

AS CONTRIBUIÇÕES DAS AÇÕES COLETIVAS NO CENÁRIO DOS CONFLITOS MASSIFICADOS: UMA DEFESA DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA¹

THE CONTRIBUTIONS OF CLASS ACTIONS IN SITUATIONS OF MASS CONFLICT: A DEFENSE OF JURISDICTIONAL COLLECTIVE CUSTODY

Carlos Alberto Ely Fontela²

Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo traçar as principais contribuições das ações coletivas para resolução dos conflitos de massa, assim considerados aqueles que envolvam os direitos transindividuais, especialmente os direitos individuais homogêneos, que assoberbam o Poder Judiciário na atualidade. Defende-se, assim, que nos conflitos massificados a tutela jurisdicional coletiva: a) propicia um efetivo e justo acesso à justiça; b) implica economia e eficiência processual; c) ostenta um valor pedagógico; d) acarreta isonomia no julgamento e segurança jurídica; e) concretiza o direito material.

PALAVRAS-CHAVE: Ações coletivas; contribuições; tutela jurisdicional

coletiva; conflitos de massa; acesso à justiça; direitos transindividuais.

ABSTRACT: *The present article aims to show the main contributions of class actions for the resolution of collective actions considering those which involve trans individual rights, specially the individual homogeneous rights, thus overwhelming the Judiciary nowadays. Therefore, it is argued that in mass conflicts the jurisdictional collective custody: a) provides fair and effective access to justice; b) infers economy and efficiency in the process; c) has pedagogical value; d) results in equality in judgment and legal security; e) implements the material right.*

KEYWORDS: *Class actions; contributions; jurisdictional custody; mass conflicts; access to justice; trans individual rights.*

¹ Elaborado no segundo semestre de 2012, com origem em parte nas pesquisas realizadas para a elaboração da dissertação de Mestrado, com o título: *Estado democrático de direito, direitos transindividuais e ações coletivas: em busca da efetivação da cidadania no cenário dos conflitos massificados.*

² Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada (URI) de Santo Ângelo, Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Professor do Curso de Direito e da Pós-Graduação (Especialização) do Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo (IESA).

SUMÁRIO: Introdução; 1 Efetivo e justo acesso à justiça e expansão da cidadania; 2 Economia e eficiência processual; 3 O valor pedagógico; 4 Isonomia de julgamento e segurança jurídica; 5 Concretização do direito material; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Fair and effective access to justice and citizenship extension; 2 Procedural economy and efficiency; 3 Pedagogical value; 4 Isonomy of judgment and legal security; 5 Achievement of the material right; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido na atualidade sobre a morosidade do Poder Judiciário, na demora na prestação jurisdicional com a entrega efetiva do bem da vida, especialmente na esfera cível. Sem dúvidas as causas para esse fenômeno são múltiplas e não haveria espaço para elencá-las de forma sistemática e pormenorizada neste trabalho.

Entretanto, de plano, pode-se apontar que as ações repetitivas oriundas dos conflitos de massa – que ainda recebem um tratamento individualizado – têm uma significativa parcela de contribuição para o retardamento da prestação jurisdicional.

O abrandamento ou a solução para este problema específico reclama a adoção de uma tutela jurisdicional coletiva quando se está diante dos conflitos massificados. Alguns entendem que o quadro atual de explosão de litígios pode ser enfrentado com o aumento do número de juízes, de servidores, de criação de novas unidades jurisdicionais, etc. Isso, obviamente, é uma compreensão ingênua do fenômeno, pois basta haver um plano econômico mal conduzido ou o repasse ao consumidor de um tributo indevido por parte de uma concessionária de serviço público para, por exemplo, o aumento do número de juízes e servidores ser neutralizado: serão milhares de novas ações individuais demandando reparações.

Esse diagnóstico já foi feito por Mauro Cappelletti, ainda nas últimas décadas do século passado. Por isso, defendia o aludido mestre italiano que o Poder Judiciário deveria se preparar para estar a altura das novas e prementes aspirações da sociedade, tornando-se protetor dos “novos” direitos difusos, coletivos e fragmentados, característicos da civilização de massa.

A compreensão desse fenômeno da explosão de litigiosidade e multiplicação de demandas (individuais) judiciais, que abarrotam o Poder

Judiciário, passa pela análise das transformações ocorridas nos modelos de Estado moderno (Liberal, Social e Democrático de Direito) e os seus reflexos na sociedade e no Direito, com o que se pode entender o surgimento dos “novos direitos”, que não se encaixam na filosofia liberal-individualista, e, por consequência, também não se amoldam no modelo de prestação jurisdicional individualista ainda reinante.

Entretanto, tal apreciação acerca da evolução do Estado moderno até a contemporaneidade não comporta nesse limitado espaço. Não obstante, atalhando, deve-se dizer que a técnica processual deve estar adequada ao tipo de direito que se pretende realizar. Ou seja, acaso o conflito seja individual e singular, o caminho a ser trilhado é o da ação individual, para o que o Código de Processo Civil de 1973, bem ou mal, é o instrumento adequado; por outro lado, se o conflito envolver direitos coletivos em sentido amplo, denominados comumente de direitos transindividuais ou metaindividuais (difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos), o veículo deve(ria) ser a ação coletiva, o que não se tem observado no cotidiano forense, especialmente quando se cuida dos direitos individuais homogêneos, cujas razões são múltiplas, desde a falta de legislação adequada sobre a tutela jurisdicional coletiva em razão de interesses corporativos, passando também por uma cultura individualista arraigada na sociedade.

E o que se pretende deixar evidente neste trabalho é que as ações coletivas – desde que sejam prestigiadas e valorizadas – constituem-se em um verdadeiro instrumento de concretização dos direitos que transcendem o indivíduo, efetivando a cidadania diante desse contexto de relações jurídicas e conflitos massificados, cujas lesões não se restringem mais à esfera meramente individual, mas atingem coletividades, grupos ou classes de pessoas ou mesmo um conjunto de pessoas que não são identificáveis.

Com efeito, objetiva este trabalho traçar as contribuições das ações coletivas dentro desse contexto, fazendo-se uma defesa da tutela jurisdicional coletiva, a qual, segundo se sustentará, torna efetivo e justo o acesso à justiça e expande a cidadania, propicia a economia e eficiência processual, ostenta um viés pedagógico, proporciona a isonomia de julgamento em situações de fato e de direito idênticas, traz segurança jurídica e concretiza o direito material. São essas as contribuições das ações coletivas que se passa a analisar de forma um pouco mais detida.

1 EFETIVO E JUSTO ACESSO À JUSTIÇA E EXPANSÃO DA CIDADANIA

Quando se fala em acesso à justiça, empiricamente, a primeira ideia que vem à tona é a possibilidade de as pessoas levarem as suas reivindicações ao Poder Judiciário. Entretanto, o acesso à justiça ostenta um conteúdo bem mais amplo do que o simples direito de se acionar o Estado-jurisdição para que se decida um determinado conflito de interesses. A significação do acesso à justiça vai com o decorrer do tempo sofrendo transformações, pautadas pela própria evolução dos direitos e, por conseguinte, dos novos conteúdos que vão se agregando ao conceito de cidadania.

Na obra *Acesso à justiça*, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, problematiza-se essa temática, reconhecendo os autores que a expressão “acesso à justiça” não é unívoca, mas sabidamente de difícil definição. Todavia, pode-se dela extrair duas finalidades básicas: um sistema (acessível a todos) pelo qual as pessoas possam reivindicar seus direitos, resolvendo seus litígios sob os auspícios do Estado, e um sistema que produza resultados que sejam individual e socialmente justos, havendo a necessidade para a concretização da justiça social, o pressuposto do acesso efetivo, não apenas formal³.

