



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANA KARENINA SILVA RAMALHO DUARTE

A (IN)ADEQUAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL
NA EXECUÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

BRASÍLIA (DF)
2014

ANA KARENINA SILVA RAMALHO DUARTE

**A (IN)ADEQUAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL
NA EXECUÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre do Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Henrique Araújo Costa

ANA KARENINA SILVA RAMALHO DUARTE

**A (IN)ADEQUAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL
NA EXECUÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília, pela banca examinadora composta pelos professores:

Prof. Dr. Henrique Araújo Costa (Orientador)
Universidade de Brasília- UnB

Prof. Dr. Jorge Amaury Maia Nunes
Universidade de Brasília- UnB

Prof. Dr. Néviton de Oliveira Baptista Guedes
Instituto de Brasiliense de Direito Público - IDP

**BRASÍLIA (DF)
2014**

Aos meus filhos Pedro Augusto e Eduardo Augusto, pela capacidade infinita que eles possuem de proporcionar força no meu caminhar e alegrias intermináveis a cada amanhecer.

AGRADECIMENTOS

O período da redação de uma dissertação é caracterizado pelo recolhimento e solidão necessários aos mementos de estudos. Porém, a companhia de pessoas especiais foi primordial para que eu chegasse ao fim desta trajetória e para que ela fosse mais proveitosa e prazerosa, pelo que não posso deixar de externar meus agradecimentos a todos aqueles que colaboraram.

Inicialmente, agradeço a Deus pelo dom da vida e por todas as oportunidades que ele coloca no meu caminho de forma tão generosa.

Agradeço ao professor Henrique Araújo Costa por ter aceitado ser meu orientador nesta dissertação de mestrado e por ter se mostrado sempre disponível a conduzir as trocas de informações e discussões acerca do tema escolhido.

Agradeço ao professor Néviton de Oliveira Baptista Guedes por se dispor a participar da banca examinadora e ao professor Jorge Amaury Nunes Maia pelos conhecimentos obtidos no cursar da disciplina Direito Judiciário II, momento no qual fortaleceu minha convicção de que os conhecimentos adquiridos devem servir de embasamento na sua vida profissional e vice-versa.

Agradeço à Universidade de Brasília pela oportunidade de realizar este mestrado, ter acesso a um ensino público e gratuito de excelência e de conviver com professores e alunos que me proporcionaram ensinamentos imensuráveis e me despertaram para um novo olhar sobre o Direito, a sociedade e a vida.

Agradeço aos meus amigos “acadêmicos da PRU-1^a” que me incentivaram desde a matrícula como aluna especial e ao longo desses anos se tornaram amigos imprescindíveis neste caminho. Devo a vocês o alento e os conselhos nos momentos de desânimo e as alegrias de conversas em companhias agradáveis. Saber que não estamos sozinhos é o primeiro passo para chegarmos longe.

Agradeço à Advocacia-Geral da União, em especial, à Procuradoria-Regional da União da 1^a Região, pelo fomento ao meu desenvolvimento profissional, me propiciando um trabalho com campo fértil de aprendizado.

Agradeço a minha família, em particular aos meus pais, Augusto e Maria José, e irmãos, Ana Karoline, Antônio Augusto e Ana Lorena, que, mesmo distantes, acompanharam todo o percurso deste processo acadêmico e contribuíram com muito carinho e amor para a formação da pessoa que sou hoje.

Ao Douglas, pela torcida e amor demonstrado em todas as etapas, especialmente pela paciência nos momentos de ausência, empenhados ao mestrado. Eu não conseguiria sem o seu incentivo.

RESUMO

O presente trabalho objetivou verificar a adequação da legitimidade extraordinária ampla, através da substituição processual, outorgada aos entes coletivos na tutela de direitos individuais homogêneos. A ideia inicial do presente tema surgiu da observância do trâmite dos processos de execução coletiva de título de direito individual homogêneo, nos quais a defesa era promovida por entes coletivos na condição de legitimado extraordinário. Buscou-se identificar as razões determinantes e a repercussão prática do julgamento do Recurso Extraordinário n. 210.029/RS, a fim de investigar a possibilidade de equívoco interpretativo, bem como a superação dos valores que nortearam o citado precedente. A partir disso, averiguou-se a posição do Supremo Tribunal Federal, como Corte de Interpretação, e a adoção da legitimidade extraordinária a partir do tratamento jurídico posto aos direitos individuais homogêneos. Considerando-se, por conseguinte, a posição da doutrina e da jurisprudência nacional, levantaram-se os motivos que ensejam a outorga da legitimidade extraordinária e o papel desenvolvido pelo ente coletivo. Realizou-se um estudo das consequências práticas dessa admissibilidade, tentando formular um posicionamento próprio acerca do questionamento, considerando os posicionamentos e a lógica dos argumentos demonstrados.

Palavras-chave: Tutela coletiva. Execução. Substituição processual. Direito individual homogêneo. Precedente. Supremo Tribunal Federal

ABSTRACT

This study aimed to verify the adequacy of the extraordinarily wide legitimacy, through the replacement procedure, granted to collective entities in the protection of homogeneous individual rights. The initial idea for this theme came from the observance of the legal procedure that implementing collective title of homogeneous individual rights, in which defense were promoted by collective entities in condition of extraordinary legitimized. Sought to identify the determinants reasons and practical impact of the judgment of Extraordinary Appeal nº 210.029/RS in order to examine the possibility of interpretive mistake, as well as the overcoming of the values that guided the precedent cited. From this, it was examined the position of the Supreme Court, as the Court Interpretation, and, the adoption of extraordinary legitimacy from the legal treatment station of homogeneous individual rights. It was considered, therefore, the position of the doctrine and national jurisprudence, the reasons that guarantee the extraordinary legitimacy and the role played by collective entity. Finally, was conducted a study of the practical consequences of this admissibility, trying to formulate one own position for question, considering the placements and logic of arguments shown.

Keywords: Collective responsibility. Implementation. Replacement procedure. Homogeneous individual rights. Precedent. Supreme Court.

Quando acreditamos apaixonadamente em algo que ainda não existe, nós o criamos. O inexistente é o que não desejamos o suficiente.

Kafta

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 210.029/RS E A CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL ACERCA DA INTERPRETAÇÃO DO ART. 8º, INCISO III DA CARTA POLÍTICA	18
2.1 Descrição do caso prático	18
2.2 Das razões determinantes do julgamento do RE 210.029/RS	25
2.3 Consequências do julgado	28
3 A EFETIVIDADE DA TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.	30
3.1 Tutela jurisdicional coletiva de direitos	30
3.2 O neoconstitucionalismo e a tutela coletiva de direito.....	32
3.2.1 Da constitucionalização do direito e a reinterpretação do sistema processual coletivo	32
3.2.2 A doutrina da efetividade e a prestação jurisdicional da tutela coletiva.....	35
3.3 O Supremo Tribunal Federal e a efetividade da prestação jurisdicional através da tutela coletiva.....	38
3.4 As ações coletivas e seu papel sociojurídico na sociedade pós-industrial.....	41
3.4.1 A sociedade pós-industrial e a massificação das demandas	41
3.4.2 Ações coletivas como instrumento de acesso à justiça	46
3.4.3 Ações coletivas e a efetividade da prestação jurisdicional.....	48
3.4.4 As Ações coletivas como meio de economia e celeridade processual.....	50
3.4.5 Ações coletivas e a segurança jurídica.....	52
4 TRATAMENTO JURÍDICO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	55
4.1 Considerações preliminares	55
4.2 Conceito e natureza jurídica dos direitos individuais homogêneos	56
4.3 A sistemática adotada pelo Código de Defesa do Consumidor para a tutela dos direitos individuais homogêneos	60
4.4 Cognição na tutela coletiva de direito individual homogêneo: repartição da atividade .	64
4.5 A técnica da sentença coletiva “condenatória” genérica	66
5 LEGITIMIDADE ATIVA PARA O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DA TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.....	69
5.1 Considerações preliminares	69

5.1.1 Parte	69
5.1.2 Legitimidade de agir	70
5.1.2.1 DA LEGITIMIDADE PARA AS AÇÕES COLETIVAS.....	71
5.1.2.2 DA LEGITIMIDADE ATIVA NO DIREITO COMPARADO	75
5.1.2.3 CLASSIFICAÇÃO DE LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA	76
5.2 Substituição processual.....	77
5.2.1 Conceito	77
5.2.2 Natureza jurídica	81
5.2.3 Substituição processual no ordenamento jurídico brasileiro	82
5.2.4 Características da substituição processual e seus limites.....	84
5.2.5 O substituto processual e o poder de disposição.....	86
5.2.6 Diferenciação entre a substituição e representação processual	88
6 ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 210.029/RS E O CONFRONTO DAS PREMISSAS CONTIDAS NO ACÓRDÃO COM OS CASOS CONCRETOS	91
6.1 O problema	91
6.2 O Recurso Extraordinário nº 210.029/RS e a defesa dos direitos individuais homogêneos, sob o enfoque do acesso à justiça e a efetividade na prestação jurisdicional.	95
6.2.1. Generalidades	95
6.2.2 Da superação das premissas do precedente.....	98
6.2.2.1 O ACESSO À JUSTIÇA E A EXECUÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.....	105
6.2.2.2 DO ACESSO À JUSTIÇA E DA PARIDADE DE ARMAS NA EXECUÇÃO DE DIREITO INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	112
6.2.2.3 O ACESSO À JUSTIÇA E OS EFEITOS NEGATIVOS DA SUBSTITUIÇÃO DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE INTERESSES	116
6.3 O confronto entre as premissas RE 210.029/RS e casos concretos.....	118
6.3.1 Ação coletiva n.95.00.06161-9 - ANAJUR – Heterogeneidade	119
6.3.2 Ação coletiva n. 2006.34.00.006627-7 - ASDNER – execução pulverizada.....	119
6.3.3 Ação coletiva n. 0029112-39.1997.4.01.3400 – concomitância de representação – ASLEGIS E SINDLEGIS	120
7 CONCLUSÃO	122
REFERÊNCIAS	129

1 INTRODUÇÃO

O objetivo da presente dissertação consiste na análise da utilização da substituição processual na fase de execução coletiva¹ de direito individual homogêneo, suas principais vicissitudes, bem como seus reflexos na órbita do patrimônio jurídico de seus titulares.

Não resta dúvida de que, atualmente, o impacto da quantidade de processos que enfrentam questão de massa assume protagonismo nas discussões referentes à efetividade da prestação jurisdicional. Aliás, afigura-se impossível pensar na existência de demandas repetitivas que esteja distante da tutela de proteção do processo coletivo.

Nas últimas décadas, a mudança de paradigma no Direito Processual foi expressiva, especialmente, pela introdução de mecanismos de tutela coletiva na prestação jurisdicional.

A prestação jurisdicional, através da macrolide, almeja proporcionar uma tutela adequada aos conflitos provenientes de uma sociedade globalizada, bem como minimizar a tramitação de inúmeras demandas individuais repetitivas que se acumulam no Poder Judiciário e, por via de consequência, comprometem a qualidade e a celeridade do serviço judiciário.

Em decorrência disso, a Carta Política de 1988, influenciada pela concepção da efetividade, através do seu artigo 8º, III, confere legitimação extraordinária, em

¹ Inicialmente, importante esclarecer que a investigação da presente dissertação parte da análise das execuções coletivas propostas contra a União - considerada quarta maior litigante do sistema judiciário nacional, conforme pesquisa judiciária do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.br/imagens/pesquisa-judiciarias/pesquisas_litigantes_pdf.> Acesso: em 20 ago. 2013.

regime da substituição processual², às entidades coletivas para, em nome próprio, defender em juízo, direitos subjetivos de outrem³.

Tal opção foi de grande relevância para o sistema jurisdicional, visto que potencializou, de forma elevada, a viabilidade da tutela coletiva de direitos individuais e, conseqüentemente, o âmbito da eficácia subjetiva das decisões judiciais.

Com a constitucionalização do direito processual, a legitimidade dos sindicatos foi objeto de análise do Supremo Tribunal Federal, através do julgamento do Recurso Extraordinário 210.029/RS que, no exercício de sua função de Corte de Interpretação Constitucional, conferiu interpretação ampliativa ao artigo 8º, III, da Constituição Federal, para estender sua aplicabilidade para a fase de execução.

Pela leitura das razões do julgado, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal buscou adotar uma alternativa paternalista que, no seu ponto de vista, atenderia de forma mais adequada aos objetivos das ações coletivas e, ao mesmo tempo, seria eficaz na gestão do estoque de processos apresentados perante o Judiciário.

Entretanto, a mencionada Corte, através dos votos-vencedores, deixou de considerar duas questões prévias e imprescindíveis à definição de que a substituição processual ampla imprimiria, de fato, efetividade à prestação jurisdicional.

A primeira delas foi a falta de distinção de tutela coletiva de direitos e tutela de direitos coletivos⁴, levando em consideração que, na fase de execução do título coletivo de direitos individuais homogêneos, estes são, simplesmente, direitos subjetivos individuais, com margem de heterogeneidade.

² Na concepção de Hugo Nigro Mazzilli “a legitimidade extraordinária, por meio da substituição processual, é, pois, inconfundível com a representação. Na representação processual, alguém, em nome alheio, defende o interesse alheio (como é o caso do procurador ou mandatário); já na substituição processual, alguém, que não é o procurador ou mandatário, comparece em nome próprio e requer em juízo a defesa de um direito que admite ser alheio.” (MAZZILLI, 2009, p. 64).

³ Sobre a opção do Constituinte de 1988 v. Teori Albino Zavascki, *in Processo Coletivo*, 2008, “foi destacadamente significativo, nessa primeira onda de reformadora, o advento da Constituição de 1988. Entre os direitos e garantias individuais e sociais nela arrolados consagrou-se a legitimação das associações de classe e das entidades sindicais para promover, em juízo, a defesa dos direitos e interesses dos respectivos associados e filiados (art. 5º, e art. 8º, III).” p.16

⁴ A tutela coletiva de direito é a proteção conferida aos direitos individuais, quando tutelados coletivamente, por opção legislativa. Por outro lado, a tutela de direito coletivo é a proteção aos direitos transindividuais, ou seja, o direito difuso ou direito coletivo *stricto sensu*.

O segundo fator que deveria ter sido enfrentado era a hipótese de os objetivos da ação coletiva já terem sido atingidos a partir do reconhecimento do direito através da sentença de mérito transitada em julgado.

Tal consequência seria a avaliação da necessidade de defesa coletiva na fase de execução, levando-se em consideração o fato de que, a adoção de tal regime podia ser incompatível com as garantias processuais do réu (na efetividade da defesa) e do autor (na busca de uma tutela adequada e tempestiva), haja vista que poderia representar uma mitigação da liberdade individual do titular do direito e, ao mesmo tempo, poderia repercutir na celeridade da prestação jurisdicional ao excluir a possibilidade de resolução do conflito judicial por meio de celebração de acordos⁵.

Além do mais, é importante ressaltar que, tal posicionamento partiu das premissas traçadas em uma demanda trabalhista⁶, influenciada pela concepção de que, historicamente, sempre coube aos sindicatos à legitimidade ativa para suscitar o ajuizamento de dissídio coletivo, instrumento tradicionalmente utilizado na solução de controvérsias atinentes às categorias profissional e econômica (tutela de direitos coletivos).

Todavia, se estamos a falar na tutela coletiva de direitos, a saber, naquilo que diz respeito aos direitos individuais homogêneos, deve permanecer este mesmo raciocínio? Ou melhor, cabe aos entes coletivos a legitimidade exclusiva nessa seara? Ou ainda que não exclusiva, é possível falar em legitimidade ampla e irrestrita, independentemente da análise de qualquer requisito de admissibilidade na fase de execução?

⁵ Como bem observa Luiz Paulo da Silva Araújo Filho “a garantia constitucional de tutela coletiva de interesses individuais não quer – e não pode! – evidentemente significar o desrespeito a outras garantias previstas na própria Constituição, como a da livre atuação dos próprios indivíduos, titulares dos direitos, em defesa de seus bens ou de sua propriedade (art. 5º, XXII).” p. 103

⁶ Importante ressaltar que algumas premissas, como a hipossuficiência e a unicidade sindical, que foram levadas em consideração no julgamento do Recurso Extraordinário n. 210.029/RS não se aplicam aos processos coletivos propostos contra a União. Nas relações estatutárias, a hipossuficiência da relação jurídica é mitigada, em virtude da estabilidade do serviço público. Em relação à unicidade sindical, a dupla filiação é uma realidade devido a existência de representação da categoria através de associações e sindicatos.

Tais questionamentos podem repercutir significativamente na prestação jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada. Por esses motivos, a presente dissertação pretende rediscutir a legitimidade processual para propositura de execuções de título judicial coletivo de direitos individuais homogêneos.

O estudo parte da premissa de que as finalidades essenciais da tutela dos direitos individuais homogêneos, no ordenamento jurídico brasileiro, são a racionalização do trabalho judiciário e o tratamento isonômico dos interesses individuais, de forma a limitar inúmeras possibilidades de decisões conflitantes em casos análogos.

Assim, a ideia inicial do tema da presente dissertação surgiu da observância do impacto do trânsito em julgado de demanda coletiva, especialmente contra a União⁷, na prestação jurisdicional e da demora na tramitação dos processos de execução originários do respectivo título judicial, mesmo diante de uma defesa coletiva.

Soma-se ao fato de que, durante o desenvolvimento do trabalho, observamos uma tendência atual na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de priorizar a defesa individual do título judicial coletivo transitado em julgado, o que pode representar uma mudança na concepção firmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Diante disso, a situação-problema que se apresenta nesta dissertação, é o estudo acerca da adequação da substituição processual na fase de execução de título coletivo de direitos individuais homogêneos como instrumento capaz de proporcionar um alargamento no acesso à justiça dos jurisdicionados e atingir efetividade na prestação jurisdicional.

⁷ De acordo com pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, o Setor Público Federal lidera em questões de litigância, perfazendo um total de 51,5% dos processos em trâmite no Judiciário. Disponível em: <http://www.cnj.br/imagens/pesquisa-judiciarias/pesquisas_litigantes_pdf>. Acesso em: 20 ago.2013. Além do mais, considerando que a maioria das demandas judiciais que questionam a atuação da Administração Pública tem vocação coletiva, resta demonstrado a importância da investigação do impacto das referidas ações na tutela jurisdicional.

Os problemas levantados por tal questão são suficientemente numerosos, principalmente quando se considera que a ideia proposta aparenta ir de encontro à aos objetivos almejados pela teoria do processo coletivo, concebida para resguardar um amplo acesso à justiça.

Portanto, é inegável a existência de uma problemática envolvendo a interpretação extensiva do art. 8º, III da Constituição Federal. É a partir desse alicerce que se considera importante – para fins de justificar o presente tema – a verificação da possibilidade de o instituto da substituição, na fase de execução de direitos individuais homogêneos, não atingir os fins propostos.

Percebe-se que se está diante de um tema complexo, que merece especial atenção, haja vista que os vários questionamentos encontram-se, ainda, sem muitas respostas, considerando o reduzido número de doutrina que investiga os problemas práticos sobre o assunto, ressaltando que o estudo ultrapassa a investigação puramente acadêmica. Ao contrário, o tema traz repercussões empíricas e diretas na prestação jurisdicional e na defesa da União em juízo⁸, evidenciando-se, assim, as condições de oportunidade e novidade do tema apresentado.

Em termos metodológicos, para responder a formulação do questionamento acima posto, a dissertação insere-se em uma perspectiva interdisciplinar, que procura coordenar conteúdos concernentes ao campo do Direito Constitucional e do Direito Processual Civil, no intuito de analisar o objeto de estudo em todas as suas características plurais, de maneira mais completa possível.

Propõe-se uma pesquisa teórico-instrumental, pois ao mesmo tempo em que será dedicada a reconstruir conceitos, buscando aprimorar fundamentos teóricos, também se estudará as implicações de se aplicar a hipótese do tema na prática. Como método de abordagem, será utilizado o dedutivo, partindo-se da análise geral do tema para a particular, na tentativa de fornecer um embasamento teórico sobre o assunto, e, *a posteriori*, entender melhor suas peculiaridades. E, considerando a amplitude e complexidade do tema, será utilizado como métodos de procedimento a

⁸ De acordo com os dados do sistema de acompanhamento processual - SICAU da Advocacia-Geral da União existem em trâmite 33.000(trinta e três mil) ações coletivas em face da União.

combinação dos métodos histórico e comparativo.

Nesse aspecto, realizou-se um exame descritivo dos documentos, utilizando-se como base teórica as obras atinentes às matérias citadas, de autores nacionais e internacionais, além de pesquisas nos julgados dos Tribunais pátrios, em especial do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Para que seja possível a análise que se propugna, dividiu-se em cinco partes a dissertação, que correspondem, respectivamente, ao Capítulo I, II, III, IV e V. Por uma questão didática, e, antes de se discorrer diretamente sobre o assunto, serão feitas abordagens separadas e específicas sobre o tema, a fim de propiciar uma maior compreensão dos argumentos aqui lançados, mas sem descurar do evidente entrelaçamento imanente que aqui se afirma.

No primeiro capítulo será descrito o caso prático que examinou a controvérsia constitucional acerca da interpretação do art. 8º, inciso III, da Constituição Federal, com o escopo de delimitar as razões determinantes do julgamento do Recurso Extraordinário nº 210.029/RS e as possíveis consequências do mencionado julgado.

O segundo capítulo estuda a posição do Supremo Tribunal Federal, como órgão responsável pela reinterpretação do sistema processual coletivo. A referida interpretação parte do papel sociojurídico das ações coletivas, como instrumento capaz de promover acesso à justiça, segurança jurídica, economia e celeridade processual.

Com o objetivo de abordar as principais considerações a respeito da tutela jurídica dos direitos individuais homogêneos, construiu-se o terceiro capítulo. O intuito não é elaborar uma síntese da teoria do processo coletivo, mas sim tecer comentários acerca de aspectos relevantes que influenciam no âmbito da defesa de direitos individuais homogêneos e que podem servir de subsídios teóricos para confirmar ou não a hipótese levantada ao final da dissertação.

Por sua vez, no quarto capítulo, procurou-se criar o arcabouço lógico para se sustentar quais e que tipos de legitimidade ativa seriam cabíveis para tutela de direitos individuais homogêneos. Na oportunidade, tecem-se exposições preliminares

de ordem terminológica e verificam-se os estudos já existentes sobre a substituição processual, especialmente, os atinentes aos seus limites e diferenciação da representação processual.

Por fim, no quinto e último capítulo, que não pode ser lido sem a compreensão de observações e aspectos trazidos no segundo, terceiro e quarto capítulos antecedentes, o tema será abordado com mais especificidade e em sua plenitude.

Nele, serão ponderadas as consequências da aplicação do precedente do Supremo Tribunal Federal, e, através da análise de casos práticos, será analisada uma possível superação dos valores e/ou equívoco da aplicabilidade da direção interpretativa, a partir da atual tendência da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e quais as repercussões na prestação jurisdicional.

Com fundamento em tais dados, constroem-se as bases da elaboração de um conjunto de argumentos que permitam o enfrentamento direto do problema, sendo que qualquer que seja a resposta a ser fornecida, poder-se-ia afirmar que a solução verdadeiramente suficiente será aquela que compatibilizará as garantias processuais dos litigantes, tanto do autor (na busca da tutela adequada, efetiva e tempestiva), como as do réu (no exercício da efetiva defesa).

2 ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 210.029/RS E A CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL ACERCA DA INTERPRETAÇÃO DO ART. 8º, INCISO III DA CARTA POLÍTICA

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 210.029/RS⁹, o Supremo Tribunal Federal, ao examinar a controvérsia constitucional acerca da interpretação do art. 8º, inciso III da Constituição Federal, sedimentou o entendimento no sentido de que a referida norma outorgou aos sindicatos legitimidade extraordinária ampla para defender, em juízo, direito individual homogêneo da categoria que representa.

A partir de então, surge o problema a ser investigado no presente trabalho.

É adequado (legal, compatível, eficaz) o instituto da substituição processual na fase de execução do processo coletivo que envolve direitos individuais homogêneos?

Para iniciar a investigação, faz-se necessário o conhecimento do julgamento considerado *leading case* e de todo o debate que girou em torno do tema.

2.1 Descrição do caso prático

Trata-se de reclamação trabalhista proposta pelo Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Passo Fundo contra o Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A (Barisul), objetivando o pagamento de verbas decorrente da relação jurídica laboral.

Já na primeira instância, a Justiça do Trabalho gaúcha extinguiu o feito sem julgamento do mérito, por entender que o autor era carecedor da ação, o que foi

⁹ De acordo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, “o art. 8º, III, da CF estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos.” ([RE 210.029/RS](#), Rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 12-6-2006, Plenário, *DJ* de 17-8-2007.)

confirmado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, ao analisar o agravo de instrumento.

Para tanto, o Egrégio Tribunal asseverou que a demanda não versava sobre aplicação de lei salarial nem o recorrente estava atuando na condição de substituto processual, como autorizado pelos artigos 195 e 872 da Consolidação das Leis Trabalhistas. Sendo assim, o sindicato agia na condição de representante, conforme preceitua o artigo 5º, XXI, da Constituição Federal de 1988, logo, era imprescindível a autorização expressa dos beneficiários titulares do direito material.

Inconformado com a referida decisão, o Sindicato interpõe Recurso de Revista ao Tribunal Superior do Trabalho apontando violação ao art. 8º, inciso III, da Lei Maior e o artigo 3º, da Lei 8.073/90.

Mais uma vez, o apelo revisional do sindicato-recorrente não obteve êxito, posto que a decisão do Tribunal de piso estava em consonância com o entendimento do Enunciado nº 310, item II, do Tribunal Superior do Trabalho¹⁰.

¹⁰ Em relação à edição do Enunciado 310, assevera Guilherme Mastrichi Basso, in: Da pertinência do cancelamento do Enunciado 310 do TST, publicado na *Revista do TST*, Brasília, 63, 136-142, 1994, "...data vênica de doudas opiniões em contrário, tenho para mim que, em se tratando de interpretação de matéria constitucional, em face da relevância e das implicações práticas que a edição de um Enunciado acarreta, não deve o Tribunal fazê-lo. E isto porque, sendo o Supremo Tribunal Federal o guardião-mor da Constituição Federal, a quem cabe dar a última palavra na sua interpretação – art. 102, caput, da CF/88 – é da sua competência precípua a elaboração e edição de Súmula a respeito de matéria constitucional." (BASSO, 1994, p. 137).

E foi o que aconteceu! Durante o período de tramitação do RE 210.029/RS, que perdurou aproximadamente por dez anos (de 15 de outubro até setembro de 2006), o entendimento sumulado do Tribunal Superior do Trabalho acerca da interpretação do artigo 8º, inciso III, da Constituição foi paulatinamente contestado, com base no entendimento firmado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que reconhecia a legitimidade extraordinária dos sindicatos. Tal situação culminou no cancelamento da Súmula 310, através da Resolução 121/2003, publicada em 25 de setembro de 2003. Eis o teor da *Súmula nº 310 do TST - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO* (cancelamento mantido) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 e republicada DJ 25.11.2003

(...) II - A substituição processual autorizada ao sindicato pelas Leis nºs 6.708, de 30.10.1979, e 7.238, de 29.10.1984, limitada aos associados, restringe-se às demandas que **visem**

Com espeque no artigo 102, inciso III, alínea, a, da Carta Política, o ente coletivo maneja recurso extraordinário em face de acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, no qual se entendeu que o art. 8º, inc. III, da Constituição da República, não autoriza substituição processual pelo sindicato (Enunciado nº 310, inc. I, do TST), ao fundamento de que o citado artigo não estabelece uma norma de caráter programático e sim prescreve, por lei, uma forma de substituição processual.

Argumentou, para tanto, que a interpretação restritiva adotada pela Corte Trabalhista, com base em princípios do processo civil tradicional, negará vigência à norma constitucional que expressamente reconhece ao sindicato a legitimidade de atuar na condição de substituto processual da categoria profissional que representa.

Pela importância do tema, em 16 de setembro de 1997, a 2ª Turma do Supremo decidiu afetar ao Plenário, o julgamento do recurso em debate.

Ato contínuo, foi designado como relator o Ministro Carlos Velloso.

Em 15 de outubro de 1997, o relator, após demonstrar a evolução da jurisprudência relacionada a legitimação dos entes coletivos na Suprema Corte e a distinção da legitimidade das associações e dos sindicatos, votou pelo provimento do recurso, nos seguintes termos:

A questão não muda, tratando-se da norma inscrita no art. 8º, III, da C.F: 'ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas". Tem-se, no caso, substituição processual. No julgamento do MI 347-SC, Relator o Ministro Néri da Silveira, o Supremo Tribunal Federal, pelo seu Plenário, decidiu, interpretando a norma inscrita no inc. III, do art. 8º, da C.F., no sentido da legitimação do sindicato na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, em questões judiciais ou administrativas. (RTJ 153/15). No julgamento do RE 202.063-PR, Relator o Ministro Octavio Gallotti, o Supremo Tribunal Federal, pela sua 1ª Turma, decidiu que a legitimação referida no inc. III, do art. 8º, da Constituição, é extraordinária, como veio, aliás, a ser explicitada pelo art. 3º da Lei nº 8.073, de 1990, quando dispôs que as entidades sindicais poderão atuar na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria, como substitutos processuais. No Ag. 153.148 (AgRg)-PR, Relator o Ministro Ilmar Galvão, o entendimento adotado pela 1ª Turma não

aos reajustes salariais previstos em lei, ajuizadas até 03.07.1989, data em que entrou em vigor a Lei nº 7.788/1989.

foi outro (DJ de 17.XI.95). Assim posta a questão, entendido que a norma inscrita no inc. III, do art. 8º, da C.F., consagra hipótese de substituição processual, conheço do recurso e dou-lhe provimento.¹¹

Ocorre que, em 19 de novembro de 2003, o Ministro Carlos Velloso apresenta aditamento do voto, para mencionar a edição das súmulas 629 e 630 do Supremo Tribunal Federal que, no seu entender, se amoldam ao Direito Processual Comparado ao legitimar a condição de substituto processual dos entes coletivos.

Após o voto do Relator, o Ministro Nelson Jobim pediu vista do processo.

O referido voto-vista inicia delimitando a questão controversa que seria “o exame da relação entre o sindicato e os direitos individuais de que seriam titulares integrantes da categoria por ele – sindicato – representada”¹² e faz a seguinte indagação:

o art. 8º, inciso III (CF/88), confere legitimação processual aos SINDICATOS para a defesa de todos e quaisquer direitos subjetivos individuais de que seriam titulares membros da categoria por ele representada?¹³

Após longa exposição, concluiu pelo parcial provimento do recurso nos seguintes termos:

Esta me parece a interpretação para o art. 8º, III, da CF: (a) o SINDICATO é SUBSTITUTO PROCESSUAL nas ações coletivas de defesa de ‘direitos e interesses individuais’, comuns ou homogêneos, dos integrantes da categoria, dispensada qualquer autorização; (b) o SINDICATO não tem legitimação, como SUBSTITUTO PROCESSUAL, para promover a liquidação e/ou execução de sentença prolatada nessas ações.¹⁴

¹¹ Teor do voto do Ministro Relator Carlos Velloso: Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 17. jun. 2013.

¹² *Op. cit.* p. 916.

¹³ *Op. cit.* p. 916.

¹⁴ . *Op. cit.* p. 1001.

Diante da apresentação do voto-vista do Ministro Nelson Jobim, que examinou de forma profunda a questão, a partir dos clássicos do processo civil¹⁵, os debates se intensificaram¹⁶.

O próximo a votar foi o Ministro Joaquim Barbosa. Para ele, a posição adotada pela divergência do Ministro Nelson Jobim implicaria restrição ao direito fundamental de acesso à justiça, haja vista que, ao obstar que o sindicato mova demandas de liquidação ou execução de sentença relativa a direitos individuais homogêneos, na qualidade de substituto processual, pesaria demasiadamente contra os trabalhadores, parte hipossuficiente da relação. Por tal fundamento, acompanhou o relator, dando provimento integral ao recurso extraordinário.

No mesmo sentido posicionou-se o Ministro Carlos Brito ao afirmar que que é forçoso dar à substituição processual, enquanto instituto jurídico, uma interpretação condizente com os escopos protetivos da Constituição em relação aos sindicatos.

