

Repensando os direitos individuais homogêneos nos 30 anos da Constituição¹

Helena Campos Refosco²

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

A celebração dos 30 anos da Constituição Federal convida à reflexão sobre o fortalecimento que ela propiciou aos novos direitos e formas de tutela coletiva.³ Essa importante inovação mostra que, já em 1988, eram evidentes as transformações sociais que levaram à massificação das relações e à conseqüente necessidade do instrumental coletivo.⁴ A modernização da sociedade, a urbanização, a industrialização, a burocratização e o incremento das relações bancárias e de consumo, acarretaram o aumento da demanda por justiça. Outros fatores também contribuíram: o crescimento da população, das taxas de escolaridade, da conscientização de direitos, do número de advogados, a democratização do país e o surgimento de novos direitos (GALANTER, 2010).

¹ Este artigo inspira-se, parcialmente, nas reflexões do livro “Ações Coletivas e Democratização do Acesso à Justiça”, fruto de minha tese de Doutorado, desenvolvida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP e na Faculdade de Direito de Harvard, onde fui recebida como *Visiting Researcher* (REFOSCO, 2018). A responsabilidade pelo teor deste artigo e por eventuais equívocos é exclusivamente minha. Agradeço aos Professores Jean-Paul Veiga da Rocha, Oscar Vilhena Vieira, Owen Fiss e Ricardo Lewandowski, por instigarem algumas das reflexões essenciais para a redação deste artigo, e a Regina Helena Refosco pela revisão.

² Doutora em Direito (USP, 2017). Pesquisadora Visitante na Faculdade de Direito de Harvard (2015/2016). Juíza Auxiliar no Supremo Tribunal Federal (2017-presente) – Gabinete do Ministro Ricardo Lewandowski.

³ Conforme Barbosa Moreira, “[...] o fenômeno das ações coletivas, que nesta Constituição assume dimensões até então desconhecidas do Direito Constitucional brasileiro, se manifesta, na verdade, sob duas formas. De um lado, temos figuras processuais específicas de ações coletivas: o mandado de segurança coletivo, previsto no art. 5º, LXIX; a ação popular, prevista no mesmo art. 5º, LXXIII, e a ação civil pública, objeto da disposição do artigo 129, III, e de seu § 1º. De outro lado, temos também a manifestação desse fenômeno em termos genéricos, por assim dizer, para qualquer ação, como se infere do art. 5º, XXI, que legitima entidades associativas, mediante autorização expressa, a litigar, em Juízo, por direitos de seus associados; e ainda no art. 8º, VI, que cuida da possibilidade de os sindicatos litigarem, em Juízo, em prol dos direitos e interesses das categorias profissionais que representam direitos e interesses gerais ou mesmo individuais.” (MOREIRA, 1991, p. 190).

⁴ Nas sociedades de massas a produção, o consumo, a mídia e as relações são massificadas e impessoais (GINER, 1976). Interesses de massa, segundo Ada Pellegrini Grinover, comportam ofensas “que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas” (GRINOVER, 2008, p. 226).

Apesar do fortalecimento dos direitos e instrumentos coletivos pela via constitucional, dificilmente se pode afirmar que o sistema de Justiça brasileiro tenha, efetivamente, incorporado o ideal de acesso à Justiça correspondente à coletivização de direitos: a representação adequada de interesses. As possíveis explicações para isso se relacionam tanto a falhas no desenho institucional do processo coletivo quanto à cultura jurídica brasileira, apegada ao individualismo e à enraizada desigualdade econômica e social. Disso resulta um quadro de persistente exclusão, que contraria determinações constitucionais claras no sentido da garantia do acesso efetivo à Justiça,⁵ bem como de inclusão econômica e social.

Foi, sobretudo, a partir da nova Constituição que o Poder Judiciário passou a ser convocado a resolver sobre políticas públicas fundamentais, bem como sobre grandes dilemas regulatórios. A dogmática jurídica ainda não apresentou respostas e soluções à altura dos novos desafios. Está por ser desenvolvida uma doutrina processual sofisticadamente instrumental para, de maneira segura, efetivar direitos coletivos.

Diante disso, pergunta-se: como pode o Judiciário ocupar um lugar responsivo ao clamor social por mais e melhor acesso à Justiça?

Ante as muitas respostas possíveis, este trabalho objetivou apresentar uma delas, referente ao papel da dogmática processual e da jurisprudência na reinterpretação dos direitos individuais homogêneos, cuja reivindicação serve de esteio a incontáveis ações repetitivas (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JUNIOR, 2016, p. 173), haja vista a dificuldade de solução de tais conflitos pela via coletiva.