A primeira finalidade do acesso à justiça revela-se como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário para a defesa de direitos, representada pelo direito de ação, previsto constitucionalmente e pelo qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, da CF/1988), configurador do princípio da inafastabilidade da jurisdição⁴, assegurando-se o direito de ingresso em juízo, bastando para isso a afirmação de um direito sem maiores preocupações com a sua concretização efetiva, o que se enquadra no paradigma individualista do Estado Liberal de Direito, que estava a pleno vapor nos séculos XVIII e XIX, quando havia a preocupação apenas com os direitos civis e políticos.

Já a segunda finalidade entende o acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa, que se caracteriza com a busca de uma gama de direitos selecionados pela sociedade que permitam a realização do ideário da justiça social, com

³ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 8-9.

⁴ Alerta-se que a perspectiva de acesso à justiça aqui abordada restringe-se à análise do acesso à justiça estatal, não se desconhecendo as outras formas de resolução das disputas realizadas no fora do ambiente estatal, como os “tribunais de arbitragem e mediação”.

equilíbrio de armas entre os litigantes e como consequência uma tutela judicial efetiva. Essa perspectiva amolda-se e coaduna-se com o que ocorreu a partir da segunda metade do século XIX em diante, quando não mais se mostra suficiente a proteção jurisdicional de caráter meramente formal, reflexo da então filosofia liberal-individualista.

Essa estrutura de sistema formalista de distribuição da justiça alijava os desvalidos economicamente e começou a soçobrar quando se abriu espaço aos direitos sociais, havendo a necessidade de considerar a pessoa não somente em sua dimensão singular, como também há que se defendê-la em sua condição comunitária, social. Por isso que se fala da postura ativa do Estado, pois este deve preocupar-se em garantir os direitos sociais básicos, investindo nas áreas da saúde, educação, moradia, segurança, etc.

Por essa razão, segundo Cappelletti e Garth, o acesso à justiça pode ser encarado como o requisito fundamental – “o mais básico dos direitos humanos” – de um sistema jurídico que se quer conhecer como moderno e igualitário, e que pretende não apenas proclamar os direitos de todos, mas também garanti-los e concretizá-los. Nessa esteira, o acesso à justiça não é apenas um direito social fundamental crescentemente reconhecido, mas também necessariamente o ponto central da moderna processualística⁵.

Pode-se dizer, então, que o acesso à justiça é um dos “novos” direitos advindos do Estado Social, não compreendendo somente o ajuizamento da ação perante o Judiciário, devendo abranger também a garantia de assistência jurídica integral pré-processual e durante o processo, não bastando o simples acesso aos Tribunais, mas direito ao processo justo, devido e legal.

Nesse cenário, o Poder Judiciário passa a ser instrumento de expansão da cidadania, não mais se limitando na resolução de lides intersubjetivas, passando da sua posição de solucionador de demandas individuais para se postar diante dos megalitígios que envolvam direitos transindividuais, nos quais se debruçará albergando (ou não) os direitos sociais, os direitos do consumidor e, enfim, todos os direitos que tutelam as coletividades, previstos constitucionalmente e na legislação infraconstitucional. E para esse superlitígio há a necessidade de utilização de um instrumento com o mesmo grau de potência, qual seja, a ação

⁵ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 12-13.

coletiva, verdadeiro mecanismo de concretização da cidadania e facilitador do acesso à justiça.

Nesse diapasão, veja-se a precisão da lição de Maria Tereza Sadek, cujo excerto se pode extrair a conexão existente entre acesso à justiça, cidadania e ação coletiva:

A tutela dos direitos difusos e coletivos atende a uma demanda de maior racionalização do processo, já que uma única ação judicial pode englobar um número maior de agentes. Seu maior ganho, entretanto, está na possibilidade de democratizar o acesso à justiça, contemplando grupos e coletividades. Ademais, há o reconhecimento da existência de conflitos que não são de natureza individual, mas coletiva, tendo por objetivo não o indivíduo abstrato ou genérico, mas o indivíduo em sua especificidade, isto é, como consumidor, como criança, como idoso, como negro, como deficiente físico, como portador de uma doença, como desprovido de habitação. Em síntese, trata-se de um instrumento para corrigir desigualdades, um instrumento de justiça distributiva.⁶

Diante disso, inquestionável que as ações coletivas asseguram um efetivo acesso à justiça de muitas pretensões que, de outra forma, dificilmente chegariam às portas do Poder Judiciário. Prova disso é quando uma pessoa sofre uma lesão de pequeno valor financeiro ou a lesão não causa repercussão financeira imediata, como, por exemplo, o caso da cobrança indevida de um serviço não contratado pelo consumidor, mas de módico valor. E mesmo supondo que a pessoa lesada tivesse buscado a via judicial para estancar a lesão e restituir os valores pagos indevidamente, tal solução individual e atomizada não servirá de incentivo ou obrigará o autor da lesão a alterar a sua conduta em relação ao universo de pessoas que sofre o mesmo tipo de lesão.

Tal situação não ocorreria se solução do conflito fosse entretida em uma ação coletiva, com uma conseqüente tutela jurisdicional que beneficiasse todos os lesados, resolvendo o conflito molecularmente, tendo a ação coletiva o grande

⁶ SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. In: LIVIANU, Roberto (Coord.). *Justiça, cidadania e democracia*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, Ministério Público Democrático, 2006. p. 153-154.

mérito de colocar o grupo de pessoas lesadas e o réu (causador da lesão) em posição de igualdade, ou, ao menos, em paridade de armas.

Esse tipo de violação causa um dano elevado ao grupo ou universo de pessoas, mas as correspondentes pretensões individuais são tão reduzidas e dispersas que, na maioria das vezes, a propositura de ações individuais pelo lesado individualmente torna-se inviável e chega à beira da falta de interesse de agir, o que no Direito norte-americano, conforme Antonio Gidi, denomina-se *small claims class actions*. Essa espécie de violação em massa de direitos é muito comum no mundo moderno – e no Brasil especialmente –, pois, em um contexto de relações contratuais e jurídicas massificadas, uma simples decisão de uma empresa pode prejudicar milhares ou milhões de pessoas⁷.

Por outro lado, as ações coletivas servem para a tutela daquelas pessoas que sequer têm “acesso ao Direito”, ou seja, que, devido à sua hipossuficiência, são desconhecedoras dos seus direitos e nem mesmo sabem que eles foram violados e não têm, por consequência, a iniciativa para buscar a tutela judicial.

A ação coletiva pode se constituir em um poderoso mecanismo a ser utilizado em favor das minorias oprimidas da sociedade, cujos integrantes, se isolados, não têm acesso às instituições representativas do regime democrático, tendo a ação coletiva o poder de restabelecer o equilíbrio entre o indivíduo e as instituições que o oprimem, como o governo e as grandes empresas, proporcionando a igualdade de armas e o poder de barganha⁸.

1.1 RELEITURA DO ACESSO À JUSTIÇA

A existência de milhares (ou milhões) de ações individuais, muitas delas com a causa de pedir e pedido idênticos (repetitivos), ajuizadas perante o Poder Judiciário, não pode ser confundida com exercício da cidadania. Esse alerta deve estar presente nos operadores do Direito. A interpretação equivocada do art. 5º, XXXV, da CF/1988, que traz o princípio da inafastabilidade da jurisdição como já dito, não significa dizer que todo e qualquer conflito deva primeiramente bater às portas do Poder Judiciário. Tal primado, antes, é endereçado ao legislador que, na sua atividade de elaboração legislativa, não pode solapar da apreciação do Estado-jurisdição qualquer ameaça ou lesão de direito.

⁷ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 30.

⁸ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 31-32.

Essa exegese torta de acesso à justiça – e também por interessar aos poucos que lucram com esse anacrônico e irracional sistema de distribuição da justiça – acaba por transformar o Poder Judiciário em um balcão imediato de toda a sorte de pretensões, resistências, insatisfações e intolerâncias, a maioria delas de pequena monta ou de pouca ou quase nenhuma complexidade ou relevância, sem que antes se tenha buscado, ainda na esfera extrajudicial, a solução pacífica do litígio⁹.

