KAUFMANN, Arthur. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior do Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2003.

JOBIM, Marco Félix. **O direito à duração razoável do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Calouste, 1997.

LAZZARINI, Marilena. As investidas contra as ações civis públicas. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos (org.). **Tutela Coletiva**. São Paulo: Atlas, 2006. p.159-162.

- LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. **Ações Coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Fabris editor, 1998.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.
- _____. **Direito Econômico: soberania e mercado mundial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 1984. v.1.
- _____. **Estudo sobre o Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Bestbook, 2001.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- LIPOVETSKI, Gilles; SERROY, Jean. **A cultura mundo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- _____. **A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo**. São Paulo: Manole, 2005.
- MACEDO, Elaine Harzheim; VIAFORE, Daniele. **A decisão monocrática e a numerosidade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual Racionalidade?** São Paulo: Edições Loyola, 1991.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria das ações coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. **Manual do Processo de Conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARTÍNEZ, María Del Pilar Hernández. **Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos**. México, 1997.
- MASI, Domenico de. **O futuro do trabalho – Fadiga e ócio da sociedade pós-industrial**. São Paulo: José Olympo, 2006.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

- MERRYMAN, John Henry. **La Tradicion juridica romano-canonica**. México: Fondo del cultura, 1989.
- MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y Proceso**. Barcelona: J.M.Bosch editor, 1979.
- MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. O direito fundamental ao proceso justo. **Revista Magister de Direito Civil e Direito Processual Civi**, Porto Alegre, v.8, n.45, p.22-34, 2011.
- _____. **Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2004.
- MORAES, Voltaire de Lima. **A lei da Ação Civil Pública 25 anos depois (Lei 7.357/1985) e a derrocada do Projeto de lei 5.139/2009 que pretendia revogá-la** (*In: MILARÉ, Édis. A Ação Civil Pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.841-852, p.851).
- MULLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: RT, 2011.
- NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Resolução n. 39/248**. Aprova diretrizes básicas de proteção ao consumidor. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm>>. Acesso em: 22 Nov. 2014.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. **Princípios do Processo Civil na Constituição**. São Paulo: RT, 2004.
- NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da Moral**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- _____. **Assim falou Zaratustra**. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- _____. **Além do bem e do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução n. 39/284, de 16 de abril de 1985**. (Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm>>. Acesso em: 22 Nov.2014)
- ORTEGA Y GASSET, José. **A rebelião das massas**. São Paulo: Martins Editora, 2002.
- ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1969.

- PECZENIK, Aleksander. **Derecho y Razón**. México: Fontamara, 2000.
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- PORTO, Sérgio Gilberto. A humanização do processo civil contemporâneo em face da mais valia constitucional no projeto de um novo CPC. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n.418, Editora Nota Dez, p.41-51, agosto.2012.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Ática, 2000.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.232, p.13-35, jun.2014.
- _____. **La Pretensión Procesal y la tutela judicial efectiva**. Barcelona: JMBosch, 2004, 1ª edição.
- _____. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. **Provas Atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.
- ROTH, André-Noel. **O Direito em crise: fim do Estado Moderno**. In: FARIA, José Eduardo. **Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- RUIZ, Castor Bartolomé. **Os paradoxos do imaginário**. São Leopoldo: Unisinos, 2003.
- SANTOS, Karinne Emanoela Goettems dos. **A questão de fato e a questão de direito a partir de uma perspectiva hermenêutica**. 2006. 222 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2006.
- _____; PUPPE, Fernando Luiz. O consumidor em conflito: um estudo sobre as vias alternativas de acesso à justiça diante da sobrecarga de litígios no Poder Judiciário. **Revista SAJU, Porto Alegre**, v.7 n.1, p.32-48, set. 2011.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2008.
- _____. **Pela mão de Alice**. São Paulo: Cortez, 2003.
- _____. Para além do pensamento abissal – Das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Revista Novos Estudos**, São Paulo, n.79, p. 71-94, 2007.

SATTA, Salvatore. **Direito Processual civil**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1973.

SEITENFUS, Ricardo. **Relações Internacionais**. São Paulo: Manole, 2013.

SICHES, Recasés Luiz. **Nueva filosofía de la interpretación del Derecho**. México: Porrúa, 1973.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Epistemologia das Ciências Culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

_____. **Processo e Ideologia - o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Ação de imissão de posse no direito brasileiro atual**. São Paulo: Saraiva, 1981.

_____. **Advocacia de Tempos de Crise**. Editora Magister - Porto Alegre - RS. Publicado em: 22 jun. 2009. Disponível em:
<http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=487>. Acesso em: 17 jun. 2011.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Justiça da Lei e Justiça do Caso**. Disponível em:
<<http://www.baptistadasilva.com.br/Artigos>>. Acesso em: 17 jun. 2011.

_____. **Fundamentação das sentenças como garantia constitucional**. Revista de Hermenêutica Jurídica: Direito, Estado e Democracia: entre a (in) efetividade e o imaginário social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Verdade e Significado. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário de Pós-graduação em Direito da UNISINOS : mestrado e doutorado: n. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2004. p.265-281.

_____. Direito Material e Processo. **Revista Jurídica NotaDez**, Porto Alegre, p. 7-27, jul.2004.

_____. **Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Ação de imissão de posse no direito brasileiro atual**. São Paulo: Saraiva, 1981.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

STEIN, Ernildo. **Pensar é Pensar a diferença**: filosofia e conhecimento empírico. Ijuí: Editora UNIJUI, 2002.

_____. Da fenomenologia hermenêutica à hermenêutica filosófica. **Revista Veritas**, Porto Alegre, n. 47, n.01, p.21-34, 2002.

_____. **Gadamer e a consumação da hermenêutica**. In *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.9-24.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2013.

_____. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2010.

_____; STEIN, Ernildo (Org.). **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Súmulas no Direito Brasileiro**. Eficácia, Poder e Função. A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SUNSTEIN, Cass. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Harvard University Press, 2001.

TAYLOR, Charles. **As fontes do Self: a construção da identidade moderna**. São Paulo: Loyola, 1997.

TARUFFO, Michele. **Precedente y Jurisprudencia**. Disponível em: <<http://www.proesa.org.co/revistas/index.php/precedente/article/download/1434/1831>>. Acesso em: 11 Dez.2012.

_____. **El vértice ambiguo**. Lima: Palestra Editores, 2005.

_____. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2005.

_____. Racionalidad y crisis de la ley procesal. **Revista DOXA**, n.22, p.311-320, 1999.

THEODORO Jr., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.1.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma: para compreender o mundo hoje**. Petrópolis: Vozes, 2007.

VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Lisboa: Edições 70, 1987.

_____. **O fim da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

VERBIC, Francisco. **Principios del derecho de los procesos colectivos**. México: Universidade Nacional Autónoma de Mexico, 2014.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito III**. O Direito não estudado pela Teoria Jurídica Moderna. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997.

_____, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem** (colaboração de Leonel Severo Rocha). Porto Alegre: Fabris, 1995.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras: 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas**: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. São Paulo: Saraiva, 2001.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Ação Civil pública: aspectos evolutivos e tendências. Protagonismo, integração e gestão participativa dos conflitos. Legitimidade e efetividade do processo decisório. In: MILARÉ, Édis (Coord). **A Ação Civil Pública após 25 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.161-182.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madri: Trotta, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: RT, 2011.

ZIZEK, Slavoj. **O ano em que sonhamos perigosamente**. São Paulo: Boitempo, 2012.

ANEXO A - Decisão em demanda previdenciária, datada de 27/09/2012, no RECURSO CÍVEL nº 5003352-50.2011.404.7111 (Turma Recursal/RS do TRF4 Região).

“A sentença é de ser confirmada pelos seus próprios fundamentos, nos termos do art. 46 da Lei 9.099/1995, combinado com art. 1º da Lei 10.259/2001. Os fundamentos do acórdão, pois, são os mesmos fundamentos da sentença, onde todas as alegações já foram analisadas.

A decisão da Turma Recursal assim proferida, no âmbito dos Juizados Especiais, é suficiente para interposição de quaisquer recursos posteriores.

O prequestionamento é desnecessário no âmbito dos Juizados Especiais Federais. Isso porque o art. 46 da Lei 9.099/1995 dispensa a fundamentação do acórdão. Com isso, nos pedidos de uniformização de jurisprudência não há qualquer exigência de que a matéria tenha sido prequestionada. Para o recebimento de Recurso Extraordinário, igualmente, não se há de exigir, tendo em vista a expressa dispensa pela lei de regência dos Juizados Especiais, o que diferencia do processo comum ordinário.

Todavia, para evitar embargos futuros, dou por expressamente prequestionados todos os dispositivos indicados pelas partes nos presentes autos, para fins do art. 102, III, da Constituição Federal, respeitadas as disposições do art. 14, caput e parágrafos e art. 15, caput, da Lei 10.259/2001. A repetição dos dispositivos é desnecessária, a fim de não causar tautologia.

Importa destacar que 'o magistrado, ao analisar o tema controvertido, não está obrigado a refutar todos os aspectos levantados pelas partes, mas, tão somente, aqueles que efetivamente sejam relevantes para o deslinde do tema' (STJ, Resp 717265, DJ de 12/03/2007, p. 239).

Em assim sendo, rejeito todas as alegações que não tenham sido expressamente refutadas nos autos, porquanto desnecessária sua análise para chegar à conclusão alcançada.

O voto é por negar provimento ao recurso, condenando a parte recorrente ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, sendo que a exigibilidade de ambas as obrigações resta suspensa caso beneficiária de Assistência Judiciária, bem como se não foi apresentada contestação ou contrarrazões ao recurso.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso da parte autora”.

ANEXO B - Decisão da Turma Recursal em EMBARGOS DECLARATÓRIOS do mesmo RECURSO CÍVEL nº 5003352-50.2011.404.7111.

“Trata-se de embargos de declaração opostos para fins de suprir alegada ausência de fundamentação do acórdão.

Basicamente, sustenta a parte embargante que o acórdão, limitando-se a confirmar, por seus próprios fundamentos, a sentença recorrida, omitiu fundamentação específica acerca das razões do recurso.

Sem razão a parte embargante. Com efeito, no âmbito dos Juizados Especiais, a confirmação da sentença recorrida, por seus próprios fundamentos, encontra-se expressamente autorizada pelo art. 46 da Lei 9.099/95 (*verbis*):

'Art. 46. O julgamento em segunda instância constará apenas da ata, com a indicação suficiente do processo, fundamentação sucinta e parte dispositiva. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.'