⁵ Art. 5º, XXXV, da Constituição. Neste ponto, insta ressaltar que é preciso ter cautela para não aceitar o discurso do excesso de litigiosidade de forma acrítica, desconsiderando-se o paradoxo apontado por Maria Tereza Sadek de que no Brasil há “demandas de menos e demandas de mais” (SADEK, 2004, p. 86). A repetição do discurso de excesso de litigiosidade interessa a grandes organizações burocráticas, que, uma vez fechadas as portas da Justiça, podem evitar as consequências jurídicas de suas políticas empresariais. Ugo Mattei descreve com precisão o problema: “Only in very recent times have some scholars become aware of the fact, in the years of the demise of the Welfare State, that access to justice had been transformed into a non-issue (as witnessed by the disappearance of all the scholarly literature) and substituted by a quite opposite and almost certainly ‘invented’ problem, that of ‘litigation explosion’. Accordingly, the solution to the flood of litigation was closing the doors of adversary justice to everybody, in particular to weaker market actors and the development of a new ‘industry’, that of ADR governed by the ideology of harmony and social peace.” (MATTEI, 2007, p. 5) Mattei concluiu que “[...] litigation explosion is more of an issue of perception (often encouraged by propaganda) than of reality” (MATTEI, 2007, p. 5-9). Na configuração brasileira, o que se verifica é que os números superlativos da litigiosidade revelam que alguns setores – que compõem o grupo dos litigantes habituais – consomem significativamente a capacidade da Justiça, o que dificulta sua atuação na defesa de direitos, constituindo “evidência de situações perniciosas, tanto no que se refere à deturpação das atribuições do Poder Judiciário, quanto no aumento das dificuldades de democratização do direito de acesso à justiça” (SADEK, 2014, p. 60).

Para tanto, o caminho a ser percorrido será o de, primeiramente, apresentar as bases teóricas que justificam a crença, também abraçada pelo legislador constituinte, de que o processo coletivo poderia congrega interesses e demandas individuais em prol de uma solução uniforme, menos custosa e mais equânime para causas coletivas. Em segundo lugar, sustentar-se-á a natureza coletiva, e não individual, dos direitos individuais homogêneos, ao contrário do entendimento prevalente na dogmática e na jurisprudência brasileiras. A seguir, apresentar-se-á breve perspectiva comparada com o sistema processual coletivo estadunidense. Ao final, serão expostas as conclusões.

1. Litígio de interesse público e ação coletiva

Marc Galanter foi pioneiro na demonstração de que, na atual configuração da sociedade, a ação individual tende a perpetuar injustiças, porque os litigantes habituais gozam de vantagens a que os litigantes eventuais não têm acesso (GALANTER, 1974). Ele forneceu diversos exemplos dessas vantagens, como (i) *expertise* em razão da grande quantidade de litígios semelhantes; (ii) economias de escala; (iii) influência no desenvolvimento normativo por meio de grupos de pressão; (iv) possibilidade de arcar com perdas momentâneas em detrimento de sucessos futuros, o que poderá levar os litigantes habituais a fazer acordos em casos nos quais tenham menor chance de ganhar e levar às instâncias superiores as ações cujo prognóstico de resultado lhes seja mais favorável; (v) facilidade na contratação dos melhores advogados, devido à comum sobreposição dos poderes econômico e jurídico; (vi) o privilégio de que gozam esses advogados, por enfrentarem uma multiplicidade de ações repetidas, de aprender com seus erros, podendo corrigi-los na redação de futuros contratos e evitá-los nas ações judiciais seguintes.

Nesse sistema, os litigantes habituais eventualmente arcam com derrotas esporádicas, porém, no final do dia, são os grandes vencedores, já que os precedentes tendem a lhes ser favoráveis. As vantagens estratégicas dos litigantes habituais são, segundo Galanter, potencializadas pela passividade e pelo custo de acesso aos tribunais, bem como pelas sobrecargas de processos e por atrasos nos julgamentos.

Marc Galanter aponta o fortalecimento da ação coletiva, especialmente da *class action* estadunidense, como uma das principais soluções para equalizar a desigualdade de posições estratégicas das partes. Para Galanter, a *class action* eleva os riscos do litigante habitual, reduzindo

suas vantagens estratégicas, e serve como instrumento de coesão de grupos de litigantes eventuais, que, unidos, passam a atuar de modo coordenado e jogar com estratégias de longo prazo, bem como a desfrutar de serviços jurídicos de primeira qualidade.

Galanter escreveu seu texto sob o influxo de um novo tipo de demanda que emergiu devido aos processos de industrialização, urbanização e burocratização do século XX, que Abram Chayes designou como *litígio de interesse público* (CHAYES, 1976). Esse tipo de lide diz respeito às políticas públicas ou regulatórias que incidem nas relações – fundamentais na vida contemporânea – entre cidadãos e grandes organizações burocráticas.