⁹ Cediço que antes de o juiz analisar o mérito da causa, devem estar presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Dentre as condições da ação, verifica-se uma interpretação equivocada do que seja a utilidade e necessidade do provimento judicial invocado, ou seja, visão inadequada, na contemporaneidade, do que seja o interesse de agir, que precisa ser relido. Infelizmente, citando um exemplo prático bem específico, de um modo geral, as Cortes Estaduais pacificaram o entendimento de que não há a necessidade de prévia busca da indenização do seguro DPVAT (seguro de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre previsto na Lei nº 6.194/1974) na seara administrativa (não se fala em *esgotamento*, mas sim *provocação* no âmbito extrajudicial), podendo a vítima e/ou beneficiário buscar diretamente a via judicial, com escora, basicamente, no art. 5º, XXXV, da CF/1988. Essa exegese fomenta o litígio. Muitas vezes nem escoou o prazo previsto na lei de regência para o pagamento da indenização na esfera administrativa e já é ajuizada a ação. No entanto, paradoxalmente, quando se trata de ações previdenciárias contra o INSS ou ações de exibição de documentos contra instituições bancárias, corriqueiro o posicionamento dos juízos *ad quem* de que falece interesse de agir ao autor que não buscou antes a via administrativa para satisfazer a sua pretensão! Não se vê diferença substancial em uma e em outra situação. Vale-se aqui da experiência prática para o relato de um caso judicial. A segurada ajuizou ação de cobrança da indenização securitária contra uma seguradora, haja vista o sinistro ocorrido (morte do marido da autora). O advogado da parte autora demonstrou que acionou extrajudicialmente a seguradora, mas concedeu-lhe o prazo de 24 horas (!) para efetuar o pagamento do seguro, como forma de “demonstrar o seu interesse de agir” e fluído o exíguo prazo já aforou a referida ação judicial. Digno de nota que o prazo previsto no contrato para pagamento do valor do seguro estipulado entre as partes era de 30 dias depois apresentados todos os documentos exigidos contratualmente. Ou seja, a parte autora e seu advogado não queriam receber o valor do seguro fora da esfera judicial, mas sim em juízo, isso porque na “justiça” o valor devido é atualizado pelo IGP-M e acrescido de juros de mora de 1% ao mês (aplicação financeira nenhuma concede esse rendimento aos seus poupadores), além dos honorários advocatícios que variam de 10% a 20% sobre o valor da condenação (art. 20, § 3º, do CPC). Esse fenômeno da judicialização com o único objetivo de ganho de honorários advocatícios (tanto contratuais, como sucumbenciais) verificou-se, em passado recente, no caso de milhares de ações de exibição de documentos ajuizadas na Justiça Estadual gaúcha pelos consumidores contra a empresa de telefonia Brasil Telecom S/A, na qual buscavam a exibição do contrato de participação financeira de aquisição da linha telefônica fixa para posterior ajuizamento da ação principal (ação ordinária de complementação da subscrição das ações com outros pleitos). Ora, tal ação era despidianda, porquanto o pleito cautelar poderia ser cumulado com a ação de conhecimento (art. 273, § 7º, do CPC). Além disso, muitas das ações de exibição vinham desacompanhadas do requerimento administrativo e, no caso de procedência, embora fixados os honorários em valores módicos (R\$ 300,00 a R\$ 500,00), no conjunto de ações ajuizadas acabavam por representar um valor bem significativo, pois poucos escritórios de advocacia monopolizavam, por região, o ajuizamento de tal espécie de demandas, havendo casos em que o advogado ou banca de advogados ultrapassava, com folga, os três dígitos de ações desta espécie. Isso sem falar dos honorários contratuais cobrados da parte autora. Nada contra

A sobrecarga de serviço e de processos no Poder Judiciário não quer significar que isso seja fruto de um “exercício da cidadania”. Não se questiona a democratização de acesso ao Judiciário, mas há uma situação paradoxal, percebida por Maria Teresa Sadek, segundo a qual “a simultaneidade da existência de demandas demais e de demandas de menos; ou, dizendo-o de outra forma, poucos procurando muito e muitos procurando pouco”¹⁰. Ou seja, o fantástico número de processos que tramitam em todo o Poder Judiciário brasileiro (mais de 83 milhões segundo dados de 2010 do CNJ)¹¹, em um país de 190 milhões de habitantes¹², pode estar concentrado em uma fatia específica da população, enquanto a maior parte desconhece a existência do Poder Judiciário e de seus próprios direitos. O Poder Judiciário vem, então, sendo acessado por quem sabe tirar vantagem de sua utilização, que tem se servido da cultura demandista e do modelo processual liberal-individualista, enquanto a maioria fica à margem, não o acessando¹³.

a nobre classe da advocacia, cujos integrantes, como no exercício de qualquer profissão, labutam para o seu próprio sustento e de sua família, além de a advocacia exercer função essencial à justiça (art. 133 da CF/1988). Todavia, deve-se ter em mente que o acesso à justiça serve para satisfazer a pretensão da parte que teve o seu direito vilipendiado, não só para a busca de honorários advocatícios, o que pode acarretar o colapso do sistema. Talvez seja por isso que Rodolfo de Camargo Mancuso sustente que em uma perspectiva futura o interesse de agir deve ser configurado a partir de uma prévia demonstração de esgotamento de outros meios preordenados para a solução da controvérsia, como ocorre na área desportiva (art. 217, § 1º, da CF/1988), dizendo, ainda, que a função judicial deve ser subsidiária ou residual, de modo a preservar o Judiciário e evitar sua banalização ou utilização desnecessária (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça*: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 62-63).

¹⁰ SADEK, Maria Tereza Aina; LIMA, Fernão Dias de; ARAUJO, José Renato de Campos. O Judiciário e a prestação da justiça. In: SADEK, Maria Teresa (Org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Biblioteca da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da USP, Fundação Konrad Adenauer, n. 23, 2001. p. 40.

¹¹ Número colhido do projeto “Justiça em números” do sítio do CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/re_l_justica_numeros_2010.pdf>. Acesso em: 8 out. 2012.

¹² Conforme último censo do IBGE. Informação retirada do sítio: <<http://www.ibge.gov.br/censo2010/>>. Acesso em: 10 out. 2012.

¹³ A Comarca de Santo Ângelo compõe-se dos municípios de Santo Ângelo, Entre-Ijuís, São Miguel das Missões, Vitória das Missões e Eugênio de Castro. Na referida comarca, no final do ano de 2011, tramitavam cerca de 30.000 processos cíveis distribuídos nas três varas cíveis existentes. A população aproximada – soma de todos habitantes dos cinco municípios – não chega a 100.000 habitantes, conforme último censo do IBGE. Em números redondos, isso significa que só na justiça estadual, há um processo cível tramitando a cada três pessoas. A experiência prática na 1ª Vara Cível (como titular) e na 2ª e 3ª Vara Cíveis (como substituto) demonstra que há diversos de casos em que uma única pessoa tem mais de 10 ações tramitando no juízo cível. Nos números apresentados não foram considerados os processos sob a jurisdição do Juizado Especial Cível, onde certamente o contexto não

Essa cultura demandista – sacralizadora da solução adjudicada estatal – acaba por incutir nas pessoas e nas coletividades que a “injustiça privada” só pode ser resolvida com a “justiça estatal”, difundindo a ideia de que o ajuizamento pronto e imediato da demanda de qualquer interesse contrariado ou insatisfeito revelada como a mais pura manifestação de cidadania¹⁴!

E a solução para a explosão de litigiosidade vem sendo o tratamento das consequências, não das suas causas, pois o que se verifica é sempre o discurso de que se deve aumentar a estrutura do Poder Judiciário (mais juízes, mais servidores, mais equipamentos de informática, mais prédios, etc.), o que acaba retroalimentando a cultura do litígio, pois, conforme Rodolfo de Camargo Mancuso, oferta-se “mais do mesmo”¹⁵.

