

**UNIVERSIDADE METODISTA PIRACICABA
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

RAFAELA DA FONSECA LIMA ROCHA FARACHE

**ÓBICES PROCESSUAIS À EFETIVIDADE DA TUTELA
COLETIVA DOS DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS**

**Piracicaba/SP
2015**

RAFAELA DA FONSECA LIMA ROCHA FARACHE

ÓBICES PROCESSUAIS À EFETIVIDADE DA TUTELA
COLETIVA DOS DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em
Direito da Universidade Metodista de Piracicaba
como requisito parcial para a obtenção do título de
Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Richard Pae Kim.

Piracicaba/SP
2015

Ficha Catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas da UNIMEP
Bibliotecária: Carolina Segatto Vianna CRB-8/7617

F219o	<p>Farache, Rafaela da Fonseca Lima Rocha Óbices processuais à efetividade da tutela coletiva dos direitos previdenciários / Rafaela da Fonseca Lima Rocha Farache. – 2015. 127 f ; 30 cm.</p> <p>Orientador: Prof. Dr. Richard Pae Kim. Dissertação (mestrado) – Universidade Metodista de Piracicaba, Direito, 2015.</p> <p>1. Processo civil. 2. Previdência social - Legislação. I. Kim, Richard Pae. II. Título.</p> <p>CDU – 347.9</p>
-------	--

RAFAELA DA FONSECA LIMA ROCHA FARACHE

ÓBICES PROCESSUAIS À EFETIVIDADE DA TUTELA
COLETIVA DOS DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em
Direito da Universidade Metodista de Piracicaba
como requisito parcial para a obtenção do título de
Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Richard Pae Kim.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Richard Pae Kim (Orientador)

Prof. Dr. Ricardo de Barros Leonel

Prof. Dr. José Antônio Remédio

“Para sabermos tudo, precisamos conhecer todas as perguntas, o que é claramente impossível. Melhor assim, pois ficamos livres para continuar a perguntar, inspirados pelo que não sabemos”. (Marcelo Gleiser. Perguntas irrespondíveis. Folha de São Paulo, 3 de agosto de 2014).

Resumo: O presente estudo busca defender a aplicação das ações coletivas como instrumento efetivo para tutela dos direitos individuais homogêneos, principalmente os relativos ao direito previdenciário. A importância do tema decorre do grande volume de processos repetitivos versando sobre benefícios previdenciários em trâmite perante os tribunais do país. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o INSS é o maior litigante do país, responsável por cerca de 22% dos processos em tramitação no Judiciário. Tratando tais lides de verdadeiro direito social fundamental, impõe-se buscar a forma que permita maior efetividade na tutela desses direitos. A eleição da previdência como um dos valores escolhidos pelo constituinte para configurar no rol dos direitos sociais reflete os ideais e valores albergados pelo ordenamento constitucional e traduz um mandamento que vincula toda a sociedade. Para ser efetiva a defesa coletiva das lides previdenciárias faz-se necessário superar inúmeros obstáculos processuais, decorrentes da própria sistemática adotada pelo ordenamento jurídico, quando da regulamentação das lides coletivas, tais como a execução das sentenças proferidas quando se trata de direitos individuais homogêneos, e a sistemática da coisa julgada coletiva. Na prática, as ações coletivas sobre direitos individuais homogêneos acabam não cumprindo seu papel de efetividade e economia processual e o Poder Judiciário continua tendo que lidar com a multiplicidade de demandas repetitivas.

Palavras-chave: Tutela coletiva. Benefícios previdenciários. Direito individual homogêneo.

Abstract: This study seeks to defend the application of collective action as an effective instrument for protection of homogeneous individual rights, particularly those relating to social security law. The importance of this issue stems from the large volume of repetitive processes dealing on social security benefits pending before the courts of the country. According to the National Council of Justice (CNJ), the INSS is the largest litigant in the country, accounting for about 22% of the cases pending in the courts. Treating such labors of true fundamental social right, it must be sought in ways that enable greater effectiveness in protecting these rights. The pension election as one of the values chosen by the constituent to configure the list of social rights reflects the ideals and values sheltered by constitutional and translates a command that links the whole society. To be effective the collective defense of social security chores it is necessary to overcome a number of procedural obstacles stemming from the system adopted by the legal system, when the regulation of collective labors, such as the execution of judgments when it comes to homogeneous individual rights, and the scheme of res judicata collective. In practice, collective actions on homogeneous individual rights end up not fulfilling its role and effectiveness of procedural economy and the judiciary still has to deal with the multiplicity of repetitive demands

Key-words: Collective protection. Social security benefits. Homogeneous individual rights

LISTA DE SIGLAS

CPC	- Código de Processo Civil
CDC	- Código de Defesa do Consumidor
CNJ	- Conselho Nacional de Justiça
CJF	- Conselho de Justiça Federal
CF	- Constituição da República
INSS	- Instituto Nacional do Seguro Social
IAPB	- Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários
IAPC	- Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes
IAPM	- Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos
IAPI	- Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários
IPASE	- Instituto de Pensões e Assistência dos Servidores do Estado
IAPETEC	- Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas
LACP	- Lei da Ação Civil Pública
LA	- Lei da Ação Popular
MP	- Ministério Público
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
RGPS	- Regime Geral da Previdência

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. TUTELA COLETIVA DE DIREITOS: ASPECTOS HISTÓRICOS	12
2.1 Direito Comparado	12
2.2 Brasil	18
3. OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS COMO NOVOS DIREITOS	24
3.1 Interesses ou Direitos Difusos	24
3.2 Interesses ou Direitos Coletivos (<i>stricto sensu</i>)	27
3.3 Interesses ou Direitos Individuais Homogêneos	28
4. PREVIDÊNCIA SOCIAL	36
4.1 Histórico	36
4.2 A Previdência Social no Brasil	40
4.3 O INSS e o RGPS	45
5. A PREVIDÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL	47
5.1 Fundamentalidade Formal e Material	49
5.2 Direitos de Defesa e Direitos à Prestação	54
5.3 Dimensões Subjetiva e Objetiva dos Direitos Fundamentais Sociais	57
6. O PAPEL DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS NA TUTELA DAS LIDES PREVIDENCIÁRIAS: POSSÍVEIS ÓBICES.....	59
6.1 Competência	66
6.2 Legitimidade <i>Ad Causam</i>	68
6.2.1 <i>A Legitimidade do Ministério Público para a Defesa dos Direitos Individuais Homogêneos</i>	72
6.3 O Controle Judicial sobre a Representatividade Adequada	77
6.4 Condenação Genérica	83
7. A COISA JULGADA COLETIVA	90
7.1 A Coisa Julgada no Processo Civil: Aspectos Gerais	90
7.2 Regime Jurídico da Coisa Julgada Coletiva	93
7.3 Efeitos da Coisa Julgada nas Ações que Versem sobre Direitos Difusos e Coletivos.....	96

7.4	Efeitos da Coisa Julgada nas Ações que Versem sobre Direitos Individuais Homogêneos: o problema da coisa julgada <i>secundum eventum litis</i>	97
7.5	Repercussão da Coisa Julgada Coletiva no Plano Individual	102
7.6	Limites Territoriais da Coisa Julgada Coletiva: o problema do art. 16 LACP.	108
7.7	A Coisa Julgada no Direito Americano: <i>opt in X opt out</i> , vantagens e desvantagens	112
8.	CONCLUSÕES	116
	REFERÊNCIAS	119

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende analisar e contextualizar o direito previdenciário dentro da teoria dogmática dos direitos fundamentais e os reflexos decorrentes de seu enquadramento como direito social, principalmente no tocante à efetividade destes direitos.

Buscar-se-á, ainda, verificar a viabilidade da tutela coletiva como meio para a defesa das lides previdenciárias, principalmente aquelas de cunho repetitivo ou de massa, as quais assolam o Poder Judiciário com milhares de ações com teses idênticas. Neste cenário serão apontadas as vantagens da defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos, assim como os possíveis obstáculos processuais encontrados na efetividade desta tutela.

Destarte, avulta a preferência a ser dada à defesa coletiva dos direitos, de forma molecularizada¹, já que a atomização dos conflitos implica na sobrecarga do Judiciário e aumenta a possibilidade de serem proferidas decisões contraditórias em litígios versando sobre as mesmas questões, o que prejudica o prestígio da função judicial.

Com efeito, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito que as mesmas ações e omissões do Poder Público ensejem soluções diferentes para casos idênticos.

Muito já se escreveu sobre a insuficiência do processo civil clássico para tratar das lides envolvendo direitos metaindividuais, principalmente em face de seu caráter individualista. Hoje, entretanto, já se fala da insuficiência ou da baixa efetividade das próprias normas existentes sobre tutela coletiva para tratar as lides de massa, tal qual as que versam sobre direito previdenciário.

Em verdade, reduzir o excesso de processos repetitivos tem sido um dos maiores desafios enfrentados pelo Judiciário brasileiro no presente século. Conforme levantamento do CNJ², no ano de 2011 tramitaram, perante os órgãos do Poder Judiciário, 90 milhões de processos, e o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) foi o órgão público mais envolvido nas ações judiciais de primeira instância, sendo considerado o maior litigante do país³.