Nesse mesmo sentido, confirmam-se os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

DECISÃO. TURMA RECURSAL. FUNDAMENTAÇÃO. A LEI Nº 9.099/95 viabiliza a adoção pela Turma Recursal dos fundamentos contidos na sentença proferida, não cabendo cogitar de transgressão do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. (STF, 1ª T., AI-AgR 453.483, j. 15.5.2007, DJ 08.6.2007)

HABEAS CORPUS. COLÉGIO RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL APELAÇÃO. NÃO - PROVIMENTO. REMISSÃO AOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. O § 5º do artigo 82 da Lei nº 9.099/95 faculta ao Colégio Recursal do Juizado Especial a remissão aos fundamentos adotados na sentença, sem que isso implique afronta ao artigo 93, IX, da Constituição do Brasil. Ordem denegada. (STF, 1ª T., HC 86.533, j. 08.11.2005)

Sendo desnecessária fundamentação específica quanto às razões do recurso julgado, não se reconhece omissão passível de suprimento pela via declaratória.

Assim, não procedem os embargos.

Sem honorários ou custas, por incabíveis na espécie.

Ante o exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO aos embargos de declaração”.

ANEXO C - ANTEPROJETO DO CÓDIGO MODELO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS⁶⁸⁵

ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS

JANEIRO DE 2007

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – ÚLTIMA VERSÃO

INCORPORANDO SUGESTÕES DA CASA CIVIL, SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS,
PGFN E DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DE MINAS GERAIS, PARANÁ, RIO GRANDE DO SUL
E SÃO PAULO

Capítulo I DAS DEMANDAS COLETIVAS

Art. 1º Conteúdo do Código – Este Código dispõe sobre os processos coletivos relativos às ações coletivas ativas, à ação coletiva passiva originária, ao mandado de segurança coletivo, à ação popular constitucional e à ação de improbidade administrativa.

Art. 2º Princípios da tutela jurisdicional coletiva – São princípios da tutela jurisdicional coletiva:

- a) Acesso à justiça e à ordem jurídica justa;
- b) Universalidade da jurisdição;
- c) Participação pelo processo e no processo;
- d) Tutela coletiva adequada;
- e) Boa-fé e cooperação das partes e de seus procuradores;
- f) Cooperação dos órgãos públicos na produção da prova;
- g) Economia processual;
- h) Instrumentalidade das formas;
- i) Ativismo judicial;
- j) Flexibilização da técnica processual;
- k) Dinâmica do ônus da prova;
- l) Representatividade adequada;
- m) Intervenção do Ministério Público em caso de relevante interesse social;
- n) Não taxatividade da ação coletiva;
- o) Ampla divulgação da demanda e dos atos processuais;
- p) Indisponibilidade temperada da ação coletiva;

⁶⁸⁵ De acordo com o Anexo constante na obra dos mentores do anteprojeto. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law – uma análise de direito comparado**. São Paulo: RT, 2011, p.340-363.

- q) Continuidade da ação coletiva;
- r) Obrigatoriedade do cumprimento e da execução da sentença;
- s) Extensão subjetiva da coisa julgada, coisa julgada *secundum eventum litis e secundum probationem*;
- t) Reparação dos danos materiais e morais;
- u) Aplicação residual do Código de Processo Civil;
- v) Proporcionalidade e razoabilidade.

Art.3º Efetividade da tutela jurisdicional – Para a defesa dos direitos e interesses indicados neste Código são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, inclusive os previstos no Código de Processo Civil e em leis especiais.

§ 1º O juiz, instaurado o contraditório, poderá desconsiderar a pessoa jurídica, nas hipóteses previstas no art. 50 do Código Civil e no art.4º da Lei 9.605/98.

§ 2º Para a tutela dos interesses e direitos previstos nas alíneas II e III do artigo 3º e observada a disponibilidade do bem jurídico protegido, as partes poderão estipular convenção de arbitragem, a qual se regerá pelas disposições do Código de Processo Civil e da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Art. 4º Objeto da tutela coletiva – A demanda coletiva será exercida para a tutela de:

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

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

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Parágrafo único. A análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser objeto de questão prejudicial, pela via do controle difuso.

Art. 5º Pedido e causa de pedir – Nas ações coletivas, a causa de pedir e o pedido serão interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido.

Parágrafo único. A requerimento da parte interessada, até a prolação da sentença, o juiz permitirá a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado,

mediante possibilidade de nova manifestação de quem figure no polo passivo da demanda, no prazo de 10 (dez) dias, observado o parágrafo 3º do artigo 10.

Art. 6º Relação entre demandas coletivas – Observado o disposto no artigo 22 deste Código, as demandas coletivas de qualquer espécie poderão ser reunidas, de ofício ou a requerimento das partes, ficando prevento o juízo perante o qual a demanda foi distribuída em primeiro lugar, quando houver:

I – conexão, pela identidade de pedido ou causa de pedir, conquanto diferentes os legitimados ativos, e para os fins da ação prevista no Capítulo III, os legitimados passivos;

II – conexão probatória, desde que não haja prejuízo à duração razoável do processo;

III – continência, pela identidade de partes e causa de pedir, observado o disposto no inciso anterior, sendo o pedido de uma das ações mais abrangente do que o das demais.

§ 1º Na análise da identidade do pedido e da causa de pedir, será considerada a identidade do bem jurídico a ser protegido.

§ 2º Na hipótese de conexidade entre ações coletivas referidas ao mesmo bem jurídico, o juiz prevento, até o início da instrução, deverá obrigatoriamente determinar a reunião de processos para julgamento conjunto e, iniciada a instrução, poderá determiná-la, desde que não haja prejuízo à duração razoável do processo;

§ 3º Aplicam-se à litispendência as regras dos incisos I e III deste artigo, quanto à identidade de legitimados ativos ou passivos, e a regra de seu parágrafo 1º, quanto à identidade do pedido e da causa de pedir ou da defesa.

Art. 7º Relação entre demanda coletiva e ações individuais – A demanda coletiva não induz litispendência para as ações individuais em que sejam postulados direitos ou interesses próprios e específicos de seus autores, mas os efeitos da coisa julgada coletiva (art. 13 deste Código) não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência efetiva da demanda coletiva nos autos da ação individual.

§ 1º Cabe ao demandado informar o juízo da ação individual sobre a existência de demanda coletiva que verse sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso de a ação individual ser rejeitada.

§ 2º A suspensão do processo individual perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, facultado ao autor requerer a retomada do curso do processo individual, a qualquer tempo, independentemente da anuência do réu, hipótese em que não poderá mais beneficiar-se da sentença coletiva.

§ 3º O Tribunal, de ofício, por iniciativa do juiz competente ou a requerimento da parte, após instaurar, em qualquer hipótese, o contraditório, poderá determinar a suspensão de processos individuais em que se postule a tutela de interesses ou direitos referidos a relação jurídica substancial de caráter incindível, pela sua própria natureza ou por força de lei, a cujo respeito as questões devam ser decididas de modo uniforme e globalmente, quando houver sido ajuizada demanda coletiva versando sobre o mesmo bem jurídico.

§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, a suspensão do processo perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, vedada ao autor a retomada do curso do processo individual antes desse momento.

Art. 8º Comunicação sobre processos repetitivos. O juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com identidade de fundamento jurídico, notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que proponham, querendo, demanda coletiva, ressalvada aos autores individuais a faculdade prevista no artigo anterior.

Parágrafo único. Caso o Ministério Público não promova a demanda coletiva, no prazo de 90 (noventa) dias, o juiz, se considerar relevante a tutela coletiva, fará remessa das peças dos processos individuais ao procurador-geral, e este ajuizará a demanda coletiva, designará outro órgão do Ministério Público para fazê-lo, ou insistirá, motivadamente, no não ajuizamento da ação, informando o juiz.

Art. 9º Efeitos da citação – A citação válida para a demanda coletiva interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais e transindividuais direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, retroagindo o efeito à data da propositura da ação.

Art. 10 Prioridade de processamento e utilização de meios eletrônicos – O juiz deverá dar prioridade ao processamento da demanda coletiva, servindo-se preferencialmente dos meios eletrônicos para a prática de atos processuais do juízo e das partes, observados os critérios próprios que garantam sua autenticidade.

Art. 11. Provas – São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1º Sem prejuízo do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

§ 2º O ônus da prova poderá ser invertido quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando a parte for hipossuficiente.

§ 3º Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa (parágrafo único do artigo 4º deste Código), o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para sua produção, observado o contraditório em relação à parte contrária (artigo 23, parágrafo 5º, inciso IV).

§ 4º O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

§ 5º Para a realização da prova técnica, o juiz poderá solicitar a elaboração de laudos ou relatórios a órgãos, fundações ou universidades públicas especializados na matéria.

Art. 12. Motivação das decisões judiciais. Todas as decisões deverão ser especificamente fundamentadas, especialmente quanto aos conceitos jurídicos indeterminados.

Parágrafo único. Na sentença de improcedência, o juiz deverá explicitar, no dispositivo, se rejeita a demanda por insuficiência de provas.

Art. 13. Coisa julgada – Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.

§ 1º Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos (art. 3º, III, deste Código), em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação a título individual, salvo quando a demanda coletiva tiver sido ajuizada por sindicato, como substituto processual da categoria.

§ 2º Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos (art. 3º, I e II, deste Código) não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 34 e 35 deste Código.

§ 3º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

§ 4º A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*.

§ 5º Mesmo na hipótese de sentença de improcedência, fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 (dois) anos contados do conhecimento geral de descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado.

§ 6º A faculdade prevista no parágrafo anterior, nas mesmas condições, fica assegurada ao demandado da ação coletiva julgada procedente.

Art. 14. Efeitos do recurso da sentença definitiva – O recurso interposto contra a sentença tem efeito meramente devolutivo, salvo quando a fundamentação for relevante e puder resultar à parte lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz, ponderando os valores em jogo, poderá atribuir ao recurso efeito suspensivo.

Art. 15. Legitimação à liquidação e execução da sentença condenatória – Na hipótese de o autor da demanda coletiva julgada procedente não promover, em 120 (cento e vinte) dias, a liquidação ou execução da sentença, deverá fazê-lo o Ministério Público, quando se tratar de interesse público relevante, facultada igual iniciativa, em todos os casos, aos demais legitimados (art. 19 deste Código).