Ato contínuo, o Ministro Cezar Peluso apresenta seu voto-vista e acompanha o Ministro Nelson Jobim, por entender que o sindicato apenas atua no processo coletivo para facilitar a defesa e quando não necessite analisar caso a caso, sob pena de transformar em um litisconsórcio facultativo.

Argumenta ainda que na liquidação e execução de sentença coletiva, o sindicato

pode, sem dúvida, atuar em juízo, já não, porém, em nome próprio, na qualidade de substituto processual dos credores, senão apenas na de representante destes. De modo que, como já visto, atuará aí, como mandatário com representação, em nome e defesa dos trabalhadores, mas nos limites dos poderes formais que lhe sejam outorgados de cada um deles, como mandantes. Parte, no processo executório, serão, pois, não o sindicato, senão os titulares dos créditos que, então, na condição simultânea de sujeitos dos poderes e deveres processuais, serão os únicos capazes de dispor da liquidação ou da execução, renunciando ao direito, desistindo do

¹⁵ O Ministro Nelson Jobim utilizou a doutrina dos processualistas clássicos Carnelluti, Calamandrei e Gissepi Chiovenda para fundamentar a distinção da substituição processual da representação e o cabimento de cada um dos respectivos institutos na fase de conhecimento e execução de direitos individuais homogêneos.

¹⁶ O debate foi tão intenso que ensejou na prolação de quatro votos-vistas, resultando no julgamento não unânime por 6 x 5.

processo, ou abandonando-o, como lhes convenha. Esse é o retrato irretocável de uma situação jurídico-processual concebida para proteção dos interesses dos trabalhadores¹⁷

No mesmo sentido foi o voto do Ministro Eros Graus, ao afirmar que a legitimidade extraordinária outorgada aos entes coletivos, para atuar em nome próprio, na qualidade de substituto processual, é conferida apenas para obter a sentença genérica. Na fase de execução, devido a necessidade de individualização, o sindicato poderá atuar como representante.

Após pedido de vista para melhor análise da questão, o Ministro Gilmar Mendes apresenta seu voto, acompanhando o voto-divergente, ao concluir que o art. 8º, inciso III, da Constituição, prevê típica hipótese de substituição processual. Todavia, não é ampla. Deve limitar-se à defesa de direitos individuais homogêneos e à fase do conhecimento.

Afirma, ainda, que a substituição processual desaparece quando é necessária a prática de atos de disposição do direito material, é o que ocorre normalmente nas decisões coletivas de caráter condenatório genérico, em que a necessária liquidação de sentença gera títulos individualizados de acordo com a peculiar situação de cada um dos substituídos.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio vota no sentido do relator para conferir ao art. 8º maior eficácia possível, no escopo de alcançar maior celeridade na prestação jurisdicional.

Por fim, votou a Ministra Ellen Gracie no sentido de restringir ao alcance da substituição processual a fase de conhecimento, aduzindo que, após afirmado judicialmente o direito, decorre a necessidade de individualizar os créditos relativos a essa declaração, logo as execuções e as prévias liquidações correspondentes não mais correspondem à homogeneidade que autorizava a representação anterior.

E acrescenta que por isso, nessa circunstância, os trabalhadores poderão optar por uma de muitas possibilidades, podem, inclusive, renunciar ao direito, desistir do processo, deixar de promover à execução ou, como é usual, promovê-la

¹⁷ *Op. cit.* p. 135-136.

individualmente. Poderão ainda erigir, para exercer esse direito a execução, inclusive o seu sindicato de classe como representante, mediante mandato.

Como visto, o Supremo Tribunal Federal¹⁸, por maioria de seus Ministros¹⁹, firmou o entendimento de que o art. 8º, III, da Constituição Federal, estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam.

A citada legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores e por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos.

Da leitura do relato do julgamento, conclui-se que é unânime a interpretação de que o art. 8º, inciso III da Constituição Federal reconhece ao sindicato a prerrogativa de atuar na condição de substituto processual na defesa dos direitos individuais homogêneos da categoria que representa. Porém, a divergência reside em relação a amplitude da referida legitimação extraordinária.

Para maioria dos julgadores, a legitimação é ampla – em todas as fases do processo. Para a minoria, a substituição processual é outorgada apenas para a fase do conhecimento.

Nesse diapasão, verifica-se que diante de um mesmo texto legal, ocorreram *rationes decidendi*²⁰ distintas, ou seja, diferentes razões que justificam a interpretação ou solução encontrada.

Sendo assim, faz-se necessário o delineamento dos fundamentos determinantes do julgamento do RE 210.029/RS, como forma de aferir sua aplicabilidade como precedente, o que passa a fazer a seguir.

¹⁸ O Supremo Tribunal Federal, por ser uma Corte Suprema, possui a função de definir a interpretação da Constituição, através de precedente.

¹⁹ Acompanharam a divergência do Ministro Nelson Jobim, os Ministros Cezar Peluso, Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie.

²⁰ *Ratio decidendi* pode significar tanto “razão para a decisão”, como “razão para decidir”. É a atribuição de sentido ao texto constitucional ou da questão jurídica.

2.2 Das razões determinantes do julgamento do RE 210.029/RS

Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal foi criado originalmente sob influência do modelo da *Supreme Court* Americana²¹. Em decorrência disso, a adequada interpretação da Constituição²², para fins de manutenção da unidade do Direito pátrio, deve ser enxergada como uma das funções do referido Tribunal.

É através da formação dos precedentes que o Supremo Tribunal Federal exerce sua função de viabilizar o conhecimento do direito, pelos demais tribunais e pela sociedade²³.

E, foi justamente no desempenho da função retromencionada que ocorreu o julgamento do Recurso Extraordinário n. 210.029/RS, onde a questão controversa enfrentada possuía uma dimensão que extrapolava o caso concreto.

A partir de então, pacificou-se o entendimento de que os sindicatos possuem legitimidade extraordinária ampla para defender direitos individuais da categoria que representam, tanto na fase de conhecimento como na fase de liquidação e execução.

Por ser considerado o precedente que sanou a controvérsia na prática jurídica e passou a orientar o entendimento dos demais julgadores em relação à

²¹ José Carlos Barbosa Moreira. *Comentários ao código de processo civil*. v. 5. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 580.

²² Nesse sentido preleciona Daniel Mitidiero. In: *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente, 2013*: “é imprescindível que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça sejam entendidos como cortes que apresentam como ponto de chegada a adequada interpretação da legislação, viabilizando a partir daí a unidade do Direito brasileiro e a orientação futura dos demais tribunais e da sociedade civil.” (MIDITIERO, 2013, p.95)

²³ Sobre o tema diz Marinoni, (MARINONI, 2013, p. 221) in: *Precedente obrigatórios*: “deixe-se claro, antes de mais nada, que as razões de decidir ou os fundamentos da decisão importam, no *common law*, porque a decisão não diz respeito apenas às partes. A decisão, vista como precedente, interessa aos juízes – a quem incumbe dar coerência à aplicação do direito – e aos jurisdicionados – que necessitam de segurança jurídica e previsibilidade para desenvolverem suas vidas e atividades. O juiz e o jurisdicionado, nessa dimensão, têm necessidade de conhecer o significado dos precedentes.” (MARINONI, 2013, p. 221)

legitimidade dos sindicatos, é preciso identificar as razões determinantes do referido julgado, de forma a possibilitar uma aferição racional de sua futura aplicabilidade²⁴.

Além disso, deve-se acrescentar que, diante de um órgão colegiado e considerando que no caso em análise a decisão não foi unânime²⁵, é indispensável a compreensão da diretiva interpretativa e das opções valorativas utilizadas por cada um dos julgadores²⁶.

Como já devidamente delineado no subcapítulo antecedente, o recurso extraordinário foi provido por seis votos, no qual a divergência dos demais cinco julgadores foi no sentido de provimento parcial.

Para análise das razões determinantes do julgamento, já que estas dependem da conjugação racional da vontade de vários membros do colegiado, devemos partir da tese discutida no recurso e como foi abordada e justificada pelos julgadores²⁷.

O ponto central do recurso foi: o artigo 8º, inciso III da Constituição é autoaplicável e não estabelece uma norma de caráter programático e sim prescreve, por lei, uma forma de substituição processual.

Sob esse aspecto, todos os julgadores discutiram e concordaram com a tese jurídica defendida pelos recorrentes.

²⁴ Sobre a importância da individualização dos critérios de interpretação, preleciona Marinoni (2013, p. 192), “A individualização dos critérios de interpretação serve para elucidar as razões determinantes do precedente e, assim, para permitir uma racional análise de sua futura aplicabilidade – diante, por exemplo, da superação dos valores ou do equívoco na aplicabilidade da diretiva de interpretação – e uma adequada discussão, nos embargos de divergência, da disparidade existente entre as decisões confrontadas, assim como de uma divergência plantada em face de um precedente da Seção ou da Corte que se afirma desgastado.”

²⁵ Importa destacar que a autoridade do precedente é avaliada levando-se em consideração a quantidade de votos favoráveis.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p.198

²⁷ De forma precisa afirma Marinoni in: **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema “a legitimidade da decisão jurisdicional depende não apenas de o juiz estar convencido, mas também dele justificar a sua decisão. O autor ainda acrescenta que “a justificativa, vista as coisas de modo claro, serve para tornar aceitável o sentido do direito”. (MARINONI, 2013 p. 206-207):

Ocorre que a partir do voto proferido pelo Ministro Nelson Jobim, começou a divergência quanto à amplitude do citado artigo.

O art. 8º, inciso III (CF/88), confere legitimação processual aos sindicatos para a defesa de todos e quaisquer direitos subjetivos individuais de que seriam titulares membros da categoria por ele representada, bem como em todas as fases do processo?

O relator Ministro Carlos Velloso votou no sentido de conferir legitimidade extraordinária de forma ampla aos sindicatos. Justifica sua razão de decidir no papel desempenhado pelos entes coletivos. Em relação à limitação à fase de conhecimento, argumenta que é uma questão processual e não deveria ser tratada naquela jurisdição e sim no momento oportuno, ou seja, em cada caso.

No mesmo sentido votaram o Ministro Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, acrescentando como justificativa do voto que a adoção da legitimidade extraordinária proporciona acesso à justiça, economia processual e efetividade à prestação jurisdicional, além de proteger o hipossuficiente da relação jurídica.

Para a posição divergente, capitaneados pelo Ministro Nelson Jobim, caberia a substituição processual apenas na fase de conhecimento. Na fase de liquidação e execução, caberia representação.

O outro sentido atribuído ao texto do artigo 8º, inciso III da Constituição Federal é justificado sob o argumento de que o sindicato deve atuar em processo coletivo quando sua atuação simplifique a defesa, o que se exaure com a obtenção do título judicial.

Após esse momento, o direito deixa de homogêneo e passa a integrar o patrimônio jurídico do substituído, a quem caberá decidir a sua forma de satisfação.

Acrescenta ainda que, o fato de o direito se tornar heterogêneo, a execução, na forma coletiva, poderia inviabilizar o direito de defesa do réu.

Assim, conclui-se que as razões determinantes do precedente formado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 210.029/RS, que foi no sentido de que, a outorga da legitimidade extraordinária ampla aos sindicatos para defender em

juízo direito individuais homogêneos, proporcionariam maior proteção aos trabalhadores, uma vez que assegurará acesso à justiça, economia processual e efetividade na prestação jurisdicional.

Por outro lado, a opinião dissidente e a quantidade de votos nesse sentido devem ser consideradas pelos operadores do direito, no escopo de investigar uma possível modificação da concepção geral do direito ou mesmo uma a evolução dos fatos e valores sociais capazes de impor a revogação do precedente, o que passará a ser objeto de estudo a partir de agora.

2.3 Consequências do julgado

A ideia central do precedente em análise é a busca da efetividade da prestação jurisdicional através do processo coletivo. No entanto, percebe-se que, no afã de garantir o objetivo almejado, o Supremo Tribunal Federal não fez distinção entre a defesa coletiva de direitos e a defesa dos direitos coletivos.

A referida diferenciação é um pressuposto necessário para fins de escolha da forma de tutela, já que a natureza jurídica dos direitos individuais homogêneos é diversa dos demais direitos coletivos *lato sensu* (direito difuso e coletivo *stricto sensu*) e isso certamente refletirá na efetividade da prestação jurisdicional.

Por isso, algumas questões deveriam ter sido enfrentadas no julgado ou mesmo necessitam ser objeto de rediscussão a partir da premissa da correta definição de tutela coletiva de direitos.

A primeira delas, e talvez a mais importante, seria a seguinte indagação: Na condição de Corte de Interpretação, com função de uniformizar o direito, o Supremo Tribunal Federal agiu de forma correta no momento que não enfrentou a objeção do voto divergente por entender que era uma questão processual, logo, o ponto controvertido deveria ser analisado caso a caso pelo juiz da causa?

Levando em consideração a natureza jurídica dos direitos individuais homogêneos²⁸, é adequada a substituição processual na fase de liquidação e execução de demanda coletiva?

A adoção da substituição processual proporciona efetiva defesa dos direitos individuais homogêneos dos substituídos?

A concepção do voto vencedor acerca da efetividade da prestação jurisdicional imprimida pela substituição processual estava correta, considerando a impossibilidade do poder de disposição do substituto processual?

De agora em diante, cada um dos questionamentos será enfrentado a partir da premissa da diferenciação da tutela coletiva de direito e tutela de direitos coletivos e da natureza jurídica dos direitos individuais homogêneos.

²⁸ Nas palavras de Humberto Dalla Bernardina de Pinho, in: *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça*: “[...]é nosso sentir que o direito individual homogêneo é espécie do gênero direito subjetivo. Mais precisamente, trata-se de direito subjetivo individual complexo. É um direito individual porque diz respeito às necessidades, aos anseios de uma única pessoa; ao mesmo tempo é complexo, porque essas necessidades são as mesmas de todo o grupo de pessoas, fazendo nascer, destarte, a relevância social da questão.” (PINHO, 2002, p. 33) .

3 A EFETIVIDADE DA TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

3.1 Tutela jurisdicional coletiva de direitos

O debate acerca da tutela jurisdicional coletiva no cenário nacional, além de ser contemporâneo, apresenta-se como uma proposta capaz de solucionar demandas de massa, por ter como escopo proporcionar efetividade na prestação jurisdicional, economia processual e acesso à justiça a todos os cidadãos.

Por tais motivos, o estudo jurídico a respeito da temática é de extrema importância para administração da justiça e, por ser recorrente, tem resultado em significativas modificações no ordenamento jurídico brasileiro²⁹.

São exemplos a edição da Lei de Ação Civil Pública, de 1985, a inclusão da tutela coletiva como direito fundamental, na Constituição Federal de 1988, o Código de Defesa do Consumidor, que veio a lume em 1990, e a atual discussão em torno da aprovação do Código Brasileiro de Processo Coletivo.

Apesar de o processo coletivo ter sido objeto de grande número de trabalhos acadêmicos, que fizeram com que o país viesse a se tornar um dos mais avançados na matéria³⁰, na fase da execução, que é o momento processual de se fazer chegar ao destinatário o direito que originalmente lhe foi negado, não mereceu a mesma atenção³¹.

²⁹ Sobre o tema preleciona Sérgio Cruz Arenhart, in: *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*: “A legislação processual brasileira, embora seja objeto de críticas acirradas da doutrina em alguns aspectos, está entre as mais modernas da América Latina e, em contraste com a experiência europeia, encontra-se bastante avançada.” (ARENHART, 2013, p. 46)

³⁰ Para Teori Zavascki, in *Processo Coletivo*, “foi o legislador brasileiro, na verdade, que protagonizou, de modo mais profundo e mais rico do que nos demais países da civil Law, a revolução, mencionada por Cappeletti e Garth, em prol da criação de instrumentos de tutela coletiva.” (ZAVASCKI, p. 34)

³¹ Nesse sentido, Sérgio Shimura, in *Tutela coletiva e sua efetividade*: “... a estrutura normativa da execução (ou efetivação) da tutela ressarcitória, decorrente da sentença proferida na ação civil pública, ou mesmo do título executivo extrajudicial, ainda é falha, estando por merecer maior preocupação em sua formulação metodológica e no recorte de seus parâmetros.” (SHIMURA, 2006, p. 20)

Nesse contexto, verifica-se que o relativo sucesso alcançado não pode ofuscar os desafios enfrentados em juízo pelas partes quando se trata de tutela jurisdicional coletiva de direitos individuais homogêneos, principalmente quando se considera a relativa incapacidade do Processo Civil tradicional, baseado numa concepção individualista, em viabilizar uma resposta adequada aos conflitos inerentes a uma sociedade de massa e globalizada.

A ausência de instrumento processual coletivo capaz de propiciar uma efetiva reparação das lides massificadas pode repercutir em questões ligadas ao acesso à justiça, a ponto de tornar ineficaz a prestação jurisdicional como um todo.

Por outro lado, para Barbosa Moreira, a insatisfatória tutela de interesses coletivos não pode ser decorrente da “carência de meios processuais adequados”³², o que faz refletir sobre a adequada aplicação dos novos mecanismos processuais.

Sendo assim, é preciso evitar a todo custo que a concepção individualista preponderante até pouco tempo atrás, ou até mesmo, a mudança audaciosa apenas no escopo de quebrar o paradigma dessa concepção, influenciem na interpretação e aplicação dos novos institutos de processo coletivo, a ponto de comprometer irremediavelmente o êxito de todo esse instrumental.

A partir de tal premissa, constata-se a importância da Carta Constitucional como instrumento balizador da interpretação do sistema processual aplicável à tutela coletiva, no escopo de propiciar a efetividade da prestação jurisdicional.

Nesse diapasão, a releitura do ordenamento infraconstitucional derivada do neoconstitucionalismo deverá buscar a construção do processo civil coletivo, no que tange ao direito individual homogêneo, capaz de proporcionar o amplo acesso à justiça e segurança jurídica sem, contudo, comprometer as garantias processuais das partes e a liberdade individual do titular do direito de fazer valer o seu título, no momento e a maneira de que melhor entender.

³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação civil pública e a língua portuguesa. In: MILARE, Edis (Coord.). *Ação civil pública: Lei n. 7.347/85, 15 anos*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 345.

3.2 O Neoconstitucionalismo e a tutela coletiva de direito

De acordo com o subcapítulo anterior, o Supremo Tribunal Federal no exercício da sua função proativa de conduzir à unidade do direito, através da interpretação da Constituição e da legislação infraconstitucional, pacificou o entendimento da legitimidade dos sindicatos para ingressar com ação coletiva em nome da categoria que representa. Contudo, rechaçou as objeções dos votos divergentes que defendiam a aplicação da legitimidade extraordinária apenas na fase de conhecimento, sob o fundamento de que seria uma questão processual que não deveria ser discutida no âmbito do Recurso Extraordinário n. 210.029/RS.

Diante do novo papel desenvolvido pela Constituição Federal, foi correta tal conclusão? O Supremo Tribunal Federal se desincumbiu de sua função de solucionar a controversa jurídica?

É o que será abordado a seguir.

3.2.1 Da constitucionalização do direito e a reinterpretação do sistema processual coletivo

A partir do século XX, a Constituição passou de documento essencialmente político para o reconhecimento do *status* de norma jurídica³³. Em consequência disso, as normas constitucionais foram dotadas de imperatividade, com função de parâmetro de validade de todo o sistema normativo e norteador de sua interpretação jurídica.

³³ V. Luis Roberto Barroso, *Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito*, 2009: “Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da constituição”. (BARROSO, 2009, p. 67).

O resultado das transformações trazidas pelo novo direito constitucional³⁴ foi à constitucionalização do direito, que pode significar a inclusão no texto da Constituição formal de matérias da seara do direito infraconstitucional, como também poderá está relacionada a um “efeito expansivo das norma constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”, como preleciona Luis Roberto Barroso.

Considera-se também como constitucionalização do direito “*a aplicação direta e imediata das normas constitucionais pelo juiz no equacionamento dos casos concretos, pondo-se de lado a legislação infraconstitucional cabível (sem que ocorra a declaração de inconstitucionalidade desta)*”³⁵

Para analisar a constitucionalização do direito no Brasil, faz-se necessário avaliar a situação específica da Carta de 1988. O referido documento representa a passagem de um período de ditadura militar, em que a população era totalmente excluída do poder de decisão política, para a democracia, momento marcado pela participação efetiva da sociedade civil nas mencionadas decisões.

Como consequência disso, no afã de resguardar as garantias jurídicas conquistadas e evitar o retrocesso do período da ditadura militar, o Constituinte Originário de 1988 elaborou um documento que representasse os mais diversos interesses legítimos, o que gerou, ao final, mais uma Constituição prolixa³⁶.

A luz de tal premissa, foram inseridos no texto constitucional princípios gerais e regras específicas dos mais diversos ramos do direito infraconstitucional, modificando significativamente toda forma de interpretação legal.

Nesse mesmo sentido, ensina o Luiz Roberto Barroso, ao afirmar que “no momento que tais normas ascendem a Constituição, sua interação com as demais regras do subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante,

³⁴ Alguns autores não incluem o constitucionalismo do direito no neoconstitucionalismo, por exemplo, o Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que defende tal entendimento no artigo *Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira*, 2009, p. 34.

³⁵ *Op. cit.* p. 70

³⁶ Aponta o Professor Barroso que “a euforia constituinte – saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil – levaram a uma Carta que, mais do que analítica, e prolixa é corporativa.” (*Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito*, 2009, p.69)

interferindo na interpretação judicial em relação ao tema que foi constitucionalizado.³⁷

A partir de então, a Constituição deixa de ser um sistema fechado em si para exercer um papel de norte interpretativo de todos os ramos do direito infraconstitucional. Esse fenômeno, chamado por alguns operadores jurídicos de *filtragem constitucional*, consiste em que todo sistema jurídico deve ser analisado sob a ótica da Constituição, com o objetivo de concretizar os valores nela contidos.

Especificamente para o direito processual, a constitucionalização significa uma mudança de paradigma racional e político, dado que o processo deixa de ser um ramo do direito examinado sobre premissas rigorosamente lógicas e técnicas (fase conceitualista) e assume a figura de direito fundamental.³⁸

O Constituinte Originário de 1988, inspirado na citada transformação, constitucionaliza os direitos coletivos e deixa clarividente seu papel transformador na sociedade brasileira, ao inseri-los em destaque no primeiro capítulo do título direitos e garantias fundamentais, denominando de direitos e deveres individuais e coletivos.³⁹

Partindo de tal premissa, alguns autores⁴⁰, a exemplo do Zaneti Júnior, defendem a expressão direitos fundamentais processuais ao invés de princípios constitucionais processuais, sob o argumento de que, dessa forma:

os direitos processuais assegurados como direitos fundamentais poderão existir normativamente como princípios e regras, que a eles se aplica, ademais, a teoria dos direitos fundamentais em sua totalidade e que são os direitos processuais, também eles, direitos fundamentais (ZANETI JÚNIOR, 2009, p. 137).

³⁷ *Op. cit.* p. 87

³⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Os direitos individuais homogêneos e o neoprocessualismo*. In *Novo Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris:, 2009. p. 137. Para o mencionado autor, quando o processo assume o viés de direito fundamental, conseqüentemente, ele é inserido no quadro histórico, teórico, filosófico e jurídico do neoconstitucionalismo.

³⁹De acordo com o Zaneti Júnior (p. 138) “a retirada do adjetivo individual da regra do acesso à justiça (art. 5, XXXV), a criação do mandado de segurança coletivo (art. 5, LXX), a constitucionalização da ação civil pública (art. 129, III), entre outras medidas deixaram fora de dúvida que o constituinte quis assegurar aos direitos coletivos um papel transformador na sociedade brasileira.

⁴⁰*Op. cit* p. 138.

Neste diapasão, percebe-se que a constitucionalização do direito significa, acima de tudo, a reinterpretação dos institutos do direito infraconstitucional sob a ótica constitucional, ou seja, o filtro axiológico pelo qual deve ler o direito processual coletivo, já que o neoprocessualismo⁴¹ significa, nessa esteira, o estudo e a aplicação do Direito Processual de acordo com essa nova proposta do pensamento jurídico.

A partir do que foi relatado, conclui-se que a questão posta no voto divergente deveria ter sido enfrentada pelo Relator e demais julgadores que seguiram seu posicionamento, haja vista que é papel do Supremo Tribunal Federal efetuar a releitura dos institutos do direito infraconstitucional sob a ótica da Constituição, principalmente se levar em consideração o papel do processo coletivo como elemento dessa transformação.

Então, conclui-se que ao julgar dessa forma, a Corte Superior não se desincumbiu da sua missão de protagonista da unificação do ordenamento jurídico, o que conseqüentemente não resolveu em definitivo as questões práticas postas em juízo.

3.2.2 A doutrina da efetividade e a prestação jurisdicional da tutela coletiva

Da leitura dos argumentos postos em discussão no julgamento do Recurso Extraordinário n. 210.029/RS, constata-se que debate foi norteadado pela busca da efetividade da prestação jurisdicional.

Tal preocupação surgiu em decorrência do aumento significativo de demandas judiciais ocasionado a partir da promulgação da Carta Política de 1988, o

⁴¹ Para Eduardo Campi, *in: Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*: “a expressão ‘neo’ (novo) permite chamar a atenção do operador do direito para mudanças paradigmáticas. Pretende colocar a crise entre dois modos de operar a Constituição e processo, para, de forma, construir ‘dever-seres’ que sintonizem os fatos sempre cambiantes da realidade ao Direito que, para não se tornar dissociado ou, ainda atualizar-se para apresentar melhores soluções aos velhos problemas.” p. 2. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/59/64>>. Acesso em: 18. jul. 2013

que no Brasil, por ser um país de dimensão continental, não pode deixar de ser objeto de reflexão.

Inúmeros fatores são apontados como responsáveis pela busca à justiça, como por exemplo, a redescoberta da cidadania, a conscientização dos indivíduos em relação aos seus próprios direitos e a até a introdução de novos instrumentos de tutela jurídica no ordenamento jurídico pátrio que ampliam a legitimidade ativa para tutela de interesse, mediante o sistema de representação ou substituição processual.

Quanto ao ponto aqui relevante, observa-se que o acesso à justiça proporcionado pela adoção de instrumentos que viabilizem a tutela coletiva é seguido pelo movimento de cobrança de uma prestação jurisdicional efetiva. Em virtude disso, é totalmente pertinente a preocupação dos julgadores em adotar o referido motivo como razão de decidir.

A doutrina da Efetividade da Constituição⁴² consagra-se no discurso jurídico brasileiro como veículo capaz de impedir a ausência de sinceridade em relação à norma constitucional, ou seja, assegura a concretização do direito, representado, por sua vez, a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais.

Para tanto, o debate constitucional brasileiro teve que mudar o foco, se antes era voltado para as instituições políticas, para a se aproximar do processual, como forma de visualizar a Constituição como carta de direitos e de instrumentação de sua tutela.⁴³

⁴² Luís Roberto Barroso, no artigo *A doutrina brasileira da efetividade*, in *Temas de direito constitucional*, 2005, p. 71, assentou com propriedade: “A efetividade da Constituição há de se assentar sobre alguns pressupostos indispensáveis. É preciso que haja, da parte do constituinte, senso de realidade, para que não pretenda normatizar o inalcançável, o que seja materialmente impossível em dado momento e lugar. Ademais, deverá ele atuar com boa técnica legislativa, para que seja possível vislumbrar adequadamente as posições em que se investem os indivíduos e os bens jurídicos e condutas exigíveis. Em terceiro lugar, impõe-se ao Poder Público vontade política a concreta determinação de tornar realidade os comandos constitucionais. E, por fim, é indispensável o consciente exercício de cidadania, mediante a exigência, por via de articulação política e de medidas judiciais, da realização dos valores objetivos e dos direitos subjetivos constitucionais.”

⁴³ Especificamente sobre a mudança de paradigma da Constituição em busca da efetividade, ver Luis Roberto Barroso, *A doutrina da efetividade brasileira*, in *Temas de direito constitucional*, T.III, 2005, p.71

Aliado a isso, foi introduzido no campo do direito constitucional o conceito de direito subjetivo que, nas palavras do Barroso, entende-se poder de ação⁴⁴, ou seja, consiste na possibilidade de exigir do Estado que preste jurisdição, a partir do momento que o dever jurídico não é cumprido de forma espontânea⁴⁵. Até porque a nossa Carta Política proíbe a justiça de mão própria.

Dentro de uma perspectiva ampla de tutela jurisdicional, o direito ao acesso à justiça significa tanto conseguir uma sentença de mérito, como também contar com atividades jurisdicionais que ensejem a consecução concreta, efetiva e tempestiva do direito declarado⁴⁶.

Partindo dessa premissa, considera-se adequadamente prestada a tutela jurisdicional somente após o cumprimento efetivo do direito declarado no título judicial, seja atribuindo ao credor exatamente aquela prestação que lhe era devida originalmente, seja proporcionando-lhe prestação equivalente que satisfaça a seus interesses.

No que toca à prestação jurisdicional da tutela coletiva, deve-se levar em consideração, sobretudo, que a natureza do objeto tutelado por intermédio do referido processo coletivo revela-se peculiar, sendo distinta daquela ínsita aos direitos de cunho individual.

⁴⁴ *Op. cit.* p. 73

⁴⁵ Luis Roberto Barroso, *A doutrina brasileira da efetividade*, 2005, discorre acerca do postulado do direito de ação como o próprio direito subjetivo que possui fundamento constitucional. Apesar disso, sabe-se que a maioria das ações judiciais são instituídas e disciplinadas pela legislação infraconstitucional.

⁴⁶ Partimos aqui da acatada concepção de direito fundamental processual a uma prestação jurisdicional efetiva sustentada pelo Luiz Guilherme Marinoni, no capítulo Direitos Fundamentais Processuais, in: *O sistema constitucional brasileiro*, 2012, ao afirmar que, ao proibir a justiça de mão própria e afirmar que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5, XXXV, da CF), nossa Constituição admite a existência de direito a tutela jurisdicional adequada e efetiva. Obviamente, a proibição de autotutela só pode acarretar o dever do Estado Constitucional de prestação de tutela jurisdicional idônea aos direitos. Pensar de forma diversa significa esvaziar não só o direito a tutela jurisdicional (plano do direito processual), mas também o próprio direito material, isto é, o direito a tutela do direito (plano do direito material). É por essa razão que o direito a tutela jurisdicional constitui direito à proteção jurídica efetiva. (MARINONI, 2012, p.627-628)

Deve o operador do direito sopesar que o processo coletivo não cuidará tão somente de reparar o dano sofrido por alguém individualmente considerado, mas também almeja inibir novas práticas lesivas, ou seja, exerce uma função educativa.

Por tais considerações, verifica-se que o filtro axiológico pelo qual deve ler o direito processual coletivo decorre da constitucionalização do direito, o que significa, acima de tudo, a reinterpretção dos institutos do direito infraconstitucional sob a ótica constitucional na busca da efetividade prestação jurisdicional.

Ocorre que, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 210/029-RS, a maioria vencedora entendeu, por não conhecer os argumentos deduzidos pelos Ministros vencidos, por considerar que seria matéria de cunho processual. Logo resta prejudicada a conclusão de que a adoção da legitimidade extraordinária de forma ampla, ou seja, também na fase de liquidação e execução, proporciona efetividade a prestação jurisdicional.

3.3 O Supremo Tribunal Federal e a efetividade da prestação jurisdicional através da tutela coletiva

Hodiernamente, as intervenções do Supremo Tribunal Federal, no cenário jurídico e político brasileiro, são cada vez mais constantes⁴⁷.

Muitos fatores podem ser apontados como causa para essa proeminência do papel da Suprema Corte⁴⁸, a começar com a reconstitucionalização do Brasil a partir da Carta Política de 1988⁴⁹, o que gerou, por via de consequência, uma maior consciência cívica por partes dos indivíduos em relação à proteção dos seus direitos.

⁴⁷ Sobre o tema, v. Oscar Vilhena Vinheira, *Supremocracia: vícios e virtudes republicanas*. Disponível em: < <http://direitoestado.blogspot.com.br/2009/06/supremocracia-vicios-e-virtudes.html>>. Acesso em: 08. ago. 2013

⁴⁸ Abordando a questão, o professor Barroso assevera que “o Supremo Tribunal Federal ou outros órgãos judiciais têm dado a última palavra em temas envolvendo separação de Poderes, direitos fundamentais, políticas públicas, constitucionalidade de planos econômicos, preservação ambiental, demarcações de terras indígenas e mesmo em questões do dia-a-dia. p. 54/55.