Dado seu caráter abrangente e sistemático, os resultados do litígio de interesse público não são restritos às partes, mas, ao contrário, pautam o comportamento da burocracia estatal ou regulatória, afetando toda uma classe de pessoas. Assim, diferentemente do litígio típico do século XIX, bilateral e retrospectivo, o litígio do século XX passa, graças ao tipo de relação massificada e de adesão que as pessoas mantêm com as grandes organizações burocráticas que regem a vida moderna, a retratar descontentamentos coletivos.

Segundo Chayes, esta nova configuração do litígio demanda do Judiciário uma mudança de atuação, haja vista que mesmo ações individuais têm óbvios impactos em quem não está representado em juízo, e não apenas por força do precedente, mas porque muitas vezes a disputa se dá sobre a forma como projetos de governo serão executados.

Em sentido semelhante a Galanter, Abram Chayes aponta as vantagens da *class action* na sociedade cada vez mais regulada do século XX, por permitir que grupos sejam representados, pelo seu caráter prospectivo, pela postura ativa que exige do juiz e por conferir-lhe melhores condições de avaliar a política governamental em questão, posicionando-se corretamente sobre o litígio. Para Chayes, a importância da *class action* decorre da conscientização de que muitas interações sociais importantes são conduzidas de forma burocratizada.

A partir das reflexões de Chayes, Owen Fiss critica a idealização da atuação individual em juízo de cada cidadão impactado por uma determinada conduta. Para Fiss, o ideal de participação individual não se ajusta à realidade econômica e social burocratizada e vertical da atualidade, em que o indivíduo tem um poder formal, mas não real, para reagir aos abusos das organizações de grande porte (FISS, 2004, p. 85). Nessas condições, ressalta Fiss, o axioma da participação individual no processo não logra proteger de forma efetiva o indivíduo, por

se basear em uma realidade antiga, em que relações prevalentes eram horizontais e os relacionamentos interpessoais eram mais igualitários do que são hoje.

Ao examinar os dois modelos de litigância, Fiss esclarece que, embora ambos sejam válidos e legítimos, o modelo estrutural, que se contrapõe ao de resolução de disputas bilaterais, é o mais compatível com a função social do Poder Judiciário de dar concretude a valores públicos, constantes da lei e da Constituição, no contexto do Estado burocrático contemporâneo. O paradigma do processo estrutural, para ele, recoloca o Poder Judiciário no centro do poder governamental, partindo da convicção de que a realidade atual precisa ser modificada, de que a distribuição de poder e privilégios na sociedade não é satisfatória e de que a mudança social só é possível se as organizações burocráticas que definem o status quo forem reestruturadas.

Assim como nos Estados Unidos – EUA, de onde provêm as reflexões de Galanter, Chayes e Fiss, também no Brasil houve uma grande transformação no perfil do litígio, que se transmudou de lide tipicamente individual em demanda repetitiva, a qual em tudo se aproxima do litígio de interesse público.⁶ Portanto, as ressalvas desses autores quanto à ação individual também devem ressoar no Brasil, onde o Direito parece ignorar “a existência tanto do Estado burocratizado, despersonalizado e onipotente quanto da grande empresa e dos grupos econômicos” (FARIA, 1987, p. 56).

A Reforma do Judiciário, idealizada para resolver, dentre outras questões, também a falta de acesso à Justiça, previu mecanismos de fortalecimento de precedentes para lidar com a crescente litigiosidade repetitiva. O sistema de precedentes judiciais garante, em princípio,

⁶ Segundo o relatório “100 Maiores Litigantes de 2010”, representantes dos setores público, bancário e de telefonia respondem por “95% do total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais. Desses processos, 51% têm como parte ente do setor público, 38% empresa do setor bancário, 6% companhias do setor de telefonia e 5% de outras empresas” (BRASIL, 2011, p. 15). Também de acordo com esse relatório, setor público, bancos e telefonia representam 94% do total de processos dos 100 maiores litigantes da Justiça Estadual, que é o setor mais sobrecarregado da Justiça nacional. O relatório “100 Maiores Litigantes de 2011” complementou a pesquisa do ano anterior por adotar metodologia diversa, que possibilitou infirmar a “ideia de que os bancos estão entre os maiores litigantes por conta dos sobreditos conflitos advindos dos planos econômicos ocorridos há tempos no país” (p. 32). Pelo novo critério estabelecido, foram examinados processos distribuídos na primeira instância da Justiça Comum e nos Juizados Especiais dos 56 tribunais integrantes do SIESPJ, no interregno decorrido entre 1º de janeiro e 31 de outubro de 2011. Apurou-se que os litigantes habituais apontados na pesquisa de 2010 (o setor público, os bancos e a telefonia) continuaram a liderar a litigiosidade brasileira, porque o número de processos distribuídos pelos setores em que atuam foi responsável por aproximadamente 35,5% do total de processos distribuídos nesse período, se considerado o volume consolidado relativo à Justiça Estadual, Federal e do Trabalho (BRASIL, 2012)

maior uniformidade decisória e segurança jurídica. Entretanto, esse sistema não é desenhado para equalizar a desigualdade estrutural entre as partes, deixando de contribuir para a produção de maior justiça social. Além disso, esse sistema requer a participação ativa em juízo de cada um dos litigantes eventuais na solução dos problemas individuais, esbarrando no desalento e na falta de condições de acessar à justiça. Vale ressaltar que a propositura de uma ação judicial é, para a maioria das pessoas, uma experiência estressante e que será evitada, salvo se o potencial benefício for considerável (YEAZELL, 2012, p. 279).