Art. 16. Execução definitiva e execução provisória – A execução é definitiva quando passada em julgado a sentença; e provisória, na pendência dos recursos cabíveis.

§ 1º A execução provisória corre por conta e risco do exequente, que responde pelos prejuízos causados ao executado, em caso de reforma da sentença recorrida.

§ 2º A execução provisória permite a prática de atos que importem em alienação do domínio ou levantamento do depósito em dinheiro.

§ 3º A pedido do executado, o tribunal pode suspender a execução provisória quando dela puder resultar lesão grave e de difícil reparação.

Art. 17. Custas e honorários – Nas demandas coletivas de que trata este código, a sentença condenará o demandado, se vencido, nas custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como em honorários de advogados, calculados sobre a condenação.

§ 1º Tratando-se de condenação a obrigação específica ou de condenação genérica, os honorários advocatícios serão fixados levando-se em consideração a vantagem para o grupo, categoria ou classe, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

§ 2º O Poder Público, quando demandado e vencido, incorrerá na condenação prevista neste artigo.

§ 3º Se o legitimado for pessoa física, entidade sindical ou de fiscalização do exercício das profissões, associação civil ou fundação de direito privado, o juiz, sem prejuízo da verba da sucumbência, poderá fixar gratificação financeira, a cargo do Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos, quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da demanda coletiva, observados na fixação os critérios de razoabilidade e modicidade.

§ 4o Os autores da demanda coletiva não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

§ 5o O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e em até o décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Art. 18. Juízos especializados – Sempre que possível, as demandas coletivas de que trata este Código serão processadas e julgadas em juízos especializados.

Parágrafo único. Quando se tratar de liquidação e execução individuais dos danos sofridos em decorrência de violação a interesses ou direitos individuais homogêneos (artigo 31 deste Código), a competência para a tramitação dos processos será dos juízos residuais comuns.

CAPÍTULO II

DA AÇÃO COLETIVA ATIVA

Seção I – Disposições gerais

Art. 19. Cabimento da ação coletiva ativa. A ação coletiva ativa será exercida para a tutela dos interesses e direitos mencionados no artigo 4º deste Código.

Art. 20. Legitimação. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como:

- a – a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;
- b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos;

c – sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado;

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos, e individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, nos termos do inciso I deste artigo;

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

IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, quando a coletividade ou os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas forem necessitados, do ponto de vista organizacional, e dos individuais homogêneos, quando os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas forem, ao menos em parte, hipossuficientes;

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

VI - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, bem como os órgãos do Poder Legislativo, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos indicados neste Código;

VII – as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas as primeiras à defesa dos interesses e direitos ligados à categoria;

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

IX - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

§ 1º Na defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, qualquer legitimado deverá demonstrar a existência do interesse social e, quando se tratar de direitos coletivos e individuais homogêneos, a coincidência entre os interesses do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;

§ 2º No caso dos incisos I e II deste artigo, o juiz poderá voltar a analisar a existência do requisito da representatividade adequada em qualquer tempo e grau de jurisdição, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo seguinte.

§ 3º Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada (incisos I e II deste artigo), o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.

§ 4º Em relação às associações civis e às fundações de direito privado, o juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição, quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano, pela relevância do bem jurídico a ser protegido ou pelo reconhecimento de representatividade adequada (inciso I deste artigo).

§ 5º Os membros do Ministério Público poderão ajuizar a ação coletiva perante a Justiça federal ou estadual, independentemente da pertinência ao Ministério Público da União, do Distrito Federal ou dos Estados, e, quando se tratar da competência da Capital do Estado (artigo 22, inciso III) ou do Distrito Federal (artigo 22, inciso IV), independentemente de seu âmbito territorial de atuação.

§ 6º Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados, inclusive entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados.

§ 7º Em caso de relevante interesse social, cuja avaliação ficará a seu exclusivo critério, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 8º Havendo vício de legitimação, desistência infundada ou abandono da ação, o juiz aplicará o disposto no parágrafo 3º deste artigo.

§ 8º Em caso de inércia do Ministério Público, aplica-se o disposto no parágrafo único do artigo 8º deste Código.

§ 9º Em caso de inércia do Ministério Público, aplica-se o disposto no parágrafo único do art.8º deste Código.

Art. 21. Do termo de ajustamento de conduta – Preservada a indisponibilidade do bem jurídico protegido, o Ministério Público e os órgãos públicos legitimados, agindo com critérios de equilíbrio e imparcialidade, poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta à lei, mediante fixação de modalidades e prazos para o cumprimento das obrigações assumidas e de multas por seus descumprimentos.

[terá natureza jurídica de transação, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade de homologação judicial do compromisso, hipótese em que sua eficácia será de título executivo judicial].

Art. 22. Competência territorial – É absolutamente competente para a causa o foro:

I – do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – de qualquer das comarcas ou sub-seções judiciárias, quando o dano de âmbito regional compreender até 3 (três) delas, aplicando-se no caso as regras de prevenção;

III - da Capital do Estado, para os danos de âmbito regional, compreendendo 4 (quatro) ou mais comarcas ou sub-seções judiciárias;

IV – de uma das Capitais do Estado, quando os danos de âmbito interestadual compreenderem até 3 (três) Estados, aplicando-se no caso as regras de prevenção;

IV- do Distrito Federal, para os danos de âmbito interestadual que compreendam mais de 3 (três) Estados, ou de âmbito nacional.

§ 1º A amplitude do dano será aferida conforme indicada na petição inicial da demanda.

§ 2º Ajuizada a demanda perante juiz territorialmente incompetente, este remeterá incontinenti os autos ao juízo do foro competente, sendo vedada ao primeiro juiz a apreciação de pedido de antecipação de tutela.

[...]

Art. 23. Inquérito civil. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, nos termos do disposto em sua Lei Orgânica, ou requisitar, de qualquer

organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias.

§ 1º Aplica-se às atribuições do Ministério Público, em relação ao inquérito civil, o disposto no parágrafo 5º do artigo 20 deste Código.

§ 2º Nos casos em que a lei impuser sigilo, incumbe ao Ministério Público, ao inquirido e a seu advogado a manutenção do segredo.

§ 3º A eficácia probante, em juízo, das peças informativas do inquérito civil dependerá da participação do investigado, em sua colheita, ressalvadas as perícias, que poderão ser submetidas a contraditório posterior.

§ 4º Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura de ação coletiva, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 5º Os demais legitimados (art. 20 deste Código) poderão recorrer da decisão de arquivamento ao Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu regimento.

§ 6º O membro do Ministério Público que promover o arquivamento do inquérito civil ou das peças informativas encaminhará, no prazo de 3 (três) dias, sob pena de falta grave, os respectivos autos ao Conselho Superior do Ministério Público, para homologação e para as medidas necessárias à uniformização da atuação ministerial.

§ 7º Deixando o Conselho de homologar a promoção do arquivamento, designará, desde logo, outro membro do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

§ 8º Constituem crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação coletiva, quando requisitados pelo Ministério Público.

Art. 23. Da instrução da inicial e do valor da causa – Para instruir a inicial, o legitimado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias.

§ 1º As certidões e informações deverão ser fornecidas dentro de 15 (quinze) dias da entrega, sob recibo, dos respectivos requerimentos, e só poderão ser utilizados para a instrução da ação coletiva.

§ 2º Somente nos casos em que a defesa da intimidade ou o interesse social, devidamente justificados, exigirem o sigilo, poderá ser negada certidão ou informação.

§ 3º Ocorrendo a hipótese do parágrafo anterior, a ação poderá ser proposta desacompanhada das certidões ou informações negadas, cabendo ao juiz, após apreciar os motivos do indeferimento, requisitá-las; feita a requisição, o processo correrá em segredo de justiça.

§ 4o Na hipótese de ser incomensurável ou inestimável o valor dos danos coletivos, fica dispensada a indicação do valor da causa.

Art. 25 - Audiência preliminar – Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

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

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

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

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

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

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

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

III – decidirá a respeito do litisconsórcio e da intervenção de terceiros, esta admissível até o momento do saneamento do processo, vedada a denunciação da lide na hipótese do artigo 13, parágrafo único, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor.

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

V – Na hipótese do inciso anterior, esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no parágrafo 1º do artigo 10 deste Código, e sobre a possibilidade de ser determinada, no momento do julgamento, sua inversão, nos termos do parágrafo 2º do mesmo artigo;

VI – Se não houver necessidade de audiência de instrução e julgamento, de acordo com a natureza do pedido e as provas documentais juntadas pelas partes ou requisitadas pelo juiz,

sobre as quais tenha incidido o contraditório, simultâneo ou sucessivo, julgará antecipadamente a lide.

Art. 26. Ação reparatória – Na ação reparatória dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, sempre que possível e independentemente de pedido do autor, a condenação consistirá na prestação de obrigações específicas, destinadas à compensação do dano sofrido pelo bem jurídico afetado, nos termos do artigo 461 e parágrafos do Código de Processo Civil.

§ 1º Dependendo da especificidade do bem jurídico afetado, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias consideradas relevantes, o juiz poderá especificar, em decisão fundamentada, as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado;

§ 2º Somente quando impossível a condenação do réu no cumprimento de obrigações específicas, o juiz condenará o réu, em decisão fundamentada, ao pagamento de indenização, independentemente de pedido do autor, a qual reverterá ao Fundo de Direitos Difusos e Coletivos, de natureza federal ou estadual, de acordo com a Justiça competente (art. 27 deste Código).

Art. 27. Do Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos. O Fundo será administrado por um Conselho Gestor federal ou por Conselhos Gestores estaduais, dos quais participarão necessariamente, em composição paritária, membros do Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à realização de atividades tendentes a minimizar as lesões ou a evitar que se repitam, dentre outras que beneficiem os bens jurídicos prejudicados, bem como a antecipar os custos das perícias necessárias à defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e a custear o prêmio previsto no parágrafo 3º do artigo 17.

§ 1º Além da indenização oriunda da sentença condenatória, prevista no parágrafo 2º do artigo 26, e da execução pelos danos globalmente causados, de que trata o parágrafo 3º do artigo 36, ambos deste Código, constituem receita do Fundo o produto da arrecadação de multas, inclusive as decorrentes do descumprimento de compromissos de ajustamento de conduta.

§ 2º O representante legal do Fundo, considerado funcionário público para efeitos legais, responderá por sua atuação nas esferas administrativa, penal e civil.