⁴⁹ Sobre a questão, v. Luis Roberto Barroso, *Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos*. *Revista de Direito do Estado*, Ano 3 nº 10:25-66 abri/jun 2008.

Foi justamente nesse contexto que o Supremo Tribunal Federal, na qualidade de Corte de Interpretação, foi instado a solucionar a controvérsia da legitimidade de agir dos sindicatos nas demandas coletivas.

Isto porque, como forma de salvaguardar o direito de ação, a Constituição Federal previu no seu art. 5º, XXXV⁵⁰, que na sociedade atual a qual experimenta conflito de massa, há necessidade de ampliar as possibilidades de utilização de instrumentos processuais, como por exemplo, a legitimidade extraordinária e da tutela coletiva.

O reflexo de tal mudança no Direito Processual foi significativo, já que a tutela jurisdicional, regra geral, antes direcionada ao indivíduo, passou a ser prestada ao grupo, ou seja, o centro gravitacional do processo se desloca da tutela individual para à tutela coletiva.

O tratamento massificado dos litígios, através da coletivização do processo, intenta proporcionar uma resposta adequada aos conflitos inerentes a uma sociedade de massa e globalizada, bem como reduzir a tramitação de inúmeras ações individuais repetitivas que assoberbam o Poder Judiciário e comprometem a qualidade e a celeridade da prestação jurisdicional.

Com esse desiderato, a Constituição de 1988 adotou a técnica da substituição processual⁵¹, ao outorgar legitimação a certas instituições e entidades para, em nome próprio, defender em juízo, direitos subjetivos de outrem⁵².

Tal opção foi de enorme significado para o sistema jurisdicional, visto que potencializou, de forma elevada, a viabilidade da tutela coletiva de direitos individuais e, conseqüentemente, o âmbito da eficácia subjetiva das decisões judiciais.

⁵⁰ Constituição Federal de 1988:

Art. 5º. XXXV – A lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça ao direito.

⁵¹ Na concepção Hugo Nigro Mazzilli “a legitimidade extraordinária, por meio da substituição processual, é, pois, inconfundível com a representação. Na representação processual, alguém, em nome alheio, defende o interesse alheio (como é o caso do procurador ou mandatário); já na substituição processual, alguém, que não é o procurador ou mandatário, comparece em nome próprio e requer em juízo a defesa de um direito que admite ser alheio.” (MAZZILLI, 2009, p. 64).

⁵² Sobre a opção do constituinte de 1988 v. Teori Albino Zavascki, *in Processo Coletivo*, 2008. Foi destacadamente significativo, nessa primeira onda de reformadora, o advento da Constituição de 1988. Entre os direitos e garantias individuais e sociais nela arrolados, consagrou-se a legitimação das associações de classe e das entidades sindicais para promover, em juízo, a defesa dos direitos e interesses dos respectivos associados e filiados (art. 5, e art. 8, III). p.16

Em decorrência dos fatores acima elencados – *constitucionalização do direito, aumento de demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário*⁵³ - o tema substituição processual foi objeto de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no RE 210.029/RS.

O referido pronunciamento foi no sentido de que a legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de uma típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos.

No desempenho de sua função, o Supremo Tribunal Federal almejou adotar a alternativa que, no seu ponto de vista, atenderia de forma adequada os objetivos das ações coletivas e seria capaz de gerir a massa de processo apresentado ao judiciário.

Todavia, como explicitado no item anterior, o referido Tribunal não enfrentou duas questões essenciais para chegar a conclusão se a adoção da substituição processual ampla imprimiria efetividade a prestação jurisdicional.

A primeira delas foi a não distinção de tutela coletiva de direitos e tutela de direitos coletivos, haja vista que a extensão do sistema de substituição processual para fase de executiva de título judicial de direito individual homogêneo pode ocasionar impacto na prestação da tutela jurisdicional, já que, na referida fase, estes são, simplesmente, direitos subjetivos individuais com margem de heterogeneidade.

O segundo fator que deveria ter sido enfrentado é se os objetivos da ação coletiva já não foram alcançados a partir do reconhecimento do direito através do título judicial coletivo, levando-se em consideração o fato de que a adoção do regime de substituição na fase de cumprimento de sentença pode comprometer as garantias processuais do réu (na efetividade da defesa) e do autor, uma vez que mitiga a liberdade individual do titular do direito de fazer valer o seu título e exclui a possibilidade de resolução do conflito judicial por esse meio da celebração de acordos.

⁵³ V. Luis Roberto Barroso, *Op. cit.*, p. 110

Nesse contexto, a releitura do ordenamento infraconstitucional derivada do neoconstitucionalismo deverá buscar construção do processo civil coletivo, capaz de avaliar os limites de interpretação dos direitos individuais homogêneos e sua tutela perante a legislação vigente, de forma a proporcionar a efetividade na prestação jurisdicional, o amplo acesso à justiça e segurança jurídica sem, contudo, comprometer as garantias processuais das partes.

Sendo assim, conclui-se que a interpretação do art. 8º, inciso III, da Constituição não pode se afastar ou ir além dos objetivos das ações coletivas, especificamente do seu papel na sociedade pós-industrial, que estão relacionados à economia processual, ao acesso à justiça e segurança jurídica, sob pena de não atingir sua missão.

3.4 As ações coletivas e seu papel sociojurídico na sociedade pós-industrial

3.4.1 A sociedade pós-industrial e a massificação das demandas

Sabe-se que a Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra na segunda metade do século XVIII, proporcionou uma profunda e radical transformação da sociedade, assinalando o principal movimento responsável pela evidenciação dos direitos transindividuais⁵⁴, haja vista que passou a experimentar conflitos de massa nunca antes imaginados, conduzindo a complexidade social a um ambiente propício a eclosão de conflitos difusos.

Para Mauro Cappelletti⁵⁵, foi com o surgimento de uma sociedade de massa que se iniciaram as violações em massa. E, como consequência disso, os vetores que balizavam o direito, desde o surgimento do Estado Liberal, voltado para o indivíduo, não conseguem mais proporcionar uma resposta adequada aos anseios

⁵⁴ Conforme assevera Lenza, “os novos direitos que poderiam de ser designados como transindividuais, ou metaindividuais, direitos que transcendem o indivíduo, não mais se restringindo a relação individual, encontram correspondência no lema da fraternidade (ou solidariedade), profetizado na Revolução Francesa”. (LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2008. p. 34)

⁵⁵ CAPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 130, jan./mar.1977

dos novos movimentos sociais responsáveis pelo aparecimento do direito de massa⁵⁶.

Sabe-se que as citadas transformações sociais interferiram diretamente na forma de organização do Estado, alterando-o na essência, com reflexos na ciência jurídica e, conseqüentemente, com repercussão na forma de prestação da atividade jurisdicional.

Como pontua Joselita Nepomuceno Borba⁵⁷, tal reflexo no âmbito do Direito Processual foi significativo, já que a tutela jurisdicional anteriormente voltada para o indivíduo começou a ser prestada ao grupo, ou seja, da tutela individual passou-se a tutela coletiva.

A partir de então, a tutela coletiva é considerada uma das mais importantes questões relacionadas ao acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional no Processo Civil, dado que as decisões proferidas no âmbito das ações coletivas propiciam a universalidade da prestação.

Perfilha nesse sentido, o Ministro Carlos Aires Britto do Supremo Tribunal Federal ao salientar, no voto proferido no RE 213.111⁵⁸, que:

A coletivização do processo, tão generosamente feita pela Constituição, respondeu a duas necessidades: a primeira, social – estamos no âmago de uma sociedade pós-industrial em que os conflitos não são apenas interindividuais, são marcadamente intergrupais; são coletividades que se atritam, se friccionam, que contendem juridicamente, e era preciso dar uma resposta processual que significasse aquilo que o Min. Marco Aurélio acabou de dizer: economia processual. Ou seja, causas entre as mesmas partes, com a mesma razão de pedir, já não seriam pulverizadas, e, sim uniformizadas, unificadas. Essas causas, assim coletivizadas na sua protagonização, primariam também pela celeridade, porque fica mais fácil lutar processualmente. Então, a duração do processo fica mais célere, porque a pulverização do processo, é, sem dúvida, ofender a esses dois princípios: o da economia e da celeridade processual. Acresça-se: visou a Constituição a servir também ao poder Judiciário e a ampliar a eficiência. A

⁵⁶ De acordo com Ada Pellegini Grinover, Kazuo Watanabe e Linda Mullenix, in *Os processos coletivos nos países de Civil Law e Common Law: uma análise de direito comparado*: “Nos países de civil law, o estudo dos interesses coletivos ou difusos surgiu, na doutrina, em torno dos anos setenta.” (GRINOVER, 2008, p. 228)

⁵⁷ BORBA, Joselita Nepomuceno. *Efetividade da tutela coletiva*. São Paulo: LTr, 2008

⁵⁸ **STF**, RE 213.111, Relator (a): Min. Carlos Brito <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1672686> Acesso em 20. set. 2013.

coletivização do processo responde a essa necessidade de o poder Judiciário dar respostas aos jurisdicionados com mais rapidez e eficiência. Claro que o processo coletivo também cumpre esse papel fundamental.

A partir da leitura do voto acima transcrito, extrai-se que o tratamento massificado dos litígios, através da coletivização do processo, intenta proporcionar uma resposta adequada aos conflitos inerentes a uma sociedade de massa, bem como reduzir a tramitação de inúmeros processos individuais repetitivos que assoberbam o Poder Judiciário e comprometem a qualidade e a celeridade da prestação jurisdicional⁵⁹.

De acordo com as lições do Professor Antonio Gidi⁶⁰, a existência de uma técnica jurisdicional para a tutela coletiva dos direitos de grupo, através da utilização das *class actions*, tem como escopo promover o acesso à justiça, à economia processual e a aplicação voluntária e autoritativa do direito material.

Além dos objetivos citados, atribui-se às ações coletivas a possibilidade de eliminação do risco de decisões contraditórias, visto que são instrumentos de produção de uniformidade no tratamento da controvérsia, o que repercute na segurança jurídica. Porém, isso é muito mais uma consequência do que propriamente um objetivo das demandas coletivas.

Para alcançar tais escopos, foram necessárias modificações substanciais no sistema processual civil brasileiro, as quais foram operadas em duas fases bem distintas⁶¹.

⁵⁹ Hodiernamente, o processo coletivo é considerado um dos instrumentos capazes de gerir as demandas de massa de forma a diminuir a quantidade de processos que tramitam no Poder Judiciário e possibilitar a análise das demais demandas.

⁶⁰ 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.

⁶¹ De acordo com Teori Zavascki “as modificações do sistema processual civil operaram-se em duas fases, ou ondas, bem distintas. Uma primeira onda de reformas, iniciada em 1985, foi caracterizada pela introdução, no sistema, de instrumentos até então desconhecidos do direito positivo, destinados (a) a dar curso a demandas de natureza coletiva, (b) a tutelar direitos e interesses transindividuais, e (c) a tutelar, com mais amplitude, a própria ordem jurídica abstratamente considerada. E a segunda onda reformadora, que se desencadeou a partir de 1994, teve por objetivo não de introduzir mecanismos novos, mas o de aperfeiçoar ou de ampliar os já existentes no Código de Processo, de modo a adaptá-lo as exigências dos novos tempos (ZAVASCKI, Teori. *Processo coletivo*. 2009, p. 15).

A primeira é caracterizada pela introdução de novos mecanismos e a segunda, pelo aperfeiçoamento dos mesmos.

Referente à primeira fase, no ordenamento jurídico pátrio, uma alteração na Lei 4.717/65 passou a considerar os bens e direitos de valor, estético, histórico ou turístico como patrimônio público. A partir de então, diversas ações foram propostas em defesa desses interesses difusos. Entretanto, esse novo mecanismo não era suficiente⁶².

Por isso, veio a lume a Lei de Ação Civil Pública.

Foi com a referida lei que os interesses metaindividuais passaram a receber um tratamento diferenciado, com mecanismos mais abrangentes e sistematizados e com a adoção de princípios e regras próprias, afastando-se da concepção individualista contida no processo civil brasileiro.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 também promoveu uma revolução ao constitucionalizar os direitos transindividuais, demonstrando em diversas passagens a importância de sua proteção, especialmente pelo destaque dado no primeiro capítulo – os direitos e deveres individuais e coletivos, inserido no título direitos e garantias fundamentais, bem como pela elevação a nível constitucional da defesa dos direitos difusos e coletivos, sem restrição de matéria e como função institucional do Ministério Público.⁶³

⁶² Nesse sentido Ada Pellegini Grinover, Kazuo Watanabe e Linda Mullenix, in *Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma análise de direito comparado*: “a ação popular não tem condições de cobrir o amplo espectro da tutela dos interesses difusos, nem mesmo pelo que respeita ao meio ambiente, uma vez que seu exercício permanece subordinado a uma ilegalidade proveniente da conduta omissiva ou comissiva do poder público, enquanto a ameaça ou violação dos interesses difusos frequentemente provém de ações privadas. Por outro lado, a legitimidade, atribuídas exclusivamente ao cidadão, excluía os corpos intermediários, mais fortes e preparados do que o indivíduo à luta contra ameaças ou lesões ambientais (GRINOVER, 2008, p. 231).

⁶³ Cf Ada Pellegini GRINOVER, Kazuo WATANABE e Linda MULLENIX, in *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado* (p. 231) e ZANETTI JÚNIOR, Hermes, in: *Os direitos individuais homogêneos e o neoprocessualismo*. (p. 138)

Apesar da introdução de mecanismo de proteção jurisdicional de direitos difusos e coletivos, faltam instrumentos capazes de efetivar a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos⁶⁴.

Para que isso fosse possível, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor, que teve o condão de estender a aplicação do âmbito de incidência da Lei de Ação Civil Pública, haja vista não conter aplicação restrita apenas a determinados direitos difusos e coletivos. Tudo isso, em consonância com ditames contidos na Carta Política.

Como consequência desse processo, houve um crescente despertar de interesses, denominados de direitos individuais homogêneos, que são direitos individuais tuteláveis coletivamente, em decorrência de sua origem comum⁶⁵.

Após a edição e implementação da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, cuja junção é considerada pelos operadores do direito marco fundamental do microsistema de processo coletivo⁶⁶, o Brasil passou a ser reconhecido como um dos países mais avançados em termos de sistema jurisdicional coletivo.

Nesse diapasão, constata-se que o ordenamento jurídico brasileiro ultrapassou a primeira fase de forma satisfatória, com a introdução de instrumentos capazes de assegurar a efetividade da prestação jurisdicional de demandas de massa.

Não obstante o avanço e o arcabouço de instrumentos jurídicos, a sua utilização deve ter como vetores os objetivos das ações coletivas que será diferente

⁶⁴ Nesse sentido Ada Pellegini Grinover, Kazuo Watanabe e Linda Mullenix, in: *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*: "... mas ainda faltava a proteção jurisdicional coletiva dos direitos pessoais de membros de grupo, que deviam socorrer-se exclusivamente de ações individuais, que multiplicavam as demandas, levavam a decisões contraditórias, desestimulavam o acesso à justiça, vulneravam o princípio da economia processual (GRINOVER, 2008, p. 2310)

⁶⁵ A referida criação foi inspirada nas *class action for damages* do direito norte-americano.

⁶⁶ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processo coletivo.* (VENTURI, 2008, p. 17).

a depender da categoria do direito a ser tutelada, sob pena de tumultuar a prestação jurisdicional.

É o que passa a ser objeto de análise a seguir

3.4.2 Ações coletivas como instrumento de acesso à justiça

Como já amplamente mencionado, ciente da necessidade e inspirado na forma sistematizada e difundida no direito italiano⁶⁷, o legislador brasileiro introduziu novos instrumentos processuais destinados a tutelar direitos e interesses transindividuais, como meio de proporcionar acesso à justiça de forma diferente, não mais se limitando a prestação da tutela jurisdicional de forma individualizada.

Um dos principais objetivos almejados pelas ações coletivas é o de garantir o efetivo acesso à justiça⁶⁸ de pretensões que, na concepção individualista do processo civil, dificilmente poderiam ser tuteladas pela Justiça.

Em muitas hipóteses, os danos ocasionados por lesões aos direitos metaindividuais, se considerados isoladamente, em termos pecuniários, são de pequena monta, fazendo com que, na relação custo-benefício, seja desestimulante a propositura de demandas individuais⁶⁹, caracterizando-se assim, como um obstáculo ao acesso à justiça.

⁶⁷ Para Capelletti, o fenômeno caracterizou uma verdadeira revolução “tendente a aperfeiçoar as condições de acesso à justiça, acompanhando movimento no mesmo sentido verificado em outros países, especialmente na Europa e nos Estados Unidos da América, preocupados, também, com a inaptidão das concepções tradicionais do processo para fazer frente à tutela de interesses transindividuais” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 49-50).

⁶⁸ Para Ada Pellegrine Grinover, em *Novas tendências do Direito Processual*, o acesso à justiça é considerado uma garantia constitucional enquadrável no direito de ação e de defesa, pelo qual a todos se asseguram igual possibilidade de tutela jurisdicional (GRINOVER, 1990, p. 47).

⁶⁹ Como exemplifica o Gidi (GIDI, 2007, p. 29) “isto acontece quando uma pessoa sofre uma lesão de reduzido valor financeiro ou é lesada de uma forma sem repercussão financeira imediata, como acontece nos casos de aquisição de produtos sem informação do prazo de validade ou da correta composição química. Os custos financeiros e psicológicos de uma demanda judicial seriam desproporcionais ao dano efetivamente sofrido pela pessoa lesada. Em muitos casos, nem mesmo um tribunal de pequenas causas é alternativa economicamente viável. Ademais, mesmo que a pessoa lesada saia vitoriosa, esse resultado não obrigara ou incentivara a empresa-ré a alterar a sua conduta perante os demais membros do grupo. A vitória em uma ação individual é comparável a uma mosca pousada nas costas de um elefante.”.

Deve-se acrescentar ainda que, além da relação custo-benefício, o desequilíbrio entre as partes também pode influenciar na decisão de buscar individualmente a proteção judicial, haja vista que a tendência é de que o causador da lesão esteja mais preparado para embate judicial, em razão de possuir mais recursos para contratar advogados qualificados e para a produção de provas que lhe sejam favoráveis. Em contraposição, muitas vezes, os lesados não dispõem de meios suficientes para custear a sua defesa, o que demanda regras processuais protetivas, de forma a reestabelecer a isonomia entre as partes litigantes.

Partindo dessa premissa, percebe-se a importância da ação coletiva como instrumento processual adequado para desestimular a repetição e perpetuação da prática ilegal e abusiva dos chamados danos de “bagatela”,⁷⁰ que, considerados globalmente, possuem geralmente relevância social e econômica, o que, *per se*, já pode ser suficiente para despertar o interesse de bons profissionais para a causa, além de possibilitar a obtenção de recursos necessários para a propositura e colheita de provas.

Além da proteção dos danos de bagatela, as *class actions* também podem proporcionar o acesso à justiça aos hipossuficientes ou até mesmo as pessoas temerosas de litigar diretamente com o responsável pela prática do ilícito, em virtude do temor de represálias ou por conveniência da continuidade da relação jurídica, como por exemplo, nas hipóteses das ações coletivas trabalhistas⁷¹.

Por tais razões, as ações coletivas podem representar um efetivo instrumento para o aperfeiçoamento do acesso à justiça, eliminando os entraves relacionados como os custos processuais e o desequilíbrio entre as partes⁷², além de possibilitar a aplicação de um efeito pedagógico nas sentenças judiciais.

⁷⁰ Entende-se por dano de bagatela aquele de pequeno potencial ofensivo.

⁷¹ Foi justamente essa uma das razões determinantes dos votos vencedores – a proteção aos trabalhadores, devido ser considerado hipossuficiente na relação jurídica. Com isso, os sindicatos exerceriam uma função importante de promoção de acesso à justiça, sem exposição dos substituídos e com diminuição de represálias por parte do empregador.

⁷² O professor Antonio Gidi, no seu extraordinário trabalho sobre a *class action*, ao citar Takeshi Kojima, afirma que o referido autor dar outro enfoque aos objetivos das demandas coletivas por assegurar que tal objetivo é amoldar o processo de forma a refletir melhor a realidade da controvérsia em questão, exemplificando: se uma empresa pratica uma conduta ilícita contra um grupo de

Nesse sentido prescreve Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, “de pouco ou nenhuma valia passam a ser as normas de direito material, que estabelecem direitos para os lesados, se a referida proteção não encontra, também, amparo efetivo nos meios processuais disponíveis”.⁷³

Por esses motivos, diante dessa nova realidade de litigiosidade de massa, a Constituição de 1988 tratou de conceber meios assecuratórios para a concreta efetivação da tutela jurisdicional que seriam as ações coletivas.

3.4.3 Ações coletivas e a efetividade da prestação jurisdicional

Apesar de a solução dos conflitos de interesses ser função precípua do Poder Judiciário⁷⁴, hodiernamente, é recorrente o discurso de possível colapso do sistema judicial brasileiro.

Tal afirmação decorre do fato de que o exercício da referida função não é tarefa fácil, haja vista que a quantidade de processos em trâmite na justiça repercute negativamente na prestação jurisdicional, tanto no aspecto temporal, como no qualitativo, o que, por via reflexa, mitiga o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva dos cidadãos.

A efetividade da tutela jurisdicional é considerada uma garantia fundamental em que o jurisdicionado tenha acesso à jurisdição de forma real, e não meramente

peças, a controvérsia existente não é entre essa empresa e cada um dos consumidores separada e individualmente, mas entre ela e todos os consumidores reunidos. Assim, o objeto desse processo deve ser avaliar o dano total causado e o enriquecimento ilícito obtido pela empresa com a sua conduta. O reestabelecimento da igualdade entre as partes é mera consequência. (GIDI, 2007, p. 32)

⁷³ MENDES, Aluísio Gonçalves de. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2010, p. 28.

⁷⁴ Para Vânia Cardoso André de Moraes, em *Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: hipóteses de solução e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição*: Com o advento do Estado Social, o próprio direito passa a incorporar os objetivos sociais, deixando no passado à proteção única das autonomias individuais, tornando-se um instrumento de realização dos valores definidos pelos processos decisórios da sociedade. A função do Judiciário a ser cumprida por meio do processo, a partir de então, vinculou-se à preocupação de efetividade, ou seja, à perseguição de resultados que correspondessem à melhor e mais justa composição dos litígios (MORAES, 2012, p. 19).

formal ou teórica, por meios de decisões justas e tempestivas, conforme preceituam os valores insculpidos nos artigos 5, XXXV e 3, I, todos da Carta Política.⁷⁵

Do mencionado conceito, extrai-se que o mero acesso à justiça não atende ao preceito fundamental, posto que não é preciso muito esforço para constatar os aborrecimentos que a demora tramitação processual provoca na parte privada de seu bem jurídico que, por vezes, passam anos sem a resolução da lide.

A partir de tal concepção, passou-se a entender que não basta permitir o acesso à justiça, mas sim que a prestação jurisdicional seja efetivada em tempo hábil, como forma de evitar dilações indevidas, haja vista que o atraso gera angústia, desconfiança e insatisfação dos jurisdicionados.

Acrescenta-se a isso que o direito fundamental à prestação de uma tutela jurisdicional efetiva não se restringe apenas ao reconhecimento do direito, mas sim solucionar o litígio de forma concreta⁷⁶.

Nesse ponto, verifica-se a preocupação dos julgadores em estender a legitimidade extraordinária para a fase de execução.

A ausência de efetividade na prestação jurisdicional é muito preocupante por se tornar um dos principais fatores de estímulo a prática de ilícitos, já que está aliada à certeza da impunidade.⁷⁷

A situação fica mais grave nas hipóteses de violação em massa dos chamados danos de bagatela, visto que o pequeno valor pode não justificar financeiramente os custos da propositura de uma demanda individual, possibilitando ao infrator contar com a inércia dos lesados para obter um lucro excessivo decorrente da soma dos inúmeros prejuízos.

⁷⁵ Márcio de Borba Gonzaga em O acesso à efetiva tutela jurisdicional como um direito fundamental do jurisdicionado. *Revista do Curso de Direito da FSG*. Ano 2, n. 4, jul./dez. 2008 Disponível em <<http://ojs.fsg.br/index.php/direito/article/viewFile/106/114>> Acesso em: 08 ago. 2013.

⁷⁶ Nesse prisma, constata-se a importância da utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos de interesse, como por exemplo, a liquidação consensual em demandas coletivas.

⁷⁷ De acordo com a pesquisa judiciária realizada pela Fundação Getúlio Vargas, “O Poder Judiciário também atua como polo gerador de demandas, em decorrência de fatores como a velocidade pela qual responde às demandas que chegam até ele, ausência de uniformização jurisprudencial e gerenciamento de processos, entre outros.” Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_fgv_edital1_2009.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2013

Como forma de evitar a situação acima delineada, foi criada a *class action*, cujo escopo é punir o infrator, sem deixá-lo locupletar-se com os lucros obtidos com a conduta praticada, responsabilizando-o em juízo pelos prejuízos coletivos causados e desestimulando a prática de novos ilícitos no futuro.

Nas palavras do Antonio Gidi, a simples possibilidade da prestação da tutela de forma coletiva e da conseqüente responsabilização em massa faz com que potenciais infratores se sintam desencorajados a praticar condutas ilícitas coletivas e resistam a tentação de obter lucros fáceis em detrimento de direitos e interesses de uma coletividade que, de outra forma estaria completamente indefesa e vulnerável (*deterrence*).⁷⁸

Diante de tal cenário, a ação coletiva é um instrumento processual necessário e extremamente eficaz para corrigir, ou pelo menos desmotivar, a prática de ilícitos em grande escala, bem como para gerenciar a quantidade de demanda em trâmite do judiciário, proporcionando uma prestação jurisdicional, efetiva, adequada e tempestiva.

3.4.4 As Ações coletivas como meio de economia e celeridade processual

No dizer de Rui Barbosa, “A justiça atrasada não é justiça; senão uma injustiça qualificada e manifesta.”⁷⁹

⁷⁸ Pela importância do tema, transcreve-se importante observação do Professor Antonio Gidi a respeito da função *deterrence*: “A função *deterrence* da responsabilidade civil, extremamente evoluída e bem explorada pelo direito privado americano, é um aspecto negligenciado tanto em nossa cultura, como em nossa doutrina jurídica e nossa política legislativa. Ainda não aprendemos que não é possível ao Estado controlar a conduta de cada cidadão e é mais efetivo incentivar o cumprimento voluntário do direito, através do exemplo e de incentivos e punições. No Brasil, os elementos inibitórios e dissuadores do direito são identificados apenas no direito penal, ainda que, como sabemos, sejam bem pouco efetivo na prática, em face da certeza da impunidade. É ilustrativo que as expressões *deterrence* e *deterrente* não sejam sequer utilizadas no discurso brasileiro.” (GIDI, 2007, p. 37)

⁷⁹ Frase célebre do Rui Barbosa, para quem a justiça tinha que ser tempestiva, sob pena de cometer uma injustiça.

A morosidade da prestação jurisdicional é uma preocupação recorrente entre os operadores do direito, por ser considerada um dos fatores que leva a população ao descrédito na atuação do Poder Judiciário.

O surgimento dos conflitos de massa requer do Estado adoção de mecanismos capazes de solucionar o acúmulo de processos, visto que a quantidade de ações tramitando no Judiciário repercute diretamente no tempo razoável do processo que é um direito fundamental consagrado no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal da República.

Dentre eles, resta evidente a importância do tratamento coletivo dos litígios, já que a pulverização das demandas afronta o princípio da economia e princípio da celeridade processual.

Foi na busca dos referidos objetivos que, de acordo com os antecedentes históricos das ações coletivas, surgiram as *Bill of Peace* do sistema inglês da *Equity* e os valores constantes na *Rule 1 das Federal Rules of Civil Procedure*⁸⁰, onde está previsto que “estas normas devem ser interpretadas e aplicadas para proporcionar a justa, rápida e econômica solução da controvérsia.” (GIDI, 2007, p. 25-26)

A existência de um processo coletivo eficiente, que trata de forma uniforme os litígios de natureza essencial ou acidentalmente coletiva, evita a multiplicação desnecessária de ações distribuídas no Judiciário, já que estas são substituídas por uma única demanda coletiva.

⁸⁰ Sobre o assunto, escreveu Andrea Giussiane: “*La maggioranza della piú recente dottrina statunitense converge nell’individuare una delle finalità primarie delle class actions nella realizzazione di obiettivi di economia processuale. In proposito si deve mettere in evidenza che il principio di pragmatici fondamentali della disciplina positiva del processo civile nordamericano, almeno presso le corti federali: si è trattato infatti di uno dei principali elementi ispiratori della riforma del 1938, e in tale stato recepio dalla Rule 1 delle Federal Rules of Civil Procedure. (...) Va sottolineato immediatamente che si tratta di una finalità intensa in modo affatto conforme alla prevalenza degli obiettivi di risoluzione dei conflitti. L’economia processuale, secondo la concezione prevalente negli Stati Uniti, consiste infatti nel risolvere la liti AL minor costo possibile.*” (GIUSSIANE, Andrea. *Studi sulle “class actions”*, 1996, p. 195 e ss.)

Sendo assim, as ações coletivas são consideradas como uma solução adequada para o problema crônico do número excessivo de processo em todas as instâncias.

Deve-se acrescentar, ainda, que a mencionada possibilidade de uma multiplicidade de ações individuais repetitivas serem substituídas por uma única demanda coletiva representa economia pecuniária e temporal, não apenas para o grupo-autor, mas também para o réu e para o Poder Judiciário.

Para o grupo-autor, a economia processual é nítida ao reduzir o custo do processo apenas a uma ação. Por sua vez, para o Judiciário a possibilidade de julgar várias demandas, em um único processo, desembaraça toda prestação jurisdicional. Já para o réu, a concentração do litígio em uma única ação é menos desgastante, pois evita que o mesmo arque com as despesas de inúmeros processos individuais semelhantes.

Por tais considerações, pode-se concluir que a cumulação de demandas atende as premissas constitucionais da economia e da efetividade processual por representar opção mais célere e menos dispendiosa para a solução das lides.

Por fim, é preciso pontuar que o princípio da celeridade deve nortear o trâmite dos processos. Entretanto, é imprescindível conciliar tempo com segurança jurídica, ou seja, as decisões devem ser proferidas com segurança, de forma fundamentada e com capacidade de solucionar o conflito de interesse posto em juízo. Não adianta proporcionar um processo célere que não atende às garantias processuais das partes.

3.4.5 Ações coletivas e a segurança jurídica

Define-se o princípio da segurança jurídica como a garantia de previsibilidade que os jurisdicionados possuem, levando em consideração as

possíveis decisões a serem tomadas para solucionar as lides pelos juízes e tribunais.⁸¹

Para Canotilho, os conceitos de princípio da confiança e de segurança jurídica são distintos, vejamos:

O princípio da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em regra, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e a previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos.⁸²

A partir da lição do Canotilho, o Professor Jorge Amaury afirma que o princípio da confiança significa que “as decisões estatais, uma vez adotadas segundo os procedimentos adequados, não podem ser arbitrariamente modificadas, salvo se ocorrerem situações particularmente relevantes⁸³.” Enquanto, o princípio da segurança jurídica “se remete à exigência de *“certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos*⁸⁴.”

Da leitura dos conceitos acima expostos, para fins de estabilidade jurídica, é necessário uma previsibilidade das decisões. Ocorre que, em demandas de massa, a possibilidade de decisões contraditórias é grande.

Como bem assevera Aluísio Gonçalves de Castro Mendes⁸⁵:

a multiplicação de ações individuais, que tramitam perante diversos órgãos judiciais, por vezes espalhados por todo território nacional, e diante da ausência, nos países da *Civil Law*, do sistema vinculativo de precedentes (*stare decisis*), os juízes chegam, com frequência, a conclusões e decisões variadas e até mesmo antagônicas. Não raramente essas decisões de variado teor acabam por transitar em julgado, diante da não-interposição tempestiva de recurso cabível ou pelo não-conhecimento deste em razão de outra causa de inadmissibilidade.”

⁸¹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 141 -174

⁸² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2 ed. Coimbra: Editora Almedina, 1998, p. 256.