A função de prevenção geral da ação judicial fica diminuída num contexto em que grandes lesões a direitos serão parcialmente reparadas. Assim, a lógica da demanda individual nas violações maciças não soluciona o problema da desigualdade de posições de atores no processo, nem a maior permeabilidade do sistema jurídico aos litigantes habituais.

Sob a ótica da eficiência no gasto público, também a solução encontrada não é a melhor, já que, salvo quando um direito for reconhecido como indevido, mais e mais ações tenderão a ser propostas. Como grandes violações fazem parte da vida contemporânea, preciosos recursos públicos serão gastos na manutenção de um sistema judiciário inchado de demandas repetitivas. Por força desse *design* institucional, escolhas trágicas (CALABRESI; BOBBITT, 1978) de alocação de recursos públicos escassos são feitas de formas socialmente questionáveis.

A situação agrava-se em relação aos litígios relativos a direitos sociais, porque neles há uma segunda complexidade para além da desigualdade inerente à posição dos litigantes habituais diante dos eventuais: a concorrência entre diferentes grupos de litigantes eventuais por tais direitos providos pelo Estado. A escassez de recursos públicos destinados à realização dos direitos sociais, conjugada com o maior acesso à Justiça de grupos privilegiados, pode provocar distorções na implementação desses direitos, excluindo de seu gozo justamente os mais pobres.⁷

⁷ Na lição de Carlos Portugal Gouvêa, a utilização do litígio individual pelas classes privilegiadas capturou o discurso de defesa de direitos econômicos e sociais, de forma tal que estes direitos, cuja função é de redução de desigualdade econômica, subsidiaram decisões judiciais que não contribuem para esta função e que por vezes até mesmo agravaram a desigualdade econômica. Isto decorre, segundo o autor, de um fator local, o patrimonialismo brasileiro, e de um fator estrutural, que consiste no fato de que, ao se tutelar judicialmente direitos sociais como se fossem individuais, é inevitável que grupos com mais recursos jurídicos e econômicos tenham maior acesso a estes direitos, invertendo a lógica mesma dos direitos sociais, que é de redução de desigualdade (PORTUGAL GOUVÊA, 2013, p. 460-461).

2. Natureza ontológica dos direitos individuais homogêneos

A estruturação da ação coletiva no Brasil embasou-se na tripartição dos direitos: difusos, coletivos e individuais homogêneos (vide art. 81 do Código de Defesa do Consumidor – CDC). De acordo com essa segmentação, os direitos individuais homogêneos são, segundo a visão majoritária, essencialmente individuais e acidentalmente coletivos.⁸ Nesse arranjo, é o próprio titular do direito que tem precedência na sua tutela jurídica, a despeito de um suposto favor legal que permite a tutela coletiva.⁹ Assim, à indivisibilidade dos direitos coletivos contrapõe-se a divisibilidade dos direitos individuais homogêneos.

Essa definição dada aos direitos individuais homogêneos é formalmente compatível com o art. 81 do CDC, que se refere brevemente a interesses ou direitos individuais homogêneos como os decorrentes de origem comum, ao mesmo tempo em que acentua a característica indivisível dos direitos difusos e coletivos (GRINOVER; WATANABE; NERY JUNIOR, 2011, p. 81). Assim, uma primeira conclusão possível seria a indispensabilidade de uma reforma legal para eliminação da distinção.

Essa reforma é, efetivamente, desejável. Entretanto, enquanto não for concretizada, cabe ao intérprete dar a significação mais apropriada às novas realidades que se apresentam. Desde a edição do CDC evidencia-se, cada vez mais, a mudança no perfil do litígio. Episódios de litigiosidade repetitiva recentes demonstram a imperiosidade de novas interpretações.

Ilustrando o papel construtivo do intérprete da lei, Kazuo Watanabe, utilizando como ponto de partida a natureza da relação jurídica material, concluiu pela incindibilidade das demandas relativas à regula-

⁸ Para Teori Zavascki, “[...] os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera e nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles. Para fins de tutela jurisdicional coletiva, não faz sentido, portanto, sua versão singular (um único direito homogêneo), já que a marca da homogeneidade supõe, necessariamente, uma relação de referência com outros direitos individuais assemelhados. Há, é certo, nessa compreensão, uma pluralidade de titulares, como ocorre nos direitos transindividuais; porém, diferentemente desses (que são indivisíveis e seus titulares são indeterminados), a pluralidade, nos direitos individuais homogêneos, não é somente dos sujeitos (que são determinados), mas também do objeto material, que é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas, com titularidade própria. [...] Direitos ou interesses coletivos (*lato sensu*) e direitos ou interesses individuais homogêneos, constituem, portanto, categorias de direitos ontologicamente diferenciadas” (ZAVASCKI, 2005, p. 27-28).