¹ A expressão “molecularizada” em contraposição à expressão “atomizada” foi utilizada pela primeira vez por Kazuo Watanabe, in: Demandas Coletivas e os Problemas Emergentes da Práxis Forense. Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 67, p. 14-23, jul/set. 1992. p. 23).

² Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em 15 de junho de 2014.

³ Especificamente em relação às demandas repetitivas, merece destaque também a pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP) em parceria com o CNJ, que buscou diagnosticar as causas de aumento das demandas

Ocorre que, quando a demanda envolve direitos individuais homogêneos, inúmeros entraves processuais são apontados pela doutrina como impeditivos à efetividade da defesa coletiva de tais direitos. A presente dissertação será estruturada em oito capítulos que reúnem por afinidade as questões a serem analisadas.

No capítulo 2 será abordada, de forma geral, a evolução da forma de tutela jurisdicional, do plano individual ao coletivo. Será traçado um breve histórico do nascimento e desenvolvimento dos processos coletivos no Brasil e nos ordenamentos de *common law*.

Em sequência, no capítulo 3, serão apontados os subsistemas do processo coletivo: a tutela dos direitos transindividuais⁴ (coletivos e difusos) e a tutela coletiva dos direitos individuais, que serão analisados à luz do sistema brasileiro de tutela coletiva de direitos, compreendido principalmente pelas Leis da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) e pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) (Lei 8078/1990). Serão abordados os principais aspectos dos direitos individuais homogêneos, assim como as vantagens da adoção da defesa coletiva dos direitos individuais assemelhados e os meios para sua efetividade.

Já no capítulo 4 será realizado um breve histórico da Previdência Social no Brasil e no mundo. Serão abordados os principais fundamentos da Previdência, a estrutura do INSS e do Regime Geral da Previdência Social (RGPS).

Neste ponto vale o registro de que o estudo do direito à Previdência Social, na dissertação, restringe-se ao Regime Geral de Previdência Social, disposto no artigo 201 e 202, ambos da CF/88, inserido no Sistema de Seguridade Social a que se refere o Capítulo II do Título VIII da Carta Constitucional de 1988. Assim, não serão analisados os regimes próprios de previdência dos servidores públicos civis ou militares, nem o regime de previdência complementar facultativo, constante do art. 202⁵, da CF/88.

O objeto do capítulo 5 é o enquadramento dos benefícios previdenciários como direitos fundamentais sociais e as repercussões decorrentes desta classificação, já que o regime jurídico previdenciário tal como posto enseja um confronto entre a promoção de

judiciais cíveis, o mapeamento das demandas repetitivas e a propositura de soluções processuais e gerenciais à morosidade da Justiça. Disponível em:

http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_fgv_ edital1_2009.pdf

⁴ Os direitos coletivos *lato sensu* são também denominados de metaindividuais, supraindividuais e transindividuais, nomenclaturas que serão usadas indistintamente no decorrer do texto, sempre para se referir aos direitos coletivos.

⁵ Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

justiça social e o equilíbrio econômico. Serão apresentadas as principais classificações necessárias à melhor compreensão do tema.

Já no capítulo 6 será abordado o papel das ações civis públicas na tutela das lides previdenciárias, pesquisa que se revela necessária na medida em que se constata o imenso volume de processos previdenciários atualmente em trâmite perante o Poder Judiciário, ainda que inúmeras ações civis públicas venham sendo ajuizadas para a tutela desses direitos.

Somente serão analisadas no trabalho as particularidades das ações civis públicas, de modo que não serão estudadas a ação popular e o mandado de segurança coletivo, ainda que se reconheça serem possíveis instrumentos de defesa coletiva dos direitos.

Demonstrada a possibilidade da defesa coletiva em matéria previdenciária através da Ação Civil Pública, serão apresentados alguns dos problemas processuais encontrados para o desenvolvimento da tutela coletiva dos interesses homogêneos e, mais especificamente, dos direitos previdenciários.

Tendo em vista a enorme vastidão da temática proposta, importa registrar que o objetivo do estudo não é aprofundar todos os aspectos controvertidos do processo coletivo, mas realçar aqueles mais estreitamente ligados às ações civis públicas em matéria previdenciária.

Desse modo, verificar-se-á a legitimidade para as ações coletivas e a jurisprudência sobre a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ações civis públicas versando sobre direitos previdenciários, tendo em vista que, ao julgar tais lides, restou pacificado o enquadramento da previdência como direito individual homogêneo.

Ainda dentro dos possíveis óbices apontados pela doutrina e jurisprudência à efetividade da tutela coletiva, destaca-se a extensão *secundum eventum litis*⁶ da coisa julgada assim como sua restrição territorial, constante do art. 16 da LACP, na redação dada pela Lei 9.494/97, que estabeleceu que a sentença civil fará a coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator.

Nesse contexto, no capítulo 7, serão analisadas a sistemática da coisa julgada existente no ordenamento pátrio e no direito comparado, com especial enfoque para a regra do *opt out*, das *class actions* americanas e o controle *ope judicis* sobre a legitimidade dos substitutos.

⁶ Segundo o art.103, III, do CDC, as sentenças terão eficácia *erga omnes* apenas em caso de procedência da demanda.

De igual forma, será esmiuçada a sistemática da repercussão das ações coletivas nas demandas individuais. Apontar-se-á, ainda, a deficiência do sistema de divulgação da existência e julgamento da ação coletiva, o qual exige apenas a publicação de editais, fato que impossibilita o efetivo conhecimento por parte dos substituídos⁷.

Por fim, será analisada a problemática execução das sentenças proferidas nos processos envolvendo direitos individuais homogêneos, já que as condenações são genéricas, devendo apenas fixar a responsabilidade do réu, segundo a regra do artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor.

Constatado que as ações coletivas sobre direitos individuais não têm se desincumbido de seu papel de pacificação social e acesso à justiça, e diante da ineficácia das normas hoje existentes, muitos processualistas⁸ já argumentam pela necessidade de um aparato próprio para as demandas seriadas⁹. Tanto é assim que consta do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil¹⁰ a previsão do instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas como solução para os processos idênticos, que passaria a coexistir com as ações coletivas, em um papel complementar.

O presente estudo não se adstringe apenas ao plano conceitual. Assim, no decorrer dos capítulos, serão apresentadas algumas das ações civis públicas já ajuizadas com vistas a tutelar os interesses dos segurados da Previdência Social e a repercussão desses processos nas inúmeras ações individuais ajuizadas pelos segurados, individualmente.

No decorrer do texto serão apontadas possíveis soluções que servem de subsídios para rebater os entraves processuais antes mencionados, buscando o aprimoramento da tutela coletiva com o desenvolvimento de um sistema processual adequado à nova realidade das ações de massa, principalmente na seara dos direitos da Previdência Social.

Enfim, com o presente trabalho pretende-se defender a necessidade de readequação e releitura das normas sobre a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, de modo que sejam aptas a solucionar com efetividade os feitos repetitivos. Somente com a gestão adequada do volume de processos e a preponderância da tutela coletiva sobre a individual será possível falar em justiça de qualidade, que garanta acesso à ordem jurídica justa e eficaz.

⁷ A legislação pátria, ao contrário dos Estados Unidos, não adotou as intimações pessoais por considerar impossível e impraticável no caso de indeterminação das vítimas no momento da propositura da ação.

⁸ Com destaque para Humberto Dalla e Leonardo Carneiro da Cunha que já defendem a coexistência de três espécies de processos: individual, coletivo e seriado.

⁹ Demandas seriadas, de massa, idênticas ou macrolídes.

¹⁰ Projeto de Lei do Senado 166/2010.

1. TUTELA COLETIVA DE DIREITOS: ASPECTOS HISTÓRICOS

2.1 Direito Comparado¹¹

Antes de adentrar no tema da efetividade da tutela coletiva dos direitos de cunho previdenciário e dos obstáculos processuais enfrentados nessas ações, mister contextualizar a defesa dos direitos metaindividuais no ordenamento pátrio, bem como suas origens históricas.

Assim, relevante a teoria da evolução histórica dos direitos formulada por Norberto Bobbio (1992, p.6), para quem o nascimento de novos direitos está relacionado com novas necessidades sociais:

Os direitos não nascem todos de uma só vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências.

A tutela coletiva dos direitos representa um grande avanço¹² na ampliação do direito fundamental de acesso à Justiça¹³, na medida em que possibilita, em uma única demanda, a outorga do bem da vida a uma coletividade de indivíduos, que muitas vezes desconhecem seus direitos ou não possuem condições de defendê-los.

Sobre a origem e importância dos processos supra-individuais, escreveu Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (2012, p.33):

Na verdade, a necessidade de processos supra-individuais não é nova, pois há muito tempo ocorrem lesões a direitos que atingem coletividades, grupos, ou certa quantidade de indivíduos, que poderiam fazer valer os direitos de modo coletivo. A diferença é que, na atualidade, tanto na esfera da vida pública como privada, as relações de massa expandem-se continuamente, bem como o alcance dos problemas correlatos, fruto do crescimento da produção, dos meios de comunicação e do consumo, bem como do número de funcionários públicos e de trabalhadores, de aposentados e pensionistas, da abertura de capital das pessoas jurídicas e conseqüente aumento do número de acionistas e dos danos ambientais causados. Multiplicam-se, portanto, as lesões sofridas pelas pessoas, seja na qualidade de consumidores, contribuintes, aposentados,

¹¹ A importância do estudo do Direito Comparado reside não na simples transposição dos institutos, mas em tirar proveito dos conhecimentos auferidos para cotejo e subsídio num outro sistema determinado (LEONEL, 2013, p. 54).