§ 3º O Fundo será notificado da propositura de toda ação coletiva e sobre as decisões mais importantes do processo, podendo nele intervir em qualquer tempo e grau de jurisdição na função de *amicus curiae*.

§ 4º O Fundo manterá e divulgará registros que especifiquem a origem e a destinação dos recursos e indicará a variedade dos bens jurídicos a serem tutelados e seu âmbito regional;

§ 5º Semestralmente, o Fundo dará publicidade às suas demonstrações financeiras e atividades desenvolvidas.

Seção II

Da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos

Art. 28. Da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos

– A ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos será exercida para a tutela do conjunto de direitos ou interesses individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe.

§ 1º Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados no artigo 19 deste Código, é necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

§ 2º A determinação dos interessados poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado, não havendo necessidade de a petição inicial estar acompanhada da relação de membros do grupo, classe ou categoria.

Art. 29. Ação de responsabilidade civil – Os legitimados poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, dentre outras (artigo 2.º deste Código), ação coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

Art. 30. Citação e notificações – Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e a publicação de edital, de preferência resumido, no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como assistentes, observado o disposto no parágrafo 5º deste artigo.

§ 1º Sem prejuízo da publicação do edital, o juiz determinará sejam os órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código notificados da existência da demanda coletiva e de seu trânsito em julgado.

§ 2º Concedida a tutela antecipada e sendo identificáveis os beneficiários, o juiz determinará ao demandado que informe os interessados sobre a opção de exercerem, ou não, o direito à fruição da medida.

§ 3º Descumprida a determinação judicial de que trata o parágrafo anterior, o demandado responderá, no mesmo processo, pelos prejuízos causados aos beneficiários.

§ 4º Quando for possível a execução do julgado, ainda que provisória, o juiz determinará a publicação de edital no órgão oficial, às custas do demandado, impondo-lhe, também, o dever de divulgar, pelos meios de comunicação social, nova informação, compatível com a extensão ou gravidade do dano, observado o critério da modicidade do custo. Sem prejuízo das referidas providências, o juízo providenciará a comunicação aos órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código.

§ 5º Os intervenientes não poderão discutir suas pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento.

Art. 31. Efeitos da transação - As partes poderão transacionar, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não aderir à transação, propondo ação a título individual.

Art. 32 - Sentença condenatória – Sempre que possível, o juiz fixará na sentença o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo, categoria ou classe.

§ 1º Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo, categoria ou classe for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula de cálculo da indenização individual.

§ 2º O membro do grupo, categoria ou classe que divergir quanto ao valor da indenização individual ou à fórmula para seu cálculo, estabelecidos na sentença coletiva, poderá propor ação individual de liquidação.

§ 3º Não sendo possível a prolação de sentença condenatória líquida, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Art. 33. Competência para a liquidação e execução – É competente para a liquidação e execução o juízo:

I - da ação condenatória ou da sede do legitimado à ação de conhecimento, quando coletiva a liquidação ou execução.

II – da ação condenatória, observado o disposto no artigo 17 deste Código, ou do domicílio da vítima ou sucessor, no caso de liquidação ou execução individual.

[...]

Art. 34. Liquidação e execução individuais. A liquidação e execução serão promovidas individualmente pelo beneficiário ou seus sucessores, que poderão ser representados,

mediante instrumento de mandato, por associações, entidades sindicais ou de fiscalização do exercício das profissões e defensorias públicas, ainda que não tenham sido autoras no processo de conhecimento, observados os requisitos do artigo 15 deste Código.

§ 1º Na liquidação da sentença caberá ao liquidante provar, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

§ 2º A liquidação da sentença poderá ser dispensada quando a apuração do dano pessoal, do nexo de causalidade e do montante da indenização depender exclusivamente de prova documental, hipótese em que o pedido de execução por quantia certa será acompanhado dos documentos comprobatórios e da memória do cálculo.

§ 3º Os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário, regendo-se os respectivos saques, sem expedição de alvará, pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários.

§ 4º Na hipótese de o exercício da ação coletiva ter sido contratualmente vinculado ao pagamento de honorários por serviços prestados, o montante destes será deduzido dos valores destinados ao pagamento previsto no parágrafo anterior, ficando à disposição da entidade legitimada.

§ 5º A carta de sentença para a execução provisória poderá ser extraída em nome do credor, ainda que este não tenha integrado a lide no processo de conhecimento.

Art. 35. Liquidação e execução coletivas – Se possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas por qualquer dos legitimados do artigo 20 deste Código.

Art. 36. Liquidação e execução pelos danos globalmente causados – Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do artigo 19 deste Código promover a liquidação e execução coletiva da indenização devida pelos danos causados.

§ 1o Na fluência do prazo previsto no caput deste artigo a prescrição não correrá.

§ 2o O valor da indenização será fixado de acordo com o dano globalmente causado, que poderá ser demonstrado por meio de prova pré-constituída ou, não sendo possível, mediante liquidação.

§ 3o O produto da indenização reverterá ao Fundo (art. 26 deste Código), que o utilizará para finalidades conexas à proteção do grupo, categoria ou classe beneficiados pela sentença.

[...]

Art. 37. Concurso de créditos – Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação de que trata o artigo 26 deste Código e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância a ser recolhida ao Fundo ficará sustada enquanto pendentes de decisão de recurso ordinário as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

Capítulo III

DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

Art. 38. Ações contra o grupo, categoria ou classe – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada (artigo 20, I, “a”, “b” e “c”), se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (artigo 4º, incisos I e II) e a tutela se revista de interesse social.

Parágrafo único. O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados à ação coletiva ativa (art. 20, incisos III, IV, V e VI e VII deste Código) não poderão ser considerados representantes adequados da coletividade, ressalvadas as entidades sindicais.

Art. 39. Coisa julgada passiva – A coisa julgada atuará erga omnes, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe e aplicando-se ao caso as disposições do artigo 12 deste Código, no que dizem respeito aos interesses ou direitos transindividuais.

Art. 40. Aplicação complementar às ações coletivas passivas – Aplica-se complementarmente às ações coletivas passivas o disposto no Capítulo I deste Código, no que não for incompatível.

Parágrafo único. As disposições relativas a custas e honorários, previstas no artigo 16 e seus parágrafos, serão invertidas, para beneficiar o grupo, categoria ou classe que figurar no polo passivo da demanda.

Capítulo IV

DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Art. 41. Cabimento do mandado de segurança coletivo – Conceder-se-á mandado de segurança coletivo, nos termos dos incisos LXIX e LXX do artigo 5º da Constituição Federal, para proteger direito líquido e certo relativo a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 4º deste Código).

Art. 42. Legitimação ativa – O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

I – Ministério Público;

II – Defensoria Pública;

III – partido político com representação no Congresso Nacional;

IV – entidade sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados, dispensada a autorização assemblear.

Parágrafo único – O Ministério Público, se não impetrar o mandado de segurança coletivo, atuará como fiscal da lei, em caso de interesse público ou relevante interesse social.

Art. 43. Disposições aplicáveis - Aplicam-se ao mandado de segurança coletivo as disposições do Capítulo I deste Código, inclusive no tocante às custas e honorários (art. 17 e seus parágrafos) e as da Lei n.º 1.533/51 [sic], no que não for incompatível.

Capítulo V

DAS AÇÕES POPULARES

Seção I

Da ação popular constitucional

Art. 44 - Disposições aplicáveis – Aplicam-se à ação popular constitucional as disposições do Capítulo I deste Código e as da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965.

Seção II

Ação de improbidade administrativa

Art. 45. Disposições aplicáveis – A ação de improbidade administrativa rege-se pelas disposições do Capítulo I deste Código, com exceção do disposto no artigo 4º e seu parágrafo único, devendo o pedido e a causa de pedir ser interpretados restritivamente, e pelas disposições da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992,

Capítulo VI

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 46. Do Cadastro Nacional de Processos Coletivos – O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, com a finalidade de permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário e todos os interessados tenham acesso ao conhecimento da existência de ações coletivas, facilitando a sua publicidade.

§ 1º Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos coletivos remeterão, no prazo de 10 (dez) dias, cópia da petição inicial ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos.

§ 2º O Conselho Nacional de Justiça, no prazo de 90 (noventa) dias, editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Processos Coletivos, incluindo a forma de comunicação pelos juízos quanto à existência de processos coletivos e aos atos processuais mais relevantes, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença e o

trânsito em julgado, a interposição de recursos e seu andamento, a execução provisória ou definitiva; disciplinará, ainda, os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado.

Art. 47. Instalação de órgãos especializados - A União, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, e os Estados criarão e instalarão órgãos especializados, em primeira e segunda instância, para o processamento e julgamento de ações coletivas.

Art. 48. Princípios de interpretação – Este Código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos direitos e interesses de que trata.

Art. 49. Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil – Aplicam-se subsidiariamente às ações coletivas, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Civil, independentemente da Justiça competente para o processamento e julgamento.

Parágrafo único – Os recursos cabíveis e seu processamento seguirão o disposto no Código de Processo Civil e legislação correlata, no que não for incompatível.

Art. 50. Nova redação – Dê-se nova redação aos artigos de leis abaixo indicados:

a – O artigo 273 do Código de Processo Civil passa a vigorar com a seguinte redação, acrescidos os arts. 273-A, 273-B, 273-C e 273-D:

“Art.273

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada, fundamentadamente, enquanto não se produza a preclusão da decisão que a concedeu (§1º do art. 273-B e art. 273-C)”.

§ 5 “Na hipótese do inciso I deste artigo, o juiz só concederá a tutela antecipada sem ouvir a parte contrária em caso de extrema urgência ou quando verificar que o réu, citado, poderá torná-la ineficaz”.

Art.273-A. “A antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo”.

Art.273-B. “Aplicam-se ao procedimento antecedente, no que couber, as disposições do Livro III, Título único, Capítulo I deste Código”.

§ 1 “Concedida a tutela antecipada, é facultado, até 30 (trinta) dias contados da preclusão da decisão concessiva:

a– ao réu, propor demanda que vise à sentença de mérito;

b – ao autor, em caso de antecipação parcial, propor demanda que vise à satisfação integral da pretensão.”

§ 2º “Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida”.

Art. 273-C. “Concedida a tutela antecipada no curso do processo, é facultado à parte interessada, até 30 (trinta) dias contados da preclusão da decisão concessiva, requerer seu prosseguimento, objetivando o julgamento de mérito.”