⁸³ NUNES, Jorge Amaury Maia Nunes. Segurança Jurídica. *Revista de Estudantes de Direito da UnB*. 6. ed. 2007. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-dos-estudantes-de-direito-da-unb/6a-edicao/seguranca-juridica/>>. Acesso em: 21. jan. 2014

⁸⁴ *Op. cit.* p. 23

⁸⁵ Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. *Op.cit.*, p. 35

A situação acima delineada gera insegurança jurídica, na medida em que pessoas em situações idênticas recebem tratamento diversificado diante de um mesmo ordenamento jurídico, o que também causa violação ao princípio da igualdade também.

O fato é que a ausência de uniformidade nas decisões judiciais resulta em insegurança jurídica, um dos principais fatores que enseja a jurisdicionalização excessiva. A solução para o referido problema é a priorização das ações coletivas que podem eliminar as disfunções supramencionadas, uma vez que concentra a resolução das lides em um único processo, evitando ou reduzindo drasticamente a possibilidade de soluções singulares e contraditórias.

Diante desse contexto, percebe-se que as ações coletivas representam um instrumento capaz de promover acesso à justiça de forma efetiva, célere, econômica, tempestiva e segura. Entretanto, diante das peculiaridades dos direitos individuais homogêneos que, são considerados acidentalmente coletivos, a adoção da substituição processual na fase de liquidação e execução atinge os objetivos mencionados para ambas as partes (autor e réu)?

Eis a questão a ser perquirida.

4 TRATAMENTO JURÍDICO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

4.1 Considerações preliminares

Com visto no capítulo anterior, para uma análise adequada da aplicação do instituto da substituição processual, é imprescindível a correta delimitação do tema proposto, já que no ordenamento jurídico pátrio a tutela coletiva de direitos e a tutela de direito coletivo são tratadas como sinônimos⁸⁶.

A tutela coletiva de direitos é a proteção de direitos individuais homogêneos que são, simplesmente, direitos subjetivos individuais, ou seja, na definição de Teori Zavascki (2008), é um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si, por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade. Tais características permitem a defesa coletiva de todos eles em uma única demanda.

A definição de tutela coletiva de direito parte da acepção de que a coletivização tem um sentido meramente instrumental, com estratégia a permitir sua mais efetiva tutela em juízo⁸⁷.

Por isso, quando se menciona tutela coletiva de direitos homogêneos, o que se está qualificando como coletivo não é o direito material tutelado, mas sim a maneira de tutelá-lo, o instrumento de sua defesa.

⁸⁶ Segundo Teori Zavascki, in *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, (2008, p. 37): “Uma das principais causas, senão a principal, dos equívocos nesse novo domínio processual foi a de confundir direito coletivo com defesa coletiva de direitos, que trouxe a consequência, a toda evidência distorcida, de se imaginar possível conferir aos direitos subjetivos individuais, quando tutelados coletivamente, o mesmo tratamento que se dá aos direitos de natureza transindividual. A origem contemporânea e comum dos mecanismos de tutela de um e outro desses direitos, acima referida, explica, talvez, a confusão que ainda persiste em larga escala, inclusive na lei e na jurisprudência.”

⁸⁷ Antonio Herman Benjamin, no seu artigo *A insurreição da aldeia global contra processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*, 1995 afirma que os direitos homogêneos “são, por via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos stricto sensu), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais” (BENJAMIN, 1995, p. 96).

Já a tutela de direito coletivo é a salvaguarda de direitos transindividuais, compreendidos entre eles, os direitos difusos e os coletivos *stricto sensu*. Nessa situação, o direito não pertence a um indivíduo determinado e sim a um grupo de pessoas, a uma classe ou a própria sociedade, considerada em sentido amplo. Por tal circunstância, são considerados materialmente indivisíveis.

4.2 Conceito e natureza jurídica dos direitos individuais homogêneos

Os direitos individuais homogêneos fazem parte dos chamados “novos direitos”⁸⁸ categoria criada pelos juristas para atender as transformações da sociedade contemporânea, de forma a sistematizar o seu estudo e manter o ordenamento jurídico atualizado e efetivo.⁸⁹

Por ser originários da solidariedade, são considerados direitos de terceira geração ou dimensão (classificação de Paulo Bonavides⁹⁰). São espécies do gênero, direito coletivo *lato sensu*, denominados de metaindividuais ou transindividuais.

Como já mencionado, o conceito de direito individual homogêneo foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Defesa do Consumidor⁹¹ que, pela singela definição estabelecida no seu artigo 81, parágrafo único, III, são aqueles que possuem “origem comum”.⁹²⁻⁹³

⁸⁸ WOLKMER, Antônio Carlos, LEITE, José Rubens Morato. *Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas*, São Paulo:Saraiva, 2003, p.04

⁸⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A tutela coletiva no Brasil e a sistemática dos novos direitos*. 2002 p. 01

⁹⁰ Para Paulo Bonavides, no seu Curso de Direito Constitucional, é mais adequado falar em dimensão, em vez de geração, posto que uma dimensão não substitui a outra, apenas complementa.

⁹¹ Sobre o tema, afirma Hermes Zanti Júnior em *Os direitos individuais homogêneos e o neoprocesso*; “sua exigência só se configurou a partir do art. 81, III, do CDC, portanto, sua importância revelou-se reconhecidamente processual, e procurou sanar aquilo que Mauro Cappelletti, com seu visionário talento, denominava de “acesso à justiça em face da pobreza organizativa das partes”. p. 148

⁹² 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

Da análise do parágrafo único, inciso III do Código de Defesa do Consumidor, verifica-se falta de precisão do conceito de direitos individuais homogêneos⁹⁴, motivo que pode ter gerado dificuldades em distingui-los dos demais direitos coletivos *lato sensu* ou mesmo, considerar por exclusão um direito como interesse individual homogêneo por não conseguir encaixá-lo como difuso ou coletivo.⁹⁵

Então, no escopo de evitar distorções e má aplicação dos instrumentos da tutela coletiva, é necessário efetuar uma comparação entre o modelo legal e o que deduz a doutrina e a jurisprudência ao definir cada direito coletivo, distinguindo-se as peculiaridades de cada um deles⁹⁶.

Entende-se, com fulcro na caracterização legal, por direito difuso, “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstancia de fato”.

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. (original sem destaque)**

⁹³ Apesar da origem comum, isso não significa que possuem a mesma temporaneidade ou dimensão.

⁹⁴ A falta de definição precisa verifica-se também no âmbito dos Tribunais Superiores. Nesse sentido, afirma Sérgio Cruz Arenhart: “Também a dificuldade em determinar, com um mínimo de precisão, o que é o eu não é considerado como ‘direito individual homogêneo’ (para manter a denominação do CDC) é um dos grandes entraves para o desenvolvimento adequado da tutela coletiva de pretensões individuais. O problema assume proporções ainda mais graves quando se nota que, em grande medida, essa incerteza decorre exatamente dos tribunais superiores, que deveriam fixar essa compreensão para que o Judiciário pudesse, como um todo, operar com esse conceito. (ARENHART, 2013, p. 66)

⁹⁵ A questão da identificação da espécie de direitos metaindividuais no caso prático é complexa. Muitas vezes, os operadores do direito têm dificuldade em diferenciá-los. Conforme Gustavo Tepedido, in *a Questão ambiental, o Ministério Público e as ações Cíveis Públicas*, in: *Temas de direito civil*, é “muito difícil isolar cada uma dessas espécies de interesses, de modo que se pudesse identificar, diante uma hipótese concreta, a presença do interesse estritamente coletivo ou exclusivamente individual homogêneo” (TEPEDIDO, 2008, p.302).

⁹⁶ De acordo com as lições do Gidi, em *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, o critério científico adotado para identificar se determinado interesse é difuso, coletivo ou individual homogêneo é o direito subjetivo violado. (GIDI, 1995, p. 23)

Para Rodolfo de Camargo Mancuso⁹⁷ são características dos referidos direitos a indeterminação dos sujeitos – por se referirem a um grupo indeterminado ou dificilmente determinável do sujeito, a indivisibilidade do objeto – decorrente da imprecisão de quanto direito pertence a cada um dos integrantes do grupo indeterminado, a intensa conflituosidade – por não possuir um vínculo jurídico definido e a sua duração efêmera.

Já os direitos coletivos *stricto sensu* são aqueles “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”.

A ligação entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base é a característica principal dos direitos coletivos *stricto sensu*, diversamente do que ocorre com os direitos difusos que estão vinculados por uma questão de ordem fática.⁹⁸

Em igualdade com os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* são insuscetíveis de apropriação individual, de renúncia ou de transação, e intransmissíveis, em virtude da sua indivisibilidade e indeterminabilidade.⁹⁹

Delimitada a definição legal de direito difuso e o coletivo em sentido estrito, passa-se a à análise do conceito e natureza dos direitos individuais homogêneos.¹⁰⁰

Como já salientado, o Código de Defesa do Consumidor preocupou-se em definir apenas o direito difuso e o coletivo, assim, a definição precisa dos direitos individuais homogêneos foi desenvolvida pela doutrina.

De acordo com o magistério de Hermes Zaneti Júnior:

⁹⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesse difusos: conceitos e legitimação para agir*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 88.

⁹⁸ Ao abordar o tema, Kazuo Watanabe em Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.) *Direito do consumidor*. Direito do Consumidor: tutela das relações de consumo, afirma que o “uso da expressão transindividuais de natureza indivisível se destacou, antes de mais nada, a ideia de interesses individuais agrupados ou feixes de interesses individuais da totalidade dos membros de uma entidade ou parte deles”

⁹⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A tutela coletiva no Brasil e a sistemática dos novos Direitos*. *Revista Diálogo Jurídico*. N. 15 – janeiro/fevereiro/março de 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/A_tutela_coletiva_e_os_novos_direitos_DJ15.pdf> Acesso em: 23 jul. 2013.

¹⁰⁰ Ponto fundamental para investigação da adequação da substituição processual na fase de execução, levando em consideração a natureza jurídica dos direitos individuais homogêneos.

O conceito instrumental de direitos individuais homogêneos como direitos subjetivos (trans)individuais para fins de tutela deve, portanto, albergar não só a dimensão individual, de permissão e disponibilidade ao titular do direito individual, mas também sua dimensão essencialmente coletiva, de reparação integral, independente de manifestação do titular de fundo, já que com esse não se confunde nesse sentido (arts. 94, 104 e 100, parágrafo único, do CDC).

E acrescenta ainda:

os direitos individuais homogêneos assim se caracterizam por ser uma categoria de direitos a meio caminho entre o direito material e o direito processual, para fins de tutela se apresentam: a) transindividualidade artificial ou instrumental (ou pragmática); b) indeterminação dos titulares dos direitos individuais na fase de conhecimento e determinabilidade dos sujeitos no momento da liquidação e execução; c) indivisibilidade para fins de tutela e divisibilidade (os benefícios aceitam fruição individual); d) indisponibilidade quanto aos substitutos processuais e a categoria em si dos DIH para fins de tutela e disponibilidade (quando a lei não determina o contrário) dos direitos individuais de fundo (podendo haver opção por integrar o contraditório, continuar com ação individual ou suspender seu trâmite até o julgamento coletivo); e) núcleo ou tese jurídica comum de questões de direito e de fato a unir os sujeitos; f) prevalência de questões comuns sobre questões individuais; g) superioridade ou maior utilidade da tutela coletiva sobre a tutela individual e, h) reparabilidade direta, com recomposição pessoal dos bens lesados (permitindo-se, caso não completada a reparação em número suficiente para reprimir o ofensor de praticar condutas ilícitas futuras, *fluid recovery*).¹⁰¹

Assim, percebe-se da leitura da magistral definição que os direitos individuais homogêneos se assemelham aos demais direitos coletivos em sentido lato na fase de conhecimento. No entanto, apresentam características bem peculiares na fase de liquidação e execução, como por exemplo, a possibilidade de disposição por parte dos seus titulares.

Definidos os chamados direitos individuais homogêneos, então, qual seria sua natureza jurídica? Seria um direito coletivo ou um direito individual?

Em relação ao referido questionamento muito se discute na doutrina.

Para a doutrina minoritária, capitaneada por Alcidez A. Munhoz da Cunha, os direitos individuais homogêneos seriam *“interesses metaindividuais, enquanto*

¹⁰¹ ZANETI, Hermes. *Os direitos individuais homogêneos e o neoprocessualismo*. In: O novo processo civil coletivo Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009. p. 153-154.

pressupõem interesses coordenados e justaposto que visam à obtenção de um mesmo bem, de uma mesma utilidade indivisível”¹⁰²

Em sentido diverso, Rodolfo de Camargo Mancuso afirma que

tudo indica que os interesses individuais homogêneos não são coletivos em sua essência, nem no modo como são exercidos, mas apresentam certa uniformidade, pela circunstância que seus titulares se encontram em certas situações, que lhes confere coesão suficiente para destacá-los da massa de indivíduos isoladamente considerados.¹⁰³

Já o Humberto Dalla Bernardina de Pinho defende um sentido híbrido, no qual o direito individual homogêneo é um direito subjetivo complexo: *“é um direito individual porque diz respeito às necessidades, aos anseios de uma única pessoa; ao mesmo tempo é complexo, porque suas necessidades são as mesmas de todo um grupo de pessoas, fazendo nascer, destarte, a relevância social da questão”*.¹⁰⁴

Pela definição clarividente das características dos direitos individuais homogêneos e pelas divergências apontadas em relação a sua natureza jurídica, percebe-se nitidamente as razões (que poderão ser equivocadas) que levaram ao Supremo Tribunal Federal a outorgar a legitimidade extraordinária (instituto genuíno de defesa de direito coletivo) aos sindicatos, para propor execução em nome dos substituídos (fase do processo definitivamente caracterizada como de índole individual).

4.3 A sistemática adotada pelo Código de Defesa do Consumidor para a tutela dos direitos individuais homogêneos

¹⁰² CUNHA, Alcidez A. Munhoz da. Evolução das Ações Coletivas no Brasil. **Revista de Processo**. v.77, 1995. p. 233.

¹⁰³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sobre a legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos. Ação Civil Pública: Lei 7.374/1985: reminiscências e reflexões após 10 anos de aplicação** – coordenador Edis Milaré. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 438-450

¹⁰⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça**. Rio de Janeiro. Editora Forense: 2002. p. 33.

Os direitos individuais homogêneos constituem uma novidade introduzida no sistema jurídico brasileiro com escopo de atender as necessidades de uma sociedade contemporânea, caracterizada por uma litigiosidade de massa.

A partir da edição do artigo 91 do Código de Defesa do Consumidor, foram criadas as ações coletivas¹⁰⁵ e com isso, solucionada a celeuma do cabimento ou não de ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos.

Assim, foi com Código de Defesa do Consumidor que veio a consagração definitiva, no ordenamento jurídico pátrio, da categoria das *class actions for damages*.¹⁰⁶

Ada Pellegrini Grinover, ao analisar o inciso B3, da Regra 23 da Federal Rules de 1966, aplicável especificamente as *class actions for damages*, afirma que tais ações devem obedecer, além dos requisitos gerais de demandas de classe¹⁰⁷, dois pressupostos adicionais:

“1 – a **prevalência** das questões de direito e de fato comuns sobre as questões de direito ou de fato individuais;

2 – a **superioridade** da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença¹⁰⁸.”

Verifica-se que os requisitos retrocitados foram estabelecidos no escopo de promover acesso à justiça, com a devida efetividade da prestação jurisdicional representada pela economia, celeridade e segurança jurídica.

¹⁰⁵ Parte-se do pressuposto de que ação coletiva é aquela utilizada para tutelar direitos individuais homogêneos. Tal esclarecimento é imprescindível em razão de a doutrina utilizar o termo ação coletiva como gênero, do qual seriam espécies, a ação civil pública e a ação coletiva *strito sensu*.

¹⁰⁶ Para GRINOVER, Ada Pellegrini. In **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto**. 8 ed. – Rio de Janeiro: Forense Editora, 2004 – A lei 7.347/89 – cuida da reparação pelos danos causados aos investidores no mercado imobiliários - foi a primeira *class action for damages* do sistema jurídico brasileiro (GRINOVER, 2004, p. 862-863)

¹⁰⁷ 1. A classe é tão numerosa que a reunião de todos os membros é impraticável, 2) há questões de direito ou de fato comuns à classe, 3) as demandas ou exceções das partes representativas são típicas das demandas ou exceções de classe e 4) as partes representativas protegerão justa e adequadamente os interesses da classe.

¹⁰⁸ Ada Pellegrini GRINOVER. In **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Editora, 2004, p. 857.

Então, constatado que a criação das ações coletivas brasileiras foi inspirada nas *class actions for damages* norte-americanas, poderíamos concluir que os requisitos prevalência e superioridade foram reconduzidos para o ordenamento jurídico brasileiro?

Ao enfrentar o citado questionamento, Ada Pellegrini Grinover afirma que

Em tese, a prevalência da dimensão coletiva sobre a individual poderia ser útil para aferir, do ponto de vista prático, se efetivamente os direitos individuais são, ou não, homogêneos. Inexistindo a prevalência dos aspectos coletivos, os direitos heterogêneos, ainda que tivessem origem comum. Provavelmente, poder-se-ia afirmar, em linha de princípio, que a origem comum (ou causa) seria remota e não próxima. A adotar-se esse critério, dever-se-ia concluir que, não se tratando de direitos homogêneos, a tutela coletiva não poderia ser admitida, por falta de possibilidade jurídica do pedido.¹⁰⁹

Sendo assim, conclui-se que o requisito de prevalência das questões comuns/coletivas sobre as individuais das *class actions demager* do ordenamento jurídico estadunidense também é aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que o referido arcabouço legal somente autoriza a tutela coletiva dos direitos individuais quando estes forem homogêneos. Caso contrário, nas situações em que prevaleçam as questões individuais sobre as comuns, o pedido de tutela coletiva seria considerado juridicamente impossível.

Entretanto, é importante esclarecer que, para proteção dos direitos individuais homogêneos por intermédio de uma ação coletiva, não é suficiente apenas a comunhão de interesses entre os sujeitos ativos de uma possível demanda. É necessário estar presente à relevância social, sob pena de estarmos diante de um litisconsórcio ativo facultativo, previsto no artigo 46 do Código de Processo Civil.¹¹⁰

¹⁰⁹ Ada Pellegrini GRINOVER. In: **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Editora, 2004, p. 863

¹¹⁰ De acordo com Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, “uma ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos não significa a simples soma das ações individuais. Às avessas, caracteriza-se a ação coletiva por interesses individuais homogêneos exatamente porque a pretensão do legitimado concentra-se no acolhimento de uma tese jurídica geral, referente a determinados fatos, que pode aproveitar a muitas pessoas. O que é completamente diferente de apresentarem-se inúmeras pretensões singularizadas, especificamente verificadas em relação a cada um dos

Em relação ao pressuposto da superioridade da tutela coletiva em relação à demanda individual, em termos de eficácia e justiça da decisão, mais uma vez merece destaque as lições da Ada Pellegrini Grinover: “O requisito da superioridade da tutela coletiva, em termos de justiça e eficácia da decisão, pode ser abordado, no Direito brasileiro, sob dois aspectos: o do interesse de agir e o da efetividade do processo.”¹¹¹

De acordo com a Lei Adjetiva, o interesse de agir constitui uma das condições da ação. Para sua configuração, é necessária a concomitância de adequação, necessidade e utilidade do provimento judicial.

No que tange à superioridade das ações coletivas, os requisitos necessidade e utilidade podem ser observados na busca da celeridade e da economia processual, já que esse tipo de ação é considerado um dos instrumentos de gerenciamento do alto volume de demandas no Judiciário e uma das soluções para o seu descongestionamento, bem como aquele que pode proporcionar uma maior pacificação social.

Por sua vez, o requisito adequação está intimamente ligado a capacidade que a demanda coletiva possui para tutelar o direito material.

Nesse diapasão, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro prevê a proteção dos interesses individuais coletivos via ação coletiva. Todavia, da mesma forma do que acontece com as *class actions for demager* norte-americanas, para propositura da demanda coletiva, os interesses comuns devem prevalecer e apresentar uma relevância social. Acrescenta-se a isto, a necessidade de configuração da superioridade da demanda coletiva em relação a ação individual, levando em consideração o interesse utilidade e interesse adequação para fins de efetividade da tutela coletiva.

respectivos titulares do direito.” ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações Coletivas: a tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 114) No mesmo sentido, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A tutela Coletiva no Brasil e a sistemática dos novos Direitos*. 2002, p. 12

¹¹¹ Ada Pellegrini GRINOVER. In: **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Editora, 2004, p. 864.

Visto o cabimento das ações coletivas, passamos à análise do seu procedimento¹¹², especificamente, a repartição de cognição e da condenação genérica as quais são aspectos processuais relevantes que devem ser considerados na investigação.

4.4 Cognição na tutela coletiva de direito individual homogêneo: repartição da atividade

De acordo com o Kazuo Watanabe, “a cognição é uma técnica processual de extrema importância, e o estudo dos institutos e categorias doutrinárias, por este ângulo visual, possibilita a percepção de aspectos até então insuspeitos.”¹¹³

Levando em consideração que o procedimento adotado pelo Código de Defesa do Consumidor para tutelar direitos individuais homogêneos foi estruturado de forma especial, com duas fases cognitivas distintas, a análise dos institutos utilizados para defesa coletiva sob o ângulo da cognição ganha relevância.

Como já salientado, as ações coletivas foram introduzidas no ordenamento jurídico pátrio como um instrumento capaz de tutelar demandas de massa, as quais o litisconsórcio ativo facultativo previsto no Código de Processo Civil não mais atendia. Todavia, para o cabimento da propositura da ação coletiva, era necessário a prevalência das questões comuns.

Daí a justificativa da repartição cognitiva.

Ao analisar as características da ação coletiva, o Teori Zavascki descreve o procedimento adotado de forma bastante elucidativa, com todas as suas especificidades:

Consiste num procedimento especial estruturado sob a fórmula da repartição da atividade jurisdicional cognitiva em duas fases: uma, que constitui o objeto da ação coletiva propriamente dita, na qual a cognição se

¹¹² O exame será de forma sucinta, apenas com o objetivo de destacar as peculiaridades do procedimento adotado para tutela de direitos individuais homogêneos.

¹¹³ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 4 ed. revista e atualizada, São Paulo: RT, 2012, p. 17-18.

limita às questões fáticas e jurídicas que são comuns à universalidade dos direitos demandados, ou seja, ao seu núcleo de homogeneidade; e outra, a ser promovida em uma ou mais ações posteriores, propostas em caso de procedência da ação coletiva, em que a atividade cognitiva é complexa mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados (= margem de heterogeneidade).¹¹⁴

Percebe-se que o exame da situação individual de cada um dos beneficiários foi postergado para a fase subsequente, restando a primeira fase - defesa coletiva propriamente dita, enfrentar as questões relativas ao núcleo de homogeneidade, como forma de possibilitar o tratamento coletivo da demanda.¹¹⁵

Por essas considerações, baseado nas lições Kazuo Watanabe a respeito da cognição no processo civil¹¹⁶, o Teori Zavascki conclui que na primeira fase da ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos, a cognição, embora exauriente sob o aspecto vertical, será limitada, sob o aspecto horizontal.

Sendo assim, verificado que um dos requisitos para propositura da ação coletiva é a prevalência das questões comuns, desprezando as peculiaridades individuais, percebe-se que a defesa coletiva é viável apenas na primeira fase.

É importante ressaltar que a repartição das fases cognitivas é um ponto importante de distinção entre o procedimento das ações coletivas e das ações civis públicas, já que nestas últimas a cognição é ampla, onde a questão controvertida é resolvida em sua plenitude. Em razão disso, não é aconselhável aplicar os institutos coletivos de forma indiferente, sob pena de causar um tumulto no processo, em vez de garantir o acesso à justiça.

¹¹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.172-173.

¹¹⁵ Nesse sentido, Luiz Paulo da Silva Araújo Filho afirma: “só admite a feição coletiva porque – e enquanto – a homogeneidade desses direitos, decorrentes de origem comum, permite que sejam desprezadas e necessariamente desconsideradas as peculiaridades agregadas à situação pessoal e diferenciada.” (ARAUJO FILHO, Luiz Paulo. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 120–121).

¹¹⁶ “A cognição, no processo civil, pode ser visualizada em dois planos distintos: o horizontal e o vertical. No plano horizontal, ela pode ser plena ou limitada, tudo dependendo da extensão do conflito posto em debate no processo. Será plena se o objeto da demanda for a integralidade do conflito existente; será limitada (ou parcial) se a demanda tiver por objeto apenas parte do conflito. No plano vertical, a cognição poderá ser exauriente (completa) ou sumária, tudo dependendo do grau de profundidade com que é realizada” (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 4 edição, revista e atualizada, São Paulo: RT, 2012, p. 1180

4.5 A técnica da sentença coletiva “condenatória” genérica

Diversamente do que ocorre com as ações civis públicas, nas quais se almeja que o provimento jurisdicional já imponha à fixação do valor da indenização que será revertida ao Fundo para recomposição do direito violado, a pretensão deduzida nas ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos refere-se somente ao dever de ressarcir (*an debeatur*).¹¹⁷

A técnica da sentença condenatória genérica é decorrente da repartição da atividade cognitiva e foi introduzida pelo Código de Defesa Consumidor, através do seu artigo 95¹¹⁸, como instrumento hábil a tutelar os direitos individuais homogêneos.

Teori Zavascki define a sentença genérica como aquela

que faz juízo apenas parcial dos elementos da relação jurídica posta na demanda, e não sobre todos eles, razão pela qual, em princípio, é sentença sem força executiva. Depende, para esse efeito, do advento de outro provimento jurisdicional, que complemente a atividade cognitiva, examinando os pontos faltantes.¹¹⁹

Já no sentido processual, de acordo com a definição do Elton Venturi “a sentença genérica reporta-se ao tratamento coletivo emprestado ao bem jurídico tutelado que, até o momento dos processos de liquidação e execução de sentença, é concebido como se fosse indivisível”¹²⁰

Em virtude da natureza jurídica dos direitos individuais homogêneos que obriga a repartição de cognição, a sentença da demanda coletiva será necessariamente genérica, dado que ela analisará apenas o núcleo de homogeneidade dos direitos aduzidos na exordial.

Na primeira fase, a cognição envolve somente aspectos de ordem comum, o que possibilita a defesa através da substituição processual, culminando com o provimento judicial genérico, no qual é definido o *an debeatur* (a existência da

¹¹⁷ VENTURI, Elton. **Execução da Tutela Coletiva**. Ed. Malheiros, 2000. p. 125.

¹¹⁸ Artigo 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.

¹¹⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela coletiva de Direitos**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.175

¹²⁰ VENTURI, Elton. **Execução da Tutela Coletiva**. Ed. Malheiros, 2000. p. 125.

obrigação do devedor), o *qui debeat* (a identidade do sujeito passivo da obrigação) e o *quid debeat* (a natureza da prestação devida).¹²¹

A partir de então, inicia-se a segunda fase, a qual é dirigida a investigação para os aspectos individuais dos interessados, com identificação do beneficiários – o *cui debeat* e a prestação que a qual tem direito – o *quantum debeat*.

Analisando o procedimento adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça reforça o entendimento de que é necessário, após a prolação da sentença genérica, o ajuizamento de execuções individuais com o escopo de comprovar a condição de beneficiário e os danos sofridos, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AÇÃO COLETIVA. EXECUÇÃO INDIVIDUAL NO DOMICÍLIO DO AUTOR. FORO DIVERSO DO FORO DO PROCESSO DE CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DAS LEIS 8.078/90 E 7.347/85. CONFLITO CONHECIDO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL DO ESTADO DO AMAZONAS. 1. As ações coletivas lato sensu – ação civil pública ou ação coletiva ordinária – visam proteger o interesse público e buscar a realização dos objetivos da sociedade, tendo, como elementos essenciais de sua formação, o acesso à Justiça e a economia processual e, em segundo plano, mas não de somenos importância, a redução dos custos, a uniformização dos julgados e a segurança jurídica. 2. **A sentença coletiva (condenação genérica, art. 95 do CDC), ao revés da sentença que é exarada em uma demanda individualizada de interesses (liquidez e certeza, art. 460 do CPC), unicamente determina que as vítimas de certo fato sejam indenizadas pelo seu agente, devendo, porém, ser ajuizadas demandas individuais a fim de se comprovar que realmente é vítima, que sofreu prejuízo e qual o seu valor.** 3. O art. 98, I, do CDC permitiu expressamente que a liquidação e execução de sentença sejam feitas no domicílio do autor, em perfeita sintonia com o disposto no art. 101, I, do mesmo código, que tem como objetivo garantir o acesso à Justiça. 4. Não se pode determinar que os beneficiários de sentença coletiva sejam obrigados a liquidá-la e executá-la no foro em que a ação coletiva fora processada e julgada, sob pena de lhes inviabilizar a tutela dos direitos individuais, bem como congestionar o órgão jurisdicional. 5. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amazonas/AM, o suscitado.¹²²

¹²¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela coletiva de Direitos**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.176.

¹²² CC 96.682/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/02/2010, DJe 23/03/2010.

(CC 96.682/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/02/2010, DJe 23/03/2010) (grifos nossos)

Em síntese, constata-se que o arcabouço legal previsto no ordenamento jurídico brasileiro adotou uma sistemática de tutela coletiva condizente com as peculiaridades dos direitos individuais homogêneos ao optar por uma sentença que faz juízo de certeza apenas sobre parte da relação jurídica controversa, postergando para fase de execução, fase caracterizada pela heterogeneidade, a tarefa de dirimir a individualização e liquidação do valor devido a cada um dos beneficiários¹²³.

Nesse diapasão, levando em consideração tudo o que foi exposto, será que a defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos, através da legitimação extraordinária na fase de execução atende aos requisitos perseguidos pela tutela coletiva? Seria uma tutela adequada, necessária e eficaz diante da repartição de cognição do procedimento adotado pelo microsistema processual coletivo brasileiro? Será que ela proporciona acesso à justiça?

Para chegar à conclusão dos questionamentos retromencionados, é necessária uma análise da legitimidade de agir nas ações coletivas, tanto da forma de substituição, como de representação e todas as consequências que cada uma delas pode ocasionar a tutela coletiva.

¹²³ Seguindo esse entendimento, v. STJ, 3ª Seção, EREsp nº 720839/PR, rel. Ministro Felix Fischer, DJe 02.10.2006, p. 226; STJ, 5ª T, REsp 673380/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 20.06.2005, p. 360

5 LEGITIMIDADE ATIVA PARA O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DA TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

5.1 Considerações preliminares

Como visto até aqui, o problema do presente trabalho discute a adequação da legitimidade ampla e irrestrita dos sindicatos para a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.

Como o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 210.029/RS, não enfrentou a controvérsia em toda sua extensão, por entender que se tratava de uma questão de índole processual, passa-se analisar o tema sob uma ótica diferente, ou seja, a efetividade da tutela jurisdicional decorrente da aplicação de cada uma das formas de legitimação: substituição processual e representação processual.

Para tanto, é necessário delinear cada um dos referidos institutos, com suas vicissitudes que repercutem certamente na busca da pacificação social. Todavia, preliminarmente é imprescindível definir o conceito de parte, de legitimidade *ad causam* e legitimação processual para compreensão da substituição processual, com suas consequências para o substituto e para o substituído, bem como para compreensão da representação processual.

5.1.1 Parte

O conceito de parte é especialmente relevante para entender a substituição processual, bem como as consequências sobre as pessoas que ocuparão tal posição na relação jurídica processual, como por exemplo, a sujeição a coisa julgada, a identificação da litispendência, a determinação do impedimento e suspeição etc.¹²⁴

¹²⁴ Nesse sentido, Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau. **A legitimação ativa nas ações coletivas**: Um contributo para o estudo da substituição processual. Tese (doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, UFMG, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/DIRE-5SFJMX>>. Acesso em: 15 dez. 2013, p. 27

De forma comum, afirma-se que parte é aquela que pede ou contra as quais se pede tutela jurisdicional. Acontece que, em algumas situações, a tutela jurisdicional não é reivindicada para si. Em razão disso, é preciso distinguir o conceito de parte material e parte processual.¹²⁵

Conceitua-se como parte substancial aquela que é titular do direito material e a parte processual, o sujeito da relação jurídica processual, logo são conceitos autônomos. Agora é preciso salientar que a doutrina hodierna não faz a referida distinção e busca o conceito de parte apenas no processo, sem levar em consideração a relação jurídica material deduzida em juízo.