¹² Segundo Bobbio (1992, p.1), “Os súditos tornam-se cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais”.

¹³ Art. 5º, XXXV, CF/88: A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

servidores públicos, trabalhadores, moradores etc., decorrentes de circunstância de fato ou relações jurídicas comuns.

No mesmo sentido, Ricardo de Barros Leonel (2013, p.40) assevera que os conflitos de índole coletiva, que transcendem a esfera simplesmente do indivíduo, sempre existiram; no entanto, seu tratamento processual coletivo possui origens recentes, tendo ganhado forças nos últimos anos.

Conforme apregoa Gregório Assagra de Almeida (2003, p.38), desde o Direito Romano já existia a ação popular para tutelar interesses comunitários ou até mesmo direito exclusivamente privado próprio ou de terceiros. Ao cidadão da República era atribuído o poder de agir em defesa da coisa pública em razão do forte vínculo natural que o ligava aos bens públicos¹⁴.

A maior parte da doutrina, entretanto, entende que foi na Inglaterra que surgiram as primeiras ações coletivas. Em verdade, o direito processual coletivo possui três marcos históricos que permitiram o desabrochar das demandas transindividuais, quais sejam: o surgimento das ações coletivas na Inglaterra, as *class actions* do direito americano e a doutrina italiana (MENDES, 2012, p.45).

Durante a idade medieval, a aceitação da legitimação para tais ações dava-se com base nos costumes (Yeazell *apud* Mendes, 2012, p.48). Já nos séculos XVI e XVII, as ações de grupo tornam-se um procedimento especial, concedido através do *bill of Peace*, concentrando-se em causas nos Tribunais de Equidade ou *Court of Chancery*. Nesse período, o processamento da demanda coletiva estava condicionado à existência de interesses comuns, de um elevado número de pessoal (MENDES, 2012, p.50-51).

Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr. (2014, p. 50) apontam a existência de dois modelos de tutela jurisdicional coletiva: modelo ítalo-francês-alemão, adotado nos países da Europa-continental, com exceção dos países escandinavos, e modelo norte-americano, adotado no Brasil, no Canadá e em alguns países da Europa-continental, como a Suécia.

Até 1873 a jurisdição inglesa fora prestada de forma partilhada em duas esferas, jurisdição do direito (*law jurisdiction*) e jurisdição da equidade (*equity jurisdiction*). Às Cortes de *Law* competia prestar a jurisdição nas ações de natureza pecuniária e indenizatória. Já as Cortes de *Chancery* analisavam as pretensões de natureza declaratória e mandamental, como uma espécie de jurisdição complementar (TORRES, 2013, p. 17-18).

¹⁴ Ricardo de Barros Leonel (2013, p. 40) também aponta o antecedente remoto da tutela judicial dos interesses coletivos na ação popular romana.

Assim, os Tribunais de Equidade (*Courts of Chancery*) da *common law* são apontados como o berço da proteção coletiva dos direitos (Zavascki, 2013. p. 23). Em tais cortes admitia-se o *bill of peace*¹⁵, demanda na qual se admitia a representação de grupos por indivíduos que atuavam em nome próprio, mas que defendiam os interesses dos representados. Sobre a evolução das *representative actions* no direito Inglês, prossegue Aluisio Gonçalves Mendes (2012, p. 51):

O período compreendido entre os anos de 1700 a 1850 marca, em seguida, o declínio dos litígios de grupo na Inglaterra, na medida em que a interpretação em torno da existência do interesse comum assumia feição cada vez mais severa e que a expressão dos grupos se formalizava através das corporações. Ainda assim, as *representative actions* foram formalmente previstas na Regra 10 das *Rules of Procedures*, por ocasião da unificação das jurisdições de equidade e da *common law*, com a edição, durante os anos de 1873 a 1875, dos *Supreme Court of Judicature Acts*.

A coletivização dos direitos, portanto, está estreitamente relacionada à alteração da estrutura da sociedade e do Estado após a Revolução Industrial, fato que ensejou transformações culturais, econômicas, políticas e sociais sobre os sujeitos de direito até então existentes.

O individualismo¹⁶ reinante no processo civil cedeu espaço para o reconhecimento de diversos direitos pertencentes ao homem como integrante de um corpo social, tais como a defesa do meio ambiente, a defesa do consumidor e a própria previdência social. No Estado Social tais mudanças ocorrem ao mesmo tempo em que há uma alteração profunda no conceito de igualdade, que passa a ser vista em seu aspecto material, e não apenas formal.

O legislador, a partir da década de 1980 passou a buscar meios para garantir a concretização do princípio constitucional da inafastabilidade de jurisdição, que deve ser interpretado como garantia efetiva de acesso à Justiça, o que torna indispensável não apenas a proteção individual, mas, também, a tutela coletiva (MENDES, 2012, p. 209-210).

No plano do direito processual, as mudanças nas relações sociais ensejaram a criação de instrumentos aptos a garantir esses novos direitos, massificados. Isso porque

¹⁵ Segundo Antônio Gidi (2007, p.44) a origem das *bill of peace* remonta aos séculos XVII e XVIII e inicialmente baseou-se em critérios de necessidade e conveniência; o seu procedimento era incompatível com o processo existente nos tribunais da *common law*, só existindo nas ações em *equity*.

¹⁶ José Marcelo Menezes Vigliar (2013, p. 38) aponta o individualismo do CPC como o maior inimigo da defesa dos interesses metaindividuais.

conflitos idênticos devem, dentro do possível, receber tratamento único e idêntico. Sobre os direitos de massa, discorre Pedro Lenza:

Conforme se demonstrará adiante, a transformação da sociedade, intimamente ligada à transformação do Estado (talvez a sua propulsora), acarretou a necessária alteração da prestação jurisdicional, que passou a se adequar às novas realidades e necessidades sociais.

(...)

Em uma sociedade de massa, industrialmente desenvolvida, é natural que, além dos conflitos individuais, existam e aflorem conflitos de massa, nunca antes imaginados, uma vez que a ‘descomplexidade’ social não produzia ambiente propício para a sua eclosão, nem tampouco dos conflitos difusos, transindividuais (LENZA, 2003, p.24).

No entanto, é somente com as *class action* para a proteção dos interesses metaindividuais americana que a ação coletiva encontra maiores semelhanças, tal como existe hoje, já que foi no direito estadunidense que o Brasil inspirou-se para regulamentar as ações coletivas, principalmente as relacionadas aos direitos individuais homogêneos. Nos dizeres de Ricardo de Barros Leonel, uma *class action*:

Permite que seja levada ao tribunal uma demanda, proposta por (ou em face de) um grande número de indivíduos ou organizações que tenham interesses correlatos, em situações em que seja mais eficiente e eficaz a responsabilização em termos coletivos que individuais. Tais ações acabaram tornando-se extremamente populares, sendo certo que nas cortes federais americanas têm sido usadas em casos como demandas antitruste, securitárias, em casos ambientais e relativos à discriminação sexual e racial, postulando benefícios governamentais, e ainda contra o uso de produtos tóxicos (LEONEL, 2013, p. 64).

Já segundo Cassio Scarpinella Bueno (2006, p.93), a *class action* pode ser definida como:

(...) o procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum. Seu cabimento restringe-se àquelas hipóteses em que a união de todos que poderiam ser partes em um mesmo processo (que se afirmam titulares da lide levada ao Estado-juiz, portanto) não é plausível (até porque seu número poderia chegar a milhões) ou porque sua reunião, em um só processo, daria ensejo a dificuldades insuperáveis quanto à jurisdição e à competência. Há precedentes jurisprudenciais onde se verifica que, precisamente pela grande dispersão territorial dos afetados, justificou-se a instauração e o processamento daquela pretensão como *class action*.

Remetem-se os primeiros escritos sobre demanda coletiva a Joseph Story, jurista que integrou a *Supreme Court* dos anos de 1811 a 1845. Em sua obra *Commentaries on equity jurisprudence*, o aludido autor apontou a importância e o papel das demandas

coletivas para o Poder Judiciário e para o acesso à Justiça, permitindo a supressão de demandas inúteis e a multiplicação de litígios (MENDES, 2012, p.63-64).

Em 1842, a Suprema Corte americana editou a *Equity Rule 48*¹⁷, considerada a primeira norma escrita relacionada com as *class actions* nos Estados Unidos. Segundo essa norma, uma decisão proferida no processo coletivo não poderia prejudicar aqueles que não fizeram parte do processo.

Não obstante, em 1912, a *Rule 48* foi revogada pela *Rule 38*, que acabou por adotar o regime da coisa julgada *erga omnes* para todas as ações coletivas, eliminando a restrição da parte final da *Equity Rule 48*, que impedia a extensão subjetiva da coisa julgada aos interessados ausentes do processo (TORRES, 2013, p.22).