Parágrafo único. “Não pleiteado o prosseguimento do processo, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida”.

Art. 273-D. “ Proposta a demanda (§ 1º do art. 273-B) ou retomado o curso do processo (art. 273-C), sua eventual extinção, sem julgamento do mérito, não ocasionará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência da ação, se incompatíveis as decisões.”

b – O artigo 10 da Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, passa a ter a seguinte redação:

Artigo 10: “Findo o prazo a que se refere o item I do art. 7º e ouvido, dentro de 5 (cinco) dias, o representante da pessoa jurídica de direito público, responsável pela conduta impugnada, os autos serão conclusos ao juiz, independentemente de solicitação da parte, para a decisão, a qual deverá ser proferida em 5 (cinco) dias, tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora”. c - O artigo 7º, inciso I, alínea “a”, da Lei n. 4717, de 29 de junho de 1965, passa a ter a seguinte redação:

Art. 7º – “.....

I –

a – além da citação dos réus, a intimação do representante do Ministério Público, que poderá intervir no processo como litisconsorte ou fiscal da lei, devendo fazê-lo obrigatoriamente quando se tratar, a seu exclusivo critério, de interesse público relevante, vedada, em qualquer caso, a defesa dos atos impugnados ou de seus autores.”

d - Acrescente-se ao artigo 18 da Lei n. 4717, de 29 de junho de 1965 um parágrafo único, com a seguinte redação:

Art. 18 - “.....

Parágrafo único – Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 (dois) anos contados do conhecimento geral da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado.”

e - Acrescentem-se ao artigo 17 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, dois parágrafos, numerados como 1º e 2º, renumerando-se os atuais parágrafos 1º , 2º, 3º , 4º, 5º o, 6º o, 7º o, 8º o, 9º o, 10, 11 e 12 como 3º , 4º, 5º o, 6º o, 7º o, 8º o, 9º o, 10, 11, 12, 13 e 14.

Art.17 – “.....

§ 1o – Nas hipóteses em que, pela natureza e circunstâncias de fato ou pela condição dos responsáveis, o interesse social não apontar para a necessidade de pronta e imediata intervenção do Ministério Público, este, a seu exclusivo critério, poderá, inicialmente, provocar a iniciativa do Poder Público co-legitimado, zelando pela observância do prazo prescricional e, sendo proposta a ação, intervir nos autos respectivos como fiscal da lei, nada obstando que, em havendo omissão, venha a atuar posteriormente, inclusive contra a omissão, se for o caso.

§ 2º - No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, a pessoa jurídica interessada integrará a lide na qualidade de litisconsorte, cabendo-lhe apresentar ou indicar os meios de prova de que disponha.

f – O artigo 80 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, passa a ter a seguinte redação:

Artigo 80: “As ações individuais movidas pelo idoso serão propostas no foro de seu domicílio, cujo juízo terá competência absoluta para processar e julgar a causa”.

Art. 51. Revogação – Revogam-se a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; os artigos 81 a 104 da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990; o parágrafo 3o do artigo 5o da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965; os artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989; o artigo 3º da Lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989; os artigos 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei n. 8.069, de 13 de junho de 1990; o artigo 2º da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997; e os artigos 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

Art. 52. Vigência - Este Código entrará em vigor dentro de cento e oitenta dias a contar de sua publicação.

Dezembro de 2005.

**ANEXO D - PL 5139/2009 DE ALTERAÇÃO DA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA
PARA A TUTELA DE INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS OU INDIVIDUAIS
HOMOGÊNEOS, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.**

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei as ações civis públicas destinadas à proteção:

I - do meio ambiente, da saúde, da educação, do trabalho, do desporto, da segurança pública, dos transportes coletivos, da assistência jurídica integral e da prestação de serviços públicos;

II - do consumidor, do idoso, da infância e juventude e das pessoas portadoras de deficiência;

III - da ordem social, econômica, urbanística, financeira, da economia popular, da livre concorrência, do patrimônio público e do erário;

IV - dos bens e direitos de valor artístico, cultural, estético, histórico, turístico e paisagístico; e

V - de outros interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

§ 1º Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, concessão, revisão ou reajuste de benefícios previdenciários ou assistenciais, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

§ 2º Aplicam-se as disposições desta Lei às ações coletivas destinadas à proteção de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Art. 2º A tutela coletiva abrange os interesses ou direitos:

I - difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato;

II - coletivos em sentido estrito, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e

III - individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tutela conjunta a ser aferida por critérios como facilitação do acesso à Justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica ou dificuldade na formação do litisconsórcio.

§ 1o A tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social, política, econômica ou jurídica.

§ 2o A análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser arguida incidentalmente, como questão prejudicial, pela via do controle difuso.

CAPÍTULO II DOS PRINCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA

Art. 3o O processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios:

I - amplo acesso à justiça e participação social;

II - duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias;

III - isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia;

IV - tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito;

V - motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados;

VI - publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade;

VII - dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva;

VIII - exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo; e

IX - preferência da execução coletiva.

CAPÍTULO III DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO COLETIVA

Art. 4o É competente para a causa o foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano ou o ilícito, aplicando-se as regras da prevenção e da competência absoluta.

§ 1o Se a extensão do dano atingir a área da capital do Estado, será esta a competente; se também atingir a área do Distrito Federal será este o competente, concorrentemente com os foros das capitais atingidas.

§ 2o A extensão do dano será aferida, em princípio, conforme indicado na petição inicial.

§ 3o Havendo, no foro competente, juízos especializados em razão da matéria e juízos especializados em ações coletivas, aqueles prevalecerão sobre estes.

Art. 5o A distribuição de uma ação coletiva induzirá litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados e prevenirá a competência do juízo para todas as demais ações coletivas posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, ainda que diferentes os legitimados coletivos, quando houver:

I - conexão, pela identidade de pedido ou causa de pedir, ainda que diferentes os legitimados;

II - conexão probatória; ou

III - continência, pela identidade de interessados e causa de pedir, quando o pedido de uma das ações for mais abrangente do que o das demais.

§ 1o Na análise da identidade da causa de pedir e do objeto, será preponderantemente considerado o bem jurídico a ser protegido.

§ 2o Na hipótese de litispendência, conexão ou continência entre ações coletivas que digam respeito ao mesmo bem jurídico, a reunião dos processos poderá ocorrer até o julgamento em primeiro grau.

§ 3o Iniciada a instrução, a reunião dos processos somente poderá ser determinada se não houver prejuízo para a duração razoável do processo.

Art. 6o São legitimados concorrentemente para propor a ação coletiva:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, bem como seus órgãos despersonalizados que tenham como finalidades institucionais a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos;

IV - a Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive as suas seções e subseções;

V - as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas à defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria;

VI - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, a ser verificado quando do ajuizamento da ação; e

VII - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, para a defesa de interesses ou direitos relacionados com seus fins institucionais, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

§ 1o O juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição de um ano das associações civis e das fundações de direito privado quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 2o O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da ordem jurídica.

§ 3o Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os legitimados, inclusive entre os ramos do Ministério Público e da Defensoria Pública.

§ 4o As pessoas jurídicas de direito público, cujos atos sejam objeto de impugnação, poderão abster-se de contestar o pedido, ou atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

Art. 7o É vedada a intervenção de terceiros nas ações coletivas, ressalvada a possibilidade de qualquer legitimado coletivo habilitar-se como assistente litisconsorcial em qualquer dos pólos da demanda.

§ 1o A apreciação do pedido de assistência far-se-á em autos apartados, sem suspensão do feito, salvo quando implicar deslocamento de competência, recebendo o interveniente o processo no estado em que se encontre.

§ 2o O juiz rejeitará liminarmente o pedido de habilitação como assistente do membro do grupo, na ação em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, quando o interessado não demonstrar, de plano, razões de fato ou de direito que assegurem utilidade à tutela coletiva e justifiquem a sua intervenção, podendo o juiz limitar o número de assistentes, quando este comprometer o bom andamento e a duração razoável do processo.

§ 3o As pretensões individuais, na fase de conhecimento do processo coletivo, somente poderão ser discutidas e decididas de modo coletivo, facultando-se o agrupamento em subclasses ou grupos.

Art. 8o Ocorrendo desistência infundada, abandono da ação coletiva ou não interposição do recurso de apelação, no caso de sentença de extinção do processo ou de improcedência do pedido, serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado assumir a titularidade, no prazo de quinze dias.

Art. 9o Não haverá extinção do processo coletivo, por ausência das condições da ação ou pressupostos processuais, sem que seja dada oportunidade de correção do vício em qualquer tempo ou grau de jurisdição ordinária ou extraordinária, inclusive com a substituição do autor coletivo, quando serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado adotar as providências cabíveis, em prazo razoável, a ser fixado pelo juiz.

CAPÍTULO IV DO PROCEDIMENTO

Art. 10. A ação coletiva de conhecimento seguirá o rito ordinário estabelecido na Lei n o 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, obedecidas as modificações previstas nesta Lei.

§ 1o Até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá adequar as fases e atos processuais às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico coletivo, garantido o contraditório e a ampla defesa.

§ 2o A inicial deverá ser instruída com comprovante de consulta ao cadastro nacional de processos coletivos, de que trata o caput do art. 53 desta Lei, sobre a inexistência de ação coletiva que verse sobre bem jurídico correspondente.

§ 3o Incumbe à serventia judicial verificar a informação constante da consulta, certificando nos autos antes da conclusão ao juiz.

Art.11. Nas ações coletivas, para instruir a inicial o interessado poderá requerer de qualquer pessoa, física ou jurídica, indicando a finalidade, as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de quinze dias.

§ 1o Não fornecidas as certidões e informações referidas no caput , poderá a parte propor a ação desacompanhada destas, facultado ao juiz, após apreciar os motivos do não fornecimento, requisitá-las.

§ 2o A recusa, o retardamento ou a omissão, injustificados, de dados técnicos ou informações indispensáveis à propositura da ação coletiva, quando requisitados pelo juiz, implicará o pagamento de multa de dez a cem salários mínimos.

Art. 12. Sendo inestimável o valor dos direitos ou danos coletivos, o valor da causa será indicado pelo autor, segundo critério de razoabilidade, com a fixação em definitivo pelo juiz em saneamento ou na sentença.

Art. 13. Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e, em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, a intimação do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como a comunicação dos interessados, titulares dos

respectivos interesses ou direitos objeto da ação coletiva, para que possam exercer, até a publicação da sentença, o seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.