De acordo com Thereza Alvim, “parte é aquele que se situa num dos polos da relação processual.”¹²⁶

No mesmo sentido é o conceito de Chiovenda, que considera parte “aquele que demanda em seu próprio nome a atuação de uma vontade de lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada.”¹²⁷

5.1.2 Legitimidade de agir

Em regra, o direito de pleitear a tutela jurisdicional pertence ao titular do direito material, mas, em algumas situações excepcionais, a lei outorga essa faculdade a um terceiro que não é parte da relação jurídica material litigiosa.

Nesse sentido, preceitua o artigo 6º do Código de Processo Civil¹²⁸ que a ninguém é permitido pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado

¹²⁵ Obra citada por Thereza Alvim – “Si preguntamos a un profano qué es la parte, nos responderá seguro que es litigante. Pero qué quiere decir litigar? No outra cosa que sostener un interés en contraste com un interés ajeno. Ahora bien, es bien sabido que hay casos em que defende el interes uma persona distinta de quien lo posee. Quién es la parte en esos casos: el hijo menor, por ejemplo, o el padre? ... El ideal hubiera sido encontrar dos nombres diferentes, faciles y breves, para designar a quien tiene el interes y a quien ejercita la acción.” (Cf. Francesco Carnelutti. *Estúdios de derecho procesal*, vol. I (tradução de Santiago Sentis Melendo), Doctrinas Generales, Ediciones Jurídicas Europa-America, 1952, pp. 85/86).

¹²⁶ Alvim, Thereza. **O direito processual de estar em juízo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 12. (Coleção Estudos de Direito de processo Enrico Tulio Liebman; v. 34) p. 12

¹²⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, Vol. II – A relação processual ordinária de cognição – as relações processuais. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 234

por lei, sob pena de não preencher uma das condições da ação, que, no presente caso, é a legitimidade de agir.

Quando ocorre a coincidência da parte material e formal, a legitimação é denominada ordinária. Todavia, quando a identidade inexistente, fala-se em legitimidade extraordinária. É o que ocorre nas situações de substituição processual.¹²⁹

Como já salientado, comumente, a faculdade de gerir o processo pertence ao proprietário da relação jurídica controvertida, mas pode existir uma causa especial que retire das partes a citada faculdade.

Entretanto, é preciso esclarecer que não se pode confundir a substituição processual com a capacidade para estar em juízo, ou seja, com a legitimidade processual que significa estar em pleno exercício de seus direitos. Até porque substituição processual é considerada uma das hipóteses de legitimidade extraordinária - uma das condições da ação, enquanto a legitimidade processual é um pressuposto processual¹³⁰.

5.1.2.1 DA LEGITIMIDADE PARA AS AÇÕES COLETIVAS

A demanda coletiva é uma das hipóteses em que o ordenamento jurídico utiliza de uma causa especial para outorgar a terceiros a permissão de gerir o

¹²⁸ O art. 17 do anteprojeto do novo Código de Processo Civil reproduziu o mesmo conteúdo jurídico ao estabelecer o seguinte: **Art. 17.** Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado por lei.

¹²⁹ Theresa Arruda Alvim discorda da “*afirmação de que o instituto da substituição processual ocorre quando há descoincidência entre a parte da relação jurídica processual e o da substancial ou quando um é o titular do direito de ação, outro do direito material*”. Para ela, existe “*a descoincidência entre aquele que pratica os atos processuais (até mesmo podendo ter proposto a ação) e o titular da lide, aquele que é o legitimado ad causam.*” ALVIM, Thereza. **O direito processual de estar em juízo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996 – (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tulio Liebman; v. 34 p. 94)

¹³⁰ De forma diversa, Thereza Arruda Alvim afirma que a legitimidade extraordinária é considerada legitimidade processual - ALVIM, Thereza. **O direito processual de estar em juízo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996 – (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tulio Liebman; v. 34 p. 93)

processo, em nome próprio, ou seja, discute relação jurídica material controvertida de outrem.

De acordo com Donaldo Armelin, o sistema jurídico leva em consideração o grau de interesse atribuído na prática de determinados atos para ampliar ou restringir o círculo de legitimados:

os motivos potenciadores desse grau de interesse são dispares, mas podem ser enfeixados, basicamente, em três categorias: O alto apreço atribuído pelo sistema jurídico ao bem tutelado ou objetivado através do ato; O interesse público a ser tutelado através do ato, e, finalmente, A partilha entre vários sujeitos de direito de interesses coletivos ou particulares a serem tuteados ou colimados pelo ato.¹³¹ (ARMELIN, 1979, p.22).

Com a massificação dos litígios, a sociedade contemporânea e os seus respectivos governos passaram a enfrentar problemas, no âmbito da prestação da tutela jurisdicional, com o desequilíbrio das partes e ausência de acesso à justiça.¹³²

Ciente de tais dificuldades e partindo dos parâmetros delineados acima pelo processualista Donaldo Armelin, o legislador, no escopo de transpor os referidos óbices, adaptou as normas existentes às necessidades da sociedade contemporânea para outorgar a terceiros a defesa judicial como forma de proporcionar a efetividade do processo e a facilitação do acesso à justiça.

Sabe-se que no mundo existem diversos modelos de sistema de processo coletivo, onde combinam as mais variadas formas de tutela de direitos metaindividuais.

Ocorre que, em relação à legitimidade, de acordo com Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, as soluções encontradas podem ser agrupadas, conforme a

¹³¹ ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.

¹³² Nesse sentido, preleciona Arruda Alvim "...os problemas que passaram a afligir as sociedades existentes e respectivos governos, podem ser sinteticamente descritos da seguinte forma: 1) desequilíbrio entre os litigantes, constantemente defrontando-se um forte com um fraco; 2) precariedade, ou ausência mesmo, da possibilidade de Acesso à Justiça, para um grande número de pessoas, porque estas não sabem que têm direitos, se, eventualmente, têm consciência de seus direitos, não têm condições para arcar com os custos e finalmente, muitos litígios acabam não sendo individualmente compensatórios, mesmo que o lesado preenchesse os requisitos anteriores..." ARRUDA ALVIM. Anotações sobre as Perplexidades e os Caminhos do Processo Civil Contemporâneo - Sua Evolução ao lado do Direito Material, Revista do Consumidor, 2 RT.

natureza da pessoa autorizada, em três espécies de legitimados: órgãos públicos, associações e indivíduos.¹³³

Já para Ada Pellegrini Grinover, a escolha do legislador para atribuir legitimidade ativa é realizada entre duas opções:

(i) atribuir a legitimação exclusivamente à pessoa física e/ou associações, privilegiando a legitimação privada; ou (ii) ampliar os esquemas da legitimação, distribuída entre pessoa física e/ou associações, em conjunto com órgãos públicos (Ministério Público, Ombudsman ou Defensor do Povo, outros órgãos especializados): neste caso, temos a legitimação mista (independente e autônoma).¹³⁴

À medida que foram sendo atribuídas aos Estados novas funções decorrentes do modelo social, foi surgindo o “*subgoverno*”, o que, na denominação de Norberto Bobbio “*seria o vastíssimo espaço ocupado pelas entidades públicas ou de interesse público através das quais passa grande parte da política econômica ou do governo da economia.*”¹³⁵

O ordenamento jurídico brasileiro, através do seu microssistema de processo coletivo e da Constituição Federal, optou por outorgar legitimação para propor ações coletivas aos órgãos e às associações, ou seja, adotou o sistema de legitimação mista, como denota dos preceitos estabelecidos no art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor e do art. 8º, III da Constituição Federal de 1988.

Imperioso ressaltar que a abertura de legitimados foi realizada, sem a exclusão da possibilidade do patrimônio jurídico ser defendido por seu titular, de forma individual, o que pode ser depreendido com a adoção do sistema *opt in*.

Nessa situação, verifica-se que a opção do legislador constituinte partiu da premissa de que os entes coletivos possuíam interesse de agir no processo que seria conexo aos interesses da categoria que representa, logo seria legítimo

¹³³ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. **Revista de Processo**. v. 209/2012, p. 243. Jul/2012DTR\2012\44846.

¹³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini, Kazuo Watanabe e Linda Mullenix, in: Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 2008. p. 236-237.

¹³⁵ BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. 4. ed. Editora UnB. 1999. p. 205

outorgar-lhes a legitimidade extraordinária, pois eles possuem interesse em defender os direitos dos substituídos.¹³⁶

A citada opção do legislador brasileiro foi subsidiada na doutrina do Chiovenda¹³⁷ que defende o seguinte:

O fato, porém, de ser o substituto processual autorizado por lei a comparecer em juízo pelo direito alheio, decorre de uma relação em que aquele se encontra com o sujeito dele. Esta relação, em que ele se encontra com o titular, constitui o interesse como condição da substituição processual, apresentado, pois, como coisa bem diferente do interesse como condição da ação que se faz valer.¹³⁸

Então, como amplamente debatido no primeiro capítulo, ao relatar os fundamentos utilizados nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, a causa especial que levou o constituinte originário a outorgar legitimidade aos sindicatos para defender em nome próprio direito alheio, prevista no art. 8º, inciso III, foi à busca de acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional, já que os empregados, na condição de hipossuficientes, encontrariam dificuldades para ingressar com suas demandas no Poder Judiciário.

Por fim, é imperioso ressaltar que a abertura de legitimados foi realizada, sem a exclusão da legitimidade do cidadão para fins correlatos, de acordo com o estatuído no artigo 5º, inciso LXXII, da Constituição Federal de 1988.

Daí decorre a indagação: a que título os entes coletivos, legitimados pela Carta Política, atuam dentro da relação processual? Para responder a essa pergunta, é imprescindível analisar as espécies de legitimidade previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

¹³⁶ ARRUDA ALVIM, em Substituição Processual – Doutrinas Essenciais de Processo Civil. v. 3, p. 435/out/2011DTR\2012\1707. **Revistas dos Tribunais**, RT 426/20. Abr/1971

¹³⁷ Nesse mesmo sentido argui Carnelutti ao tratar do tema: *“La substitucion se funda, pues, en la conexión de los intereses, y de reflejo, en la conexión de las relaciones jurídicas (infra, n. 15), y en orden al grado de esta se puede distinguir en dos especies, que propongo se llamen absoluta o relativa serum que la tutela del interes del sustituto agote p np totalmente la del interes del sustituido.”* CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones Del Processo Civil*. Traducción de La Quinta Edicion italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1975. p. 177

¹³⁸ Op. cit. p. 253.

5.1.2.2 DA LEGITIMIDADE ATIVA NO DIREITO COMPARADO

Diferentemente do sistema adotado no ordenamento jurídico brasileiro, países como a Alemanha, Itália, Suíça, França e Japão conferem a titularidade da demanda coletiva a pessoa física e/ou a entes privados, com exclusividade.

Na Alemanha, a partir da edição da Lei 21.07.1973, as associações adquiriam legitimidade ativa para propositura de ações relacionadas ao direito do consumidor, como por exemplo, propaganda enganosa.

Na França, a Lei Royer, de 27.12.73 atribui a legitimidade ativa às associações de consumidores para interpor demandas coletivas tanto na seara criminal como na civil.

Já no Japão, as associações de consumidores submetem-se à aprovação prévia do Primeiro Ministro.

Após a ampliação do poder discricionário do juiz estabelecido pelo artigo 23 da Federal Rules of Civil Procedure de 1966, o magistrado tornou-se o grande protagonista nas *class actions*, já que possui um relevante poder decisivo na análise da representação adequada.

De acordo com Ada Pellegrini Grinover, a legitimidade privada, que é influenciada pelo modelo das *class actions* norte-americana, possui como supedâneo o receio de que abertura do sistema de legitimação possa ocasionar abusos.¹³⁹

Ocorre que a ilustre doutrinadora defende que o modelo misto, inclusive foi o adotado pelo Brasil, é a tendência e o que mais bem atende aos anseios do mais amplo acesso à justiça e ao princípio da universalidade da jurisdição. Além disso, possui meios possíveis de coibir eventuais abusos, com o controle por órgãos públicos e aplicação de multas significantes a título de litigância de má-fé, como as previstas no Código Modelo de Processo Coletivo para Ibero-America.¹⁴⁰

¹³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini, Kazou Watanabe e Linda Mullenix, in: *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 237

¹⁴⁰ Op.cit. p. 237-238.

Nesse mesmo sentido, preleciona Mauro Cappelletti, para quem a concentração da legitimação ativa apenas em um ente fragilizada e diminui a efetividade da tutela dos direitos metaindividuais.

5.1.2.3 CLASSIFICAÇÃO DE LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA

Após a definição de quem possui legitimidade, é interessante verificar as formas em que ela se desenvolve.

José Carlos Barbosa Moreira¹⁴¹, de forma bastante didática, apresenta a seguinte classificação:

1. Autônoma: ocorre a legitimação autônoma quando o legitimado atua com total independência em relação da parte que originalmente seria a legitimada, e em posição análoga a que esta ocuparia. Subdivide-se em: 1. exclusiva: exclui da posição de parte principal aquele que seria o legitimado ordinário, sendo a presença deste último irrelevante e insuficiente para a instauração da ação. 2. Concorrente: não afasta a possibilidade da legitimação ordinária do titular da relação jurídica litigiosa; tão somente concorre com ele. Subdivide-se em: 1. Primária: que tem lugar quando qualquer dos legitimados extraordinários pode agir independente da ação do outro. 2. Subsidiária: dá-se quando o legitimado extraordinário só pode agir na omissão do legitimado ordinário, deixando, porém, subsistir íntegra a legitimidade desse último. 3. Subordinada: é a dependente da atuação do legitimado ordinário: o legitimado só pode agir se este último o fizer. Mas, nesse tipo, o legitimado extraordinário não tem a titularidade do direito de ação, pelo que só pode assumir posição acessória junto ao legitimado ordinário.

Em relação à legitimidade ativa para interposição de demandas coletivas na defesa de direitos individuais homogêneos, com base nos preceitos contidos no art. 91 do Código de Defesa do Consumidor, os operadores do direito afirmam que se trata de legitimidade extraordinária autônoma concorrente.

Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso defende que se trata de legitimação extraordinária, uma vez que os legitimados do art. 82, atuarão em nome

¹⁴¹ MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. Artigos publicados na Revistas dos Tribunais 404/9.

próprio, defendendo direito alheio, de acordo com o artigo 6 do Código de Processo Civil.¹⁴²

Na mesma esteira, a processualista Ada Pellegrini Grinover, ao afirmar que “*se trata inquestionavelmente de legitimação extraordinária, a título de substituição processual*”, uma vez que esta expressa na disposição legal do art. 91 que as pessoas poderão litigar “*em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores*”. (grifos nossos)¹⁴³

Partindo das premissas traçadas, verifica-se que parte da doutrina conclui que a legitimidade para agir conferida aos sindicatos, na forma de substituição processual, é uma modalidade de legitimidade extraordinária concorrente.

Acontece que a legitimação autônoma concorrente atribuída aos sindicatos e aos seus representados pode apresentar tensão entre os poderes atribuídos aos entes coletivos, na condição de substituto processual e o titular da relação jurídica material controvertida que irá receber os efeitos da sentença em seu patrimônio.

Para entender melhor essa problemática, faz-se necessário o deslinde do instituto da substituição processual, em todas as suas nuances.

5.2 Substituição Processual

5.2.1 Conceito

Em sentido etimológico, entende-se por substituir ocupar o lugar de; ir para o lugar de; tomar o lugar de; agir em lugar de; transferir suas funções para outrem; apresentar uma pessoa no seu lugar.¹⁴⁴

¹⁴² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Comentários ao código de proteção e defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, p. 280.

¹⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código brasileiro de defesa do consumidor** – comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 541

¹⁴⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**: o dicionário de língua portuguesa. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010. p. 715.

Em sentido processual, existem hipóteses em que alguém é legalmente autorizado a comparecer em juízo no escopo de desenvolver uma atividade para outrem e não para si.

Giuseppe Chiovenda foi o processualista responsável por difundir, analisar e introduzir no nosso ordenamento jurídico o referido fenômeno, denominando-o de substituição processual.

Verifica-se que a nomenclatura adotada por Chiovenda é diferente da utilizada pelo alemão Kohler¹⁴⁵ que utiliza a expressão estado processual de terceiro.¹⁴⁶ Em virtude disso, talvez, existe uma celeuma em torno do nome adotado por Chiovenda.

De acordo com Pontes de Miranda, a denominação é imprópria, dado que nesses casos não acontece verdadeiramente uma substituição. Para ele, a partir do momento em que o direito processual civil deixou de adotar o conceito dual de parte (parte processual e parte substancial) e passou a adotar o entendimento que a relação jurídica é publicística, a distinção entre as duas partes passou a ser de menor importância.

Entretanto, apesar de não existir uma substituição na relação jurídica material, Arruda Alvim acompanha o pensamento de Chiovenda e defende que a denominação é adequada, pois, embora tão somente no plano do processo, ocorre efetivamente uma substituição de atividade na seara processual.¹⁴⁷

Para o processualista desbravador do instituto, Giuseppe Chiovenda, a substituição processual é delineada na seguinte situação, *in verbis*;

As posições fundamentais e secundárias acima examinadas assume-as normalmente a própria pessoa que se afirma titular da relação deduzida em

¹⁴⁵ De acordo com ARRUDA ALVIM, em Substituição Processual – Doutrinas Essenciais de Processo Civil. Vol. 3, p. 435/out/2011DTR\2012\1707 Revistas dos Tribunais – RT 426/20. Abr/1971, “deve-se a Kohler, embora baseado em trabalho de direito material, sobre o usufruto (“Die Dispositionesbrauc”), digamos assim, a denúncia da existência do fenômeno”, ou seja, da substituição processual. (ARRUDA ALVIM, 2012,p.46)

¹⁴⁶ CAMPOS JÚNIOR, Efraim de. **Substituição processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 16.

¹⁴⁷ ARRUDA ALVIM, em Substituição processual: doutrinas essenciais de processo civil. Vol. 3, p. 435/out/2011DTR\2012\1707 **Revistas dos Tribunais**, RT 426/20. Abr/1971.

juízo. Mas excepcionalmente assume-se pessoa que não se afirma e apresenta como sujeito da relação substancial em juízo. Como no direito substancial casos se verificam em que se admite alguém a exercer no próprio nome direito alheios, assim também outro pode ingressar em juízo no próprio nome (isto é, como parte) por um direito alheio.¹⁴⁸

Para Carnelutti ocorre substituição processual *“cuando la acción en el proceso de una persona distinta de la parte se debe, no a la iniciativa de esta, sino al estímulo de un interés conexo con el interés inmediatamente comprometido en la litis o en el negocio.”*¹⁴⁹

Já para Thereza Arruda Alvim, “existe substituição processual quando alguém pleiteia ou defende em juízo, em nome próprio, afirmação de direito alheio, em (substituição) lugar de quem seria legitimado ordinário.”¹⁵⁰

Por sua vez, Pontes de Miranda, mesmo não concordando com a nomenclatura, afirma que “se tem dado o nome de sub-rogação processual ou de substituição processual às espécies em que se atribui a alguém, que não é o sujeito da relação jurídica deduzida em juízo, o ser parte.”¹⁵¹

Arruda Alvim define como o fenômeno que *“consiste em atribuir-se a alguém a titularidade do direito de agir, anormalmente, ou anormalmente.”*¹⁵² (original sem destaque)

José Carlos Babosa Moreira entende que

denomina-se legitimação a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, tal como resulta da postulação formulada perante o órgão judicial e a situação legitimante prevista na lei perante a posição processual que a essa pessoa se atribui, ou que ela mesma pretende assumir, [...] sendo “situação legitimante” determinadas situações subjetivas, previstas em lei.¹⁵³

¹⁴⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**: a relação processual ordinária de cognição: as relações processuais. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 252.

¹⁴⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Traducción de La Quinta Edición italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América., 1975. p. 176.

¹⁵⁰ ALVIM, Thereza. **O direito processual de estar em juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996 –p. 101 (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tulio Liebman; v. 34)

¹⁵¹ MIRANDA, Pontes de. **Comentário ao Código de Processo Civil**, t. I, Editora Forense, 1974.

¹⁵² ARRUDA ALVIM, em Substituição Processual – Doutrinas Essenciais de Processo Civil. v. 3, p. 435/out/2011DTR\2012\1707 **Revistas dos Tribunais**, RT 426/20. Abr/1971

¹⁵³ *Op. cit.* 27

Após analisar criticamente diversos conceitos do instituto em debate, Ephraim de Campos Júnior, na sua dissertação de mestrado, conclui que não é suficiente apenas para configurar a substituição processual atribuir a alguém a legitimidade para, em nome próprio, postular em juízo direito alheio. É imprescindível sempre a presença simultânea de dois requisitos:

1. A lei atribuir a alguém direito de ação de forma a que esse possa agir, em nome próprio, para tutelar direito material alheio.
2. O titular daquele direito material estiver ausente naquela ação como parte principal.¹⁵⁴

Nesse entendimento, o referido autor propõe um novo conceito, enfatizando que “ocorre substituição processual quando a lei atribui a alguém legitimação para pleitear, como autor ou réu, em nome próprio, direito (pretensão) alheio, com autonomia e exclusividade; inexistindo esta autonomia e exclusividade, será sempre requisito a ausência na ação do(s) outro(s) legitimados(s).”¹⁵⁵

Analisando os conceitos de substituição processual, constata-se que o requisito essencial para sua configuração é a efetiva substituição do protagonista da defesa do direito material em juízo.

Como já salientado no item anterior, de acordo com o ordenamento jurídico nacional, a legitimidade extraordinária conferida aos sindicatos pode ser classificada como autônoma concorrente, haja vista que a atribuição da legitimidade as entidades de classe não excluiu a legitimidade ordinária dos substituídos – titular da relação jurídica material controvertida, mas tão-somente concorre com ela.

Para o processualista José Carlos Barbosa Moreira, na citada hipótese, não acontece a substituição processual, porque para configurar tal fenômeno, deveria retirar o legitimado ordinário e colocar o legitimado extraordinário, logo a denominação substituto processual apenas se caracterizaria nas situações de legitimidade extraordinária exclusiva e autônoma.¹⁵⁶

¹⁵⁴ CAMPOS JÚNIOR, Efraim de. **Substituição processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 20.

¹⁵⁵ Op. cit. p. 24

¹⁵⁶ Op. cit. p. 29

E arremata em seguida o autor que só ocorre substituição processual no caso em que o legitimado extraordinário possa atuar em juízo com total independência em relação a pessoa que ordinariamente seria a legitimada (autonomia), ficando esta última, a legitimada ordinária, impedida de assumir posição de parte principal.

Ephraim de Campos Júnior afirma que

é óbvio que nos casos de legitimidade concorrente, por não impedir esta que o titular da relação jurídica litigiosa assumira posição de parte (principal) no processo, não se pode falar em substituição processual, se ambos (legitimado ordinário e o extraordinário) figurarem, em posições equivalentes, no processo. Se ambos, conjuntamente (isto é, em litisconsórcio) exercitaram a ação, não se pode falar em substituição processual, o que é evidente.¹⁵⁷

Entretanto, afirma que pode-se chegar a uma conclusão diversa, na legitimação concorrente, nas hipóteses em que várias pessoas são legitimadas, com autonomia, a impugnação de um objeto indivisível, apenas uma comparece em juízo para efetuar a defesa. Nesta situação, pode-se falar em substituição processual.¹⁵⁸

Trazendo a presente discussão para a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, é interessante investigar se há possibilidade de atuação do substituto processual na fase de cumprimento de sentença, já que o substituído que seria o titular do direito material teria que ser excluído de participação processual. Tal análise será efetuada no capítulo seguinte.

5.2.2 Natureza jurídica

Pelo que foi explanado até agora, a substituição processual é considerada uma das espécies de legitimidade extraordinária, logo estaria relacionada a capacidade de agir em juízo.

¹⁵⁷ *Op. cit.* p. 21

¹⁵⁸ Nesse sentido é o entendimento de Antônio Carlos de Araújo Cintra, em Estudos sobre a substituição processual no Direito Brasileiro, artigo publicado na Revista dos Tribunais 438/23-35 e Donaldo Armelin, em Legitimidade para agir no Direito Processual Brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, p. 132/133

Ao aceitar tal assertiva, a doutrina¹⁵⁹ classifica sua natureza jurídica como condição da ação, já que diz respeito a possibilidade de provocar a jurisdição na condição de parte.

Para Arruda Alvim, é um instituto de índole eminentemente formal, sendo instituto processual por excelência.¹⁶⁰

5.2.3 Substituição processual no ordenamento jurídico brasileiro

A legitimidade extraordinária está prevista no artigo 6º do Código de Processo Civil de 1973 e norma de igual teor do citado artigo foi reproduzida no artigo 17 do Projeto do Novo Código de Processo Civil.

Durante muito tempo, a única hipótese legal que autorizava o ente coletivo atuar como substituto processual dos seus associados restringia-se ao artigo 195, §2º da Consolidação das Leis do Trabalho, referente a possibilidade de reclamar em juízo adicional de insalubridade e de periculosidade.¹⁶¹

Através da publicação da Lei 7.238/84, as possibilidades de substituição processual foram ampliadas para situações de correção automática dos salários, mas ainda as inovações legislativas aconteceram de forma tímida.

A substituição processual, por ser considerada uma forma excepcional de legitimidade de agir, sempre foi tratada com restrições até a promulgação da Carta Política de 1988.

A partir dos preceitos constitucionais, direcionados para promoção de uma tutela jurisdicional efetiva e do acesso à justiça de forma ampla, foi significativo o aumento das possibilidades legais de substituição processual, especialmente nas normas legais pertinentes a tutela coletiva.

¹⁵⁹ Cf Celso Neves “quando se examina o problema da legitimatio ad causam percebe-se, logo, a sua circunvinzinhça imediata com o interesse de agir, ambos colocados das condições da ação, como requisitos do exame do meritum causae.” (NEVES, Celso. Legitimação processual e a nova Constituição. **RePro**, 56/50, São Paulo, 1989)

¹⁶⁰ Cf. *op cit.* p. 55

¹⁶¹ *Op. cit.* p. 16

A Carta Política de 1988 previu em seu artigo 5º, inciso XXI a possibilidade de substituição processual pelas associações em nome dos seus filiados, *in verbis*:

“Art. 5

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, tem legitimidade para representar seus filiados, judicial ou extrajudicialmente.”

Merece destaque os preceitos contidos no artigo 8º, III da Constituição Federal de 1988, acerca do qual gira o debate em torno da polêmica substituição processual conferida aos sindicatos.

A interpretação do mencionado dispositivo legal deu margem a um elevado número de indagações que incluíram até no seu texto a expressão substituição processual.

De acordo com Aroldo Plínio Gonçalves:¹⁶²

a história da substituição processual no texto do artigo 8º, e das polêmicas que em torno dela se formaram remontam aos trabalhos preparatórios da instalação da Assembleia Nacional Constituinte.

A expressão substituição havia figurado no projeto originário Afonso Arinos. Foi mantida nos projetos relatados por Bernardo Cabral, mas foi suprimida no primeiro turno de votação, quando o texto foi levado ao Plenário da Assembleia Constituinte. O texto originário era assim redigido: “À entidade sindical cabe a defesa dos direitos e interesses da categoria, individuais ou coletivos, inclusive como substituto processual, em questões judiciais ou administrativa.” Nas discussões dos projetos, prevaleceu o entendimento de que o inciso III, do art. 8, simplesmente repetia o texto do art. 5, XXI, pelo que seria mais adequada a supressão da expressão substituição processual.

Da leitura da explanação histórica da origem do artigo, percebe-se que a supressão realizada pelo legislador constituinte pode ser uma das causas de inúmeras celeumas em torno da interpretação do artigo, posto que são significativas as diferenças entre o artigo 8º, III e o artigo 5º, inciso XXI da Constituição Federal.

Já sob a égide da Carta Política de 1988, foi promulgada a Lei 7.788/1989 que estabelecia no seu artigo 8º o seguinte texto: “Nos termos do inciso III do artigo 8º da Constituição Federal, as entidades sindicais poderão atuar como substitutos

¹⁶² GONÇALVES, Aroldo Plínio. Sindicato e substituição processual. **Revista de Direito do Trabalho**. v. 126, p.11, abr./2007.

processuais da categoria, não tendo eficácia a desistência, a renúncia e a transação individuais.”¹⁶³

O mencionado artigo ampliou de forma significativa a atuação dos sindicatos, haja vista que não restringia a defesa aos seus associados e a determinadas demandas previamente estabelecidas. Todavia, o referido preceito legal sofreu duras críticas por mitigar o direito de transacionar, desistir ou renunciar dos substituídos que são os verdadeiros titulares do direito material.

Posteriormente, a Lei 8.073/90 suprimiu a negativa de eficácia a desistência, a renúncia e a transação individuais que era um nítido entrave a adoção de meios alternativos de resolução de conflito, com a revogação da Lei 7.788/89.

Com a edição da referida lei, os operadores do direito firmaram o entendimento de que no campo do direito do trabalho a aplicação do artigo 6º do Código de Processo Civil Brasileiro seria utilizada de forma subsidiária. Além disso, restou consolidado que o trabalhador poderia desistir, transigir e conciliar independente da concordância do sindicato.¹⁶⁴

Ato contínuo, foi publicado o Código de Defesa do Consumidor que adota, no seu artigo 82, a mesma sistemática de outorgar aos entes coletivos a possibilidade de defender em nome próprio, direitos individuais homogêneos de outrem.

Pode-se observar que a tensão entre os poderes exercidos pelos substitutos processuais e pelos substituídos foi discutida durante toda evolução legislativa. Este ponto é fulcral e objeto do presente trabalho, a partir do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 210.029/RS.

5.2.4 Características da substituição processual e seus limites

¹⁶³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7788.htm>. Acesso em: 20 dez. 2013.

¹⁶⁴ Op. cit. p. 12

De acordo com as lições de Carnelluti já citadas, o substituto processual detém de um interesse próprio relacionado e/ou conexo com o interesse do substituído. Tal situação legitima a alteração de partes no processo.

Em virtude disso, pode-se afirmar que o substituto, ao atuar no processo, exercita um direito de ação próprio¹⁶⁵, logo é considerado parte principal da demanda e alcançado por todas as consequências disso.

Entretanto, como afirma Giuseppe Chiovenda:

dizer que o substituto processual é parte, não implica dizer que ele possa realizar todas as atividades de parte. Pode haver atividades de parte a que a lei somente atribua importância desde que emanem daquele que é titular da relação substancial (juramento, confissão, renúncia aos atos, renúncia a ação, reconhecimento da ação), ou daquele que é representante ou órgão do titular. Semelhantes atividades não as poderia exercer o substituto; a atividade dele é, pois, circunscrita por sua própria condição.¹⁶⁶

Na verdade, na substituição processual ocorre uma separação de funções, entre o sujeito dos atos jurídicos processuais compreendidos no exercício do poder de ação e o sujeito dos efeitos jurídicos dos mesmos.¹⁶⁷

Por isso, é correto concluir que, afirmar que o substituto é parte não significa que ele seja o detentor do direito material do substituído, haja vista que este conserva inalterada sua posição de titular de direito.

Além do mais, impende ressaltar que a citada separação de sujeitos, ou melhor, a modificação de partes no plano processual, não afasta o substituído da

¹⁶⁵ Nesse sentido, Efraim de Campos Filho, em *Substituição processual*, ao afirmar que “não é correto que o substituto exerça uma atividade do substituídos, pois ele exerce, no processo, uma atividade própria, embora os efeitos de tal atividade incidam diretamente sobre a esfera jurídica do substituído. Nem todos, porém se produzem em relação ao substituído, como p. ex., a responsabilidade pelas despesas processuais no caso de sucumbência. (CAMPOS FILHO, 1985, p. 26-27).

¹⁶⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual civil*, Vol. II – A relação processual ordinária de cognição – as relações processuais. Edição Saraiva: São Paulo, 1965. p. 254

¹⁶⁷ CAMPOS JÚNIOR, Efraim de. **Substituição Processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 26

relação processual, já que ele ainda permanece sujeito aos poderes do órgão jurisdicional, especificamente, a sujeição à coisa julgada¹⁶⁸.