Finalmente, em 1938, com o *Federal Rules of Civil Procedure*¹⁸, e mais especificamente com as normas constantes da *Rule 23*, relativa às *class actions*, é que as ações coletivas começaram a ganhar os contornos que hoje se conhecem. Foi também com a entrada em vigor das *Federal Rules of Civil Procedure* que o dualismo jurisdicional herdado do direito inglês deixou de distinguir *law* e *equity*, fato que permitiu o ajuizamento de ações coletivas com pretensões indenizatórias – *class actions for damages* (GIDI, 2007, p.47). Houve ainda modificações em seu texto nos anos de 1987, 1995¹⁹, 1998, 2003, 2005²⁰ e 2007 (MENDES, 2012, p.65-71).

Já na doutrina italiana, destacam-se os nomes dos juristas Vittorio Denti, Mauro Cappelletti, Andrea Proto Pisani, Vincenzo Vigoriti, Nicolo Trocker e Michele Taruffo, que passam a debater os direitos coletivos em congressos realizados nos anos 70²¹. As ideias defendidas por Mauro Cappelletti no congresso realizado em Pavia, em 1974, foi de extrema relevância para o desenvolvimento dos estudos dos direitos metaindividuais, tendo influenciado bastante a doutrina processual do Brasil.

¹⁷*Equity Rule 48*: Where the parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays, in the suit, be all brought before it, the court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proceed in the suit, having sufficient parties before it to represent all the adverse interests of the plaintiffs and the defendants in the suit properly before it. But in such cases the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all absent parties.

¹⁸ Consoante esclarece Antônio Gidi (2007, p.46), trata-se de um conjunto de normas (rules) emitido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, através de delegação do Poder Legislativo Americano. Seria um código de processo civil na esfera federal.

¹⁹ Foi publicado o *Private Securities Litigation Act*, restringindo as possibilidades de utilização do instrumento coletivo em algumas situações. No dizer de Gidi, foi considerado o primeiro grande golpe contra a plena eficácia dos instrumentos processuais não individuais.

²⁰ Foi editado o *Class Action Fairness Act-CAFA*, ato que teve como principal escopo a transferência para a Justiça Federal Americana da competência para julgar ações coletivas de grande monta em que estejam envolvidas pretensões de pessoas domiciliadas em mais de um Estado (Gidi, 2007, p. 63-65).

²¹ Todos os aludidos autores faziam parte do chamado “Projeto de Florença”, grupo de pesquisa sobre acessibilidade e qualidade da justiça, que se desenvolveu no Instituto de Direito Comparado na Universidade de Florença, na Itália (Santos, 2004, p.26).

Conforme apontado por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (2012, p. 96), Cappelletti discorreu, inicialmente, sobre a inadequação da dicotomia público e privado para a sociedade contemporânea, marcada por conflitos de massa, assim como a dificuldade de se conceituar o acesso efetivo à justiça.

Argumentou o professor italiano que o acesso à justiça seria “o mais básico dos direitos humanos”, na medida em que constitui requisito fundamental de uma ordem jurídica igualitária, que pretenda “garantir e não apenas proclamar o direito de todos” (CAPPELLETTI, 1988, p. 12-15).

No mesmo sentido escreveu Ada Pelegrini Grinover (1999), apontando para o surgimento de uma nova categoria de direitos, os direitos sociais:

Em pouco tempo, tornou-se clara a dimensão social desses interesses. (...) Surgia uma nova categoria política e jurídica, estranha ao interesse público e ao privado: os interesses sociais, comuns a um conjunto de pessoas. Interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da previdência social e de todos aqueles que integram uma comunidade, compartilhando de suas necessidades e seus anseios.

O processo civil teria, assim, que se adequar às novas exigências da sociedade, de modo que não mais poder-se-ia analisar a relação processual sob o enfoque de Caio e Tício. O acesso à justiça dos interesses coletivos, segundo o jurista italiano, esbarraria em dificuldades de ordem políticas, quais sejam: a legitimação, as garantias processuais dos membros ausentes, os limites da coisa julgada e a necessidade de procedimentos adequados para a tutela dos interesses meta-individuais (Cappelletti *apud* Mendes, 2012, p. 99-100). Tais obstáculos ainda hoje persistem como óbices à efetivação dos direitos coletivos e serão objeto de estudo nos capítulos seguintes.

2.2 Brasil

No Brasil, a tutela coletiva dos direitos é fenômeno recente e possui três principais marcos legislativos: a aprovação da Lei da Ação Civil Pública, em 1985, a Constituição da República de 1988, e o Código de Defesa do Consumidor, em 1990. Antes do advento da Lei da Ação Civil Pública, o único instrumento existente no ordenamento era a Ação Popular, regulada pela Lei nº4.717/65, cujo âmbito de proteção estava restrito ao patrimônio público e à moralidade administrativa.

Ao tempo da promulgação da lei da Ação Popular, a doutrina ainda não tinha voltado os estudos para os interesses coletivos e sua proteção judicial (MENDES, 2012, p. 192)²².

Em verdade, foi Barbosa Moreira o primeiro a tratar da defesa dos direitos transindividuais no ordenamento pátrio, estabelecendo a tipologia hoje prevista. Sobre o início dos estudos da tutela coletiva no país, Lucia Valle Figueiredo (1997, p.35) escreveu:

Já em 1977, Barbosa Moreira, com a sua acuidade peculiar, lançou mão das obrigações indivisíveis do Direito Civil para extrair a tutela dos direitos difusos. Observe-se a genialidade do processualista aberto, que não vê o processo como instrumental acanhado, mas como arma necessária para vestir o direito material, para fazer com que possa esse ficar protegido. De conseguinte, em 1977, quando ainda nem se antevia a Ação Civil Pública, quando ainda não tinham acontecido os Seminários, em que Ada Pelegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Mariz de Oliveira, dentre outros, pontificaram em trabalhos, que correspondiam a subsídios inestimáveis para o tema atual, já vislumbrava o emérito Barbosa Moreira a forma de tutela. Foram, realmente, os trabalhos desses ilustres autores mencionados, o embrião, a matriz da Lei da Ação Civil Pública, progresso inestimável para a tutela dos direitos difusos.

Nesse contexto, a doutrina classifica a evolução legislativa da proteção coletiva dos direitos em fases, quais sejam: primeira fase, ou “fase da absoluta predominância individualista da tutela jurídica”, inaugurada com Código Civil de 1916; segunda fase ou “fase da proteção fragmentária dos direitos transindividuais”, na qual alguns direitos coletivos passaram a ser tutelados e, por fim, a terceira fase, ou “ fase da tutela jurídica

²² José Carlos Barbosa Moreira, tendo em conta a intensificação de conflitos envolvendo a coletividade e a inexistência de mecanismos processuais adequados à solução desses conflitos, propôs a ampliação da interpretação do art. 1º, § 1º, da Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, que permitia ao cidadão pleitear a anulação de atos lesivos praticados pelo Poder Público ao erário por Ação Popular, para incluir a possibilidade de invalidação de ato praticado contra os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico, não apenas quando causasse prejuízo pecuniário, mas também quando lesasse bens imateriais insuscetíveis de avaliação pecuniária, como os chamados interesses difusos.

integral, irrestrita e ampla”, que se iniciou com a Constituição de 1988, reconhecendo expressamente os direitos coletivos como direitos fundamentais (ALMEIDA, 2008, p.422-428).

O ordenamento pátrio sofreu fortes influências ainda do direito italiano, com destaque para os juristas Mauro Cappelletti e Proto Pisani, com seus estudos sobre as *class action* americanas. Segundo Fredie Didier Júnior,

No Brasil as ações coletivas (res)surgiram por influência direta dos estudos dos processualistas italianos na década de setenta. Muito embora as ações coletivas não se tenham desenvolvido nos países europeus, os congressos, artigos jurídicos e os livros publicados naquela época forneceram elementos teóricos para a criação das ações coletivas brasileiras e até mesmo para a identificação das ações coletivas já operantes entre nós. Havia no Brasil um ambiente propício para a tutela dos novos direitos, vivíamos a redemocratização e a valorização da atividade do Ministério Público nos pleitos cíveis (DIDIER, 2014, p.27).

Sobre essa influência da doutrina italiana, relevante mencionar a teoria das ondas renovatórias do acesso à justiça desenvolvida pelos italianos Mauro Cappelletti e Bryant Garth²³. Segundo essa teoria, o acesso à Justiça passou por três principais ondas. A primeira onda enfatiza o acesso à justiça voltado àqueles que necessitem de amparo jurídico, não podendo custear as despesas processuais. A segunda onda de acesso à justiça repousa na representação dos denominados direitos e interesses difusos e, por fim, a terceira onda renovatória propõe métodos alternativos que poderão solucionar eventuais controvérsias, tais como ocorre com a arbitragem e a mediação.

Ao aduzir às ondas de acesso à Justiça, Teori Zavascki (201, p. 30) assevera que “Foi o legislador brasileiro, na verdade, que protagonizou, de modo muito mais profundo e mais rico do que nos demais países da *civil law*, a ‘revolução’ mencionada por Cappelletti e Garth em prol da criação de instrumentos de tutela coletiva.”

A Lei nº 7.347/85²⁴ inaugurou um subsistema de processo para a tutela dos direitos transindividuais, antes inexistente no Brasil. A Lei de Ação Civil Pública inovou na medida em que ampliou as hipóteses de cabimento e o âmbito de proteção dos direitos, estendendo-a aos danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

²³ Os autores defendiam a necessidade de se aproximar o processo da realidade social. Defenderam uma mudança de cultura, em que o acesso à justiça ocupasse o núcleo do pensamento processual e a realidade social influenciasse na construção do processo.