Parágrafo único. A comunicação dos membros do grupo, prevista no caput, poderá ser feita pelo correio, inclusive eletrônico, por oficial de justiça ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, sem obrigatoriedade de identificação nominal dos destinatários, que poderão ser caracterizados enquanto titulares dos mencionados interesses ou direitos, fazendo-se referência à ação, às partes, ao pedido e à causa de pedir, observado o critério da modicidade do custo.

Art. 14. O juiz fixará o prazo para a resposta nas ações coletivas, que não poderá ser inferior a quinze ou superior a sessenta dias, atendendo à complexidade da causa ou ao número de litigantes.

Parágrafo único. À Fazenda Pública aplicam-se os prazos previstos na Lei n.º 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil.

Art. 15. A citação válida nas ações coletivas interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, desde a distribuição até o final do processo coletivo, ainda que haja extinção do processo sem resolução do mérito.

Art. 16. Nas ações coletivas, a requerimento do autor, até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe em prejuízo para a parte contrária, devendo ser preservado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de quinze dias, facultada prova complementar.

Art. 17. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, o juiz poderá, independentemente de pedido do autor, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida.

§ 1º Atendidos os requisitos do caput, a tutela poderá ser antecipada sem audiência da parte contrária, em medida liminar ou após justificação prévia.

§ 2º A tutela antecipada também poderá ser concedida após a resposta do réu, durante ou depois da instrução probatória, se o juiz se convencer de que há abuso do direito de defesa, manifesto propósito protelatório ou quando houver parcela incontroversa do pedido.

§ 3o A multa cominada liminarmente será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento e poderá ser exigida de forma imediata, em autos apartados, por meio de execução definitiva.

Art. 18. Se não houver necessidade de audiência de instrução e julgamento, de acordo com a natureza do pedido e as provas documentais apresentadas pelas partes ou requisitadas pelo juiz, observado o contraditório, simultâneo ou sucessivo, a lide será julgada imediatamente.

Art. 19. Não sendo o caso de julgamento antecipado, encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

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

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

§ 3o Quando indisponível o bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

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

Art. 20. Não obtida a conciliação ou quando, por qualquer motivo, não for utilizado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I - decidirá se o processo tem condições de prosseguir na forma coletiva;

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

III - fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas;

IV - distribuirá a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração;

V - poderá ainda distribuir essa responsabilidade segundo os critérios previamente ajustados pelas partes, desde que esse acordo não torne excessivamente difícil a defesa do direito de uma delas;

VI - poderá, a todo momento, rever o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova, diante de fatos novos, observado o contraditório e a ampla defesa;

VII - esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova; e

VIII - poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

Art. 21. Em sendo necessária a realização de prova pericial requerida pelo legitimado ou determinada de ofício, o juiz nomeará perito.

Parágrafo único. Não havendo servidor do Poder Judiciário apto a desempenhar a função pericial, competirá a este Poder remunerar o trabalho do perito, após a devida requisição judicial.

Art. 22. Em qualquer tempo e grau do procedimento, o juiz ou tribunal poderá submeter a questão objeto da ação coletiva a audiências públicas, ouvindo especialistas no assunto e membros da sociedade, de modo a garantir a mais ampla participação social possível e a adequada cognição judicial.

CAPÍTULO V DAS TÉCNICAS DE TUTELA COLETIVA

Art. 23. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Art. 24. Na ação que tenha por objeto a imposição de conduta de fazer, não fazer, ou de entregar coisa, o juiz determinará a prestação ou a abstenção devida, bem como a cessação da atividade nociva, em prazo razoável, sob pena de cominação de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias, independentemente de requerimento do autor.

§ 1º A conversão em perdas e danos somente será admissível se inviável a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente e, no caso de interesses ou direitos coletivos ou individuais homogêneos, se houver interesse do grupo titular do direito.

§ 2º A indenização por perdas e danos far-se-á sem prejuízo da multa, quando cabível.

Art. 25. Na ação reparatória dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, sempre que possível e independentemente de pedido do autor, a condenação consistirá na prestação de obrigações específicas, destinadas à reconstituição do bem, mitigação e compensação do dano sofrido.

Parágrafo único. Dependendo das características dos bens jurídicos afetados, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias, o juiz poderá determinar, em decisão fundamentada e independentemente do pedido do autor, as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar, entre outras, a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita.

Art. 26. Na ação que tenha por objeto a condenação ao pagamento de quantia em dinheiro, deverá o juiz, sempre que possível, em se tratando de valores a serem individualmente pagos aos prejudicados ou de valores devidos coletivamente, impor a satisfação desta prestação de ofício e independentemente de execução, valendo-se da imposição de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias.

Art. 27. Em razão da gravidade do dano coletivo e da relevância do bem jurídico tutelado e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução, poderá o juiz determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no compromisso de ajustamento de conduta ou na sentença.

§ 1o Quando a execução envolver parcelas ou prestações individuais, sempre que possível o juiz determinará ao réu que promova dentro do prazo fixado o pagamento do valor da dívida, sob pena de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias, independentemente de habilitação judicial dos interessados.

§ 2o Para fiscalizar os atos de liquidação e cumprimento da sentença do processo coletivo, poderá o juiz nomear pessoa qualificada, que terá acesso irrestrito ao banco de dados e à documentação necessária ao desempenho da função.

§ 3o Na sentença condenatória à reparação pelos danos individualmente sofridos, sempre que possível, o juiz fixará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo ou um valor mínimo para a reparação do dano.

§ 4o Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo forem uniformes, prevalecentemente uniformes ou puderem ser reduzidos a uma fórmula matemática, a sentença do processo coletivo indicará esses valores, ou a fórmula de cálculo da indenização individual e determinará que o réu promova, no prazo que fixar, o pagamento do valor respectivo a cada um dos membros do grupo.

§ 5o O membro do grupo que divergir quanto ao valor da indenização individual ou à fórmula para seu cálculo, estabelecidos na liquidação da sentença do processo coletivo, poderá propor ação individual de liquidação, no prazo de um ano, contado do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo.

§ 6o Se for no interesse do grupo titular do direito, as partes poderão transacionar, após a oitiva do Ministério Público, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não concordar com a transação, propondo nesse caso ação individual no prazo de um ano, contado da efetiva comunicação do trânsito em julgado da sentença homologatória, observado o disposto no parágrafo único do art. 13.

Art. 28. O juiz poderá impor multa ao órgão, entidade ou pessoa jurídica de direito público ou privado responsável pelo cumprimento da decisão que impôs a obrigação, observados a necessidade de intimação e o contraditório prévio.

Art. 29. Não sendo possível a prolação de sentença condenatória líquida, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Art. 30. O juiz poderá, observado o contraditório, desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento dos interesses tratados nesta Lei, houver abuso de direito, excesso de poder, exercício abusivo do dever, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, bem como falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração.

§ 1o A pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários, as sociedades que a integram, no caso de grupo societário, ou outros responsáveis que exerçam de fato a administração da empresa.

§ 2o A desconsideração da personalidade jurídica poderá ser efetivada em qualquer tempo ou grau de jurisdição, inclusive nas fases de liquidação e execução.

§ 3o Se o réu houver sido declarado falido, o administrador judicial será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denúncia da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este.

CAPÍTULO VI DOS RECURSOS, DA COISA JULGADA COLETIVA E DA RELAÇÃO ENTRE DEMANDAS COLETIVAS E INDIVIDUAIS

Art. 31. Os recursos interpostos nas ações coletivas serão recebidos no efeito meramente devolutivo, salvo quando sua fundamentação for relevante e da decisão puder resultar lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz, a requerimento do interessado, ponderando os valores em questão, poderá atribuir-lhe o efeito suspensivo.

Art. 32. A sentença no processo coletivo fará coisa julgada erga omnes, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados.

Art. 33. Se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá ajuizar outra ação coletiva, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Art. 34. Os efeitos da coisa julgada coletiva na tutela de direitos individuais homogêneos não prejudicarão os direitos individuais dos integrantes do grupo, categoria ou classe, que poderão propor ações individuais em sua tutela.

§ 1o Não serão admitidas novas demandas individuais relacionadas com interesses ou direitos individuais homogêneos, quando em ação coletiva houver julgamento de improcedência em matéria exclusivamente de direito, sendo extintos os processos individuais anteriormente ajuizados.

§ 2o Quando a matéria decidida em ação coletiva for de fato e de direito, aplica-se à questão de direito o disposto no § 1o e à questão de fato o previsto no caput e no § 6o do art. 37.

§ 3o Os membros do grupo que não tiverem sido devidamente comunicados do ajuizamento da ação coletiva, ou que tenham exercido tempestivamente o direito à exclusão, não serão afetados pelos efeitos da coisa julgada previstos nos §§ 1o e 2o.

§ 4o A alegação de falta de comunicação prevista no § 3o incumbe ao membro do grupo, mas o demandado da ação coletiva terá o ônus de comprovar a comunicação.

Art. 35. No caso de extinção dos processos individuais como efeito da decisão prolatada em ações coletivas, não haverá condenação ao pagamento de novas despesas processuais, custas e honorários, salvo a atuação de má-fé do demandante.

Art. 36. Nas ações coletivas que tenham por objeto interesses ou direitos difusos ou coletivos, as vítimas e seus sucessores poderão proceder à liquidação e ao cumprimento da sentença, quando procedente o pedido.

Parágrafo único. Aplica-se a regra do caput à sentença penal condenatória.

Art. 37. O ajuizamento de ações coletivas não induz litispendência para as ações individuais que tenham objeto correspondente, mas haverá a suspensão destas, até o julgamento da demanda coletiva em primeiro grau de jurisdição.

§ 1o Durante o período de suspensão, poderá o juiz perante o qual foi ajuizada a demanda individual, conceder medidas de urgência.

§ 2o Cabe ao réu, na ação individual, informar o juízo sobre a existência de demanda coletiva que verse sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso de o pedido da ação individual ser improcedente, desde que a improcedência esteja fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3o A ação individual somente poderá ter prosseguimento, a pedido do autor, se demonstrada a existência de graves prejuízos decorrentes da suspensão, caso em que não se beneficiará do resultado da demanda coletiva.

§ 4o A suspensão do processo individual perdurará até a prolação da sentença da ação coletiva, facultado ao autor, no caso de procedência desta e decorrido o prazo concedido ao réu para cumprimento da sentença, requerer a conversão da ação individual em liquidação provisória ou em cumprimento provisório da sentença do processo coletivo, para apuração ou recebimento do valor ou pretensão a que faz jus.