⁹ Muitos autores compartilham este ponto de vista; e.g., Teresa Arruda Alvim Wambier diferencia os direitos coletivos dos direitos individuais homogêneos, os quais “como se diz, são coletivos ‘por acaso’, ou circunstancialmente” (WAMBIER, 2014, p. 98).

ção estatal de atividades econômicas, como seria o caso, por exemplo, de demandas impugnativas à cobrança de tarifas de assinatura telefônica. Para Watanabe, as concessionárias dos serviços públicos regulados são sujeitas a políticas regulatórias aplicáveis uniformemente a todos os usuários, dado que alterações nas relações individuais afetam o equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão. Ele sustenta, por isso, ser incidível e unitária a relação jurídica material, sendo judicializável apenas pela via coletiva, ainda que os direitos em litígio sejam, incontestavelmente, direitos individuais homogêneos (WATANABE, 2006, p. 33).

Entretanto, negar ao usuário o direito à impugnação judicial de sua relação com a concessionária pela via da ação individual implica fragilizar ainda mais a posição dos litigantes eventuais, os quais, não tendo legitimidade ativa para ingressar com ações coletivas, ficariam dependentes de que um dos legitimados ativos o fizesse.

Por outro lado, tratar os direitos individuais homogêneos como genuinamente individuais denota distanciamento da realidade de massificação e burocratização das relações contemporâneas. Por esse motivo, discorda-se da ênfase que essa definição coloca na independência e divisibilidade dos direitos individuais homogêneos à luz de uma realidade burocratizada como a brasileira do século XXI.

Tendo em mente o impacto das demandas repetitivas no comportamento da burocracia estatal ou regulatória, é forçoso reconhecer que o julgamento de ações individuais implica uma série de consequências também para os que não litigam. Todas essas circunstâncias enfraquecem o argumento da independência e divisibilidade dos direitos individuais homogêneos. Some-se ao que foi dito o risco de desprestígio do Poder Judiciário decorrente do tratamento desigual de milhares ou milhões de usuários do mesmo serviço público ou regulado.

Do mesmo modo, a indivisibilidade apontada como característica dos direitos difusos pode ser entendida mais como um argumento de política judiciária - para evitar a multiplicação de ações judiciais relativas a alguns direitos, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da Constituição) - do que como um dado de realidade.

Tal como há diferentes graus de lesão aos direitos das pessoas quando ocorre um acidente ambiental (SALLES, 2014a, p. 192), também o dano patrimonial causado por uma grande organização bancária contra seus correntistas é infligido à população em diversos graus, visto que, além de eventuais prejuízos concretos, também a confiabilidade do sistema jurídico de proteção ao consumidor bancário é posta em cheque.

Nesse aspecto, o dano é global e sentido por todos os membros da sociedade, e não apenas pelos correntistas lesados pela instituição bancária.

Daí Kazuo Watanabe argumentar que existem atualmente demandas pseudoindividuais (WATANABE, 2006), corroborando o ponto de vista de que a divisibilidade ou indivisibilidade dos direitos, numa sociedade massificada e burocratizada, é critério questionável para a divisão dos tipos de direitos coletivos. Assim como a indivisibilidade de alguns dos direitos coletivos é artificial e convencional, e não natural, o mesmo pode ser dito da divisibilidade dos direitos individuais homogêneos.

Diante da realidade social e econômica contemporânea, este trabalho sustenta que, apesar de sua nomenclatura, direitos individuais homogêneos são ontologicamente coletivos, e não genuinamente individuais. Essa mudança dogmática se mostra apta a fortalecer o processo coletivo, no qual, idealmente, deve ser dada prioridade à garantia de representatividade dos interesses das coletividades, e não à participação individual de cada membro da coletividade no processo.

A tutela dos direitos individuais homogêneos visa resguardar direitos de toda a coletividade. Comprovação jurídica relevante do caráter coletivo desses direitos reside no teor do art. 100 do CDC, que, a despeito de situado no capítulo referente aos direitos individuais homogêneos, prevê a possibilidade de liquidação e execução coletiva do dano, bem como de reversão dessa indenização para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, caso não haja habilitados individuais em número compatível com a gravidade do dano.