²⁴ Foi do Ministério Público de São Paulo o anteprojeto que serviu de base ao Projeto de Lei do Poder Executivo que resultou na Lei 7347/85, lei da Ação Civil Pública.

Em verdade, a tutela coletiva dos direitos no Brasil sofreu com avanços e retrocessos, com alterações legislativas que objetivaram restringir a efetividade do processo coletivo e fizeram retroceder alguns dos avanços até então existentes na tutela dos novos direitos.

Nesse contexto, diversas alterações foram impostas à LACP por medidas provisórias, tal qual a MP nº. 1574, convertida na Lei n. 9494/97, que restringiu a extensão subjetiva da coisa julgada aos limites territoriais do órgão prolator e exigiu a comprovação do domicílio do substituído no território do juiz onde foi proposta a demanda coletiva, através de entidade associativa²⁵.

Com o advento da CF/88, foi alargado o âmbito de atuação da Ação Popular²⁶ e da Ação Civil Pública, permitindo que diversos direitos de cunho coletivo ganhassem proteção constitucional. O texto foi inovador, ainda, ao conferir legitimação ao Ministério Público para a defesa de direitos difusos e coletivos²⁷.

A Constituição de 1988 foi a que mais se prestou a garantir um justo acesso ao Poder Judiciário, conforme se infere em seu artigo art. 5º, inciso XXXV que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Nos dizeres do professor Fredie Didier Júnior (2009):

Trata o dispositivo, da consagração, em sede constitucional, do direito fundamental de ação, de acesso ao Poder Judiciário, sem peias, condicionamentos ou quejandos, conquista histórica que surgiu a partir do momento em que, estando proibida a autotutela privada, assumiu o Estado o monopólio da jurisdição. Ao criar um direito, estabelece-se o dever – que é do Estado: prestar a jurisdição. Ação e jurisdição são institutos que nasceram um para o outro.

²⁵ Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001).

²⁶ Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

²⁷ Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (...)

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) veio completar o ordenamento processual para a defesa dos interesses metaindividuais, erigindo o Brasil a um dos países com legislação mais moderna e avançada em matéria de proteção dos interesses supraindividuais (ZAVASCKI, 2013, p.32). Estabeleceu um microsistema processual coletivo juntamente com a LACP, de modo que a parte processual constante do Título III do CDC, que trata da defesa do consumidor em Juízo, passou a ser aplicável a todas as ações coletivas previstas na legislação pátria. Nesse sentido leciona Antônio Gidi (1995, p.77):

(...) a parte processual coletiva do CDC, fica sendo, a partir da entrada em vigor do Código, o ordenamento processual civil coletivo de caráter geral, devendo ser aplicado a todas as ações coletivas em defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Seria, por assim dizer, um Código de Processo Civil Coletivo, como ordenamento processual geral.

A doutrina aponta como uma das principais inovações do CDC a criação da categoria dos direitos individuais homogêneos²⁸, permitindo-lhe tratamento coletivo. É exatamente esse tipo de proteção conferidas direitos individuais que será objeto de estudo na presente dissertação, já que a matéria previdenciária pode ser deduzida em juízo de forma coletiva, mesmo tratando-se de várias lides individuais.

Diante da diversidade de normas disciplinando a tutela coletiva, passou-se a se perquirir sobre a necessidade de um código de processo coletivo, que contemplasse toda as normas relacionadas a matéria, de modo a eliminar os conflitos legislativos que a pulverização legislativa ocasiona (LEONEL, 2013, p. 143).

Vale dizer, nesse ponto, que tramitou no Congresso Nacional o projeto de lei nº 5.139/2009²⁹, que pretendia tratar da nova lei da Ação Civil Pública, oriundo do anteprojeto de código de processo coletivo do Instituto Brasileiro de Processo Coletivo-IBDP/USP³⁰, que acabou sendo arquivado no início do ano de 2010, em razão de

²⁸ Expressão utilizada primeiramente por José Carlos Barbosa Moreira ao escrever estudo dedicado às novas tendências do processo civil brasileiro, no qual defendeu, em nota, que as *class actions for damages* do direito norte-americano “pressupõem um feixe de interesses individuais homogêneos e paralelos, defendido em Juízo, na sua totalidade, por apenas um ou vários dos co-interessados, em razão da impraticabilidade da participação de todos no processo.” (Tendências contemporâneas do direito processual civil, *in*: Temas de direito processual (Terceira série), São Paulo, Saraiva, 1984, p.10, nota 24).

²⁹ Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. O texto do projeto foi fruto dos trabalhos de uma Comissão Especial instituída pela Portaria nº. 2.481/2008 criada para discutir a modernização da tutela coletiva no Brasil. A Comissão tinha como Presidente o Dr. Rogério Favreto, além da presença de outros seletos juristas, dentre os quais, destaca-se Ada Pellegrini Grinover e Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (ambos idealizadores dos Anteprojetos de Código de Processo Coletivo do IBPD-USP e da UERJ/UNESA, respectivamente).

³⁰ Destacam-se os Códigos-modelos de processos coletivos para Íbero-América e os dois anteprojetos do Código Brasileiro de Processo Coletivo elaborados no âmbito da Universidade de São Paulo (USP), com participação do

pareceres contrários na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, com fundamento em suposta inconstitucionalidade da lei.

Ao que parece, tratou-se de decisão política, dado o incômodo que as ações civis públicas causam aos detentores do poder econômico. Nesse sentido, Humberto Dalla Bernardino de Pinho³¹ noticiou, em seu *blog*, os bastidores da rejeição do Projeto 5.139/09, conforme se observa:

Em sessão marcada por fortes críticas à atuação do Ministério Público, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados rejeitou, no início da tarde de hoje (17/03), por maioria (17 votos a 14), o parecer do deputado Antônio Carlos Biscaia ao Projeto de Lei nº 5139/09, que trata da ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

(...) Apesar dos esforços empreendidos pelo deputado Antônio Carlos Biscaia, relator do projeto, não foi possível vencer o poderoso *lobby* que se articulou contra a proposição, levado a efeito por entidades representativas do meio empresarial, além de corporações do setor público contrárias à ampliação dos poderes do Ministério Público proposta no projeto.

Com a rejeição da matéria, a proposição será arquivada, o que é lamentável, pois o texto introduzia importantes aperfeiçoamentos no sistema das ações civis públicas.

Durante a votação, a sala de sessões da CCJ encontrava-se repleta de pessoas que distribuíam panfletos e incitavam deputados a votar contra o projeto. O Ministério Público brasileiro, na ocasião, se fazia representar por apenas dois membros: o presidente da ANPR, Antonio Carlos Bigonha, e o presidente da Amperj, Marfan Martins Vieira.

Como se não bastasse o forte movimento orquestrado contra a nossa Instituição, que a cada dia ganha mais corpo, há ainda uma inexplicável falta de mobilização das lideranças classistas e institucionais, que se ausentam em momentos críticos como o de hoje.

Vale mencionar, ainda, o Projeto de Lei nº 281/2012, que pretende alterar substancialmente a parte processual do Código de Defesa do Consumidor, atualmente em trâmite no Senado Federal³².

Outras normas destacam-se na defesa dos direitos metaindividuais, quais sejam: Lei nº 12.016/09, que trata da nova lei do mandado de segurança; Lei nº 6.938/81, que trata da defesa do meio-ambiente; Lei nº 7.853/89, destinada às pessoas portadoras de deficiências; Lei nº 7.913/89, lei de defesa dos investidores do mercado financeiro; Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente; Lei nº 8.429/92, lei de Improbidade Administrativa; Lei nº 10.741/03, Estatuto do Idoso; Lei nº 8625/93, a lei Orgânica do

Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), respectivamente.

³¹ <http://www.humbertodalla.blogspot.com.br/search?q=ccj+da+camera#!http://humbertodalla.blogspot.com/2010/03/projeto-que-trata-da-acao-civil-publica.html>

³² O projeto de lei indica forte inspiração no Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado pelo Curso de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo, e que já havia inspirado também o Projeto da nova Lei da Ação Civil Pública.

Ministério Público; Lei nº 11.340/06, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, dentre outras.

Hoje, no entanto, constata-se a necessidade de aperfeiçoamento e modernização das normas para a tutela dos interesses coletivos, de modo a adequá-las à nova ordem constitucional.

2. OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS COMO NOVOS DIREITOS³³

3.1 Interesses ou Direitos Difusos

Antes de se conceituar e enumerar as características de cada uma dessas espécies, vale registrar que os termos direito e interesse serão aqui utilizados como sinônimos. Isso porque a doutrina majoritária afirma que o interesse, quando amparado pelo ordenamento jurídico, adquire o *status* de direito. Nesse sentido, Elpídio Donizetti e Marcelo Cerqueira (2010, p.42-43) afirmam se tratar de distinção incabível, pois que os direitos coletivos são titularizados por coletividades, dispensando que se recorra ao conceito da doutrina italiana de interesse para permitir a sua tutela jurisdicional³⁴. E prosseguem os autores, manifestando-se sobre as semelhanças entre direitos e interesses:

(...) a distinção entre direito subjetivo e interesse legítimo só tem cabimento na Itália, onde, diferentemente do Brasil – em que vigora o princípio da unidade de jurisdição –, há separação de órgãos jurisdicionais, de maneira que os direitos subjetivos são julgados pela Justiça Civil e os interesses legítimos pela Justiça Administrativa.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), diploma que conceitua os institutos, não fez distinção entre aqueles termos, razão pela qual não há utilidade em se estabelecer diferenciação entre eles. Assim, quando o ordenamento jurídico tutela interesses, inclusive os metaindividuais, tais interesses se transmudam em verdadeiros direitos, de modo que não há mais sentido em se fazer tal distinção (WATANABE, 2000, p.718).