§ 5o No prazo de noventa dias contado do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo, a ação individual suspensa será extinta, salvo se postulada a sua conversão em liquidação ou cumprimento de sentença do processo coletivo.

§ 6o Em caso de julgamento de improcedência do pedido em ação coletiva de tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos, por insuficiência de provas, a ação individual será extinta, salvo se for requerido o prosseguimento no prazo de trinta dias contado da intimação do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo.

Art. 38. Na hipótese de sentença de improcedência, havendo suficiência de provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar ação revisional, com idêntico fundamento, no prazo de um ano contado do conhecimento geral da descoberta de prova técnica nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea para mudar seu resultado.

§ 1o A faculdade prevista no caput , nas mesmas condições, fica assegurada ao demandado da ação coletiva com pedido julgado procedente, caso em que a decisão terá efeitos ex nunc .

§ 2o Para a admissibilidade da ação prevista no § 1 o, deverá o autor depositar valor a ser arbitrado pelo juiz, que não será inferior a dez por cento do conteúdo econômico da demanda.

Art. 39. A ação rescisória objetivando desconstituir sentença ou acórdão de ação coletiva, cujo pedido tenha sido julgado procedente, deverá ser ajuizada em face do

legitimado coletivo que tenha ocupado o pólo ativo originariamente, podendo os demais co-legitimados atuar como assistentes.

Parágrafo único. No caso de ausência de resposta, deverá o Ministério Público, quando legitimado, ocupar o pólo passivo, renovando-se-lhe o prazo para responder.

CAPÍTULO VII DA LIQUIDAÇÃO, EXECUÇÃO E CUMPRIMENTO DE SENTENÇAS DO PROCESSO COLETIVO

Art. 40. É competente para a liquidação e execução coletiva o juízo da ação de conhecimento ou o foro do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação ou do domicílio do executado.

Parágrafo único. Sempre que possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas por qualquer dos legitimados à ação coletiva, pelas vítimas ou por seus sucessores.

Art. 41. É competente para a liquidação e execução individual o foro do processo de conhecimento, do domicílio do autor da liquidação ou da execução, ou do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação, não havendo prevenção do juízo da ação coletiva originária.

§ 1º Quando a competência para a liquidação não for do juízo da fase de conhecimento, o executado será intimado, na pessoa do seu procurador, seguindo a execução o procedimento do art. 475-A e seguintes da Lei n.º 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil.

§ 2º Na hipótese do § 1º, o executado será intimado para a execução após a penhora.

Art. 42. Na liquidação da sentença condenatória à reparação dos danos individualmente sofridos, deverão ser provados, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

Art. 43. A liquidação da sentença poderá ser dispensada quando a apuração do dano pessoal, do nexo de causalidade e do montante da indenização depender exclusivamente de prova documental, hipótese em que o pedido de execução por quantia certa será acompanhado dos documentos comprobatórios e da memória do cálculo.

Art. 44. Os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados, preferencialmente, em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário, regendo-se os respectivos saques pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários.

Parágrafo único. Será determinado ao réu, além da ampla divulgação nos meios de comunicação, a comprovação da realização dos depósitos individuais e a notificação aos beneficiários com endereço conhecido.

Art. 45. Em caso de sentença condenatória genérica de danos sofridos por sujeitos indeterminados, decorrido o prazo prescricional das pretensões individuais, poderão os legitimados coletivos, em função da não habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano ou do locupletamento indevido do réu, promover a liquidação e execução da indenização pelos danos globalmente sofridos pelos membros do grupo, sem prejuízo do correspondente ao enriquecimento ilícito do réu.

Parágrafo único. No caso de concurso de créditos decorrentes de ações em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, a preferência com relação ao pagamento será decidida pelo juiz, aplicando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Art. 46. Havendo condenação em pecúnia, inclusive decorrente de dano moral coletivo, originária de ação relacionada com interesses ou direitos difusos e coletivos, a quantia será depositada em juízo, devendo ser aplicada na recuperação específica dos bens lesados ou em favor da comunidade afetada.

§ 1º O legitimado coletivo, com a fiscalização do Ministério Público, deverá adotar as providências para a utilização do valor depositado judicialmente, inclusive podendo postular a contratação de terceiros ou o auxílio do Poder Público do local onde ocorreu o dano.

§ 2º Na definição da aplicação da verba referida no caput, serão ouvidos em audiência pública, sempre que possível, os membros da comunidade afetada.

CAPÍTULO VIII DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUITA E DO INQUÉRITO CIVIL

Art. 47. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante a fixação de deveres e obrigações, com as respectivas multas devidas no caso do descumprimento.

Art. 48. O valor da cominação pecuniária deverá ser suficiente e necessário para coibir o descumprimento da medida pactuada.

Parágrafo único. A cominação poderá ser executada imediatamente, sem prejuízo da execução específica.

Art. 49. O compromisso de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade da sua homologação judicial, hipótese em que sua eficácia será de título executivo judicial.

Parágrafo único. Não será admitida transação no compromisso de ajustamento de conduta que verse sobre bem indisponível, salvo quanto ao prazo e ao modo de cumprimento das obrigações assumidas.

Art. 50. A execução coletiva das obrigações fixadas no compromisso de ajustamento de conduta será feita por todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa, quando necessária.

§ 1o. Quando o compromisso de ajustamento de conduta contiver obrigações de naturezas diversas, poderá ser ajuizada uma ação coletiva de execução para cada uma das obrigações, sendo as demais apensadas aos autos da primeira execução proposta.

§ 2o. Nas hipóteses do § 1o, as execuções coletivas propostas posteriormente poderão ser instruídas com cópias do compromisso de ajustamento de conduta e documentos que o instruem, declaradas autênticas pelo órgão do Ministério Público, da Defensoria Pública ou pelo advogado do exequente coletivo.

§ 3o. Qualquer um dos co-legitimados à defesa judicial dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos poderá propor a ação de execução do compromisso de ajustamento de conduta, mesmo que tomado por outro co-legitimado.

§ 4o. Quando o ajustamento abranger interesses ou direitos individuais homogêneos, o indivíduo diretamente interessado poderá solicitar cópia do termo de compromisso de ajustamento de conduta e documentos que o instruem, para a propositura da respectiva ação individual de liquidação ou de execução.

§ 5o. Nos casos do § 4o, o indivíduo interessado poderá optar por ajuizar a ação individual de liquidação ou de execução do compromisso de ajustamento de conduta no foro do seu domicílio ou onde se encontrem bens do devedor.

Art. 51. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a dez dias úteis.

§ 1o. O inquérito civil deverá contar com mecanismos de controle interno quanto ao processamento e à adequação da sua instauração.

§ 2o. É autorizada a instauração de inquérito civil fundamentado em manifestação anônima, desde que instruída com elementos mínimos de convicção.

Art. 52. Se, depois de esgotadas todas as diligências, o órgão do Ministério Público se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação coletiva, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente, sem prejuízo da atuação dos demais co-legitimados com relação ao mesmo objeto.

§ 1o Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivados serão remetidos ao órgão revisor competente, conforme dispuser o seu regimento, no prazo de até quinze dias, sob pena de se incorrer em falta grave.

§ 2o Até que o órgão revisor homologue ou rejeite a promoção de arquivamento, poderão os interessados apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito, anexados ao inquérito civil ou às peças de informação.

§ 3o Deixando o órgão revisor de homologar a promoção de arquivamento no inquérito civil ou peças de informação, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação ou a adoção de outras providências cabíveis e manifestação fundamentada.

CAPÍTULO IX DO CADASTRO NACIONAL DE PROCESSOS COLETIVOS E DO CADASTRO NACIONAL DE INQUÉRITOS CIVIS E COMPROMISSOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Art. 53. O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a existência e o estado das ações coletivas.

§ 1o Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos coletivos remeterão, no prazo de dez dias, cópia da petição inicial, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos.

§ 2o No prazo de noventa dias, contado da publicação desta Lei, o Conselho Nacional de Justiça editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Processos Coletivos e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado através da rede mundial de computadores.

§ 3o O regulamento de que trata o § 2o disciplinará a forma pela qual os juízos comunicarão a existência de processos coletivos e os atos processuais mais relevantes sobre o seu andamento, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença, o trânsito em julgado, a interposição de recursos e a execução.

Art. 54. O Conselho Nacional do Ministério Público organizará e manterá o Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário, os co-legitimados e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a abertura do inquérito e a existência do compromisso.

§ 1º Os órgãos legitimados que tiverem tomado compromissos de ajustamento de conduta remeterão, no prazo de dez dias, cópia, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta.

§ 2º O Conselho Nacional do Ministério Público, no prazo de noventa dias, a contar da publicação desta Lei, editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e Compromissos de Ajustamento de Conduta, incluindo a forma de comunicação e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado.

CAPÍTULO X DAS DESPESAS, DOS HONORÁRIOS E DOS DANOS PROCESSUAIS

Art. 55. A sentença do processo coletivo condenará o demandado, se vencido, ao pagamento das custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como dos honorários de advogado, calculados sobre a condenação.

§ 1º Tratando-se de condenação à obrigação específica ou de condenação genérica, os honorários advocatícios serão fixados levando-se em consideração a vantagem obtida para os interessados, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

§ 2º Os legitimados coletivos não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados em honorários de advogado, custas e demais despesas processuais, salvo comprovada má-fé.

Art. 56. O legitimado coletivo somente responde por danos processuais nas hipóteses em que agir com má-fé processual.

Parágrafo único. O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e em até o décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

CAPÍTULO XI DO PROGRAMA EXTRAJUDICIAL DE PREVENÇÃO OU REPARAÇÃO DE DANOS

Art. 57. O demandado, a qualquer tempo, poderá apresentar em juízo proposta de prevenção ou reparação de danos a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, consistente em programa extrajudicial.

§ 1o O programa poderá ser proposto no curso de ação coletiva ou ainda que não haja processo em andamento, como forma de resolução consensual de controvérsias.

§ 2o O programa objetivará a prestação pecuniária ou a obrigação de fazer, mediante o estabelecimento de procedimentos a serem utilizados no atendimento e satisfação dos interesses e direitos referidos no caput .