Dito de outra maneira, agiganta-se o Poder Judiciário na medida em que *quantitativamente* aumenta o número de ingresso de ações judiciais, atacando a consequência, permitindo o círculo vicioso de expansão de litígios e da própria estrutura judicial, o que representa um alto custo social, sem que haja o ataque *qualitativo* das causas que resultam no excesso de demanda na justiça estatal, entre elas a cultura demandista que se veste de um falacioso discurso de exercício de cidadania, que, além de não solucionar o litígio, promove o afastamento das partes, acirra os desentendimentos e gera conflitos cada vez maiores.

Por todos esses comemorativos, sabe-se o quanto é fácil levar o conflito até o Poder Judiciário, o difícil é saber quando se obterá a tutela judicial definitiva e satisfação do direito pleiteado, sendo uma incógnita quando se poderá sair do Poder Judiciário, razão pela qual acessar a ordem jurídica justa não significa banalizar o acesso à justiça, antes implica a disposição de um meio adequado (técnica processual) ao(s) lesado(s) ou a quem os represente adequadamente para

é diferente do ora retratado. Grande número dessas demandas cíveis são ações repetitivas ajuizadas contra o Estado do Rio Grande do Sul, concessionárias de telefonia (fixa e móvel) e de energia elétrica, bancos, empresas de saúde, etc., sempre com as mesmas causas de pedir e os mesmos pedidos, alterando somente a parte autora, cujo instrumento processual mais adequado para veiculação de tais pretensões seriam as ações coletivas, a qual não é utilizada por uma série de fatores, que extrapolam os objetivos desse trabalho. Ou seja, há uma fatia específica que sabe retirar vantagem da utilização do ultrapassado modelo de jurisdição no varejo das macrolides, qual seja, o modelo liberal-individualista do CPC de 1973, o que não significa, evidentemente, verdadeiro acesso à justiça, não tendo sido essa a pretensão do legislador constituinte ao insculpir o art. 5º, XXXV, da CF/1988.

¹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 54.

¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 58.

a resolução dos conflitos de interesses e, assim, obter uma efetiva e tempestiva resposta judicial que venha a proporcionar o cumprimento do direito material que fora invocado, e um desses meios adequados, pode-se dizer com convicção, que, em se tratando de direitos supraindividuais, são as ações coletivas.

2 ECONOMIA E EFICIÊNCIA PROCESSUAL

O direito processual tem caráter eminentemente instrumental, prestando-se para a concretização do direito material, significando afirmar que se objetiva com o processo o maior resultado possível com o mínimo de atividade. O processo e seus respectivos atos e procedimentos devem estar inspirados na economia processual, cuja orientação deve guiar o legislador ao elaborar a lei e o juiz ao aplicar a lei, devendo, para isso, ser escolhida, entre as opções disponíveis, aquela que for mais célere e menos dispendiosa para a resolução das controvérsias.

É inegável a economia de energia e de tempo que propicia uma única ação que tenha em mira a satisfação dos direitos lesados de dezenas, centenas, milhares ou milhões de pessoas, impedindo a pulverização de demandas individuais. A lógica recomenda que um conflito singular deva ser resolvido via ação individual e os conflitos coletivos, que envolvem interesses supraindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), precisam contar com um mecanismo que propicie uma solução metaindividual.

A inexistência ou funcionamento deficiente do processo coletivo no ordenamento jurídico, como se vê atualmente, dá ensejo à multiplicação desnecessária do número de ações distribuídas, o que agrava a sobrecarga de processos no Poder Judiciário. Na verdade, são lides quase idênticas ou muito semelhantes, pois decorrem de questões comuns de fato ou de direito, que passam a ser decididas de modo mecânico e burocrático pelos juízes, que se convencionou chamar de “sentença-padrão”, que, além de tomar um tempo desnecessário de toda a estrutura judiciária, na medida em que poderia ser a controvérsia resolvida em uma única ação coletiva, também vulgariza a missão de julgar¹⁶.

¹⁶ A atividade jurisdicional como titular da 1ª Vara Cível de Santo Ângelo deixa evidente a multiplicação de ações repetitivas, cuja diferença única é o nome da parte autora. Assim como há a “sentença-padrão”, há também a “inicial-padrão”, a “contestação-padrão” e o “parecer ministerial padrão”, onde a atividade intelectual é mínima, limitando-se os operadores do Direito (advogados, promotores de justiça e juízes) ao “copiar-colar” proporcionado pela informática. Embora as ações sejam repetidas e as matérias, no mais das vezes, não complexas, tomam grande tempo de toda a máquina judiciária

Com a multiplicação e pulverização de ações individuais em causas individuais e repetitivas (como sói acontecer quando estão em jogo os direitos individuais homogêneos especialmente), ocorre o fracionamento também da decisão judicial, pois diversos juízes de primeiro grau irão apreciar matéria de fundo idêntica e diversos órgãos colegiados do segundo grau também irão se debruçar sobre a referida matéria (e normalmente com decisões divergentes em ambos os graus de jurisdição), o que faz com que somente o pronunciamento final dos Tribunais Superiores passe a ter relevância, sob o ponto de vista de solução do conflito, fazendo com que a primeira e segunda instâncias constituam-se como meros ritos de passagem dos processos.

Como alerta Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, a falta de uma solução adequada para os conflitos coletivos em sentido amplo mostra-se como responsável pelo problema crônico do excessivo número de demandas em todas as instâncias judiciais, entupindo os órgãos jurisdicionais em geral e colaborando, grandemente, para a morosidade da justiça. Tal problema – assoberbamento do Judiciário – não pode ser visto apenas como uma situação que envolve a cúpula deste poder, *rectius*, o Supremo Tribunal Federal e as Cortes Superiores fincadas em Brasília/DF¹⁷, mas sim deve envolver o sistema de distribuição de justiça como um todo, especialmente na porta de entrada dos processos – o primeiro grau de jurisdição –, pena de a disfuncionalidade, a ineficiência e a delonga na prestação jurisdicional persistirem.

As medidas legislativas para a racionalização da prestação jurisdicional são dirigidas notadamente para as Cortes Superiores. No âmbito da Corte Suprema, há a possibilidade de edição de *súmulas vinculantes* (art. 102, § 2º,

e acabam emperrando a tramitação dos processos que verdadeiramente individuais e singulares e as próprias ações que encartam interesses ou direitos coletivos em sentido amplo. Essas “sentenças-padrão” representam cerca de metade das sentenças de mérito prolatadas no mês e a situação ainda é mais dramática nas Varas da Fazenda Pública de Porto Alegre, nas quais esse número de sentenças repetidas é bem maior, haja vista que o Estado do Rio Grande do Sul, leia-se Poder Executivo, é contumaz descumpridor das leis que edita, especialmente aquelas que dizem respeito à remuneração dos seus servidores públicos, vide os exemplos da não concessão integral dos reajustes aos servidores estaduais previstos na Lei Estadual nº 10.395/1995 (Lei Britto); do não reajuste do vale-refeição dos servidores estaduais; do não pagamento do terço de férias aos professores; etc. Basta o não cumprimento de uma lei pelo Executivo estadual, como nas hipóteses descritas, para que o Poder Judiciário, do dia para a noite, seja abarrotado por milhares e milhares de ações individuais, quando deveria ser ajuizada uma única ação coletiva.

¹⁷ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. Coleção Temas de Direito Processual Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 2010. p. 32.

da CF/1988)¹⁸, e, para o conhecimento do recurso extraordinário, foi incluído o requisito de admissibilidade da *repercussão geral* (art. 102, § 3º, da CF/1988), instrumentos advindos com a Emenda Constitucional nº 45/2004, o que tem contribuído para diminuir o número de processos que aportam naquela Corte.