Nesse sentido, Eduardo Talamini afirma que:

A ação coletiva de tutela de direitos individuais homogêneos como um todo e especificamente o mecanismo do artigo 100 do Código do Consumidor são a resposta que o ordenamento processual dá a uma demanda, uma necessidade, que provém do direito material. Na sociedade de massas, é um valor jurídico-material relevante – consubstanciado em interesse difuso titularizado pela coletividade – coibir condutas ilícitas geradoras de lesões multitudinárias. [...] A coletividade também tem o direito à segurança jurídica, à previsibilidade de consequências, ao tratamento isonômico. Todos esses interesses difusos estão também subjacentes aos conflitos de massa (i.e., casos de direitos individuais homogêneos) (TALAMINI, 2016, p. 119-120).

Concorda-se plenamente com a lição de Talamini, que reconheceu ter-se inspirado na reflexão pioneira de Alcides Alberto Munhoz da Cunha (CUNHA, 1995). Fernando Gajardoni, ao ressaltar que as lesões massificadas a bens jurídicos geram uma sensação de impunidade em toda a sociedade, explica que ações relativas a direitos individuais homogêneos não tutelam apenas o direito dos particulares atingidos, mas

servem para o próprio controle e aplicação do direito objetivo. O restabelecimento da ordem jurídica, diante da violação dos direitos/interesses de uma gama de indivíduos (violação homogênea), tanto quanto do interesse desses próprios indivíduos ou sucessores, é de interesse de toda a coletividade, frustrada (ainda que do ponto de vista moral) pelo desrespeito indiscriminado da lei e da ordem jurídica posta (GAJARDONI, 2016, p. 139).

A distinção de que ora se trata pode ter sérias repercussões práticas, reverberando na interpretação de institutos jurídicos relativos às ações coletivas de tutela de direitos individuais homogêneos. Especialmente, espera-se que o reconhecimento da inadequação da categorização de direitos implique a regulamentação uniforme das ações coletivas.

Nesse aspecto, seria positivo rever, sobretudo, as regras relativas à condenação, a qual deve ser, sempre que possível, específica, e não genérica, para que a fase de cumprimento de sentença seja mais eficaz. A liquidação individual da condenação dificulta o acesso à Justiça, sobretudo à vista das elevadas taxas de congestionamento da execução brasileira. O art. 95 do CDC não deve, portanto, ser interpretado de modo a tornar obrigatória a prolação da sentença genérica. Além disso, deve-se privilegiar a eficácia mandamental do julgado coletivo - outra mudança na prática judicial que poderia produzir uma enorme diferença positiva em termos de ampliação de acesso à Justiça.¹⁰

Infelizmente, permanece atual a crítica de Araken de Assis, para quem, a despeito de alcançar a procedência, “o autor da ação civil pública, depois de dificuldades variadas, terá alcançado só metade do caminho e, aí, cairá na vala comum. A meu juízo, este é o maior problema evidenciado pelos dez anos de aplicação de Lei 7.347 [...]” (ASSIS, 2014, p. 115).

As peculiaridades da ação coletiva recomendam que o julgado seja expresso quanto aos incentivos para o cumprimento espontâneo

¹⁰ Muitos processualistas já propugnam a utilização de medidas de apoio do Código de Processo Civil para o cumprimento da sentença coletiva líquida (GAJARDONI, 2016; JOBIM, 2016).

desjudicializado, impedindo que as dificuldades inerentes à litigiosidade repetitiva e que foram evitadas na fase de conhecimento venham a se apresentar na fase executiva.

Assim, tanto a inadequação legislativa quanto as interpretações excessivamente restritivas da tutela coletiva, sobretudo relativas a direitos individuais homogêneos, devem ser modificadas para que o sistema jurídico proveja efetivo acesso à Justiça.

3. Perspectiva comparada: *class actions*

Ainda que brevemente, é interessante fazer uma rápida e pontual menção ao sistema jurídico coletivo estadunidense, haja vista sua proeminência no estudo comparado de direito processual coletivo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988; CAPPELLETTI; GARTH; TROCKER, 1976; MATTEI, 2003, 2007), bem como seu papel de fonte de inspiração das ações coletivas brasileiras (GIDI, 2007, p. 17). As semelhanças quanto à dimensão territorial, econômica, populacional e às desigualdades históricas também justificam utilizar os Estados Unidos como contraponto neste estudo (UNGER, 2008).

A despeito das críticas, justas e injustas, que a *class action* tem recebido desde sua concepção, é difícil discordar de que consiste num sistema funcional de processo coletivo (HENSLER et al., 2000), sobretudo se comparado, à luz das evidências empíricas, ao sistema brasileiro (REFOSCO, 2018).

Cabe obter temperar que, mais do que uma forma de litígio em grupo, a *class action* é forma de litígio por meio de representantes. O sistema jurídico estadunidense valoriza a justiciabilidade privada de direitos – *private enforcement* (STEPHENSON, 2005) – como meio eficiente de garantir a prevenção de atos lesivos (*deterrence*) e a compensação (*compensation*) dos danos, cabendo ao particular proeminência na fiscalização da aplicação da lei (RUBENSTEIN, 2004).