Agora, em relação a sujeição à coisa julgada, o processualista Ephraim de Campo Júnior faz a seguinte distinção:

nos casos de substituição processual decorrentes de legitimação extraordinária autônoma e exclusiva, os efeitos incidem preponderantemente na esfera jurídica do substituído, pois é este o titular da relação material objeto do litígio; mas sobre o substituto também recaem efeitos da sentença, como, p. ex., a responsabilidade pelo pagamento das despesas processuais em caso de sucumbência. Nos outros casos de substituição processual, oriundos de legitimação concorrente, em que um dos legitimados esteve ausente do processo, o substituto processual, ao contrário, também ficara sujeito aos efeitos da coisa julgada incidentes sobre a relação material objeto do litígio, pois também e dela titular.¹⁶⁹

Nesse diapasão, por todas as razões expostas, verifica-se que o substituto processual exerce um direito próprio de ação e não alheio, logo defende em nome próprio o direito alheio, sem significar a apropriação do direito material, ou seja, pratica todos os atos referentes à gestão processual.

5.2.5 O substituto processual e o poder de disposição

Pelo que foi explanado até o presente momento, o substituto processual tem a função de gerir os atos processuais em prol da defesa dos direitos dos substituídos. Todavia, apesar da citada incumbência, o substituto não pode praticar todos os atos que seriam permitidos aos substituídos.

De acordo com Arruda Alvim, embora o substituto possa exercer a atividade processual de forma ampla, existem direitos que são próprios do substituídos, ou

¹⁶⁸ O microsistema brasileiro de processo coletivo adotou nas ações coletivas a coisa julgada *secundum eventum litis*, pois de acordo o art. 103, III do Código de Processo Civil apenas as sentenças de procedência que atingiram os substituídos.

¹⁶⁹ Cf. Campos Júnior. *Op. cit.* p. 28/29

seja, aqueles que resultam na disposição do direito, como por exemplo, o reconhecimento do pedido, a transação e até a confissão.¹⁷⁰

Nesse mesmo sentido é o entendimento do Teori Zavascki ao afirmar que

a substituição processual é de natureza adjetiva típica e ali se esgota. Quem defende em juízo, em nome próprio, direito de outrem não substitui o titular na relação de direito material, mas sim, e apenas, na relação processual, onde ocupa a posição que, normalmente, seria ocupada pelo substituído. Como consequência, não pode o substituto praticar ato algum que, direta ou indiretamente, importe disposição do direito material, que não lhe pertence.¹⁷¹

Em sentido contrário, é a posição minoritária de Garbagnati ao defender que o substituto pode praticar todos os atos processuais de disposição do direito, como exceção da confissão, haja vista que repercutirá apenas na esfera jurídica processual.¹⁷²

É forçoso concluir que está correta a doutrina majoritária, visto que a transação, como preleciona Pontes de Miranda “é um negócio jurídico bilateral, em que duas pessoas ou mais pessoas acordam em concessões recíprocas, com o propósito de pôr termo à controvérsia sobre determinada ou determinadas relações jurídicas, seu conteúdo, extensão, validade ou eficácia”.¹⁷³

Por tais razões, constata-se que o ato de transação tem conteúdo de direito material e a homologação é a apenas o efeito processual que põe termo ao processo, logo não é permitida a prática do citado ato de disposição de direito por parte do substituto.

Tal conclusão é de grande relevo para análise da efetividade da prestação jurisdicional proporcionada pela a ampliação da aplicabilidade da substituição processual na fase de execução do título judicial, pois ela configura um empecilho na utilização dos meios de resolução alternativa de litígio.

¹⁷⁰ ARRUDA ALVIM. **Código de Processo Civil Comentado**, v. I. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 1975. p. 429-430

¹⁷¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela coletiva de Direitos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 159

¹⁷² GARBAGNATTI, Edoardo, **La Sostituzione Processuale**, Milao, Dott. A Giuffrè, 1942. p 239-240

¹⁷³ PONTES DE MIRANDA, **Tradado de Direito Privado**, v. 25, 1975. p.

5.2.6 Diferenciação entre a substituição e representação processual

Com certa frequência, a substituição processual, tanto na jurisprudência como na doutrina, é confundida como a representação. Em razão disso,

não se pode relegar para segundo plano as semelhanças profundas, denotadoras de origem e finalidade comuns, entre os institutos da legitimação extraordinária e o da representação, até mesmo o da representação, enquanto suprimento de capacidade (integração em grau máximo)¹⁷⁴

Os dois institutos apresentam como ponto convergente o fato de que ambos dizem respeito ao interesse de agir, posto que sempre atuam na defesa de direito alheio e nunca são considerados titulares da relação jurídica de direito material controvertida.¹⁷⁵

Não resta dúvida de que o instituto da representação é a figura processual que mais se assemelha com a substituição. Todavia, existem aspectos fundamentais de distinção entre os institutos citados, os quais permitem distingui-los quando bem avaliados.¹⁷⁶

É recorrente a afirmativa que, o que diferencia a substituição da representação processual é a possibilidade de o substituto agir independente da autorização do substituído, podendo, inclusive, atuar contra a vontade ou o interesse do mesmo. Já o representante, mesmo que inicialmente, necessita de autorização do representado ou da lei.

¹⁷⁴ Cf. Tereza Arruda Alvim *Op. cit.* p. 93.

¹⁷⁵ Nesse ponto, os dois institutos são tão semelhantes que a processualista Thereza Arruda Alvim, na sua obra *O Direito Processual de Estar em Juízo*, sugere classificar o atuar no processo por legitimação ordinária, extraordinária e por representação, defendendo a conveniência de utilizar a nomenclatura legitimação extraordinária (processual) abrangendo os institutos da substituição e representação. (ALVIM, 1996, p. 93)

¹⁷⁶ THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. **A Legitimação ativa nas ações coletivas:** um contributo para o estudo da substituição processual. Tese (doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, UFMG, 2003.

De acordo com Epharim de Campos Júnior, embora o citado preceito seja verídico, ele não “é suficiente para distinguir a substituição processual da representação, pois também na representação legal, ao agir processualmente em nome do representado, não está vinculado à vontade deste último”.¹⁷⁷

Mais adiante, o referido processualista complementa que a iniciativa exclusiva também não constitui uma peculiaridade capaz de diferenciar os dois institutos, posto que há casos em que o substituto processual age, não por iniciativa própria e sim por obrigação legal.¹⁷⁸

Diferentemente das hipóteses de autorização do substituído e da iniciativa exclusiva, a motivação do legislador é um ponto relevante para diferenciar os citados institutos, já que para autorizar a representação, o legislador leva em consideração o interesse do representado na atividade do representante ou que normalmente seja útil a atividade deste último, em decorrência de seu estado presumido de incapacidade.

Em contraposição, na substituição processual, o legislador não visa à proteção dos hipossuficientes e dispensa a existência de um interesse do sujeito da relação jurídica litigiosa para substituí-lo por outro, no campo processual. Sendo assim, constata-se que o foco do legislador é o interesse do substituto na proteção da tutela jurisdicional que será avaliado para fins de atribuição da legitimidade extraordinária.

Enquanto a representação, ou está vinculada ao direito material, como uma forma de suprir a incapacidade civil, ou está relacionada à questão processual, no que se refere à capacidade postulatória das partes.¹⁷⁹

Apesar de a doutrina não distinguir habitualmente a representação da apresentação, a primeira é utilizada em relação às pessoas físicas, a segunda é equivalente a representação de pessoas jurídicas.

¹⁷⁷ CAMPOS JÚNIOR, Efraim de. **Substituição processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 37.

¹⁷⁸ O autor cita a hipótese da defesa do marido em prol dos bens da esposa. Op. cit. p. 37.

¹⁷⁹ Conforme Thereza Arruda Alvim - Op. cit. p.175

Outro ponto de distinção é que, enquanto o substituto processual atua, em juízo, em nome próprio, defendendo direito alheio, o representante age processualmente em nome alheio e no interesse alheio.

No campo processual, a mencionada diferenciação implica em várias consequências, pois o representante não é considerado parte e sim o representado. Em virtude disso, o representante pode praticar todos os atos de disposição de direito, quando autorizado pelo representado, como por exemplo, a confissão, transação e reconhecimento do pedido.

Além do mais, o representante não é atingido pelos os efeitos da coisa julgada formada no processo judicial que atua, tratamento diferente do substituto processual que, por ser considerado parte, é atingido pela coisa julgada formal, restando impedido de propor nova ação nos mesmos moldes.

Alargando os pontos divergentes entre a representação e a substituição processual, acrescenta-se que, ao passo que este último é instituto de índole formal, com o objetivo de viabilizar o acesso à justiça, não coincide com o da representação, que é postular o direito do representado.

Nesse diapasão, conclui-se que as distinções entre a substituição processual e a representação por incidir significativamente na efetividade da prestação jurisdicional, devem ser levadas em consideração no momento da adoção dos referidos institutos na fase de execução de sentença judicial de direitos individuais homogêneos.

6 ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 210.029/RS E O CONFRONTO DAS PREMISSAS CONTIDAS NO ACÓRDÃO COM OS CASOS CONCRETOS

6.1 O problema

O problema que é posto no presente trabalho deixou de ser debatido no Poder Judiciário com foco nas peculiaridades de cada situação fática.¹⁸⁰

Como no julgamento do RE nº 210.029/RS, constata-se que a questão também passou a ser entendida como pacífica no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*;

Processual civil. Embargos de divergência em recurso especial. Dissonância entre entendimentos recentemente manifestados no âmbito da Corte Especial. Legitimidade do sindicato para atuar em juízo na defesa de direitos individuais homogêneos. Reconhecimento, pelo STF, da atuação do sindicato como substituto processual dos trabalhadores, tanto durante o processo de conhecimento, como na fase de liquidação ou cumprimento de sentença. Acolhimento de tal entendimento também no âmbito do STJ.

- A jurisprudência da Corte Especial do STJ tem se apresentado inconstante quanto à qualificação jurídica da atuação do sindicato na fase de cumprimento de sentença proferida em ação coletiva. Há precedentes, tanto no sentido de considerar que nessas hipóteses o sindicato atua como substituto processual dos trabalhadores (EREsp 1.082.891/RN; AgRg no EREsp 1.077.723/RS), como no sentido de qualificar tal atuação como mera representação (EREsp 847.319/RS; EREsp 901.627/RS).

- O STF firmou seu entendimento no sentido de que, tanto na fase de conhecimento, como na de liquidação ou de cumprimento da sentença proferida em ações em que se discutam direitos individuais homogêneos, a atuação do sindicato se dá na qualidade de substituto processual, sem necessidade de prévia autorização dos trabalhadores (RE 193.503/SP; RE 193.579/SP; RE 208.983/SC; RE 210.029/RS; RE 211.874/RS; RE 213.111/SP - Informativo de Jurisprudência/STF nº 431). Em que pesem os robustos argumentos de ordem técnico processual manifestado pelos Ministros que proferiram voto-vencido naquela oportunidade, prevaleceu a ideia de máxima ampliação da garantia constitucional à defesa coletiva dos direitos e interesses dos trabalhadores em juízo.

- Pacificada a questão no Supremo Tribunal Federal, é importante que, por um critério de coerência, respeitando-se o ideal de uniformização da jurisprudência nacional, que o STJ pacifique também sua jurisprudência, no mesmo sentido.

Embargos de divergência conhecidos e providos.

¹⁸⁰ A análise da adequação (legalidade, compatibilidade, eficácia) do instituto da substituição processual na fase de execução do processo coletivo que envolve direitos individuais homogêneos - em decorrência da pacificação do entendimento pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 210.029/RS.

(EREsp 760.840/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/11/2009, DJe 14/12/2009)¹⁸¹ (**Grifos nossos**)

Na verdade, o que se percebe é que quando o jurisdicionado se insurge contra aplicação do referido entendimento, o precedente é aplicado automaticamente e de forma generalizada, sem levar em consideração as peculiaridades do caso concreto, como sugerido no voto do relator, e sem a verificação se essa solução é, realmente, a melhor alternativa na busca da efetividade da prestação jurisdicional.

A razão de decidir em favor da adoção da substituição processual na fase de execução de título judicial que assegura direitos individuais homogêneos foi proporcionar maior acesso à justiça e efetividade na tutela jurisdicional. Entretanto, constata-se a morosidade e o tumulto processual na citada fase, o que, por via de consequência, repercute negativamente na consecução concreta e efetiva do direito declarado.

Em realidade, hodiernamente, o trânsito em julgado de um título coletivo de direito individuais homogêneos impacta até na prestação jurisdicional dos demais processos que tramitam no mesmo juízo, haja vista que a ação será desmembrada em centenas de execuções que passarão a tramitar no acervo da vara que processou a ação de conhecimento¹⁸².

Tendo em vista que a adoção da legitimidade na forma de substituição processual foi adotada como solução hábil capaz de resolver a demora na prestação jurisdicional, qual é o problema, portanto, que causa falta de efetividade?

¹⁸¹ STJ, Corte Especial, EREsp 760.840/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/11/2009, DJe 14/12/2009.

¹⁸² Em análise da situação, Sérgio Cruz Arenhart afirma que “No Brasil, de todo modo, o tratamento dado às ações coletivas que visam à tutela de direitos individuais, influenciada talvez por essa orientação norte-americana, repercute de modo francamente negativo para finalidade de reduzir o volume de demandas seriais. De fato, impondo-se a execução individual (ao menos como regra geral), o efeito vantajoso da aglutinação de demandas que foi operado na fase de conhecimento, é sacrificado na fase de efetivação, na medida em que, a partir desse momento, a avalanche de causas individuais tende a reaparecer. E acrescenta ainda, “especialmente em se tratando de caso que possa envolver parte significativa da sociedade brasileira, é normal que o Judiciário fique abarrotado com execuções derivadas da ação de conhecimento, gerando intermináveis custos, trabalho e tempo judiciais, que oneram outras ações em trâmite. (ARENHART. Sérgio Cruz. **A Tutela Coletiva de Interesses Individuais**: Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 73)

Para o enfrentamento do questionamento, é forçoso lembrar o entendimento sedimentado tanto na doutrina quanto na jurisprudência de que os direitos individuais homogêneos não se caracterizam de fato como “direitos coletivos”. Na verdade, configuram direitos individuais de massa e, por opção legislativa, são tutelados coletivamente¹⁸³.

Tais direitos receberam do Código de Defesa do Consumidor um instrumento de proteção próprio para sua tutela que são as chamadas ações civis coletivas, regulado a partir do art. 91 e seguintes do citado estatuto, haja vista que a Lei de Ação civil pública abarca a tutela apenas dos direitos difusos e coletivos¹⁸⁴.

Analisando o tratamento diferenciado proposto pelo Código de Defesa do Consumidor aos direitos individuais homogêneos, preleciona Sérgio Cruz Arenhart:

A ação civil coletiva é vista como substancialmente diferente da ação civil pública, importando limitações próprias e, em especial, um caminho específico de proteção: a sentença condenatória genérica com posterior execução (individual ou coletiva). O esquema procedimental traçado pelo Código de Defesa do Consumidor aponta para uma estrutura claramente desenhada para a atuação a posteriori, de forma a ressarcir um dano já causado ao consumidor¹⁸⁵

Nesse mesmo sentido, argumenta o Teori Albino Zavascki que

o título III desse código (Código de Defesa do Consumidor), que trata ‘da defesa do consumidor em juízo’, estabelece distinções importantes entre a configuração processual da defesa dos direitos coletivos e difusos dos consumidores e da defesa dos seus direitos individuais. Para esse último caso, há regras específicas, em capítulo próprio. Os entes legitimados, elencados no art. 82, embora comuns, têm, quando em defesa de direitos individuais, limitações maiores que quando demandam por direitos coletivo e difuso. Em suma, os regimes são diferentes e suas diferenças merecem consideração do intérprete.¹⁸⁶

¹⁸³ ARENHART. Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 71.

¹⁸⁴ Op. cit. p. 71.

¹⁸⁵ Op. cit. p. 71.

¹⁸⁶ Zavascki, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de processo**, v. 78, p. 42. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun. 1995.

Sendo assim, diante da constatação do tratamento diferenciado dispensado aos direitos metaindividuais *stricto sensu* e aos direitos individuais homogêneos, vem a primeira indagação:

A ausência de enfrentamento da objeção do voto divergente (tratamento diferenciado da tutela de direito coletivo e tutela coletiva de direito) por parte do Supremo Tribunal Federal prejudicou a análise das premissas fáticas do precedente?

Como bem delineado no segundo capítulo do presente trabalho, após a Constituição Federal de 1988, todo o ordenamento jurídico pátrio passou a ser interpretado à luz das premissas traçadas pela Lei Maior que possui o status de filtro interpretativo e o Supremo Tribunal Federal, Corte de Interpretação possui como função precípua a uniformidade do direito.

Nesse aspecto, constata-se que a constitucionalização do direito representa a releitura dos institutos do direito infraconstitucional sob a ótica constitucional, ou seja, o filtro axiológico pelo qual deve ler o direito processual coletivo.

Foi nesse sentido que, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 210.029/RS, o Supremo Tribunal Federal reinterpreto a legitimidade no sistema processual coletivo a partir do art. 8º da Constituição Federal de 1988, levando em consideração o papel institucional dos entes coletivos.

Até este ponto, não há razão para discordância.

Entretanto, no momento em que o referido Tribunal não faz a diferenciação da defesa coletiva de direitos e da defesa de direitos coletivos por entender que se tratar de uma questão processual, não conseguiu vislumbrar as consequências da aplicabilidade do precedente na prática, ou seja, se realmente a substituição processual nas execuções de títulos individuais homogêneos imprime um alargamento no acesso à justiça e repercute positivamente na efetividade da prestação jurisdicional.

Deve-se acrescentar ainda que a possibilidade de verificação da questão processual em cada caso concreto outorgada no voto do relator, na realidade, não

ocorre, visto que, como já relatado, o precedente é aplicado automaticamente na forma definida pelo Supremo Tribunal Federal.

Na realidade, a substituição processual na fase de execução de direito individuais homogêneos, além de não agregar efetividade a prestação jurisdicional, também dificulta a defesa do réu, quebrando, assim, a paridade de armas entre os litigantes.

É o que será demonstrado a partir de agora com análise do novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça e a aplicação do precedente em casos práticos.

6.2 O Recurso Extraordinário nº 210.029/RS e a defesa dos direitos individuais homogêneos, sob o enfoque do acesso à justiça e a efetividade na prestação jurisdicional.

6.2.1. Generalidades

Não é preciso muito esforço para constatar os aborrecimentos que a demora na tramitação processual provoca na parte privada de seu bem jurídico que, por vezes, passam anos sem a resolução do seu conflito de interesse.

A partir de tal concepção, passou-se também a entender que não basta permitir o acesso à justiça, mas sim que a prestação jurisdicional seja efetivada em tempo hábil, como forma de evitar dilações indevidas, haja vista que o atraso gera angústia, desconfiança e insatisfação dos jurisdicionados. Não é demais ressaltar que o surgimento do processo coletivo foi imbuído no propósito de assegurar efetividade na prestação jurisdicional, inclusive levando em consideração a duração razoável do processo¹⁸⁷ como vetor da referida efetividade.

¹⁸⁷ Atento a essa situação, o legislador brasileiro, preocupado em assegurar ao indivíduo de forma expressa a garantia de obtenção de uma decisão judicial em prazo razoável, introduziu, através da Emenda Constitucional n. 45/2005, o princípio da duração razoável do processo, no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Agora, no que se refere à tutela executiva dos direitos individuais homogêneos, é imprescindível que se leve em consideração, sobretudo, a natureza do objeto tutelado por intermédio do processo coletivo, que se revela peculiar, sendo distinta daquela ínsita aos direitos difuso e coletivo *stricto sensu*.

Ciente do panorama acima delineado e com base na legislação processual atinente à proteção dos direitos individuais homogêneos, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.243.887/PR, em regime de representativo de controvérsia, privilegiando a defesa judicial pelo titular do direito, entendeu que o foro do domicílio do exequente é o competente para o ajuizamento da execução individual proveniente de título judicial coletivo, *in verbis*:

DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART.543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL.FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA. 1. **Para efeitos do art. 543-C do CPC: 1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo** (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC). 1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, caput, da Lei n. 9.494/97. 2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (REsp 1243887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011) (Original sem destaque)¹⁸⁸

¹⁸⁸ (REsp 1243887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011)

Após o referido julgado, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da 1ª Seção, aplicou o mesmo entendimento ao julgar o Conflito de Competência nº 131.631-DF¹⁸⁹, frisando que obrigar os beneficiários do título coletivo executar no foro em que é processada a ação coletiva implicaria inviabilização da tutela dos direitos individuais, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AÇÃO COLETIVA. EXECUÇÃO INDIVIDUAL NO DOMICÍLIO DO AUTOR. FORO DIVERSO DAQUELE DO PROCESSO DE CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. CONFLITO CONHECIDO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. 1. A Corte Especial do STJ fixou, sob o rito do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008, que "a liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário" (REsp 1.243.887/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, DJe 12.12.2011). 2. **A execução individual de sentença condenatória proferida no julgamento de ação coletiva não segue a regra geral dos arts. 475-A e 575, II, do Código de Processo Civil, pois inexistente interesse apto a justificar a prevenção do Juízo que examinou o mérito da ação coletiva para o processamento e julgamento das execuções individuais desse título judicial.** 2. **Obrigar os beneficiados pela sentença coletiva a liquidá-la e a executá-la no foro em que a ação coletiva foi julgada implicaria em inviabilização da tutela dos direitos individuais.** 3. No mesmo sentido: AgRg na Rcl 10.318/RS, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, DJe 29.4.2013; CC 96.682/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJe 23.3.2010; REsp 1.122.292/GO, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 4.10.2010; AgRg no REsp 1.316.504/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 20.8.2013; REsp 1.098.242/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 28.10.2010 4. Agravo Regimental não provido. (AgRg no Conflito de Competência nº 131.631/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, 1ª SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 21/03/2014) (Original sem destaque)

Pela importância do julgado, transcreve-se parte do voto proferido pelo relator Ministro Herman Benjamin, *in verbis*:

¹⁸⁹ Trata-se de Conflito Negativo de Competência instaurado entre o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal e o Juízo da 3ª Vara Federal de Florianópolis – SJ, nos autos da execução individual originária do título coletivo proferida na Ação Coletiva proposta pela ASDNER – Associação dos Ex-servidores do extinto Departamento Nacional de Estrada e Rodagens que pleiteiam a equiparação com o servidores do Departamento Nacional de Infraestrutura em Transporte. A referida ação coletiva beneficia mais de vinte e dois mil substituídos. (AgRg no Conflito de Competência nº 131.631/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, 1ª SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 21/03/2014).

Cinge-se a lide a definir o Juízo competente para a apreciação de execução individual fundamentada em título executivo judicial proveniente do julgamento de ação coletiva.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento de que a execução individual de sentença condenatória proferida no julgamento de ação coletiva não segue a regra geral dos arts. 475-A e 575, II, do Código de Processo Civil, pois inexistente interesse apto a justificar a prevenção do Juízo que examinou o mérito da ação coletiva para o processamento e julgamento das execuções individuais desse título judicial. **Desse modo, o ajuizamento da execução individual derivada de decisão proferida no julgamento de ação coletiva tem como foro o domicílio do exequente, em conformidade com os artigos 98, § 2º, I, 101, I, do Código de Defesa do Consumidor.**¹⁹⁰

Da leitura das razões das decisões retrotranscritas percebe-se uma possível mudança nas premissas que levaram o Supremo Tribunal Federal a outorgar a defesa do direito individual homogêneo às entidades coletivas, na fase de execução, sem a necessidade da autorização do titular do direito, ou seja, dos beneficiários do título judicial coletivo.

Agora, é preciso ressaltar que, apesar do entendimento esposado, o Superior Tribunal de Justiça não analisou a questão da compatibilidade da existência do referido posicionamento com o regime da substituição processual na fase de execução, de forma concomitante.

A partir do atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, será que ainda persistem as razões de decidir do precedente firmado através do Recurso Extraordinário nº 210.029/RS? O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.243.887/PR Repetitivo e Conflito de Competência n. 131.631-DF está em harmonia com o entendimento do Supremo Tribunal Federal? A adoção dos citados entendimentos, de forma concomitante, vulnera a ampla defesa e contraditório do réu?

6.2.2 Da superação das premissas do precedente

¹⁹⁰ Nesse mesmo sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (REsp 1098242/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 28/10/2010 e CC 96.682/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 23/03/2010).

De início, para chegar à resposta do questionamento referente à superação do precedente, é preciso analisar as razões de decidir identificadas nos capítulos anteriores que levaram o Supremo Tribunal Federal a adotar a substituição processual na fase de execução de sentença.

Sobre a importância da individualização dos critérios de interpretação, como meio de análise da superação dos valores dos precedentes formados, discorre Luiz Guilherme Marinoni:

A individualização dos critérios de interpretação serve para elucidar as razões determinantes do precedente e, assim, para permitir uma racional análise de sua futura aplicabilidade – diante, por exemplo, da superação dos valores ou do equívoco na aplicabilidade da diretiva de interpretação – e uma adequada discussão, no embargos de divergência, da disparidade existente entre as decisões confrontadas, assim como de uma divergência plantada em face de um precedente da Seção ou da corte que se afirma desgastado¹⁹¹

De início, é preciso ressaltar que o Supremo Tribunal Federal analisou a questão a partir de uma demanda trabalhista, o que pode ter levado em consideração premissas que não estão contidas, por exemplo, na relação jurídica estatutária.

Como bem explicitado no primeiro capítulo, a principal razão de decidir dos votos vencedores no sentido de outorgar a legitimidade extraordinária de forma ampla aos sindicatos foi com supedâneo no papel desempenhado pelos entes coletivos.

Para eles, a opção da defesa dos direitos individuais homogêneos pelos entes coletivos seria um instrumento de proteção da parte hipossuficiente da relação jurídica. Inclusive, um dos Ministros¹⁹² argumenta que essa seria uma forma de acesso à justiça, haja vista que muitos trabalhadores deixam de pleitear seus direitos perante o Poder Judiciário, com receio de sofrer represálias por parte de seus empregadores.

¹⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 192.

¹⁹² O Ministro Marco Aurélio, ao fundamentar o seu voto a favor da substituição processual, afirma que é de conhecimento de todos que os empregados temem pleitear os seus direitos, com receio de sofrer ruptura do contrato de trabalho.

Não se pode negar que o trabalho desempenhado pelos entes coletivos na proteção de direitos da categoria que representa é de grande importância, especialmente, como instrumento capaz de conseguir atender aos objetivos almejados pelo processo civil coletivo, quais sejam, segurança jurídica, celeridade, economia processual, acesso à justiça, tudo em prol de uma prestação jurisdicional efetiva.

Além do mais, como frisado no capítulo anterior, deve-se pontuar que a legitimidade processual conferida aos entes coletivos leva em consideração também o seu próprio interesse, na condição de corpo intermediário que representa a sociedade.

Nesse sentido, apresentamos a lição de Francesco Carnelluti que, ao tratar do tema afirma:

*La substitucion se funda, pues, en la conexion de los intereses, y de reflejo, en la conexion de las relaciones juridicas (infra, n. 15), y en orden al grado de esta se puede distinguir en dos especies, que propongo se llamen absoluta o relativa segun que la tutela del interes del sustituto agote p np totalmente la del interes del sustituido.*¹⁹³

Então, será que o papel dos entes coletivos não se exaure com a obtenção do título coletivo? Ou é necessária a proteção também na fase de execução, sem a devida autorização do titular do direito pleiteado em juízo?

Considerando a questão processual que não foi dirimida pelo Supremo Tribunal Federal, percebe-se que, pelo arcabouço jurídico que disciplina o tratamento em juízo dos direitos individuais homogêneos, a maioria dos objetivos da defesa coletiva foram alcançados com a obtenção do título judicial coletivo, senão vejamos:

Começaremos analisando a segurança jurídica.

Como já referido no presente trabalho, o aumento de volume de demanda de massa é uma questão que preocupa os operadores dos direitos, especialmente, os que fazem parte do Poder Judiciário.

¹⁹³ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Traducción de La Quinta Edición italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América., 1975. p. 177

Diariamente, centenas de ações individuais são protocolizadas em juízo e, por não adotar o sistema da vinculação obrigatória dos precedentes, há uma grande possibilidade de o Poder Judiciário proporcionar um desfecho diferente a mesma situação jurídica.

Tal situação causa insegurança jurídica, na medida em que jurisdicionados em situações idênticas recebem tratamento diversificado diante de um mesmo ordenamento jurídico, o que, por via de consequência, causa violação ao princípio da isonomia e uma injustiça¹⁹⁴.

Em virtude disso, adota-se, como solução para o mencionado problema, a priorização da tutela coletiva, uma vez que concentra a resolução das lides em um único processo, evitando ou diminuindo drasticamente a possibilidade de soluções singulares e contraditórias.

Ao tratar do tema segurança jurídica e previsibilidade no pensamento de Montesquieu, Jorge Amaury Maia Nunes assevera que

Um dos aspectos mais marcantes da segurança jurídica é a asseguaração do acesso do cidadão a um juiz imparcial capaz de dar justa aplicação da norma jurídica que deve incidir sobre o caso posto ao exame do Estado. Deveras, o direito ao juiz é uma inerência do direito à defesa dos direitos garantidos pelo ordenamento jurídico. O direito ao exercício à jurisdição é a resposta de que necessita o cidadão para assegurar que o comportamento que adotou era o adequado para certa circunstância.¹⁹⁵

Sendo assim, constata-se que a partir do momento que se obtém o título judicial coletivo, fase em que a norma jurídica incide no caso concreto, atinge-se o objetivo perquirido da segurança jurídica, já que desaparece a possibilidade de tratamento diferenciado a pessoas em situações idênticas.

¹⁹⁴ Para o Professor Jorge Amaury, no artigo *Segurança Jurídica*, a justiça e a segurança jurídica estão interligadas ao “afirmar que segurança jurídica e justiça se imbricam e se condicionam reciprocamente, dado que não é imaginável uma situação em que o valor segurança jurídica haja desaparecido e, mesmo assim, se possa falar em realizar justiça; de outra banda, a só redução do Direito à segurança jurídica sem consideração do valor justiça transformaria o direito num simples instrumento de legitimação do poder qualquer que fosse sua qualidade.” 2007. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-dos-estudantes-de-direito-da-unb/6a-edicao/seguranca-juridica/>> Acesso em: 21. Jan. 2014.

¹⁹⁵ Op. cit. p. 23

Em contraposição, percebe-se que a defesa coletiva na fase de execução, em vez de assegurar, pode até acarretar insegurança jurídica, já que é totalmente possível ser dispensado tratamento uniforme para pessoas que se encontram em situações heterogênicas.

Como a segurança jurídica, a economia processual também foi adotada como razão de decidir favorável a legitimação extraordinária na fase de execução de título judicial coletivo de direitos individuais homogêneos.

Como já amplamente debatido, a principal razão que levou ordenamento jurídico a adotar a técnica da defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos foi a possibilidade de solucionar os conflitos de massa em uma única demanda, haja vista que a pulverização de processos repercute diretamente na prestação jurisdicional¹⁹⁶.

Ocorre que, a partir do instante em que o título transita em julgado, a pulverização dos processos torna-se inevitável, haja vista que será necessária a individualização de cada um dos beneficiários, nos termos dos artigos 95 a 98 da Lei 8.078/90.

Além do mais, deve-se ressaltar que a identificação do titular do direito material, com a consequente quantificação da prestação a ele devida, configura requisitos fundamentais do título executivo judicial¹⁹⁷.

Nesse sentido, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça ao dar provimento ao Recurso Especial nº 766.134/DF¹⁹⁸, interposto pela União, que impugnava a possibilidade da execução coletiva proposta pela Federação Brasileira de Hospitais, *in verbis*:

¹⁹⁶ Nesse sentido, o STJ, 2ª T. AgRg no REsp 938.951/DF, rel. Min. Humberto Martins, DJe 10.03.2010; STJ, 1ª T., REsp 700.206/MG, rel. Min. Luiz Fux, DJe 19.03.2010; STJ, 2ª T. REsp 347.752/SP, rel. Min Herman Benjamin, DJe 04.11.2009.

¹⁹⁷ Sobre a necessidade da individualização do título judicial genérico, v. o voto do Ministro Teori Albino Zavascki no REsp 766.134/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2008, DJe 27/08/2008, Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abe_Documento.asp?sLink=ATC&sSec=2005011>

¹⁹⁸ STJ REsp 766.134/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2008, DJe 27/08/2008.

EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DECISÃO QUE DETERMINOU A EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIOS. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. AÇÃO COLETIVA. EXECUÇÃO SEM INDIVIDUALIZAÇÃO DE VALORES POR FILIADO. NULIDADE. I - O presente recurso decorre de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO FEDERAL, visando à reforma da decisão proferida nos autos da ação de execução, na qual se deferiu a extração de dois precatórios, atinentes à execução decorrente de ação coletiva proposta pela recorrida, objetivando receber as diferenças relativas aos pagamentos feitos pelo SUS a menor no período de julho de 1994 a agosto de 1999. O precatório principal, em 2003, tem o valor de R\$ 378.565.685,07 e o de honorários, o valor de R\$ 18.928.284, 24. II - A recorrente explicita que o título exequendo está sendo questionado em exceção de pré-executividade, afirmando que o pagamento desta quantia implicaria na concretização de diversas nulidades. III - O Tribunal entendeu em síntese que a exceção de pré-executividade não servia ao propósito de impedir a expedição dos precatórios em tela, haja vista que o título executivo seria líquido e certo, não caracterizando a hipótese natureza excepcional a ensejar o cabimento da exceção de pré-executividade.

IV - É cabível a exceção de pré-executividade para questionar as diversas nulidades apresentadas, as quais não necessitam de dilação probatória para ser constatadas, devendo-se adentrar na exceção para anular a execução.

V - **Tratando-se de exceção decorrente de ação coletiva, a falta de individualização dos créditos importa em nulidade da execução, para evitar duplicidade no pagamento da indenização, haja vista que as empresas filiadas não encontram vedação para ajuizar ações individuais sobre o mesmo crédito, sendo curial que várias das empresas já ajuizaram ações em relação aos mesmos valores aqui questionados.** VI - **Inadequada, na hipótese, a execução realizada por simples cálculo do contador, quando a única forma possível seria a liquidação do julgado, em face da diversidade de credores, de acordo com o art. 608 do CPC.** VII - Se consumada a execução, a Federação recorrida poderá levantar o produto da condenação ficando a própria instituição com a responsabilidade de instaurar concurso de credores para o pagamento dos substituídos, o que representaria, em verdade, enriquecimento ilícito em favor da recorrente. VIII - Recurso especial provido para anular a execução.

(REsp 766.134/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2008, DJe 27/08/2008) **(ORIGINAL SEM DESTAQUE)**

Pela leitura do acórdão acima transcrito, percebe-se que o fato de o exequente ser o ente coletivo, atuando em sistema de substituição processual, não afasta a necessidade de identificação do titular do direito¹⁹⁹.

¹⁹⁹

Ainda sobre a temática, apresentam-se as razões do voto-vista proferido pelo Ministro Teori Albino Zavascki, no julgamento do EREs nº 760.840-RS, segue um trecho de sua argumentação: “a circunstância de estar o sindicato legitimado a atuar em regime de substituição processual não significa que a execução possa ser promovida por valor global, de forma impessoal e indivisa, sem identificação subjetiva e material dos titulares individuais e dos correspondentes créditos a serem executados. Em outras palavras: a autorização para promover a execução por regime de substituição processual não dispensa a prévia formação do título executivo, com as características próprias,

Deve-se acrescentar ainda que o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça²⁰⁰, no sentido de possibilitar a execução individual de título judicial coletivo no foro do domicílio do exequente, vem corroborar a afirmação da impossibilidade de concentração da execução em uma única demanda.

Sendo assim, a partir da análise da aplicação do princípio da economia processual, como forma de evitar a pulverização de demandas, parece claro a fragilidade do argumento a favor da defesa coletiva na fase de execução, já que esse resultado apenas é possível de atingir na fase de conhecimento.

Partindo para análise do princípio da celeridade processual, percebe-se que o tema é de relevância ímpar, inclusive consagrado como um direito fundamental, no art. 5º, inciso XXXV da Lei Maior. Por tal importância, será mais profundamente discutido adiante, ao tratar de meios alternativos de resolução de conflitos. Todavia, não se pode deixar de antecipar que, na realidade, a defesa coletiva na fase de execução ocasiona a morosidade na prestação jurisdicional ao agrupar pessoas em situações distintas em um mesmo processo²⁰¹.

Nesse diapasão, a partir das considerações acima expostas, fica nítido que a função dos entes coletivos se exaure com a obtenção do título coletivo. Na verdade, a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos na fase de execução, por trazer carga de heterogeneidade, pode ocasionar a vulnerabilidade dos citados objetivos.

Nesse sentido argumenta Teori albino Zavascki:

Partindo do pressuposto de que não pode haver execução senão em benefício individual de cada credor, cuja situação particular deverá, conseqüentemente, ser discriminada e examinada, não é difícil antever os resultados desastrosos que podem advir da propositura de uma execução coletiva dessa natureza, em favor de muitos credores, levada a efeito no âmbito de uma única relação processual, perante um único juízo. Será uma

notadamente no que se refere à identificação dos credores e o valor dos respectivos créditos.” (STJ, Corte Especial, EREsp 760.840/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/11/2009, DJe 14/12/2009)

²⁰⁰ STJ, 1ª Seção, AgRg em CC nº 131.631, Rel. Herman Benjamin, julgado em 26.02.2014, DJe 21.03.2014.

²⁰¹ Apenas para exemplificar o problema, com certa frequência, observa-se, nas execuções processadas no regime de substituição, pedido de habilitação de herdeiros que repercute na tramitação natural da lide.

espécie de grande litisconsórcio ativo, sem observância do limite do número de autores recomendado para o bom andamento do processo (CPC, art. 46, parágrafo único). A liquidação de sentença e a satisfação do débito em favor de um credor, que poderiam ser rápidas num processo individual, ficarão na dependência do andamento de um processo coletivo cujo desfecho depende de exame de múltiplas situações individuais estranhas e juridicamente independentes umas das outras. Isso evidencia que, mesmo se propostas por sindicato e independentemente de sua legitimação ativa (se representação ou substituição processual, o que, nas circunstâncias, acaba sendo de menor importância), a liquidação e a execução ganharão agilidade e efetividade se promovidas em nome individual ou em pequenos litisconsórcios ativos, perante o foro mais conveniente a cada credor.²⁰²

Agora, em relação ao acesso à justiça, a conclusão é diversa, haja vista que, conforme já explicitado, a concepção do referido princípio não se restringe à obtenção um título judicial, mas sim engloba a consecução concreta, efetiva e tempestiva do direito declarado. Porém, isso não significa que é necessária a defesa coletiva de direito individual homogêneo, como meio de proporcionar acesso à justiça, senão vejamos:

6.2.2.1 O ACESSO À JUSTIÇA E A EXECUÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Inicialmente, pela importância da premissa, repete-se que os direitos individuais homogêneos não possuem natureza de direito coletivo. São considerados direitos subjetivos individuais disponíveis e que, por opção legislativa, são tutelados de forma coletiva.

A partir desse ponto, percebe-se que era imprescindível o exame da natureza jurídica dos direitos individuais por parte do Supremo Tribunal Federal para firmar as razões determinantes do precedente, atinentes à defesa coletiva na fase de execução. Tal omissão provocou equívocos na aplicabilidade da diretiva de interpretação do julgamento.

Partindo da premissa de que os doutrinadores procuraram elaborar um sistema de tutela coletiva que resultasse em uma ampliação no acesso à justiça,

²⁰² Cf. Teori Zavascki Op. cit. p. 187

princípio que norteia todo processo coletivo, a primeira possibilidade de equívoco interpretativo é a falta de distinção entre tutela coletiva de direito e tutela de direitos coletivos, com uma consequente aplicação uniforme da diretriz tanto para os direitos difusos, coletivos *stricto sensu*, como para os direitos individuais homogêneos.

A mencionada omissão ocasionou a falta de análise de uma possível tensão entre, de um lado, os princípios do acesso à justiça e da efetividade da prestação jurisdicional e, de outro, da faculdade de disposição, imanente ao conceito de direito subjetivo que informa a autonomia da vontade.

A respeito da citada tensão principiológica, é pertinente citar as observações que examinam a adequação, efetividade e necessidade da abertura interpretativa conferida pelo Supremo Tribunal Federal, ao artigo 8º, III, da Constituição Federal, apresentadas por Ricardo Luiz Bluindi Sturzenegger, na sua dissertação do mestrado:

No plano do exame da adequação da medida, não há elementos capazes de demonstrar que a execução realizada por meio do substituto processual se revela mais eficaz, em termos de acesso à justiça, do que a realizada pelo titular do direito. Essa maior eficácia poderia ser revelada se se verificasse, em sentido amplo, com a execução coletiva, um alargamento da possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, mediante adequada representação processual do interessado. Esse aumento, contudo, não se verifica. Com efeito, em termos de acesso à jurisdição, temos que, no sistema tradicional, não se faz presente qualquer empecilho à execução. De fato, no momento da execução basta a comprovação do enquadramento do titular do direito a situação genérica definida na sentença coletiva, o que, em boa parte dos casos, consiste na apresentação de documentos capazes de demonstrar a existência do fato gerador da obrigação. Por outro lado, não há que se falar aqui em representatividade desigual entre as partes, na medida em que já há título executivo, significando que o direito já está assegurado.

Demais disso, remanesce com o titular do direito interessado em proceder à execução (e que para isso esteja a encontrar dificuldade), a capacidade de conceder autorização para que qualquer dos legitimados a ajuizar a ação coletiva proceda a sua execução, no seu (do titular) interesse.

Também não se consegue perceber em que medida haveria maior efetividade da jurisdição com a execução coletiva movida pelo substituto processual. Como se sabe, em sentido estrito, a efetividade está vinculada à satisfação do direito, em tempo razoável, pelo seu titular. Na verdade, a intermediação, na fase de execução, de entidade associativa com o fim de requerer a satisfação do direito de todo o universo dos titulares, sob a condução de um único juiz, a rigor tenderia a retardar, e não a acelerar, a satisfação do direito por seus titulares. (...) Sob a perspectiva da necessidade, a execução coletiva também não se revela a medida menos

gravosa. Isso porque os esforços do órgão legitimado servirão melhor os representados se direcionados a informar e prestar assistência aos titulares do direito individual, preservando, entretanto, a autonomia de cada um, em termos de avaliação sobre a oportunidade, a conveniência e a utilidade de reivindicar seu direito. É exemplo dessa prática a experiência que ocorre atualmente no estado do Paraná, no qual associação de defesa de consumidores, depois de transitada em julgado sentença coletiva reconhecendo determinado direito aos consumidores daquele estado, vem convocando os titulares individuais dos direitos a proceder à execução, individual, da sentença. O problema, como se vê, pode ser mais de acesso à informação do que de acesso à justiça²⁰³.

A partir da leitura da exposição acima transcrita, baseada na técnica da teoria da ponderação²⁰⁴ e na aplicação no plano dos critérios fáticos da proporcionalidade²⁰⁵, percebe-se que a legitimidade extraordinária outorgada aos entes coletivos na fase de execução de direito individual homogêneo não eleva o acesso à justiça e, muito menos proporciona efetividade na prestação jurisdicional, a ponto de justificar uma mitigação da autonomia da vontade do titular do direito subjetivo individual, especialmente, no que se refere à oportunidade, utilidade e a conveniência de postular em juízo o seu patrimônio jurídico, na forma que bem entender.

²⁰³ STURZENEGGER, Ricardo Luiz Bluindi. **Execução coletiva de direitos individuais: uma leitura crítica a partir da autonomia da vontade**. Dissertação de mestrado. IDP, Brasília, 2011. Pág 188 – 120.

²⁰⁴ Para Alexy (2008), regras significam imperativos definitivos, que ou são satisfeitos ou não, e caracterizam mandados de definição. Já os princípios caracterizam comandos de otimização, submetidos ao limite do possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, podendo ser satisfeitos, por conseguinte, em graus variados. Quanto à aplicação, as regras são aplicadas por subsunção, prescindindo do uso da argumentação, e princípios por ponderação. A ponderação é realizada pelo método da proporcionalidade. A técnica da ponderação exige que, na colisão de princípios, quanto mais alto for o grau de prejuízo de um princípio, tanto maior tem de ser a relevância do outro princípio. O método da proporcionalidade realiza-se em três etapas a seguir elencadas: a) adequação (busca do princípio que se aplica ao caso em tela.); b) necessidade (verificação de qual princípio dentre os aplicáveis causa menos onerosidade.); c) proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito).

²⁰⁵ Para Robert Alexy, in Teoria dos Direitos Fundamentais: “A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de os princípios serem mandado de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandados de otimização em face das possibilidades fáticas.” (ALEXY, 2008, p. 118)

Sendo assim, mesmo sem um aprofundamento adequado do tema²⁰⁶, é forçoso reconhecer que a autorização para que terceiro (entidade coletiva/substituta) satisfaça direito de outrem (trabalhador/substituído), de maneira independente de qualquer manifestação do efetivo titular, viola o princípio da autonomia da vontade.

Por isso, por não ultrapassar a questão processual imprescindível, apesar da nítida violação, o Supremo Tribunal Federal concluiu pela interpretação extensiva do artigo 8º, III da Constituição Federal, no sentido de conceder aos entes coletivos a possibilidade de propor execução coletiva de direitos individuais homogêneos, sem a necessária autorização.

Analisando tal posicionamento, percebe-se a opção do Supremo Tribunal Federal por um tratamento paternalista por parte do Estado quanto à proteção dos direitos individuais, que nas precisas palavras do Ricardo Luiz Bluindi Sturzenegger *“pode significar o reconhecimento da incapacidade da população em exercer eficazmente os seus direitos, o que imporia que terceiros o fizessem por ela.”*²⁰⁷

Apenas a título de reflexão, talvez a tendência paternalista, revelada nos votos vencedores ao reconhecer a tendência patriarcal do sindicato na tutela dos direitos da categoria que representam, pode ter sido influenciada pela conjuntura social pós-constituição de 1988, onde ficou evidenciado que a necessidade de proteção era um vetor de relevância, após anos de ditadura por que passou o Estado Brasileiro.

Ocorre que, como já antecipado, a partir do julgamento do Recurso Especial nº 1.243.887/PR, em regime de recurso repetitivo representativo da controvérsia, verifica-se uma possível modificação da concepção geral do direito ou mesmo uma evolução dos fatos e valores sociais capazes de impor a revogação do precedente, o que passará a ser objeto de estudo a partir de agora.

²⁰⁶ Por um aprofundamento do tema, sugere-se como leitura a dissertação de mestrado, já citada do Ricardo Luiz Bluindi Sturzenegger - **Execução coletiva de direitos individuais: uma leitura crítica a partir da autonomia da vontade.**

²⁰⁷ CF. Ricardo Luiz Bluindi Sturzenegger Op. cit. p. 123

De início, é imperioso ressaltar que diferente do Supremo Tribunal Federal, que não fez distinção entre os direitos metaindividuais *lato sensu*, o Superior Tribunal de Justiça analisou a questão do acesso à justiça com base na natureza jurídica dos direitos individuais homogêneos, bem como do tratamento legal dispensado pelo Código de Defesa do Consumidor aos referidos direitos, o que nos permite chegar à conclusão que, hodiernamente, há uma visível modificação da concepção do direito aplicado no precedente do Supremo Tribunal Federal, conforme se observa do trecho do voto do Ministro Relator²⁰⁸:

Assim, levando-se em conta os princípios norteadores para correta interpretação do código em comento, sobretudo o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, princípio esse que conduz ao subprincípio da facilitação de sua defesa em juízo, causa perplexidade determinar que o consumidor deva, necessariamente, deslocar-se ao juízo onde foi proferida a sentença coletiva, para só então promover a liquidação/execução individual.

Se o consumidor pretendesse ajuizar individualmente a ação de conhecimento, poderia fazê-lo em seu próprio domicílio, cuja execução também poderia nesse foro tramitar (art. 101, inciso I, e art. 98, § 2º, inciso I, do CDC).

O entendimento baseado exclusivamente no veto presidencial ao art. 97, parágrafo único, CDC, retira do consumidor esse benefício nos casos de execução individual de sentença coletiva.

Ou seja, o benfazejo instrumento da ação civil pública, **que deve facilitar o acesso do consumidor à justiça, acabaria por dificultar ou mesmo inviabilizar por completo a defesa do consumidor em juízo, circunstância que, por si, desaconselha tal interpretação.**

Ademais, caso todas as execuções individuais de ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos de consumidores, ações essas que comportam, por vezes, milhares de consumidores prejudicados, tivessem de ser propostas no mesmo juízo em que proferida a sentença transitada em julgado, inviabilizar-se-ia o trabalho desse foro, com manifesto prejuízo à administração da justiça.

3.4. Com efeito, deve-se franquear ao consumidor o foro do seu próprio domicílio para o ajuizamento da liquidação/execução individual de sentença proferida em ação civil pública.²⁰⁹

Nesse mesmo sentido, é o escólio do voto-vista do Ministro Teori Albino Zavascki, baseado na sua doutrina:

²⁰⁸ Apenas à título de esclarecimento, apesar de a decisão tratar de tema de consumidor, no Conflito de Competência n. 131.631/RS, Superior Tribunal de Justiça utiliza dos fundamentos do Repetitivo para definir foro do domicílio do exequente/substituído, como o competente para processar a execução individual do título coletivo.

²⁰⁹ Voto do Ministro Luis Fernando Salomão no Recurso Especial nº 1.243.887/PR

No que se refere à competência, a ação de cumprimento não está subordinada ao princípio geral, inspirador do sistema do CPC (art. 475-P), segundo o qual o juízo da ação é também juízo para a execução. Esse princípio tem sua razão de ser ligada ao que geralmente ocorre no processo comum, em que o juízo da ação promove a atividade cognitiva em sua integralidade. Para esses casos o princípio se justifica. Conforme escreveu Pontes de Miranda, “o juízo que julgara está em posição de melhor executar o que decidira”, razão pela qual “a regra jurídica do art. 575, I, como a do art. 575, II, atende a isso, à prioridade decorrente da ligação entre o processo de cognição e o de execução” (Pontes de Miranda, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. IX, p. 160. Os artigos citados correspondem, após a Lei 11.232/2005, aos arts. 475-P, I, e 475-P, II.) Assim, fundado no pressuposto da *conexidade sucessiva* dessas ações, o princípio busca atender o interesse público de melhor desempenho da função jurisdicional. Relativamente às ações de cumprimento das sentenças genéricas das ações coletivas, não se fazem presentes os pressupostos orientadores do citado princípio. O juízo da sentença primitiva foi limitado quanto à cognição, que ficou restrita ao núcleo de homogeneidade dos direitos. A especificação da matéria, a sua individualização em situações concretas, dar-se-á, na verdade, justamente nessa segunda etapa da atividade cognitiva. Assim, a relação entre cognição da primeira fase e liquidação não se dá, aqui, com o grau de profundidade existente em outras situações. Por outro lado, a adoção do princípio antes referido certamente não contribuiria para alcançar os objetivos a que se destina. Pelo contrário, a concentração de todas as ações de cumprimento num único juízo acarretaria não um melhor desempenho, e sim o emperramento da função jurisdicional. **Ademais, dependendo das circunstâncias de fato, sua adoção deixa o titular do direito subjetivo em condições piores do que se tivesse promovido desde logo sua demanda individual. É o que ocorre, por exemplo, com os demandantes cujo domicílio é outro que não o do juízo da ação coletiva. Por tais razões, não faz sentido aplicar aqui o princípio da vinculação necessária entre juízo da ação e juízo da execução.** A competência para a ação de cumprimento será determinada pelas regras gerais do CPC, mais especificamente no seu Livro I, Título IV, como ocorre com a liquidação e execução da sentença penal condenatória, da sentença estrangeira, da sentença arbitral (CPC, art. 475, III) e dos títulos executivos extrajudiciais.²¹⁰

Com base na leitura dos trechos dos votos, é possível argumentar no sentido de que o Superior Tribunal de Justiça adotou a corrente que privilegia o exercício da autonomia da vontade do titular do direito, na perspectiva que cabe a ele decidir

²¹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 207-208

quais os meios adequados para defesa do seu patrimônio jurídico, inclusive, o foro onde será executado o título coletivo do qual é beneficiário.

Fazendo um confronto entre os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça citados, percebe-se que, apesar de tratar de institutos diferentes – o Supremo Tribunal Federal – **legitimidade** e o Superior Tribunal de Justiça - **competência**, os efeitos das interpretações realizadas são no sentido de ampliar o poder da defesa do direito individual homogêneo dos substituídos, na fase de cumprimento de sentença. Porém, em sentido opostos²¹¹.

Em vista disto, restou a clarividência de que o Supremo Tribunal Federal, através do julgamento RE 210.029/RS, ampliou o poder de disposição dos entes coletivos no sentido de outorgar legitimidade para propor execução sem a necessária autorização do titular do direito, o que significa privilegiar a representação do corpo intermediário em detrimento da autonomia da vontade do titular.

Contraopondo-se ao acima citado, o Superior Tribunal de Justiça, em interpretação sistêmica da normas processuais que regem a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, firma o entendimento no sentido de possibilitar aos beneficiários do título coletivo optar pela propositura da execução no seu domicílio. Nessa esteira, constata-se o entendimento de que o substituído é a pessoa apta a avaliar a conveniência e a oportunidade de tomar a decisão de escolha dos meios de defesa mais adequados para proteção do seu patrimônio jurídico.

Sendo assim, torna-se clarividente a existência de posições antagônicas que podem representar a evolução dos fatos e valores sociais capazes, portanto, de impor a revogação do precedente que conferiu a abertura interpretativa à legitimidade dos entes coletivos na fase de execução, já que aquele cidadão que antes não possuía capacidade para avaliar o que seria melhor para a proteção do seu direito a ponto de justificar a interferência de terceiros na busca do seu próprio bem, agora é o protagonista da defesa do seu direito.

²¹¹ A questão das formas de intervenções que podem ser consideradas paternalista ou não foi tratada na obra Michael Trebilock – The limits of freedom of contract. Second printing. Cambridge. Massachusetts:Harvard University Press, 1997, p. 149

Entretanto, como já salientado, apesar do entendimento esposado do Superior Tribunal de Justiça referente à possibilidade de propositura de execução do foro do domicílio do substituído processual, não foi objeto de análise no julgamento, a possível colisão com precedente da abertura interpretativa do Supremo Tribunal Federal que outorgara aos entes coletivos a possibilidade de propor a execução, sem a devida autorização do beneficiário do título.

A interpretação dos mencionados Tribunais Superiores apresenta conflitos que necessitam de harmonização, sob pena de violação de princípios basilares que norteiam o processo, especialmente, a garantia do contraditório e ampla defesa da parte ré.

6.2.2.2 DO ACESSO À JUSTIÇA E DA PARIDADE DE ARMAS NA EXECUÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

A possibilidade da violação da paridade de armas é objeto de reflexão desde os debates em torno do julgamento do Recurso Extraordinário nº 210.029/RS, por diversos fatores.

Um deles foi identificado com precisão no voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso, no mencionado julgamento:

A hipótese, equiparável, nas consequências funestas, à do chamado litisconsórcio multitudinário, hoje proscrito (art. 46, § único, do CPC), inviabilizaria a aplicação, em grau mínimo que fosse, do princípio da imediatidade entre o juiz e a fonte das provas, sem a qual não se produziria cognição ('cognitio') adequada, em profundidade e amplitude, às especificidades de cada um dos múltiplos direitos controvertidos. **Estaria, com isso, comprometido o exercício frutífero da atividade jurisdicional, em dano do prestígio do Poder Judiciário e de garantia constitucional do réu (art. 5º, incs., LIV e LV, da CF), cujo direito de defesa, nas suas variadas expressões dentro da estrutura do contraditório, acabaria, na prática, sacrificado, porque obrigado a opor-se, no mesmo feito, a uma infinidade de pretensões distintas, deduzidas em cúmulo objetivo.** Mas, sobretudo – e tal perspectiva parece-me determinante a quem predique exegese expansiva ao art. 8º inc. III, inspirada em visão aparente de defesa generosa dos trabalhadores -, estariam sacrificadas as posições processuais destes mesmos, enquanto substituídos, cujas alegações e elementos de prova, adaptadas, como não pode deixar de ser, a cada

situação particular, se diluiriam e aniquilariam na massa caótica dos atos processuais! Numa síntese, legitimação extraordinária irrestrita, suscetível de abranger defesa de direitos e interesses individuais heterogêneos e ilimitados, significaria aberta contradição com a própria *ratio iuris* do art. 8º, inc. III, preordenado a favorecer, dentro do processo, os trabalhadores substituídos. Processo tumultuário não é coisa que convenha a ninguém muito menos a trabalhadores cuja inferioridade econômico-social tende a norma a compensar.

Da leitura do trecho do voto, depreende-se que, por se tornar heterogêneo, a execução coletiva poderia inviabilizar o direito de defesa do réu, por possibilitar infinidades de pretensões distintas deduzidas em um único processo – equiparável ao litisconsórcio multitudinário.

Para solucionar o referido problema, os Tribunais²¹² têm limitado a quantidade de beneficiários por execução do título coletivo, o que ameniza, mas não devolve a paridade de armas, pois fica suscetível a elaborar defesas em processos com uma quantidade elevada de situações distintas, o que fatalmente fragilizaria sua posição de parte.

Outro ponto objeto de reflexão, foi a possibilidade de coexistência de execuções coletivas e de ações individuais que retiraria do executado o direito de alegar a litispendência ou coisa julgada, ou outros tipos de exceções ou objeções, (como pagamento, compensação, prescrição), caso o ente coletivo propusesse a execução global.

Além do mais, deve-se acrescentar ainda que a individualização dos exequentes não impactou positivamente em relação à possibilidade de litispendência entre ações coletivas²¹³.

O argumento utilizado a favor da defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos com a finalidade de refutar uma suposta possibilidade de vulneração no contraditório pela possibilidade de ensejar litispendência coletiva foi a existência do princípio da unicidade sindical, na qual os substituídos são representados apenas por um ente coletivo em cada unidade territorial, o que de fato não ocorre, haja vista

²¹² O Superior Tribunal de Justiça editou a Resolução nº 003/2006 para limitar a vinte e cinco a quantidade de exequentes, por processo.

²¹³ Para um aprofundamento do tema, v. Antônio Gidi, **Coisa Julgada e litispendência em ações coletiva**. São Paulo: Saraiva: 1995

a coexistência de sindicatos e associações de classe atuando na mesma base territorial²¹⁴.

Por outro lado, deve-se acrescentar ainda que o microssistema processual coletivo possibilita a propositura concomitante da ação coletiva e da ação individual, não se configurando litispendência. Tal hipótese é apenas permitida em virtude da natureza do procedimento que tutela os direitos individuais homogêneos que, na fase de conhecimento - primeira fase é homogênea. Porém, na segunda fase é cristalina a possibilidade de litispendência.

É cediço que a tutela coletiva veio a lume com escopo de propor economia processual ao tempo em que soluciona em uma única demanda inúmeras pretensões resistidas.

Ocorre que, por adotar o sistema *opt in*²¹⁵, o resultado desejado não foi alcançado, haja vista que ainda coexistem muitas ações individuais, mesmo com a propositura da ação coletiva.

Ciente de tal fato, o Superior Tribunal de Justiça, reinterpretando o sistema processual coletivo, passou a adotar o entendimento que a propositura da ação coletiva suspende as ações individuais, *in verbis*:

²¹⁴ Deve-se ressaltar que, apesar da Repercussão Geral Reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 612.043, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não faz diferenciação entre a legitimidade de associação e de sindicatos, outorgando o mesmo tratamento, logo atuam na condição de substituto processual. Neste sentido, AgRg no REsp 1199601/AP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 04/02/2014; AgRg no REsp 1340368/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 22/11/2013. Agora é forçoso reconhecer que o problema exposto é vivenciado em demandas que tem por objeto matéria de servidores públicos, o que pode até levar a pensar na necessidade de um direito processual público, como defendido na dissertação de mestrado de Vânia Cardoso André Moraes - **Demandas repetitivas decorrente de ações ou omissões da administração pública: hipótese de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição**. Brasília: CJP, 2012.

²¹⁵ Sobre adoção do regime *opt in*, assevera Sérgio Arenhart; "O regime do *opt in*, embora privilegie a autonomia privada e, portanto, salvasse os interesses individuais de escolher o momento e a forma da tutela de seus direitos, apresenta um grave efeito colateral. Por não tornar o efeito da decisão coletiva impositivo sobre todos (no caso de procedência ou improcedência do pedido) favorece a multiplicação de demandas individuais que tenham o mesmo objeto da ação coletiva, permitindo a multiplicação de demandas individuais que tenham a mesma finalidade e admitindo (ao menos potencialmente) decisões conflitantes sobre a mesma matéria (em ofensa ao princípio da igualdade). (ARENHART, 2013, p. 49)

RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO COLETIVA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, nos termos da Lei nº 11.738/08. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE. 1. **Segundo precedentes deste Superior Tribunal, "ajuizada ação coletiva atinente a macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva". (v.g.: REsp 1110549/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Segunda Seção, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009).** 2. Este STJ também compreende que o posicionamento exarado no referido REsp 1.110.549/RS, "não nega vigência aos arts. 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008)". 3. Recurso Especial conhecido, mas não provido.²¹⁶ (REsp 1353801/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 23/08/2013)

Verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça, no intuito de potencializar as normas de processo coletivo, privilegiou a defesa coletiva na fase de conhecimento de forma correta, tendo em vista que nessa fase ainda se consegue atingir os objetivos do processo coletivo.

Por outro lado, a realidade fática da defesa do direito postulado na fase de execução é diversa, já que o bem em litígio passa a integrar o patrimônio jurídico do beneficiário do título.

Neste diapasão, verifica-se que a possibilidade de execução por substituição processual pelo ente coletivo, sem a necessidade de autorização dos beneficiários e, ao mesmo tempo, a possibilidade de execução no foro do exequente, ocasionam uma falta de sincronia no sistema processual coletivo adotado que poderá impactar de forma negativa na garantia do contraditório e ampla defesa do réu, na prestação jurisdicional e, por via de consequência, no acesso à justiça dos exequentes.

²¹⁶ STJ - REsp 1353801/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 23/08/2013.

A possibilidade do impacto negativo é originada pelo volume de ações desnecessárias²¹⁷ que poderão existir em trâmite no Judiciário, o que sobrecarregará a defesa do réu na identificação de litispendência, no intuito de evitar o pagamento em duplicidade²¹⁸.

Em relação ao impacto negativo na prestação jurisdicional, é imperioso ressaltar que uma das finalidades da tutela dos direitos individuais homogêneos, no ordenamento jurídico brasileiro, é a racionalização do trabalho judiciário²¹⁹, o que não permite conviver com a propositura de ações com o mesmo objeto, beneficiando as mesmas pessoas, ao mesmo tempo.

Deve-se acrescentar ainda que, ao abrir referida possibilidade, está proporcionando também a possibilidade de alegações infundáveis de litispendências²²⁰, que repercutirá na duração razoável do processo, elemento informador do acesso à justiça do exequente.

Por essas considerações, como forma indispensável de concretizar a intenção legislativa, verifica-se a necessidade de mudança de entendimento em relação à legitimidade das entidades coletivas na fase de execução, para adotar o instituto da representação, onde, a autorização de propositura da execução evitaria, em tese, demandas desnecessárias.

6.2.2.3 O ACESSO À JUSTIÇA E OS EFEITOS NEGATIVOS DA SUBSTITUIÇÃO DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE INTERESSES

²¹⁷ Para agravar o problema, sabe-se que os sistemas dos Tribunais não se comunicam, o que possibilita a propositura de demandas com o mesmo objeto, sem a necessária identificação da litispendência.

²¹⁸ A preocupação com o pagamento em duplicidade, há tempos, é objeto de reflexão pela Advocacia-Geral da União. A partir de um acordo de cooperação realizado com o Conselho Nacional de Justiça, o Departamento de Cálculos e Perícias da Procuradoria-Geral da União desenvolveu o um sistema – webgcalc que faz os cruzamentos de dados a partir das informações dos pagamentos efetuados a título de precatório e requisição de pequeno valor.

²¹⁹ CF Sergio Arenhart Op. cit. p. 81

²²⁰ Na remota hipótese que o réu conseguir detectar.

Outro ponto que não foi levado em consideração no momento de julgamento do precedente por parte do Supremo Tribunal Federal, foi à utilização de meios alternativos de resolução de conflitos, em prol da defesa do direito individual homogêneo.