Em verdade, o termo transindividual confunde-se com os direitos coletivos em sentido amplo, albergando três categorias: difusos, coletivos e individuais homogêneos. Segundo leciona Antônio Gidi (1995, p.26), a transindividualidade significa que tais direitos “não pertencem a uma pessoa física ou jurídica determinada, mas a uma comunidade amorfa, fluida e flexível, com identidade social, porém sem personalidade jurídica”.

³³ Teresa Arruda Wambier e Luis Rodrigues Wambier (2014, p. 2) afirmam que esses “novos” direitos situam-se num campo dos direitos que pertencem a todos, ou a grupos de pessoas, mas que não são públicos, no sentido tradicional dessa expressão. São, isso sim, transindividuais ou metaindividuais, derivados da massificação da vida em sociedade e do surgimento de novas espécies de conflitos, claramente supraindividuais, e aos quais o processo civil tradicional não é capaz de dar respostas eficazes.

³⁴ Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins defendem que as expressões direito e interesses não se equivalem (Mendes, 2012, p. 207).

Quanto aos conceitos, José Carlos Barbosa Moreira (1984, p. 195-196) aduz que os interesses difusos e coletivos *stricto sensu* podem ser considerados como aqueles essencialmente coletivos, já que sempre e necessariamente dizem respeito a uma coletividade maior ou menor de pessoas e o seu trato processual há de ser pela via coletiva. Já os direitos individuais homogêneos, seriam apenas acidentalmente coletivos.

O Ministro Teori Albino Zavascki, em sua obra *Processo Coletivo* (2012, p.32), buscou diferenciar a tutela de direitos coletivos da tutela coletiva de direitos individuais, de modo que se deve dar tratamento diferenciado aos direitos coletivos e aos direitos individuais quando tutelados de forma coletiva. Conforme o autor, direitos coletivos é designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo *stricto sensu*. E continua:

É denominação que se atribui a uma especial categoria de direito material, nascida da superação, hoje indiscutível, da tradicional dicotomia entre interesse público e privado. É direito que não pertence à administração pública nem a indivíduos particularmente determinados. Pertence, sim, a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria, ou à própria sociedade, considerada em sentido amplo.

(...)

Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera nem pode desvirtuar essa sua natureza (ZAVASCKI, 2012, p. 34).

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a problemática da conceituação envolvendo as ações coletivas caiu por terra, já que o Código estabeleceu, no art. 81, parágrafo único, as categorias em que se exerce a defesa dos direitos coletivos *lato sensu*. Para tanto, o legislador valeu-se de três critérios: subjetivo, que analisa a titularidade do direito; objetivo, que concerne à divisibilidade do direito material, e o critério relacionado à origem do direito (ALMEIDA, 2003, p. 485).

A importância de conceituar-se cada espécie de direito decorre principalmente do fato de que eles não têm aplicabilidade somente às relações de consumo, mas se aplicam, por força do art. 21 da LACP, a todas as formas de tutela jurisdicional coletiva (ALMEIDA, 2003, p. 484).

O conceito de direitos difusos, por exemplo, consta do art. 81, parágrafo único, I do CDC, *verbis*: “direitos difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.”

Utilizando os critérios adotados pelo CDC, Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 487) aponta que, segundo o aspecto subjetivo, os direitos difusos têm como titulares

peças indeterminadas; pelo aspecto objetivo, percebe-se que os direitos difusos tutelam direito indivisível. Já quanto à origem dos direitos difusos, verifica-se que têm origem comum sem vínculo jurídico prévio entre seus titulares.

Sobre os direitos difusos e as suas peculiaridades, afirmou o constitucionalista Roberto Barroso (1993, p. 132-133):

A nova gama de interesses a serem atendidos, denominados interesses ou direitos difusos (...) envolvem relações que se afastam do esquema rotineiro de contraposição entre um credor e um devedor. A proteção desses valores recém-descortinados, voltados, essencialmente, para o aprimoramento da qualidade de vida, em sua expressão material e espiritual, afeta uma pluralidade indeterminada de pessoas, que os desfrutam em comum, sem que se possa dividir. Por refugirem ao modelo clássico, torna-se indispensável a adaptação das medidas processuais que se cristalizaram no envolver da realidade diversa, bem como o aporte da contribuição criativa dos novos tempos, para a elaboração de técnicas e institutos aptos a apreenderem as relações supraindividuais.

Rodolfo Camargo Mancuso (2004, p. 150) menciona que a dispersão típica dos direitos difusos compromete a efetividade da tutela jurisdicional, já que são fluidos, dispersos pela sociedade como um todo. Aduz, outrossim a intensa litigiosidade interna desses direitos, no sentido de que, por serem fluidos e desagregados, permitem conflitos entre grupos relacionados ao interesse difuso. Exemplifica com o caso dos lenhadores *versus* as entidades ecológicas, que buscam a preservação das árvores. Por fim, Mancuso refere-se à tendência à transição ou mutação dos direitos difusos no tempo e no espaço. Ou seja, por não comportarem rol exaustivo, os direitos difusos modificam-se juntamente com a sociedade, a cada momento e a cada nova exigência imposta.

Nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli (1995, p. 07), os direitos difusos pertencem a grupos “menos determinados” de pessoas, ligadas por circunstâncias de fato, de forma que fica patente a impossibilidade de se identificar seus titulares, tal como ocorre como o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado.

Vale aqui a anotação de que há uma presunção legal da irrenunciabilidade de tais direitos. Assim, ainda que alguém alegue não possuir interesse na proteção daquele direito, esta alegação não terá qualquer eficácia. A lei atribui legitimidade para a defesa dos interesses transindividuais a entes dotados de representatividade adequada, fazendo presumir que agem em nome de toda a coletividade, tema a que se retornará no próximo capítulo.

3.2 Interesses ou Direitos Coletivos (*Stricto Sensu*)

Os interesses ou direitos coletivos *stricto sensu* foram enunciados pelo art. 81, parágrafo único, II do CDC como “os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Tais interesses diferem dos direitos difusos quanto ao titular a quem se atribui o direito, já que enquanto os difusos pertencem a um contingente indeterminável de indivíduos, unidos apenas por uma circunstância fática, os coletivos possuem interessados determináveis, agrupados por alguma situação pré-existente.

Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 489) anota que, segundo o aspecto subjetivo, os direitos coletivos possuem como titulares grupo, categoria ou classe de pessoas indeterminadas, mas determináveis; pelo aspecto objetivo, os direitos difusos também tutelam direito indivisível. Já quanto à origem dos direitos coletivos, ao contrário dos difusos, seus titulares estão ligados entre si por uma prévia relação jurídica base, mantida entre si ou com a parte contrária.

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (2012, p. 211-212) também aponta a disciplina dos direitos difusos e coletivos a partir dos elementos subjetivo e objetivo. Assim, o aspecto subjetivo diria respeito à transindividualidade, ou seja, pertencer a uma pluralidade de pessoas que será determinada no caso dos direitos coletivos e indeterminada para os direitos difusos. Já o elemento objetivo diria respeito à indivisibilidade do objeto que se quer buscar para a realização das necessidades, pertinentes à coletividade, ao grupo, categoria ou classe.

Ainda sobre a diferença entre os direitos coletivos e os difusos, prossegue Zavascki (2012, p. 34):

Nem sempre são perceptíveis com clareza as diferenças entre os direitos difusos e os direitos coletivos, ambos transindividuais e indivisíveis, o que, do ponto de vista processual, não tem maiores consequências, já que, pertencendo ambos ao gênero direitos transindividuais, são tutelados judicialmente pelos mesmos instrumentos processuais. Pode-se, pois, sem comprometer a clareza, identificá-los em conjunto, pela sua denominação genérica de direitos coletivos ou direitos transindividuais.

Elucidativo o que defendem Marinoni e Arenhart (2008, p. 742) no sentido de que, relativamente aos direitos coletivos *stricto sensu*, não há necessidade de organização, bastando que o conjunto de pessoas – considerado o titular do direito – possa

ser identificado. Havendo um órgão representativo do grupo, será tal o legítimo responsável pela propositura da ação, e “os efeitos da tutela abrangerão a todos os que pertençam ao grupo, independentemente de estarem ou não vinculados ao organismo”.

3.3 Interesses ou Direitos Individuais Homogêneos³⁵

O objeto do presente estudo reside justamente nessa espécie de direito, na medida em que se pretende defender os direitos previdenciários como espécie de direito individual homogêneo que pode e deve ser judicializado de forma coletiva, não obstante não sejam poucos os obstáculos processuais encontrados nesse caminho.