Já no âmbito do STJ, os recursos especiais repetitivos seguem a técnica de julgamento por *amostragem*, com a suspensão do trâmite dos recursos especiais que envolvam a mesma matéria nos Tribunais de segunda instância, conforme estabelece o art. 543-C e parágrafos do CPC, com redação dada pela Lei nº 11.672/2008. O STJ já elaborou proposta de emenda constitucional para inclusão, a exemplo do que ocorre no STF, da *repercussão geral* da questão federal como requisito de admissibilidade do recurso especial¹⁹. A Lei nº 12.019/2009, por seu turno, inseriu o inciso III no art. 3º da Lei nº 8.038/1990 (que trata dos procedimentos perante o STJ e o STF), possibilitando que o relator de ações penais de competência originária do STJ e do STF convoque desembargador ou juiz para a realização de interrogatório e outros atos de instrução.

Entretanto, as medidas legislativas que poderiam servir de filtro para as ações ajuizadas no primeiro grau (conciliação e mediação prévias, outras formas de resolução dos conflitos, etc.)²⁰ ou a modernização das ações coletivas, como

¹⁸ Desavisadamente se poderia pensar que a edição de uma súmula vinculante teria a força de evitar a multiplicação de demandas. Rotundo engano. Até que o STF firme uma posição sólida a respeito de determinada temática repetitiva e venha a editar uma súmula vinculante, o primeiro e o segundo graus já estarão abarrotados de processos.

¹⁹ Conforme notícia retirada do *site* daquele sodalício. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=104922>. Acesso em: 15 out. 2012.

²⁰ Consta no anteprojeto de novo Código de Processo Civil o “incidente de resolução de demandas repetitivas” (arts. 895-906), inspirado no Direito alemão do instituto chamado de *Musterverfahren*, que gera uma decisão-modelo (*muster*) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente, do mesmo autor nem do mesmo réu. O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes. É instaurado perante o Tribunal local, por iniciativa do juiz, do MP, das partes, da Defensoria Pública ou pelo próprio Relator. O juízo de admissibilidade e de mérito caberá ao tribunal pleno ou ao órgão especial (se existente) e a extensão da eficácia da decisão acerca da tese jurídica limita-se à área de competência territorial do tribunal, salvo decisão em contrário do STF ou dos Tribunais superiores, pleiteada pelas partes, interessados, MP ou Defensoria Pública. Há a possibilidade de intervenção de *amicus curiae*. O incidente deve ser julgado no prazo de seis meses, tendo preferência sobre os demais feitos, salvo os que envolvam réu preso ou pedido de habeas corpus. O recurso especial e o recurso extraordinário, eventualmente interpostos da decisão do incidente, têm efeito suspensivo e se considera presumida a repercussão geral, de questão constitucional eventualmente discutida. Enfim, não observada a tese firmada, caberá reclamação ao tribunal competente. Íntegra do anteprojeto (Disponível em: <www.senado.gov.br>).

se vê do Projeto de Lei nº 5.139/2009, que tornaria mais racional a jurisdição de primeiro grau com o prestígio da tutela jurisdicional coletiva, este acabou sendo arquivado na Comissão de Constituição, “Cidadania” e Justiça (CCJC) da Câmara dos Deputados, havendo recurso para a Mesa Diretora de tal decisão²¹. Não se quer discutir a utilidade das alterações legislativas listadas, mas sim demonstrar o descompasso entre a preocupação com a jurisdição das Cortes Superiores em relação a do primeiro grau especialmente, sendo a discrepância entre o topo e a base da pirâmide fácil de compreender...

Já no Direito norte-americano, como refere Antonio Gidi, a economia e eficiência processual são valores constantes no sistema processual americano e não instrumentos de mera retórica, pois na *Rule 1 das Federal Rules of Civil Procedure* está previsto que “estas normas devem ser interpretadas e aplicadas para proporcionar a justa, rápida e econômica solução de cada controvérsia”. Ainda segundo o referido jurista, o objetivo imediato das *class actions* é o de proporcionar a eficiência e a economia processual ao estabelecer que uma multiplicidade de ações individuais repetidas decorrentes de um mesmo conflito seja substituída por uma única ação coletiva, tendo como consequência uma uniformidade no tratamento da controvérsia, já que evita a coexistência de decisões conflitantes²².

O simples fato de uma ação coletiva, por mais complicada que possa se apresentar, substituir milhares ou milhões de ações individuais, por si só, já justificaria a economia processual proporcionada pelas ações coletivas, tornando

gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 17 out. 2012). Embora seja louvável essa proposta, defende-se que o ideal seria o fortalecimento e prestígio das ações coletivas, cujas razões estão sendo apontadas neste artigo. Ocorre que referido incidente não tem o potencial de expansão da cidadania e de evitar a multiplicação de litígios individuais que as ações coletivas podem propiciar. Além disso, dito incidente exclui da formação da “decisão-modelo” o juiz de primeiro grau, que, de rigor, tem uma maior proximidade dos fatos e do direito postulado, concentrando, ainda mais, o poder nos órgãos de cúpula dos tribunais (pleno e órgão especial), cujos julgadores, por estarem afastados há muito tempo da jurisdição de primeiro grau e mesmo no âmbito do segundo grau, muitas vezes, sequer tiveram contato com a matéria repetitiva tratada no incidente.

²¹ Conforme consulta ao sítio da Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 5.139/2009, que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências, na CCJC foi rejeitado com o acolhimento do parecer vencedor do deputado federal José Carlos Aleluia e está “aguardando deliberação de recurso na mesa diretora da Câmara dos Deputados” desde 12.05.2010, como se pode verificar no sítio da Câmara dos Deputados (Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>. Acesso em: 20 out. 2012).

²² GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 25-26.

bem mais eficiente a prestação jurisdicional na medida em que resolve de forma molecularizada o conflito.

3 O VALOR PEDAGÓGICO

A ação coletiva também ostenta um viés pedagógico, pois, ao viabilizar a tutela de um grande número de interesse individuais em uma única ação, isso pode ser extremamente perigoso para uma empresa, por exemplo, que costuma descumprir a lei e lesar milhares ou milhões de pessoas ou para o próprio Poder Público, que, segundo os dados estatísticos do CNJ, encontra-se entre os maiores litigantes do País.

Embora o custo de um procedimento coletivo seja maior do que de uma ação individual, como salienta Antonio Gidi, a tutela jurisdicional coletiva tem um valor geometricamente potencializado, de acordo com o número de integrantes do grupo lesado, fazendo com que a desproporção entre o baixo custo do processo e o alto valor da sentença, mesmo em uma ação coletiva com pequena chance de vitória, seja viável economicamente ao grupo e, por outro lado, revista-se de extremo perigo para o réu, que pensará duas vezes antes de causar qualquer tipo de lesão que atinja uma coletividade²³.

Não há dúvida que, no atual contexto de sociedade (complexa e de riscos), as lesões às pessoas na qualidade de consumidores, contribuintes, trabalhadores, servidores públicos, moradores, mutuários, enfim, nos diversos papéis sociais que possa desempenhar uma pessoa, fazendo-a aglutinar-se a uma determinada classe ou grupo, aumentaram em escala geométrica. E a ação individual não se presta para coibir tais lesões ou ameaça a direitos que atingem as diversas coletividades.

Isso porque o cidadão isolado, mormente quando o dano, se olhado individualmente, for de pequena monta, sente-se desestimulado para enfrentar um processo judicial no qual deverá despender tempo e energia para conseguir a tutela jurisdicional. Para o desprovido de recursos, pode significar prejuízo diante do desperdício de tempo, pagamento das despesas proporcionadas pelo processo (mesmo para aquele que goza da gratuidade judiciária) e da mera expectativa de ganhar a causa. Para o mais aquinhoado, pelo simples fato de a lesão ser pequena, também não vê grande vantagem em litigar.

²³ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 28.