Interessante notar que, no regime legal estadunidense, não existe categorização ontológica de direitos coletivos (SALLES, 2014b), sem que esta ausência acarrete prejuízo ao sistema processual coletivo.

É bem verdade que a regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure* – *FRCP* estabelece categorias de *class actions*. Entretanto, há duas observações importantes a este respeito.

¹¹ Para facilitar a consulta, transcreve-se a regra 23 das *FRCP*: “Rule 23. (b) Types of Class Actions. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (1) prosecuting separate actions by

A primeira é de que, como explica Antonio Gidi, “[a]s categorias existentes no direito processual civil coletivo americano são de teor eminentemente pragmático, em nada se assemelhando às categorias abstratas previstas no direito brasileiro, que se utiliza dos conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos” (GIDI, 2007, p. 15). Assim, não há um paralelo a ser estabelecido em função dessas diferenciações.

Em segundo lugar, tais categorias tampouco são isentas de críticas. Como bem pontuam John Bronsteen e Owen Fiss, embora os requisitos para a propositura da *class action* sejam úteis – os autores referem-se aos requisitos da regra 23(a) das *FRCP* (*numerosity, commonality, typicality e adequacy*), bem como aos da regra 23(b)(3) (*predominance e superiority*) –, pois ajudam a garantir que ela somente tramitará se for necessária e se houver representação adequada dos interesses envolvidos, as categorias descritivas da regra 23 não servem a nenhum propósito relevante, devendo ser abolidas.¹² Além disso, a regra não prevê uma orientação adequada aos casos em que múltiplas categorizações são possíveis, situação para a qual a Suprema Corte desenvolveu uma solução, atualmente vigente, priorizando o tipo de *class action* que assegura maior notificação possível dos interessados (BRONSTEEN; FISS, 2002, p. 1432).

or against individual class members would create a risk of: (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests; (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or (3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include: (A) the class members’ interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and (D) the likely difficulties in managing a class action.”

¹² Nas palavras desses autores, “[a]s explained above, we believe that in addition to numerosity, commonality, typicality, and adequacy, the predominance and superiority requirements should apply to all class actions. However, we see no reason that a class action satisfying the six requirements should be compelled in addition to fit into one of the descriptive categories listed in section 23(b). Unlike the six requirements, these four categories do not serve the purpose of directing a court to scrutinize either the adequacy of interest representation or the social value and practical necessity of bringing a lawsuit as a class action. Indeed, we find difficulty imagining any relevant purpose served by the categories, and we therefore urge their abolition” (BRONSTEEN; FISS, 2002, p. 1427).

Vê-se, por isso, que as lições extraídas do direito estadunidense corroboram o argumento deste texto acerca da inadequação da categorização dos direitos coletivos.

O argumento de direito comparado não consiste numa razão definitiva pela qual a mudança ora proposta deve ser implementada, mas numa tentativa de convencimento de que esta mudança seja testada. Como bem observa Dani Rodrik, testar inovações é importante como ferramenta de desenvolvimento: o que funciona em um país em um determinado período, pode funcionar ou não em outro (RODRIK, 2008).

4. Conclusão

O principal argumento deste artigo é de que a categorização de direitos ontologicamente coletivos em difusos, coletivos e individuais homogêneos, além de não auxiliar na solução do problema de efetividade do processo coletivo brasileiro, compartimentaliza os direitos, relegando aos direitos individuais homogêneos uma regulamentação de todo inadequada à sua real natureza.

Eliminar tal categorização não seria uma panaceia para todos os males que enfrenta o sistema processual coletivo brasileiro, mas poderia contribuir para dar maior efetividade às disposições constitucionais inovadoras relativas a direitos e instrumentos de tutela coletivos. A ocasião de comemorar os 30 anos é também uma oportunidade para refletir sobre os anseios aos quais ela se propôs a atender, e sobre como têm sido implementadas, na prática judiciária, suas diretivas.

Como bem ressalta Ricardo Lewandowski, “[...] a principal atribuição do Poder Judiciário, hoje, no século XXI, muito mais do que resolver problemas intersubjetivos, conflitos interindividuais, é ter o papel fundamental de dar concreção, dar efetividade aos direitos fundamentais [...]” (LEWANDOWSKI, 2009, p. 78).

A compartimentalização dos direitos coletivos, excluindo-se de seu regramento os individuais homogêneos, enseja diferenças procedimentais injustificáveis e merece ser objeto de reflexão. Ao dificultar a dissuasão de práticas empresariais nocivas e a efetiva reparação de lesões, sobretudo na área de atuação dos setores regulados, o sistema atual, além de denegar acesso à Justiça, prejudica o desenvolvimento do país, pois acaba por privar as pessoas, sobretudo as mais pobres, de direitos essenciais para o exercício da liberdade.