Inicialmente, importa ter em mente que o tratamento processual coletivo dos direitos individuais de origem comum decorre de opção do legislador, e objetiva a economia e celeridade processuais, além de evitar conflito lógico de julgados (LEONEL, 2013, p.101).

Sérgio Cruz Arenhart (2013, p. 47) aponta a definição imprecisa dos direitos individuais homogêneos como um dos pontos nevrálgicos para o insucesso da tutela dos direitos de massa, uma vez que os próprios tribunais divergem sobre tal conceito. O STJ, por exemplo, já entendeu ser individual homogêneo o direito “caracterizado por um fato comum”³⁶, no caso de vazamentos de produtos tóxicos com a contaminação da água. Por outro lado, em relação à matéria previdenciária, o critério utilizado para a caracterização do direito como individual homogêneo foi a “indisponibilidade do interesse”³⁷.

Nesse ponto releva apontar que é no âmbito dos direitos individuais homogêneos que a tutela coletiva permite maior economia processual, pois permite o julgamento simultâneo de matérias que ensejam inúmeras ações idênticas e pulverizadas. Evita, ainda, decisões contraditórias e o acúmulo de demandas com mesma causa de pedir e pedido. Luís Guilherme Marinoni (1996, p.53-54) sintetiza as principais razões da concepção e disciplina legal dos direitos individuais homogêneos, que, *mutatis mutandis*, aplica-se à tutela dos direitos previdenciários, conforme se observa:

³⁵ Segundo afirma Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (2012, p. 108), no direito italiano, somente no dia 1º de janeiro de 2010, com a entrada em vigor do art. 140 bis, passou a existir uma ação de classe para a defesa dos direitos individuais homogêneos.

³⁶ STJ, 4ª T., REsp 1100.463/PR, rel. Min. Fernando Gonçalves.

³⁷ STJ, 5ª T., REsp 369.822/PR, rel. Min Gilson Dipp.

É necessário nos direitos transindividuais que os interesses individuais lesados em massa possam ser devidamente tutelados. A ação coletiva é fundamental para a efetividade da tutela dos direitos que podem ser lesados nas relações como a de consumo, onde os danos muitas vezes são individualmente insignificantes, mas ponderáveis em seu conjunto. A tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, além de eliminar o custo das inúmeras ações individuais e ‘tornar’ mais racional o trabalho do poder judiciário, supera os problemas de ordem cultural e psicológica que impedem o acesso e neutralizam as vantagens dos litigantes habituais e dos litigantes mais fortes.

Relevante dizer também que não é a natureza essencialmente coletiva dos direitos que permite seu tratamento jurisdicional coletivo, já que os direitos individuais homogêneos podem receber o mesmo tratamento, mesmo sendo divisível o objeto nessa categoria de direitos (ALMEIDA, 2003, p. 481-482).

Registre-se, outrossim, que os danos resultantes de lesões aos direitos individuais podem ser considerados de pequeno valor, quando analisados separadamente, de modo que muitas vezes não vale a pena, analisando-se o custo- benefício, serem judicializados. Assim, ao se ter em conta esses danos de bagatela, percebe-se que a tutela coletiva dos direitos é o único meio de efetivação desses direitos.

É o que ocorre muitas vezes com as revisões dos benefícios previdenciários, já que, vistos de forma individual, muitas vezes a vantagem pecuniária para o segurado é ínfima ou tão pequena que não estimula o ajuizamento da ação. Mas, quando tutelados de forma coletiva, permitem a efetivação do direito e o acesso à justiça de milhões de segurados, substituídos nas ações. Sobre o tema, escreveu Pedro Lenza (2008, p. 91-92):

Muitas vezes, porém, como se disse, a ação individual mostra-se inapropriada, do ponto de vista econômico, para se pretender uma tutela jurisdicional adequada, bem como o autor individual vê-se intimidado diante da grandeza da parte contrária em contraposição à sua pretensão diminuta.

(...)

Encoraja-se, desta forma, como muito bem destacou Kazuo Watanabe, a tutela jurisdicional dos interesses transindividuais de modo molecular, evitando-se a atomização dos conflitos.

Há de se apontar, ainda, como vantagem da tutela coletiva dos direitos individuais, a igualdade de tratamento dos jurisdicionados, de modo que pessoas em uma mesma situação jurídica recebam o mesmo tratamento, o que corrobora com o postulado da segurança jurídica. Assim, o surgimento dos interesses individuais homogêneos veio ao encontro da preocupação do legislador com a efetividade do processo numa nova sociedade massificada, com diversos conflitos de natureza coletiva.

O estudo dos direitos individuais homogêneos deve partir da premissa de que são direitos individuais, que, por ficção jurídica, revestem-se de caráter coletivo para fins

processuais. Foram reunidos para serem tutelados de forma conjunta, evitando proliferação de demandas repetitivas ou seriadas, permitindo um melhor aproveitamento do processo. São, assim, divisíveis e individualizáveis, de modo que cada um poderia ajuizar sua própria ação, mas a lógica aconselha sua defesa de forma coletiva, evitando-se a proliferação de demandas idênticas.

Sobre o assunto, merece destaque a diferença apontada por Teori Albino Zavascki (2013, p.33) entre a defesa dos direitos coletivos e defesa coletiva de direitos, relativa aos interesses individuais, quando tutelados de forma coletiva:

Um das principais causas, senão a principal, dos equívocos nesse novo domínio processual foi a de confundir direito coletivo com a 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. Com efeito, a partir do advento do Código de Defesa do Consumidor, que introduziu mecanismo especial para a defesa coletiva dos chamados direitos individuais homogêneos, passou-se, não raro, a considerar tal categoria de direitos, para todos os efeitos, como espécie de direitos coletivos e difusos, lançando-os todos eles em vala comum, como se lhes fossem comuns e idênticos os instrumentos processuais e as fontes normativas de legitimação para a sua defesa em juízo.

Assim como os direitos difusos, os individuais homogêneos têm origem em situação de fato comum aos interessados. O que os diferencia é a indivisibilidade dos difusos.

José Carlos Barbosa Moreira (1985, p. 57) mesmo antes da edição do Código do Consumidor, já distinguia dois tipos de litígios de massa que veiculavam duas espécies de interesses coletivos: os interesses essencialmente coletivos e os interesses acidentalmente coletivos, que são exatamente os direitos individuais homogêneos, conforme se observa:

A nosso ver, dentro do âmbito acima delimitado, cabe estabelecer uma distinção importante.

a) Em muitos casos, o interesse em jogo, comum a uma pluralidade indeterminada (e praticamente indeterminável) de pessoas, não comporta decomposição num feixe de interesses individuais que se justapusessem como entidades singulares, embora análogas. Há, por assim dizer, uma comunhão indivisível de que participam todos os interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a quota de um e onde começa a de outro. Por isto mesmo instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão a inteira coletividade. Designaremos essa categoria pela expressão “interesses essencialmente coletivos”.

b) Noutras hipóteses, é possível, em linha de princípio, distinguir interesses referíveis individualmente aos vários membros da coletividade atingida, e não fica excluída a priori a eventualidade de funcionarem os meios de tutela em proveito de uma parte deles, ou até de um único interessado, nem a de desembocar o processo na vitória de um ou de alguns e, simultaneamente, na derrota de outro ou de outros. O fenómeno adquire, entretanto, dimensão social em razão do grande número de interessados e das graves repercussões na comunidade; numa palavra: do “impacto de massa”. Motivos de ordem prática, ademais, tornam inviável, inconveniente ou, quando menos, escassamente compensadora, pouco significativa nos resultados, a utilização em separado dos instrumentos comuns de proteção jurídica, no tocante a cada uma das parcelas, consideradas como tais... Para distinguir do anteriormente descrito este género de fenómeno, falaremos, a seu respeito, de “interesses acidentalmente coletivos”.

Tratando-se de interesses essencialmente coletivos, em relação aos quais só é concebível um resultado uniforme para todos os interessados, fica o processo necessariamente sujeito a uma disciplina caracterizada pela unitariedade... Já nos casos de interesses acidentalmente coletivos, uma vez que em princípio se tem de admitir a possibilidade de resultados desiguais para os diversos participantes, a disciplina unitária não deriva em absoluto de uma necessidade intrínseca. Pode acontecer que o ordenamento jurídico, por motivos de conveniência, estenda a essa categoria, em maior ou menor medida, a aplicação das técnicas da unitariedade; esse, porém, é um dado contingente, que não elimina a diferença, radicada na própria natureza das coisas.

Já Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior (2014, p. 74) entendem não se tratar de direito acidentalmente coletivos, já que foram coletivizados propositadamente pelo ordenamento jurídico, de modo a se obter a tutela jurisdicional de forma adequada e integral. É o que se observa:

Por último, cabe mencionar o entendimento de parte da doutrina de que os direitos individuais homogêneos (DIH) não seriam direitos coletivos, mas sim direitos individuais coletivamente tratados. Ora, pelo que pudemos perceber até aqui, a tutela desses direitos não se restringe aos direitos individuais das vítimas. Vai além, tutelando a coletividade mesmo quando os titulares dos direitos individuais não se habilitarem em número compatível com a gravidade do dano, com a reversão dos valores ao FDD. Assim, não se pode continuar afirmando serem esses direitos estruturalmente direitos individuais, sua função é notavelmente mais ampla. Ao contrário do que se afirma com foros de obviedade, não se trata de direito acidentalmente coletivo, mas de direitos coletivizados pelo ordenamento para fins de obter a tutela jurisdicional constitucionalmente adequada e integral.