Nesse contexto de valorização do individualismo é o cenário ideal para que floresçam as “microlesões” individuais, mas que, para a coletividade e para a sociedade, configura uma macrolesão. Imagine-se o caso do consumidor que venha a ser lesado porque a pesagem do produto adquirido não corresponde a constante no rótulo. O consumidor isoladamente considerado não se sentirá estimulado a promover uma demanda individual para buscar a reparação do dano, já que a perda de tempo não compensará a diminuta reparação e, por outro lado, o desestímulo também decorre da desigualdade de forças entre o consumidor isolado e uma grande empresa, não dispondo o lesado da mesma capacidade técnica e nem fôlego financeiro para fazer frente com o gasto e desgaste que o processo individual poderá proporcionar-lhe.

No outro lado do balcão, sob a ótica do fabricante do produto viciado, a ínfima lesão individual tem a potencialidade de se espalhar para milhões de consumidores e de representar um ganho com ilícito que pode atingir uma cifra astronômica, sentindo-se, assim, estimulado na continuação de reprovável prática.

No entanto, se a pretensão for apresentada em juízo por quem represente todo o universo dos consumidores que foram lesados com a colocação e venda no mercado do produto viciado – como no exemplo supracitado –, o que fará o mau fornecedor correr o risco de ser compelido a restituir integralmente os danos causados a toda coletividade de consumidores ofendida e acrescido dos demais consectários legais, certamente não se sentirá estimulado na perpetuação do ilícito ou mesmo de cometer qualquer ato ilegal que venha a lesar, como, no caso, os consumidores.

Desse modo, como explica Gidi, um dos efeitos da sentença prolatada em uma ação coletiva tem a função “*deterrence*”, ou seja, além de acarretar o efetivo acesso à justiça da “*litigiosidade contida*”, destituirá o réu do lucro ilicitamente obtido e o desencorajará da prática de condutas ilícitas na sociedade, que, de outra forma, estaria completamente indefesa e vulnerável. Gidi refere que essa função pedagógica da deterrência²⁴ é muito evoluída e bem explorada pelo

²⁴ Segundo o dicionário Novo Aurélio, “*deterrence*” significa “ato ou efeito de impedir o ataque de um possível agressor mediante a intimidação ou ameaça de retaliação; dissuasão” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 671).

direito privado americano, mas é negligenciada em nossa cultura, assim como em nossa doutrina jurídica e em nossa política legislativa²⁵.

Em *terrae brasilis* parece que ainda não se apreendeu que o Estado não tem condições de controlar a conduta de cada um dos seus administrados, sendo mais efetiva a incitação ao cumprimento voluntário do Direito, por intermédio do incentivo à observância da lei e, se for o caso, também com a aplicação de punições exemplares, com aptidão de dissuadir a prática de novas condutas ilícitas. E as ações coletivas carregam consigo esse caráter pedagógico, ou seja, de dissuadir e de inibir a ocorrência de novas lesões e danos (de massa) no tecido social.

4 ISONOMIA DE JULGAMENTO E SEGURANÇA JURÍDICA

O fenômeno da multiplicação de ações individuais, que deveriam ser resolvidas em uma ação coletiva única, faz com que muitas dessas ações singulares espalhadas por todo o País tenham decisões das mais variadas e antagônicas prolatadas pelos juízes e Tribunais. E não raro essas decisões discrepantes, em casos idênticos, em que somente altera-se o nome da parte autora, acabam por transitar em julgado, em razão da não interposição tempestiva do recurso cabível ou pelo não conhecimento do recurso pela falta de qualquer outro requisito de admissibilidade recursal, ou, ainda, em razão das divergências existentes entre os órgãos colegiados do 2º grau de jurisdição, que decidem de forma completamente distinta questões idênticas²⁶.

²⁵ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 37.

²⁶ Vários exemplos poderiam ser citados na justiça gaúcha de casos semelhantes que são julgados de forma discrepante devido à pulverização das demandas individuais, o que ocorre também, certamente, nos demais tribunais de apelação do país, invocando-se o exemplo da justiça gaúcha devido à sua proximidade. Nesse entrevero de decisões dissonantes em ações repetitivas, estriba-se no caso de milhares de ações individuais ajuizadas pelos servidores públicos do Estado do Rio Grande do Sul, nas quais postulavam a correção do chamado “vale-refeição”, não reajustado pelo ente estatal por vários anos. As ações individuais, tanto no primeiro como no segundo grau de jurisdição tiveram os mais diversos julgamentos, tanto pela improcedência como pela procedência e, neste último caso, variando as decisões quanto ao período que deveria ser reajustado e o índice a ser utilizado para recomposição do valor do vale-refeição. Tal situação, a toda evidência, com julgamentos contraditórios em situações de fato e de direito iguais causa abalo na credibilidade da justiça e fere frontalmente o princípio da isonomia, sendo difícil explicar para a parte perdedora o que ocorreu, quando no seu lado há um colega de profissão que obteve êxito na demanda. Depois de muitos julgamentos contraditórios e muitas ações de improcedência transitadas em julgado, a Corte Gaúcha pacificou o entendimento com a edição da Súmula nº 33, com o seguinte teor: “A ausência do reajuste do valor do benefício do vale-refeição ocorrido no Estado do Rio Grande do Sul no período de 2000 a 2010, ressalvada a compensação dos valores pagos e a prescrição, constitui omissão ilegal, suscetível de ser reparada na via judicial”.

Em razão disso, pessoas em situações fáticas e de direito rigorosamente iguais, sob o ponto de vista do direito material, experimentam tratamento jurisdicional diferenciado, decorrente apenas da relação processual, que acaba por transformar o direito instrumental em um fim em si mesmo, tornando a prestação jurisdicional lotérica, pois, se o autor tiver a sorte de ver a sua ação distribuída para o órgão jurisdicional que dê afago à sua pretensão, logrará êxito na demanda; caso contrário, a pretensão estará fadada ao insucesso.

Nessa direção, a precisa constatação de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes:

A miscelânea de pronunciamentos, liminares e definitivos, diferenciados e antagônicos, do Poder Judiciário passa a ser fonte de descrédito para a própria função judicante, ensejando enorme insegurança jurídica para a sociedade. Consequentemente, quando ocorre tal anomalia, a função jurisdicional deixa de cumprir a sua missão de pacificar as relações sociais.²⁷

Para evitar a desigualdade de tratamento entre os autores que se encontram na mesma situação de fato e de direito, bem como para que a insegurança jurídica não impere, as ações coletivas podem desempenhar um fundamental papel nesse sentido, ou seja, de eliminar as disfunções e contradições que a prestação jurisdicional atomizada acarreta nessa situação, pois a concentração da solução da controvérsia em uma ação coletiva elimina, ou, no mínimo, reduz drasticamente a possibilidade de soluções singulares e antagônicas.

Não há dúvida que quando se encontram decisões conflitantes entre ações determinadas pelos mesmos fatos e pedidos, a Justiça é abalada em seu crédito social e o que de fato advém desses julgamentos discrepantes é a mais pura expressão da injustiça, seja para uma parte ou para outra parte, ou quem sabe para ambas, o que se mostra muito comum de ocorrer quando se tutela individualmente, no varejo, os direitos individuais homogêneos.

Informações retiradas do sítio do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/sumulas/sumulas_do_tribunal_de_justica>. Acesso em: 21 out. 2012). Se a questão tivesse sido veiculada em uma ação coletiva e sem a viabilidade da propositura de ações individuais (ou a suspensão destas), os problemas apontados não teriam ocorrido.

²⁷ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 2010. p. 36.

Destarte, a tutela jurisdicional coletiva prolatada nas ações coletivas, além de andar de mãos dadas com a principiologia do acesso democrático e efetivo à justiça, porquanto promove a tutela de direitos mesmo do titular inerte, assegura decisões isonômicas para a mesma situação fática e traz segurança jurídica.