Sob outro vértice, numa sociedade burocratizada como a brasileira, a dificuldade de propiciar solução justa e uniforme para os conflitos contribui para a sensação de iniquidade e parcialidade do sistema jurídico, bem como de desigualdade perante a lei, o que corrói as bases do Estado de Direito (VIEIRA, 2011, p. 221). A prática atual gera sobrecarga de processos e, simultaneamente, persistente denegação de acesso à Justiça. Urge desenvolver formas mais promissoras de contribuir para a construção da “sociedade livre, justa e solidária” idealizada pela Constituição.

Bibliografia

- ASSIS, A. de. Execução na ação civil pública. In: GRINOVER, A. P. et al. (Ed.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *100 maiores litigantes (2010)*. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *100 maiores litigantes (2011)*. 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>.
- BRONSTEEN, J.; FISS, O. The class action rule. *Notre Dame L. Rev.*, Notre Dame, v. 78, p. 1419, 2002.
- CALABRESI, G.; BOBBITT, P. *Tragic choices*. New York: W.W. Norton & Company, 1978.
- CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. G. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.
- _____.; _____.; TROCKER, N. *Access to justice: comparative general report*. Tuebingen: J.C.B. Mohr, 1976.
- CHAYES, A. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, maio 1976.
- CUNHA, A. A. M. da. Evolução das ações coletivas no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 77, p. 224-235, 1995.
- DIDIER JÚNIOR, F.; ZANETI JÚNIOR, H. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 4.
- FARIA, J. E. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1987.
- FISS, O. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução de Carlos Alberto de Salles;

Daniel Porto Godinho da Silva; Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GAJARDONI, F. da F. O processo coletivo refém do individualismo. In: ZANETI JÚNIOR, H. (Ed.). *Processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 133-156. (Coleção Repercussões do Novo CPC).

GALANTER, M. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law & Society Review*, Amherst, v. 9, n. 1, 1974.

_____. Access to justice in a world of expanding social capability. *Fordham Urban Law Journal*, New York, v. 37, n. 1, p. 115, jan. 2010.

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

GINER, S. *Mass society*. New York: Academic Press, 1976.

GRINOVER, A. P. Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas. In: WATANABE, K.; MULLENIX, L.; GRINOVER, A. P. (Ed.). *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 225-249.

GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; NERY JUNIOR, N. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II: Processo coletivo.

HENSLER, D. R. et al. *Class action dilemmas: pursuing public goals for private gain*. Santa Monica: Rand Corporation, 2000.

JOBIM, M. F. A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro. In: ZANETI JÚNIOR, H. (Coord.). *Processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 215-234. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 8).

LEWANDOWSKI, E. R. O protagonismo do poder judiciário na era dos direitos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 251, n. 251, ago. 2009.

MATTEI, U. A theory of imperial law: a study on US hegemony and the Latin resistance. *Global Jurist Frontiers*, Berlin, v. 3, n. 2, 2003.

_____. Access to justice – a renewed global issue. *Electronic Journal of Comparative Law*, v. 11, 2007.

MOREIRA, J. C. Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 16, n. 61, mar. 1991.

PORTUGAL GOUVÊA, C. Social rights against the poor. *Vienna Online Journal on International Constitutional Law*, Wien, v. 7, p. 454, 2013.

REFOSCO, H. C. *Ação coletiva e democratização do acesso à justiça*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

RODRIK, D. *The new development economics: we shall experiment, but how shall we learn?* Cambridge: John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2008.

RUBENSTEIN, W. B. On what a private attorney general is – and why it matters. *Vanderbilt Law Review*, Nashville, v. 57, p. 2127, 2004.

SADEK, M. T. *Judiciário: Mudanças e reformas*. Estudos Avançados, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 79-101, ago. 2004.

_____. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*, São Paulo, n. 101, p. 55-66, maio 2014.

SALLES, C. A. de. Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos. In: GRINOVER, A. P. et al. (Ed.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a.

SALLES, C. A. de. Class actions: algumas premissas para comparação. In: GRINOVER, A. P. et al. (Ed.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b.

STEPHENSON, M. C. Public regulation of private enforcement: the case for expanding the role of administrative agencies. *Virginia Law Review*, Charlottesville, 91, n. 1, p. 93-173, 2005.

TALAMINI, E. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015. In: ZANETI JÚNIOR, H. (Coord.). *Processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 109-131. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 8).

UNGER, R. M. O Brasil e os Estados Unidos. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 4 nov. 2008. Tendências e Debates.

VIEIRA, O. V. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. In: DIMOULIS, D.; VIEIRA, O. V. (Ed.). *O Estado de Direito e o desafio do desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção Direito, Desenvolvimento e Justiça. Série Produção Científica).

WAMBIER, T. A. A. Apontamentos sobre as ações coletivas. In: GRINOVER, A. P. et al. (Ed.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WATANABE, K. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*, ano 31, v. 139, set. 2006.

YEAZELL, S. C. *Civil procedure*. 8th ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012.