Hodiernamente, os referidos meios surgem como uma opção para os jurisdicionados que necessitam solucionar seus conflitos de forma diversa dos moldes contidos no processo civil tradicional²²¹, haja vista que, em muitas situações, os métodos tradicionais de resolução de conflito não conseguem atingir sua finalidade na pacificação das lides.

Pelo que se verificou ao longo deste trabalho, dentro de uma perspectiva ampla de tutela jurisdicional, o direito ao acesso à justiça, significa tanto conseguir uma sentença de mérito, como também contar com atividades jurisdicionais que ensejem a consecução concreta e efetiva do direito declarado, onde se destaca a importância da possibilidade de transigir.²²²

Em se tratando de execução de demanda coletiva, em que a pulverização de ações é uma realidade e o tratamento da demanda de massa através da macrolide não é permitido, a conciliação, por meio de formulação de acordo ou mesmo através da liquidação consensual, tem se demonstrado como uma experiência exitosa e eficaz no que tange à racionalização do trabalho judicial, uma vez que discussões que seriam levadas para os autos são solucionadas previamente entre as partes litigantes, o que evita um trâmite demorado do processo²²³.

²²¹ MARASCA. Elisângela Nedel. Meios Alternativos de Solução de conflito como forma de acesso a justiça e efetivação da cidadania. **Revista Direito em Debate**. Ano XV, n. 27,28, jan.jun./jul.-dez.2007. p. 33-59

²²² A liquidação amigável de sentenças coletivas é uma experiência desenvolvida pelo Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Seção judiciária do Rio Grande do Sul – CEJUSCON POA RS que tem contribuído, de forma satisfatória, para a redução da litigiosidade e conferido maior celeridade na solução de processos na Justiça Federal. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rbb_EXPERIENCIAS%20BEM%20SUCEDIDAS%20CEJUSCON%20POA.pdf>. Acesso em: 20. set 2011.

²²³ Sobre racionalização do trâmite processual, apresenta um dado extraído do Despacho n. 07/JSP/DEE/PGU referente ao trabalho realizado pela Central de Conciliação, no 2 semestre de 2013: "Aplicando-se o número médio de Intimações evitadas aos resultados das conciliações concretizadas pelas Procuradorias da União e pelas Centrais de Negociação, podemos estimar que a experiência da conciliação no 2º semestre de 2013 **evitou, aproximadamente, 92.672 intimações processuais da União** pela justiça Federal aos órgãos de execução da PGU."

Ocorre que, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal opta pelo regime da substituição na fase de execução, exclui a possibilidade de adoção dos referidos meios, haja vista que o substituto processual não possui o poder de disposição²²⁴, o que pode configurar um óbice no alcance de acesso à justiça dos substituídos.

Partindo de tal premissa, propõe-se como adequado o regime de representação na ação de cumprimento de sentença, dado o ordenamento jurídico vigente. Isso porque, além de preservar a individualidade do verdadeiro titular do direito, ainda permite que o ente coletivo agregue todas as demandas com relação as quais foi autorizado a representar. De tal forma, a celeridade não resta comprometida, mas potencializada, tendo em vista a possibilidade de, na qualidade de mandatário, transigir e celebrar acordos.

6.3 O confronto entre as premissas RE 210.029/RS e casos concretos

Para demonstrar empiricamente as implicações jurídicas do julgamento do Recurso Extraordinário n. 210.029/RS, foi realizada uma pesquisa a partir das ações coletivas propostas contra a União²²⁵ que tramitam no Tribunal Regional da 1ª Região que demonstram, para além dos pressupostos fáticos observados no julgamento sob análise, as hipóteses levantadas no decorrer do presente trabalho.

Os parâmetros utilizados para a coleta de dados foram os seguintes:

1. Ações coletivas propostas contra a União;
2. Matérias de servidores públicos;
3. Quantidade de substituídos;
4. Tempo de duração do processo de conhecimento;

²²⁴ Antonio Gidi assevera que “o substituto processual, ao contrário do legitimado ordinariamente, não poderá praticar no processo qualquer ato que implique, direta ou indiretamente, disposição sobre o direito material do substituído. Assim, é vedado ao substituto processual renunciar, transacionar, reconhecer o pedido ou confessar (se a confissão levar à procedência do pedido).” (GIDI, 1995, p. 44)

²²⁵ De acordo com os dados extraídos do Sistema de Acompanhamento Processual da AGU, apenas no ano de 2013, foram movimentados na Justiça Federal do Distrito Federal 5.021 processos de Sindicatos e 3.839 processos movidos por Associações.

5. Tempo de duração do processo de execução;

6.3.1 Ação coletiva n.95.00.06161-9 - ANAJUR – Heterogeneidade

Demanda: A Associação Nacional dos Assistentes Jurídicos foi vitoriosa em ação que reconheceu o direito aos seus substituídos do reajuste de 28,86% previstos nas Leis 8.622/93 e 8.627/93.

Quantidade de substituídos: aproximadamente 600 (seiscentos) servidores públicos, distribuídos em grupo de 20 execuções: 300 processos de execução + 300 embargos à execução.

Duração do tempo do processo de conhecimento: ação proposta em 29.06.1995 e trânsito em julgado em abril de 1998 – três anos de duração

Duração do tempo do processo de execução: início em 02.10.1998 até os dias – atuais – aproximadamente 16 anos sem o cumprimento do julgado.

Diagnóstico: discute-se, até hoje, a possibilidade de compensação dos reajustes concedidos através das citadas leis, haja vista a referida compensação não consta especificamente no título transitado em julgado. Ocorre que alguns dos exequentes receberam o reajuste e para eles, isso significa receber tudo ou nada. Por outro lado, em virtude de a questão ser tratada em abstrato, os demais exequentes que não receberam são prejudicados pela demora da solução.

6.3.2 Ação coletiva n. 2006.34.00.006627-7 - ASDNER – execução pulverizada

Demanda: A Associação dos Servidores Federais em Transporte foi vitoriosa em ação que reconheceu o direito de seus filiados aposentados do DNER à equiparação salarial com o quadro de servidores do DNIT, conforme julgado pela Eg. Segunda Turma do TRF-1, onde a União ficou

condenada a “*estender aos substituídos da referida associação todas as vantagens financeiras decorrentes do Plano Especial de Cargos do DNIT, previsto pelo art. 3º da Lei nº 11.171/2005, que tiverem sido concedidas aos servidores do quadro específico dessa autarquia, oriundo do DNER, observada a situação individual de cada um deles, em relação ao enquadramento funcional a que seriam submetidos caso ainda estivessem em atividade quando da extinção da mencionada autarquia*”.

Quantidade de substituídos: aproximadamente 27.000 (vinte e sete mil) servidores públicos.

Duração do tempo do processo de conhecimento: distribuição: 06.03.2006 trânsito em julgado 20.07.2010 – 4 anos e 4 meses.

Duração do tempo do processo de execução: início 17.08.2010 – até os dias atuais. 4 anos – com a obrigação de fazer implantada e início de uma liquidação processual.

Diagnóstico: em regime de substituição, a associação autora executou a obrigação de fazer que foi implementada para todos os beneficiários constantes na lista anexada a petição inicial. Ocorre que, uma quantidade significativa de substituídos manifestou a sua vontade de serem excluídos da ação coletiva, como escopo de patrocinar sua própria execução, o que ensejou vários conflitos de competência. Inclusive, foi originado da referida demanda o entendimento da prevalência da execução individual, o que retardou a prestação jurisdicional, tanto no processo coletivo como nas execuções individuais.

6.3.3 Ação coletiva n. 0029112-39.1997.4.01.3400 – concomitância de representação – ASLEGIS E SINDLEGIS

Demanda: A Associação dos Assessores Legislativos e de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara foi vitoriosa em ação que reconheceu o direito aos seus filiados ao reajuste de 11,98% previstos na Lei 8.880/1994

Duração do tempo do processo de conhecimento: 17.10.1997 a 10.09.2007 – trânsito em julgado – 9 anos e 11 meses.

Duração do tempo do processo de execução: 19.08.2008

Diagnóstico: Realizada liquidação processual sem o consentimento das partes, setenta e um substituídos recusaram o recebimento de valores de precatórios expedidos, por não concordar com os parâmetros de cálculos que foram utilizados. Ocorre que, em decorrência dessa dupla representação, várias litispendências foram alegadas, o que ocasionou demora no trâmite processual.

7 CONCLUSÃO

Atinge-se o final deste trabalho acadêmico. E com ele, uma certeza: toda discussão apresentada ao longo desta dissertação guarda um caráter ainda exploratório e não pretende esgotar o tema em todos os seus aspectos. Várias conclusões foram adotadas durante o texto e a maioria delas já se encontram detalhadas ao longo do trabalho. Não obstante, com o propósito de deixar ainda mais claro o pensamento que aqui se propugna, afigura-se interessante expor, de forma sintetizada, as ilações formuladas.

A tutela coletiva surgiu com o objetivo de proporcionar uma resposta jurisdicional adequada aos anseios dos novos movimentos sociais responsáveis pelo aparecimento do direito de massa. A partir de então, o processo coletivo passou a ser considerado um dos instrumentos mais importantes relacionados ao acesso à justiça e à efetividade da prestação jurisdicional, haja vista que as decisões proferidas no âmbito das ações coletivas propiciam a universalidade de prestação.

Para alcançar tais escopos, foram necessárias modificações substanciais no ordenamento jurídico processual brasileiro, as quais foram operadas em duas fases bem distintas. A primeira é caracterizada pela introdução de novos mecanismos e a segunda, pelo aperfeiçoamento dos mesmos.

No tocante a primeira fase, deve-se destacar a publicação da Lei de Ação Civil Pública, a elevação em nível constitucional da defesa dos direitos difusos e coletivos e a promulgação do Código de Defesa do Consumidor – responsável por introduzir instrumentos capazes de efetivar a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.

Nesse diapasão, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro ultrapassou a primeira fase de forma satisfatória, com a introdução de instrumentos capazes de assegurar a efetividade da prestação jurisdicional de conflitos de massa.

Todavia, não obstante o referido avanço, o próximo desafio era a utilização do cabedal de instrumentos, tendo como mira o alcance dos objetivos das ações coletivas que será diferente, a depender, da categoria do direitos a ser tutelado.

Foi justamente nesse contexto que o Supremo Tribunal Federal, na condição de Corte de Interpretação, foi instado, através do julgamento do Recurso Extraordinário n. 210.029/RS, a solucionar a controvérsia referente à legitimidade de agir dos sindicatos em demandas coletivas.

Pela leitura dos argumentos postos em discussão no referido julgamento, constata-se que o debate girou em torno da busca da efetividade da prestação jurisdicional através do processo coletivo.

Tal discussão surgiu em decorrência do aumento significativo de demandas judiciais de massa e pela possibilidade da utilização de instrumentos que viabilizem a tutela coletiva. Em virtude disto, é totalmente compreensível a preocupação dos julgadores em adotar a efetividade da prestação jurisdicional através do processo coletivo como razão de decidir.

Sendo assim, imbuídos da busca da efetividade das normas constitucionais e a partir da constitucionalização da legitimidade de agir dos entes coletivos estabelecida no art. 8, III da Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal conclui, por unanimidade, por outorgar aos sindicatos a prerrogativa de atuar na condição de substituto processual da categoria que representa.

Porém, houve divergência em relação à amplitude da referida legitimação, vencendo, por maioria, o entendimento que interpreta de forma ampliativa o referido artigo para estender a substituição processual para a fase de liquidação e execução.

A partir de então, pacificou-se o entendimento de que os sindicatos possuem legitimidade extraordinária ampla para defender direitos individuais da categoria que representa, tanto na fase de conhecimento como na fase de liquidação e execução.

Verifica-se que o que motivou os julgadores a estender a possibilidade da substituição processual para fase de execução foi à concepção de que o direito fundamental à prestação de uma tutela jurisdicional efetiva não se restringe apenas ao reconhecimento do direito, mas sim solucionar o litígio de forma concreta.

Além do mais, acrescenta-se a isso que os avanços alcançados no processo coletivo brasileiro não são notáveis, de forma significativa, na fase de execução,

momento processual de concretização do direito do destinatário, direito este que originalmente lhe foi negado.

Agora, é forçoso reconhecer que o Supremo Tribunal Federal, através dos votos-vencedores, no afã de assegurar os objetivos da tutela coletiva, não considerou a distinção entre a defesa coletiva de direitos e a defesa de direitos coletivos.

Entende-se por tutela coletiva de direitos a proteção de direitos individuais homogêneos que são, simplesmente, direitos subjetivos individuais ligados entre si, por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade. Tais características permitem a defesa coletiva de todos eles em uma única demanda.

A definição de tutela coletiva de direito parte da aceção de que a coletivização tem um sentido meramente instrumental, com estratégia a permitir sua mais efetiva tutela em juízo.

Por isso, quando se menciona tutela coletiva de direitos homogêneos, o que se está qualificando como coletivo não é o direito material tutelado, mas sim a maneira de tutelá-lo, o instrumento de sua defesa.

Já a tutela de direito coletivo é a salvaguarda de direitos transindividuais, compreendidos entre eles, os direitos difusos e os coletivos *stricto sensu*. Nessa situação, o direito não pertence a um indivíduo determinado e sim a um grupo de pessoas, a uma classe ou a própria sociedade, considerada em sentido amplo. Por tal circunstância, são considerados materialmente indivisíveis.

Ocorre que a postura audaciosa do Supremo Tribunal Federal ao conferir aos direitos individuais o mesmo tratamento que se dá aos direitos metaindividuais, apenas com o escopo de quebrar o paradigma da concepção individualista preponderante até pouco, influenciou decisivamente na interpretação e aplicação dos novos institutos de processo coletivo a ponto de comprometer irremediavelmente o êxito de todos os instrumentos introduzidos na primeira fase.

Sendo assim, para uma análise adequada da utilização da substituição processual, restou claro a importância da correta identificação da natureza do direito

tutelado, haja vista que servirá de norte na escolha dos instrumentos processuais que podem ser utilizados em sua proteção em juízo.

No terceiro capítulo, com escopo de estabelecer parâmetros para uma correta identificação do direito a tutelar e a partir da falta de precisão do conceito de direito individual homogêneo estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor, efetuou-se uma comparação entre o modelo legal, a doutrina e a jurisprudência com relação à definição de cada direito coletivo²²⁶, conclui-se que os direitos individuais homogêneos se assemelham aos demais direitos coletivos em sentido lato na fase de conhecimento. No entanto, apresentam características bem peculiares na fase de liquidação e execução, como por exemplo, a possibilidade de disposição por parte dos seus titulares.

No que diz respeito à especificidade dos direitos individuais homogêneos, partindo-se da doutrina estabelecida por Humberto Dalla Bernadina de Pinho, o direito individual homogêneo apresenta natureza jurídica de um direito subjetivo complexo, porque, concomitantemente, diz respeito à necessidade de uma única pessoa e a um grupo de pessoas que se encontram com a mesma necessidade, revelando-se assim, a relevância social da questão.

Levando em consideração a natureza jurídica do referido direito e que o Código de Defesa do Consumidor apenas autoriza a defesa coletiva dos direitos individuais enquanto prevalecem as questões comuns, constata-se que o arcabouço legal previsto no ordenamento jurídico brasileiro adotou uma sistemática de tutela coletiva condizente com as peculiaridades dos direitos individuais homogêneos ao optar por uma sentença que faz juízo de certeza apenas sobre parte da relação jurídica controversa, postergando para fase de execução, fase caracterizada pela heterogeneidade, a tarefa de dirimir a individualização e liquidação do valor devido a cada um dos beneficiários.

Além do mais, constatou-se que a repartição das fases cognitivas é um ponto importante de distinção dos procedimentos das ações coletivas e das ações

²²⁶ Nessa definição de direito coletivo, considera-se os materialmente coletivos e os acidentalmente coletivos.

civis públicas, já que nessas últimas, a cognição é sempre ampla, em virtude da prevalência da homogeneidade.

Sendo assim, entende-se que pela definição clarividente das características dos direitos individuais homogêneos e pelas divergências apontadas em relação a sua natureza jurídica, percebe-se nitidamente que foram equivocadas razões que levaram o Supremo Tribunal Federal a outorgar a legitimidade extraordinária (instituto genuíno de defesa de direito coletivo) aos sindicatos, para propor execução em nome dos substituídos (fase do processo definitivamente caracterizada como de índole individual).

E essa ideia se desenvolve para abarcar a opção do legislador constituinte para abertura da legitimidade que partiu da premissa de que os entes coletivos possuíam interesse de agir no processo que seria conexo aos interesses da categoria que representa.

Até porque considerou-se que essa conexão termina com a obtenção do título coletivo - momento no qual o direito passa a incorporar o patrimônio individual do substituído, haja vista que a legitimidade autônoma concorrente atribuída aos sindicatos e aos seus substituídos pode apresentar uma tensão relativa aos atos praticados no processo, pois adotar a substituição processual representa excluir da participação efetiva o titular do direito material.

Além do mais, verificou-se que a função dos entes coletivos, na busca da segurança jurídica, celeridade e economia processual, se exaure com a obtenção do título coletivo judicial, visto que a fase de execução possui uma carga de heterogeneidade incompatível com a defesa coletiva.

Porém, em relação ao acesso à justiça, considerando que a concepção do referido princípio não se restringe a obtenção do título, chegou-se à conclusão da inadequação da defesa coletiva na fase de execução por motivo diversos.

Apesar da abertura da legitimidade na forma coletiva ter sido em prol do alcance do acesso à justiça, a adoção da substituição processual na fase de execução mitiga tal acesso, haja vista que a vedação de prática de ato de disposição

por parte do substituto processual, exclui a possibilidade da adoção de meios alternativos de resolução de conflito.

Nesse sentido, chegou-se a conclusão que a defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos, através da legitimação extraordinária na fase de execução não atende aos requisitos perseguidos pela tutela coletiva no sentido de assegurar segurança jurídica, celeridade, economia processual e acesso à justiça.

Além do mais, no decorrer da dissertação, já no capítulo cinco, verificou-se, no próprio judiciário, uma superação dos valores paternalistas que levaram o Supremo Tribunal Federal a outorgar a tutela coletiva dos direitos na fase de execução.

Tal superação ocorreu com o julgamento do REsp n. 1.243.887/PR – representativo de controvérsia, no qual o Superior Tribunal de Justiça, ciente do panorama acima delineado e com fundamento da legislação atinente à proteção dos direitos individuais homogêneos, consolidou o entendimento que é possível o ajuizamento da execução individual de título coletivo no foro do domicílio do substituído.

A partir do confronto dos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, constatou-se que, apesar de tratar de institutos diferentes – legitimidade e competência, respectivamente - as interpretações realizadas são no sentido de ampliar o poder de defesa do direito individual homogêneo dos substituídos. Porém, em sentidos opostos.

Em vista disso, tornou-se patente a evolução dos fatos e valores sociais que conferiu a abertura interpretativa da legitimidade dos entes coletivos na fase de execução, visto que aquele cidadão que antes não possuía capacidade para avaliar os seus adequados para proteção do seu direito a ponto de justificar a interferência de terceiro na defesa do seu próprio bem, agora é o protagonista da defesa de seu direito.

Contudo, constatou-se que a interpretação dos mencionados Tribunais Superiores necessita de harmonização, sob pena de impactar de forma negativa na

paridade de arma das partes, na prestação jurisdicional e, por via de consequência, no acesso à justiça dos exequentes/substituídos

Tal conclusão foi depreendida a partir da verificação da possibilidade da propositura de execução por substituição processual, sem a necessidade de autorização dos beneficiários e, ao mesmo tempo, a possibilidade de propositura e execuções individuais no foro do domicílio dos exequentes/substituídos, o que poderá ocasionar uma quantidade de ações desnecessárias, em virtude da falta de comunicação entre os substituídos e substitutos.

Diante da possibilidade de coexistência de execuções coletivas e execuções individuais, verificou-se um crescente ônus para parte ré, no que diz respeito a identificação de litispendência, coisa julgada ou outro tipo de exceção, além da possibilidade, no caso de identificação de tais prejudiciais, de alegações intermináveis de incidentes que repercutiram na duração razoável do processo, elemento este informador da garantia de acesso à justiça assegurada aos substituídos/exequentes.

Arremata-se, então, como última conclusão que a constatação de equívoco na aplicabilidade da diretiva interpretativa, bem como a superação dos valores que nortearam o Supremo Tribunal Federal no julgamento do precedente, propõe-se uma mudança de entendimento para entender como adequada a utilização da representação processual na fase de execução.

Isso porque, a autorização do beneficiário do título coletivo para a propositura de execução, além de preservar a individualidade do verdadeiro titular do direito, evitaria demandas desnecessárias, além de permitir ao ente coletivo que agregue todos os poderes necessários para uma defesa efetiva.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Tradução de Vírgilio Afonso da Silva. São Paulo Malheiros EDITORES, 2008.

ALVIM, Thereza. **O direito processual de estar em juízo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tulio Liebman; v. 34).

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. Estudos sobre a substituição processual no Direito Brasileiro. **Revista dos Tribunais** 438/23-35.

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

ARENHART. Sérgio Cruz. **A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnias, in Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo Editora RT, 2007.

_____. **A Tutela Coletiva de Interesses Individuais: Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.

ARRUDA ALVIM, Substituição Processual – Doutrinas Essenciais de Processo Civil. v. 3, p. 435/out/2011DTR\2012\1707. **Revistas dos Tribunais**, RT 426/20, abr.1971.

_____. Anotações sobre as Perplexidades e os Caminhos do Processo Civil Contemporâneo - Sua Evolução ao lado do Direito Material, **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, RT, v. 2, p. 75-99, 1992.

_____. **Código de Processo Civil Comentado. v. I**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 1975. p. 429-430.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito. **Temas de Direito Constitucional**, Tomo IV. Rio de Janeiro. São Paulo. Recife: 2009.

_____. A doutrina brasileira da efetividade, **Temas de Direito Constitucional**, T.III. Rio de Janeiro. São Paulo. Recife: 2005.

_____. Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. **Revista de Direito do Estado** Ano 3, n 10:25-66 abr./jun. 2008.

BASSO, Guilherme Mastrichi, Da Pertinência do Cancelamento do Enunciado 310 do TST, **Revista do TST**, Brasília, 63, 136-142, 1994.

BENJAMIN, Antonio Hernan; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **A insurreição da aldeia global contra processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor**, 1995;

BOBBIO, Noberto. **As ideologias e o poder em crise**. Tradução de João Ferreira; revisão técnica Gilson César Cardoso. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 4. edição, 1999

BORBA, Joselita Nepomuceno. **Efetividade da tutela coletiva**. São Paulo: LTr, 2008;

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pesquisas Judiciárias**. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 210.029-RS. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Diário Justiça Eletrônico. 17 de agosto de 2007. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br>>Acesso em: 17. Jun.2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 213.111-RS. Relator Ministro. Carlos Brito. Diário Justiça Eletrônico. 17 de agosto de 2007. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br>>Acesso em: 24. ago.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 720.839/PR. Terceira Seção. Relator Ministro Felix Fischer. Diário da Justiça Eletrônico 02 de outubro de 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 720.839/PR. Quinta Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. Diário da Justiça Eletrônico. 20 de junho de 2005

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 760.840/PR. Corte Especial. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Diário da Justiça Eletrônico. 14 de dezembro de 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1243887/PR. Corte Especial. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Diário da Justiça Eletrônico. 12 de dezembro de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Conflito de Competência nº 131.631/DF. Primeira Seção. Relator Ministro Herman Benjamin. Diário da Justiça Eletrônico. 21 de março de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1098242/GO. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Diário da Justiça Eletrônico. 28 de outubro de 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 96.682/RJ. Terceira Seção. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Diário da Justiça Eletrônico. 23 de março de 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 938.951/DF. Segunda Turma. Relator Ministro Humberto Martins. Diário da Justiça Eletrônico. 10 de março de 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 700.206/MG. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. Diário da Justiça Eletrônico. 19 de março de 2010

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 347.752/SP. Segunda Turma. Relator Ministro Herman Benjamin. Diário da Justiça Eletrônico. 04 de dezembro de 2009

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 766.134/DF. Primeira Turma. Relator Ministro Francisco Falcão. Diário da Justiça Eletrônico. 27 de agosto de 2008

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.353.801/RS. Primeira Seção. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Diário da Justiça Eletrônico. 23 de agosto de 2013

BRASIL. Lei 7.788, de 3 de julho de 1989. Dispõe sobre a política salarial e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7788.htm>. Acesso em: 20 dez. 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 7 ed. Malheiros, 1997.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 18 jul. 2013

CAMPOS JÚNIOR, Efraim de. **Substituição Processual**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1985.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2 ed. Coimbra: Editora Almedina, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones Del Proceso Civil**. Traducción de La Quinta Edición italiana por Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1975.

CARVALHO, Fabiano. Incompetência relativa: a influência do direito do consumidor na reforma do CPC. In: CARVALHO, Fabiano; e BARIONI, Rodrigo (Coord.) **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade**. v. I. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

_____. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 130, jan./mar.1977

_____; GARTH, Bryant. Acesso a justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual civil**, Vol. II – A relação processual ordinária de cognição – as relações processuais. Edição Saraiva: São Paulo, 1965.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Limites Subjetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **“Class Action” e Mandado de Segurança Coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990.

CUNHA, Alcidez A. Munhoz da. Evolução das Ações Coletivas no Brasil. **Revista de Processo**. v. 77, 1995.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 141 -174

DEMO, Roberto Luis Luchi. **Liquidação, execução e cumprimento da tutela coletiva referente aos direitos individuais homogêneos: uma análise a partir do direito posto e do direito proposto**. II Jornada de Direito Processual Civil. Escola de Magistratura Federal da 1ª Região, Brasília, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2001;

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**: o dicionário de língua portuguesa/ Aurélio Buarque de Holanda; coordenação de edição Marina Baird Ferreira. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira, **Revista de Direito Administrativo**, FGV Editora Direito Rio: janeiro/abril 2009;

GARBAGNATTI, Edoardo, **La Sostituzione Processuale**, Milao, Dott. A Giuffre, 1942.

GIDI, Antônio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Coisa Julgada e litispendência em ações coletiva**. São Paulo: Saraiva: 1995

GIUSSIANE, Andrea. **Studi sulle "class actions"**, Millão: Editora Giffre, 1996.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel e Favreto, Rogério. Anotações sobre o projeto da nova lei da ação civil pública: principais inovações, **Revista de Processo** 176, outubro de 2009, p. 180

GONÇALVES, Aroldo Plínio. Sindicato e Substituição Processual. **Revista de Direito do Trabalho**. v. 126, p.11, abr./2007.

GONZAGA, Márcio de Borba. O acesso à efetiva tutela jurisdicional como um direito fundamental do jurisdicionado. **Revista do Curso de Direito da FSG**. Ano 2, n. 4, jul./dez. 2008 Disponível em:

<<http://ojs.fsg.br/index.php/direito/article/viewFile/106/114>> Acesso em: 8 ago. 2013

GRINOVER, Ada Pellegrini. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e WATANABE, Kazuo (coords). **Anotações sobre a liquidação e a execução das sentenças coletivas, Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. RT: São Paulo, 2007.

_____. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Editora, 2004

GRINOVER, Ada Pellegrini, Kazuo Watanabe e Linda Mullenix. **Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law**: uma análise de direito comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 3. ed. rev., atual e apml.-São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.374/1985 e legislação complementar**. 10 ed. ver e atual São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007;

_____. **Sobre a legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos. Ação Civil Pública: Lei 7.374/1985: reminiscências e reflexões após 10 anos de aplicação – coordenador Edis Milaré**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995

_____. **Interesse difusos: conceitos e legitimação para agir**. 5 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002

MARASCA, Elisangela Nedel. Meios Alternativos de Solução de conflito como forma de acesso a justiça e efetivação da cidadania. **Revista Direito em Debate**. Ano XV, n. 27,28, jan.jun./jul.-dez.2007. p. 33-59.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O Sistema Constitucional Brasileiro**, 2012

_____. **Precedente Obrigatórios**. 3. Ed. São Paulo: Ed RT, 2013;

_____. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2013

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. **Revista de Processo**. v. 209/2012, p. 243. Jul/2012DTR\2012\44846.

_____. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Comentário ao Código de Processo Civil**, t. I, Editora Forense, 1974.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

_____. **Dialogo das fontes e formas de tutela jurisdicional no Código de Defesa do Consumidor**, In: CARVALHO, Fabiano; e BARIONI, Rodrigo

(Coord.) **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2008.

MENDES, Alúcio Gonçalves de. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2010.

MORAIS, Vânia Cardoso André. **Demandas repetitivas decorrente de ações ou omissões da administração pública: hipótese de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição**. Brasília: CJF, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro: exposição temática de procedimentos**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Ação civil pública e a língua português. In: MILARE, Edis (Coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347.85, 15 anos**, 2. ed., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V15. d. Rio de Janeiro: Forense, 2009. . 580. Vol.

_____. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revistas dos Tribunais** 404/9.

NEVES, Celso. Legitimação processual e a nova Constituição. **RePro**, 56/50, São Paulo, 1989.

NUNES, Jorge Amaury Maia Nunes. **Segurança Jurídica**. Revista de Estudantes de Direito da UnB. 6. ed. 2007. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-dos-estudantes-de-direito-da-unb/6a-edicao/seguranca-juridica/>. Acesso em 21/jan/2014

PASSOS, J.J. Calmon de. **Substituição processual e interesses difusos, coletivos e homogêneos: vale a pena “pensar” de novo**. ADV Advocacia Dinâmica: seleções jurídicas, n. 3, p. 25-31, mar. 1993.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A Natureza Jurídica do Direito Individual Homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de Acesso à Justiça**. 1 edição. Rio de Janeiro. Editora Forense: 2002.

_____. **A tutela coletiva no Brasil e a sistemática dos novos Direitos**. **Revista Diálogo Jurídico**. N. 15 – janeiro/fevereiro/março de 2007. Salvador. Bahia Disponível em: <
http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/A_tutela_coletiva_e_os_novos_direitos_DJ15.pdf> Acesso em: 23 jul. 2013.

PIZZOL, Patrícia. **Liquidação nas ações coletivas**. São Paulo: Lejus, 1998

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**, v. 25, 3. ed. Editora Revista dos Tribunais, 1975

SHIMURA, Sérgio. **Tutela Coletiva e sua efetividade**. Editora Método, São Paulo, 2006.

SOUZA, Gelson Amaro de. **Coisa julgada e execução individual na ação coletiva**. Processos Coletivos, Porto Alegre, v. 1, n. 4, 01 jul. 2010. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=49> Acesso em: 10 jun. 2011

STURZENEGGER, Ricardo Luiz Bluindi. **Execução coletiva de direitos individuais**: uma leitura crítica a partir da autonomia da vontade. Dissertação de mestrado. Instituto de Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2011.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. **A Legitimação Ativa nas Ações coletivas**: Um contributo para o estudo da substituição processual. Tese (Doutorado)– Faculdade de Direito, UFMG, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/DIRE-5SFJMX>>. Acesso em: 15 dez. 2013

TEPEDIDO, Gustavo. A Questão ambiental, o Ministério Público e as ações Cíveis Públicas. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TREBILCOCK, M.J. **The limits of freedom of contract**. Second printing. Cambridge. Massachussets:Havard University Press, 1997

VENTURI, Elton. **Execução da Tutela Coletiva**. Ed. Malheiros, 2000.

_____. **Processo Civil Coletivo**. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. Ed. Malheiros, São Paulo, 2007.

VINHEIRA, Oscar Vilhena *Supremocracia*: vícios e virtudes republicanas. 2009. Disponível em: < <http://direitoestado.blogspot.com.br/2009/06/supremocracia-vicios-e-virtudes.html>>. Acesso em: 08. Ago. 2013

WATANABE, Kazuo. **Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis oreense**. In: **Direito do Consumidor**: tutela das relações de consumo. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011. – (Coleção doutrinas essenciais; v.6)

_____. **Da cognição no processo civil**. 4. ed. revista e atualizada, São Paulo: RT, 2012

WOLKMER, Antonio Carlos, LEITE, José Rubens Morato. **Os novos Direitos no Brasil – natureza e perspectivas**, São Paulo, Saraiva, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela coletiva de Direitos. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de processo**, v. 78, p. 42. São Paulo: Ed. Rt, abr-jun. 1995.

_____. **Reforma do processo coletivo**: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivos/coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ZANETI, Hermes. **Os direitos individuais homogêneos e o neoprocessualismo**
In: O novo processo civil coletivo Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.