5 CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO MATERIAL

Antonio Gidi refere que um dos objetivos buscados pela tutela coletiva de direitos é o de tornar efetivo e concreto o direito material e promover as políticas públicas do Estado, o que ocorre por intermédio da realização “autoritativa” da justiça no caso concreto na hipótese de ilícito coletivo, vindo a corrigir de forma coletiva o ilícito coletivamente causado e também pelo caráter profilático da tutela coletiva que estimula o cumprimento voluntário da lei²⁸.

De fato, a ação coletiva, se bem utilizada, é um mecanismo extremamente efetivo para a realização de políticas públicas, pois permite ao Estado conhecer e resolver a totalidade da controvérsia coletiva em uma única demanda, permitindo que o Poder Judiciário tenha uma visão global da controvérsia e possa levar em consideração todas as consequências da decisão, já que na demanda coletiva tomará conhecimento de todos os interesses existentes dentro do grupo ou da coletividade, e não somente os “interesses egoísticos”, como diz Gidi, das partes em uma ação individual²⁹.

Todavia, em pleno século XXI, não obstante o avanço doutrinário e mesmo jurisprudencial, constata-se na própria doutrina e na jurisprudência brasileiras ainda a defesa de teses no sentido de que o Poder Judiciário não pode sindicair o mérito do ato administrativo; ou, no sentido de o Judiciário não poder se imiscuir na esfera da administração do Poder Executivo, com a determinação, por exemplo, de implementação de determinada política pública para a concretização dos direitos sociais fundamentais; ou, ainda, não ser possível ao Judiciário “legislar” positivamente no caso concreto quando ocorre a mora legislativa inconstitucional do legislador. Os entraves descritos decorrem do dogma da divisão de poderes e também porque os juízes, segundo quem sustenta esse posicionamento, ao contrário dos administradores públicos³⁰ e dos

²⁸ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33.

²⁹ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 34.

³⁰ Entendam-se, neste particular, os prefeitos municipais, os governadores dos estados e o presidente da República.

legisladores, não têm legitimidade para decidirem tais questões, uma vez que não foram eleitos pelo povo.

Tal discussão, embora importante, não cabe neste trabalho, pois depende de uma análise mais detida do papel transformador desempenhado pelo Poder Judiciário no paradigma do Estado Democrático de Direito, no sentido de concretizar o projeto constitucional, que acaba por desaguar nos atuais temas da judicialização da política e do ativismo judicial.

Cumprе frisar, para não passar em branco, que o debate sobre a falta de legitimidade dos juizes, porque não são eleitos pelo povo, já restou superado há muito tempo, porquanto a legitimação dos membros do Poder Judiciário advém da própria Carta Política de 1988, cuja escolha do legislador constituinte foi na direção de o provimento do cargo de juiz ser por intermédio de concurso público de provas e títulos, cujo sistema de escolha, que talvez ainda careça de algum aperfeiçoamento – até porque não há sistema perfeito –, sem dúvida nenhuma é o mais adequado para a realidade brasileira, uma vez que é extremamente democrático, sendo acessível a todos que cumprirem com os requisitos constitucionais – bacharel em Direito com três anos de atividade jurídica (art. 93, I, da CF/1988) –, evitando tal sistema a nociva mistura partidária e intromissão de interesses escusos na escolha de juizes.

Ocorre que a tese de impossibilidade de análise do mérito dos atos administrativos, além de ferir o disposto no art. 5º, XXXV, da CF/1988, serve como véu para que muitos administradores escondam as suas reais intenções, muitas vezes ilegais e imorais, na prática de determinado ato administrativo. Saliente-se que não se quer aqui tolher o espaço legal em que o administrador pode (e deve) movimentar-se e fazer as suas escolhas em prol dos administrados, mas apenas possibilitar a análise judicial dos atos que se desgarram do interesse público (e geral) que deve nortear a ação do administrador, cuja defesa judicial do administrador ímprobo, no mais das vezes, vem escudada em critérios de conveniência e oportunidade, como forma de esconder a arbitrariedade perpetrada.

Para ilustrar, não se pode tolerar que se despenda dinheiro público com gasto excessivo em publicidade em um determinado município para deixar a população ciente das “obras” realizadas durante o mandato – cujas despesas com publicidade aumentam sempre quando se aproximam as eleições por razões óbvias –, quando há falta de vagas nas escolas de ensino fundamental da municipalidade ou quando o atendimento à saúde dos munícipes é caótico, com

ausência de postos de saúde, insuficiência de profissionais da área da saúde e falta de medicamentos da farmácia básica de atribuição municipal.

Talvez seja por isso – a tese de inviabilidade da análise do mérito dos atos administrativos –³¹, ou, melhor, um dos motivos que explique o porquê ainda há muito que se fazer no campo dos direitos sociais neste País, especialmente os que dizem respeito à educação e à saúde, sendo a tutela jurisdicional coletiva apta, em determinados casos, para a realização de políticas públicas para a concretização dos direitos sociais, como os da saúde e da educação ora referidos.

No caso do Brasil, se, por um lado, os direitos civis e políticos, bem ou mal, já se encontram efetivados³²; de outro lado, o mesmo não ocorre com os direitos

³¹ Ainda nos bancos acadêmicos, percebe-se nos doutrinadores administrativistas clássicos (Hely Lopes Meirelles, Seabra Fagundes, Diógenes Gasparini, José Cretella Júnior, etc.) a sustentação que o controle judicial dos atos administrativos pelo Judiciário não pode ir além do exame da legalidade, não podendo o Poder Judicial adentrar no mérito administrativo. Mesmo doutrinadores mais modernos (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fernanda Marinela, etc.) mostram-se apegados ao paradigma tradicional. Todavia, essas vetustas lições sobre a atuação judicial nos atos administrativos, em um ambiente de Estado Democrático de Direito, não mais se sustentam, já que não é mais “só” o cumprimento da lei o norte para servir de guia à atividade administrativa, mas antes de tudo a atuação estatal deve estar conforme e de acordo com a Constituição Federal, especialmente no que diz respeito à garantia e satisfação dos direitos fundamentais. Em outras palavras, a limitação da atuação do Poder Judiciário à mera análise da legalidade viola o paradigma transformador do Estado Democrático de Direito por retirar a eficácia dos direitos fundamentais previstos na Carta Política. Nesse diapasão, FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma teoria da decisão judicial: hermenêutica, constituição e respostas corretas em direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 138-144. Em verdade, verificam-se, na temática do controle jurisdicional das condutas administrativas discricionárias, posições que vão desde a absoluta impossibilidade de controle judicial da discricionariedade administrativa até o outro extremo da absoluta possibilidade de apreciação pelo Judiciário. A razão, conforme entendimento de Rafael Maffini, com a qual se concorda não está nos extremos; a virtude encontra-se no entremeio (*virtus est in medio*); com efeito, Maffini sustenta que “seria possível afirmar que o Poder Judiciário não pode promover o controle do mérito administrativo, no sentido de não poder se intrometer em questões administrativas de conveniência e oportunidade propriamente ditas”, entretanto, por outro lado, diz que “poderá fazer o controle no mérito administrativo, no sentido de que está legitimado a realizar o controle da validade formal e substancial das decisões discricionárias, mesmo que tenha que analisar a escolha realizada pela Administração Pública” (MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 59-62). Em suma, deve-se ter em mente que no Estado Democrático de Direito não mais se pode considerar a discricionariedade ou o mérito administrativo como imunes à sindicância judicial, porquanto toda e qualquer atividade estatal, incluindo a discricionária, está adstrita à ordem jurídica e, por conseguinte, ao controle judicial.

³² Não se desconhece que sem a concretização dos direitos sociais ou de um pacote mínimo (saúde, educação, segurança, moradia, alimentação, etc.) para que o cidadão desenvolva o seu projeto de vida boa, em verdade, também em relação aos direitos civis e políticos não se pode dizer que são plenamente efetivos, pois para o exercício destes faz-se necessária a concretização dos direitos sociais, pois como afirma Alessandra Fachi: “Quase nenhum direito de liberdade é exercível sem um mínimo de recursos culturais e materiais, logo, sem que sejam predispostas medidas de redistribuição”

sociais (e também nas demais dimensões que se seguiram), especialmente no que tange à saúde e à educação, e ainda se vê o Poder Público, nas suas mais diversas esferas, diuturnamente envolto em casos de corrupção e tráfico de influências³³.