§ 3o Em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, o programa estabelecerá sistema de identificação de seus titulares e, na medida do possível, deverá envolver o maior número de partes interessadas e afetadas pela demanda.

§ 4o O procedimento poderá compreender as diversas modalidades de métodos alternativos de resolução de conflitos, para possibilitar a satisfação dos interesses e direitos referidos no caput , garantidos a neutralidade da condução ou supervisão e o sigilo.

Art. 58. A proposta poderá ser apresentada unilateralmente ou em conjunto com o legitimado ativo, no caso de processo em curso, ou com qualquer legitimado à ação coletiva, no caso de inexistir processo em andamento.

Art. 59. Apresentado o programa, as partes terão o prazo de cento e vinte dias para a negociação, prorrogável por igual período, se houver consentimento de ambas.

Art. 60. O acordo que estabelecer o programa deverá necessariamente ser submetido à homologação judicial, após prévia manifestação do Ministério Público.

Art. 61. A liquidação e execução do programa homologado judicialmente contarão com a supervisão do juiz, que poderá designar auxiliares técnicos, peritos ou observadores para assisti-lo.

CAPÍTULO XII DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 62. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, ou de qualquer outro legitimado, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação coletiva e indicando-lhe os elementos de convicção.

Art. 63. As ações coletivas terão tramitação prioritária sobre as individuais.

Art. 64. A União, os Estados e o Distrito Federal poderão criar juízos e órgãos especializados para o processamento e julgamento de ações coletivas em primeira e segunda instância.

Art. 65. É admissível homologação de sentença estrangeira na tutela dos direitos ou interesses difusos coletivos e individuais homogêneos.

§ 1o A homologação de sentença estrangeira coletiva deverá ser requerida perante o Superior Tribunal de Justiça pelos legitimados arrolados no art. 6 o.

§ 2o As vítimas ou seus sucessores também poderão utilizar, individualmente, da sentença estrangeira coletiva no Brasil, requerendo a sua homologação perante o Superior Tribunal de Justiça.

Art. 66. As multas administrativas originárias de violações dos direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos reverterão a fundo gerido por conselho federal ou por conselhos estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da sociedade civil, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados e a projetos destinados à prevenção ou reparação dos danos.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no art. 46, poderá o juiz, após prévia oitiva das partes interessadas, atendidas as especificidades da demanda e o interesse coletivo envolvido, destinar o produto da condenação em dinheiro originária de ação coletiva para o fundo previsto no caput .

Art. 67. As disposições desta Lei aplicam-se à ação popular e ao mandado de segurança coletivo, no que não forem incompatíveis com as regras próprias que disciplinam e regulam as referidas ações.

Art. 68. Os dispositivos desta Lei aplicam-se no âmbito das relações de trabalho, ressalvadas as peculiaridades e os princípios informadores do processo trabalhista.

Art. 69. Aplica-se à ação civil pública e às demais ações coletivas previstas nesta Lei, subsidiariamente, a Lei n o 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil, naquilo em que não contrarie suas disposições e desde que seja compatível com o sistema de tutela coletiva.

§ 1o À ação civil pública e demais ações coletivas previstas nesta Lei aplica-se ainda o disposto nas Leis n o 4.348, de 26 de junho de 1964, 5.021, de 9 de junho de 1966, 8.437, de 30 de junho de 1992, e 9.494, de 10 de setembro de 1997.

§ 2o A execução por quantia certa das decisões judiciais proferidas contra a Fazenda Pública, na ação civil pública e nas demais ações coletivas de que trata esta Lei, deverá se dar na forma do art. 730 da Lei n o 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil.

Art. 70. Esta Lei entra em vigor após cento e oitenta dias contados de sua publicação.

Art. 71. Ficam revogados:

I - a Lei n o 7.347, de 24 de julho de 1985; II - os arts. 3 o a 7 o da Lei n o 7.853, de 24 de outubro de 1989; III - o art. 3 o da Lei n o 7.913, de 7 de dezembro de 1989; IV - os arts. 209 a 213 e 215 a 224 da Lei n o 8.069, de 13 de julho de 1990; V - os arts. 81 a 84, 87,

90 a 95, 97 a 100, 103 e 104 da Lei n o 8.078, de 11 de setembro de 1990; VI - o art. 88 da Lei n o 8.884, de 11 de junho de 1994; VII - o art. 7 o da Lei n o 9.008, de 21 de março de 1995, na parte em que altera os arts. 82, 91 e 92 da Lei n o 8.078, de 11 de setembro de 1990; VIII - os arts. 2 o e 2 o-A da Lei n o 9.494, de 10 de setembro de 1997; IX - o art. 54 da Lei n o 10.257, de 10 de julho de 2001; X - os arts. 4 o, na parte em que altera o art. 2 o-A da Lei n o 9.494, de 10 de setembro de 1997, e 6 o da Medida Provisória n o 2.180-35, de 24 de agosto de 2001; XI - os arts. 74, inciso I, 80 a 89 e 92, da Lei n o 10.741, de 1 o de outubro de 2003; e XII - a Lei n o 11.448, de 15 de janeiro de 2007.

Brasília.

ANEXO E - VOTO DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA ACERCA DO PROJETO DE LEI N. 5139

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

PROJETO DE LEI Nº 5.139, DE 2009 (Do Poder Executivo)

“Disciplina a ação civil pública para tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e dá outras providências.”

Autor: Poder Executivo Relator: Deputado JOSE CARLOS ALELUIA

PARECER VENCEDOR

I – RELATÓRIO

Trata-se de Projeto de Lei oriundo do Executivo, propondo novas regras para a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. O texto foi elaborado a partir de trabalho de uma comissão constituída pelo Ministério da Justiça e composta basicamente de representantes do Ministério Público, da Magistratura e de acadêmicos. Contém mais de 70 artigos, recebeu mais de 100 emendas nesta CCJC e três votos em separado, dois deles pela rejeição. A matéria recebeu ainda três substitutivos da relatoria da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Ante a relevância do assunto, foi aprovada a criação de uma Subcomissão especial para melhor exame do projeto. A Subcomissão concluiu seus trabalhos com a apresentação de várias sugestões ao texto do relator, algumas das quais acolhidas através de novo substitutivo.

Submetido ao plenário da Comissão, esse novo substitutivo, mais uma vez alterado mediante complementação de voto, foi rejeitado pela maioria do colegiado, designando-se então este Deputado, autor de voto em separado contrário ao substitutivo do relator, para proferir o parecer vencedor, nos termos do inciso XII do art. 57 da Norma Interna.

É o relatório.

II – VOTO DO RELATOR

Compete à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, conforme determina o Regimento Interno da Casa no art. 32, inciso IV, alíneas “a” e “d”, examinar o Projeto, quanto aos aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental, de técnica legislativa e de mérito.

No tocante à constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade, não vislumbramos qualquer vício que comprometa a iniciativa, elaborada em consonância com as normas e princípios atinentes à matéria, coadunando-se com o ordenamento jurídico em vigor. Tampouco há reparos à técnica legislativa, em completa sintonia com as disposições legais e regimentais que presidem a matéria.

Quanto ao mérito, no entanto, o projeto não prospera. A proposta cria processo em que o réu recebe tratamento desigual de um juiz que terá liberdade para tomar partido sempre e somente em favor do autor, inclusive alterando a ordem das fases processuais, e concedendo liminares (e antecipações de tutela) sem que o autor as tenha pedido e sem que tenha sido dada oportunidade de defesa ao réu.

O autor não corre risco algum ao mover a ação: não paga custas, não paga pela prova a ser feita no curso da ação nem paga honorários, se vencido. Mais: praticamente quaisquer duas pessoas podem ir a juízo, apresentarem-se como representantes de um grupo ou até mesmo de toda a sociedade brasileira e pedirem, por exemplo, a paralisação de uma iniciativa do poder público por ofensa ao meio-ambiente. Não há requisitos para que alguém se apresente em juízo como representante de uma classe. Basta formalizar parcamente uma associação e defender, perante um juiz parcial e complacente, que sua causa é relevante.

A ação poderá seguir seu curso mesmo que o pedido do autor e o motivo de ele ter ido a juízo não tenham sustentação técnica, jurídica ou factual: o juiz pode chamar alguém para entrar no lugar dele e procurar outro motivo e outro pedido para continuar com a demanda.

Outro ponto de preocupação: se o réu for uma empresa e fizer acordo com o Ministério Público, poderá sofrer intervenção, ter sua direção impedida de mandar na empresa e, em seu lugar, outras pessoas passarão a decidir por ela. O projeto não impõe qualquer limite a essa interferência. Não diz sua finalidade nem por quanto tempo pode durar.

As ações coletivas foram criadas, entre outras coisas, para diminuir o número de ações sobre a mesma matéria. Mas o projeto, tal como está, acaba por alimentar mais ações: a ação coletiva pode conviver com ações individuais, sendo, assim, apenas mais uma, em vez de ser algo que resolva o litígio por todas.

Ademais, o projeto dá excessivo poder ao Ministério Público e à Defensoria Pública, sendo crime a não apresentação de documentos eventualmente solicitados por esses órgãos.

Em suma, a proposição não resolve os problemas do modelo atual das ações civis públicas, gera insegurança jurídica em escala inimaginável, fomenta a ida irresponsável a juízo para a defesa de interesses coletivos sem qualquer garantia de que esses interesses estejam sendo bem representados, e expõe toda a economia, toda a sociedade e todos os indivíduos ao risco de se tornarem réus numa ação em que serão tratados como párias, do começo ao seu longínquo fim.

No voto em separado que apresentamos, chegamos a propor uma alternativa ao texto do então Relator, Deputado Antônio Carlos Biscaia, a quem esta relatoria rende justas e

reiteradas homenagens pela atuação brilhante, pelo exemplo de zelo e competência técnica que o fizeram um dos parlamentares mais respeitados no Parlamento.

Mas reavaliando o sentimento predominante neste órgão quando da votação do Substitutivo do ilustre Deputado Antônio Carlos Biscaia, revimos nosso posicionamento inicial, orientando-nos pela reformulação do voto em separado e propondo, como se propõe, a rejeição da proposição, por entender ser esse o caminho sinalizado pelas manifestações da maioria deste Colegiado.

Diante do exposto, nosso voto é pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa, e, no mérito, pela rejeição do Projeto de Lei 5.139, de 2009, e do Substitutivo a ele apresentado. Sala da Comissão, em 17 de março de 2011

Deputado Jose Carlos Aleluia Relator DEM/BA