Como acentua Clayton Maranhão, há uma diferença gritante entre o direito (político) ao sufrágio universal e o direito (social) ao ensino obrigatório universal, já que todos votam (e é salutar que isso ocorra), porque há uma estrutura estatal para o exercício de tal direito (Justiça Eleitoral, títulos eleitorais, urnas eletrônicas, zonas eleitorais, recursos humanos, etc.). Entretanto, no âmbito da educação fundamental, denuncia Maranhão que o censo escolar revela que 97% das crianças na faixa etária dos 6 aos 14 anos se matriculam, mas apenas 89% concluem essa etapa da educação básica pelas mais variadas razões, inclusive falta de escolas ou de vagas nas escolas existentes, bem como também pela falta de transporte escolar e de professores, estes devido à baixa remuneração³⁴.

E, na esfera da saúde, o quadro não é alvissareiro, sendo mais desalentador ainda, pois faltam leitos nas UTIs, inclusive pediátricas; a oferta de médicos para atendimento é insuficiente, ou, mesmo, em muitas especialidades, inexistente; observa-se a escassez de remédios dispensados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), pois o rol de medicamentos das listas de dispensação não é atualizado como deveria ser, além de seguidamente faltarem os medicamentos constantes de ditas listas; os exames, como ressonâncias magnéticas, tomografias computadorizadas, entre outros, mesmo em situações de urgência, são agendados a “perder de vista” ou não são marcados por já ter “estourado” a quota do SUS; etc. Esses fatores são determinantes para o contexto de judicialização da saúde.

Não se quer transformar a ação coletiva como panaceia para solução dos problemas da saúde e da educação públicas, pois o tema da eficácia dos direitos sociais fundamentais é complexo e não depende somente da efetividade do

(FACHI, Alessandra. *Breve história dos direitos humanos*. Trad. Silva Debetto C. Reis. São Paulo: Edições Loyola, 2011. p. 124).

³³ Um caso recente da mistura do interesse público com interesse meramente privado e escuso é o do Senador goiano Demóstenes Torres, até então paladino da retidão, da ética e da moralidade, que se envolveu com o vulgo “Carlinhos Cachoeira”, conhecido contraventor e explorador de jogos eletrônicos ilegais especialmente no estado de Goiás. Foram flagradas conversas nada republicanas entre os dois por meio de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente. Dito cidadão acabou por ter o seu mandato cassado.

³⁴ MARANHÃO, Clayton. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GOZOLLI, Maria Clara et al. (Coord.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 160.

processo civil, mas de efetividade das próprias normas constitucionais, sendo a via do Estado-jurisdição apenas um dos meios possíveis para a sua concretização, que deveria ser a exceção, não a regra.

De qualquer sorte, a ação coletiva mostra-se como um mecanismo hábil para a concretização do direito material de toda uma coletividade sempre que houver lesão a interesses que extrapolem a esfera individual, como na pródiga área de lesões multitudinárias ocorrentes nas relações jurídicas encetadas entre fornecedor e consumidores, entre o Estado e os seus servidores, etc., bem como com o escopo de fazer o administrador cumprir com os seus deveres constitucionais, entre eles a implementação de políticas públicas para concretização de direitos fundamentais sociais catalogados na Constituição Federal, como a saúde e a educação, revelando-se, seguramente, como um meio eficaz de densificação dos direitos fundamentais, fazendo com que diminua drasticamente a postulação de direitos sociais na sua forma individualizada³⁵.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essas considerações são mais do que suficientes para que se conclua que as ações coletivas constituem-se um instrumento poderoso de acesso à justiça, que de fato pode alterar a realidade social e fustigar aqueles que são useiros e vezeiros no descumprimento da lei e acostumados a causar lesões, de toda ordem, às minorias ou a milhares ou milhões de pessoas, pois apostam que não haja a mudança de mentalidade no sentido de que para os conflitos que envolvam direitos transindividuais o caminho é a solução coletiva, e não processo tradicional e individualista constante do CPC de 1973.

Sabe-se que não basta somente uma mera reforma processual para a efetivação e realização dos direitos. Há a necessidade de uma mudança de cultura – sair da cultura do litígio e adentrar na cultura do diálogo. Enquanto isso não ocorre – se é ocorrerá um dia –, premente a necessidade de prestígio e fortalecimento das ações coletivas, no sentido de que se evite a proliferação de demandas individuais, a fim de sejam tutelados de forma mais eficiente e

³⁵ Não se desconhece a discussão doutrinária sobre a possibilidade (ou não) de os direitos sociais serem postulados via ação individual, cuja discussão ganha destaque na área da saúde. Para uma interessante visão desse debate, consultar: SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a relação entre os direitos fundamentais e o processo: o caso da controvérsia entre a tutela processual individual e/ou transindividual do direito à saúde. In: ASSIS, Araken (Org.) et al. *Processo coletivo e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência do Professor José Maria Rosa Tesheiner e 30 anos de docência do Professor Sérgio Gilberto Porto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 273-302.

eficaz os direitos transindividuais, especialmente os individuais homogêneos, porquanto são nestes em que há maior resistência de alteração legislativa e dos próprios operadores do Direito, como se pode ver pela difícil tramitação do mencionado Projeto de Lei nº 5.139/2009.

Nessa linha, vê-se que é evidente a resistência do poder político e do poder econômico à categoria dos direitos coletivos, tanto no aspecto material quanto no aspecto processual, especialmente quanto a este último aspecto, haja vista a sua dimensão massificada. A tutela jurisdicional coletiva é potencializada e tem a força de, em uma única ação coletiva, proteger e beneficiar um enorme contingente de pessoas.

Com efeito, a ação coletiva é um instrumento de realização dos direitos transindividuais e, por consequência, de efetivação da cidadania. Por isso, muitas empresas nacionais ou multinacionais que atuam na ilegalidade – assim como o próprio Poder Público – banalizam as ações coletivas e mostram-se contrárias a qualquer mudança legislativa que busque adequá-las ao atual contexto de conflitos. Este fato revela que estas entidades acreditam na impunidade e na solução dos problemas apenas em relação às ações individualmente formuladas.

De todo o exposto, não paira dúvida que a ação coletiva é um dos instrumentos para a efetivação da cidadania no cenário dos conflitos massificados, notadamente no caso dos interesses individuais homogêneos. E quanto mais efetivas forem as ações coletivas, mais adequadas serão as soluções para os conflitos massificados e mais efetivo será o acesso à justiça e à cidadania. O fortalecimento das ações coletivas propiciará uma economia judicial e processual enorme, além de evitar decisões contraditórias no caso de multiplicação de demandas individuais que poderiam ser resolvidas em um único processo (o que gera insegurança jurídica). Por tudo isso, o prestígio das ações coletivas se justifica plenamente.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma teoria da decisão judicial: hermenêutica, constituição e respostas corretas em direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FACHI, Alessandra. *Breve história dos direitos humanos*. Trad. Silva Debetto C. Reis. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARANHÃO, Clayton. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GOZOLLI, Maria Clara. et al. (Coord.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. Coleção Temas de Direito Processual Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 2010.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. In: LIVIANU, Roberto (Coord.). *Justiça, cidadania e democracia*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, Ministério Público Democrático, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a relação entre os direitos fundamentais e o processo: o caso da controvérsia entre a tutela processual individual e/ou transindividual do direito à saúde. In: ASSIS, Araken et al. (Org.). *Processo coletivo e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência do Professor José Maria Rosa Tesheiner e 30 anos de docência do Professor Sérgio Gilberto Porto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