O conceito consta do Código de Defesa do Consumidor, que em seu art. 81, parágrafo único, III, estabelece que direitos individuais homogêneos são os decorrentes de origem comum. Utilizando a classificação do próprio CDC, mencionada por Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 491), os titulares direitos individuais homogêneos são, segundo o aspecto subjetivo individualizadas ou individualizáveis sem maiores dificuldades; segundo o critério objetivo, os direitos individuais tutelados são divisíveis e distinguíveis entre os seus titulares. Por fim, quanto à origem, possuem origem comum.

Resta saber, entretanto, o que se entende por “origem comum”, já que, nas lições de Ada Pellegrini Grinover (2001, p. 31), não basta a origem comum para justificar o tratamento coletivo, mostra-se indispensável a prevalência dos aspectos coletivos frente aos individuais. E continua a autora esclarecendo que a origem comum pode ser próxima ou remota e, quanto mais remota for a causa, menos homogêneos serão os direitos.

Nesse contexto, defende a professora a utilização da Regra nº 23 das *Federal Rules* americanas para se aferir a homogeneidade do direito a ser tutelado. Somente se poderá falar em direitos homogêneos quando houver a prevalência da dimensão coletiva sobre a individual, caso contrário, serão heterogêneos (GRINOVER, 2001, p. 32).

Utilizando como parâmetro a Regra 23 das *Federal Rules*, Ada Pellegrini Grinover (2001, p. 33) aduz, ainda, à superioridade da tutela coletiva em relação à individual, em termos de Justiça e eficácia da tutela coletiva. Assim, estar-se-ia diante de carência de ação pela ausência de interesse de agir quando a via coletiva não fosse a mais eficaz para tutelar aquele determinado direito, sob o pálio da necessidade e adequação.

Do mesmo entendimento comunga Cassio Scarpinella Bueno (1996, p. 97), ao argumentar que o CDC tomou por base a *class action* prevista na *Rule 23* (b) (3), conforme se observa:

A última hipótese de situação fática a dar ensejo ao cabimento de uma *class action* é a prevista na *Rule 23* (b) (3). É, como dá notícia a doutrina americana, a hipótese mais comum destas ações coletivas, sendo certo que este é o modelo importado para os arts. 91 a 100 do nosso Código do Consumidor. Para esta ação, há necessidade de que, caso a caso, a Corte identifique questões comuns de fato ou de direito para todos os membros da classe. Tais questões devem ser predominantes sobre quaisquer outras referentes a meros interesses individuais, considerados isoladamente. Ainda, a ação será cabível se a Corte acreditar ser a ação coletiva a melhor forma disponível para que se dê um julgamento eficiente para a controvérsia, de forma a se sobrepor ao julgamento de ações individuais. Trata-se, não há dúvidas, de típica aplicação do princípio da eficiência e da economia processuais encampado e tão encarecido pela *Rule 23*.

Kazuo Watanabe (1992, p. 18) de sua vez, aduz que origem comum “não significa necessariamente uma unidade factual e temporal”, de forma que não é necessário para a caracterização dos direitos individuais homogêneos que o fato gerador seja um único e mesmo fato.

Não obstante, a sistemática constante do capítulo II do CDC, a tutela processual dispensada aos direitos individuais homogêneos, tem sofrido diversas críticas, já que por

vezes não garante o bem da vida ao final do processo. Ao revés, tumultua e abarrotta de processos o Poder Judiciário. Nesse diapasão, bem coloca Grinover (2001, p. 37):

Não será demais lembrar que um provimento jurisdicional desprovido de utilidade prática desprestigia o processo e constitui um engodo para a generosa visão do acesso à justiça. O acesso à justiça não pode ser uma promessa vã. Facilitá-lo, por intermédio de ações coletivas, é um grande avanço, assimilado pelo direito processual brasileiro.

Como principais razões para o déficit da eficácia das ações coletivas no Brasil, Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues (2013, p. 23) aponta os seguintes fatores:

a) O sistema de extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada aos membros do grupo, categoria ou classe, apenas em caso de procedência (*secundum eventum litis*) que, apesar de garantístico, eterniza o conflito; b) Possibilidade de ajuizamento de ação individual pelo membro do grupo, mesmo que já haja processo coletivo instaurado para tutelar o mesmo direito; c) o problema da representatividade adequada: o critério da legitimação exclusivamente *ope legis* adotado pelo ordenamento brasileiro, e d) a exclusão a priori, pela própria lei, da possibilidade de sua utilização para a tutela de determinados direitos individuais homogêneos.

De acordo com Leonardo Carneiro da Cunha (2011, p. 255-256), o perfil individualista presente nas regras do direito processual civil foi concebido para resolver conflitos individuais, estruturados de forma a considerar única cada ação, a retratar um litígio específico entre duas pessoas, sendo insuficiente, portanto, para solucionar as lides repetitivas.

Entende ainda o mencionado processualista que as demandas coletivas também não foram aptas a solucionar os processos coletivos, já que ainda persistem as demandas repetitivas, que se multiplicam a cada dia. Deste modo, sob o argumento de que tais litígios demandam soluções rápidas e eficazes, defende que não se justifica mais a adoção dos instrumentos tradicionais de condução de processos judiciais, sendo necessário encontrar tipos alternativos de solução de conflitos (CUNHA, 2010, p. 139-140).

Uma vez constatada a inaptidão das ações coletivas na forma atualmente estabelecida pelas normas de regência para solucionar as lides de massa envolvendo os direitos individuais homogêneos, inclusive os relativos a benefícios previdenciários, muitos processualistas passaram a defender a necessidade de uma sistemática processual própria para tais ações, de modo que as lides tenham sempre uma mesma solução, garantindo racionalidade ao sistema judiciário.

Nesse cenário, surgiram diversas alterações legislativas com vistas a uniformizar entendimento e reduzir demandas, tais como o instituto da Súmula vinculante, previsto no art. 103-A, da CF/88, regulamentada pela Lei nº 11.417/06 e a súmula impeditiva de recursos, prevista no art. 518, §1º, do CPC³⁸. Do mesmo modo, as regras dos artigos 285-A³⁹, que trata da sentença liminar de improcedência, e artigos 543-B⁴⁰ e 543-C⁴¹, que tratam do julgamento por amostragem dos recursos repetitivos e vários outros, todos objetivando o fortalecimento da jurisprudência e uniformidade dos julgamentos⁴².

E o mais recente instituto, presente no Projeto do Novo Código de Processo Civil ⁴³, incidente de resolução de demandas repetitivas, inspirado nas ações-teste (*musterverfahren*) do direito alemão. Sobre a importância do instituto esclarece Leonardo Cunha(2011):

As demandas de massa devem, enfim, sujeitar-se a um procedimento simplificado, sendo conferido ao juiz o poder de gestão processual, o qual deve ser acompanhado de medidas que o tornem eficaz, com definição das regras de impugnabilidade e previsão de mecanismos sancionatórios.

Em vários ordenamentos, já há regras que estabelecem técnicas de julgamento para esses tipos de demandas. Tais regras têm por finalidade racionalizar os julgamentos e obter uniformidade de resultados em relação às causas repetitivas. Existem, em alguns sistemas, o que se chama de *causa piloto*, com a técnica de decisão em bloco que parte de um caso concreto entre litigantes individuais.

³⁸ Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder (redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994).

§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal (renumerado pela Lei nº 11.276, de 2006).

§ 2º Apresentada a resposta, é facultado ao juiz, em cinco dias, o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso (incluído pela Lei nº 11.276, de 2006).

³⁹ Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada (incluído pela Lei nº 11.277, de 2006).

⁴⁰ Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo (incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte (incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos (incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se (incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada (incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral (incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

⁴¹ Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo (incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

⁴² Interessante as anotações de Sérgio Cruz Arenhart (2013, p. 20) sobre os dispositivos “(...) Embora tais medidas possam desafogar as instâncias superiores do Judiciário, não foram, a toda evidência, pensadas para racionalizar o volume de causas com que a máquina judiciária como um todo deve lidar”. De fato, todos esses instrumentos pressupõem que o interessado se apresente em juízo, de modo a impor, sempre, a incoação de novas demandas. Não se pensa em mecanismos capazes de tornar desnecessária a presença da parte perante o Poder Judiciário, o que, ao invés de contribuir para diminuir o volume extraordinário de demandas, só favorece seu aumento exponencial.

⁴³ PL nº 166/2010 – convertido no projeto de lei nº 8.046/2010 da Câmara dos Deputados.

Na *causa piloto*, as diversas demandas são propostas por uma parte com a finalidade, não somente de decidir o caso específico, mas também com o escopo secundário de utilizar a solução jurisdicional obtida, como referência para a resolução de uma pluralidade indeterminada de controvérsias referentes a um grupo amplo de sujeitos que ostentam o mesmo interesse.

Ao lado dessa técnica, há a que prevê a instauração de um incidente coletivo, determinando que as causas repetitivas fiquem, todas, sobrestadas, até a solução do incidente. Diante da existência de várias causas repetitivas, instaura-se um incidente coletivo, no qual a cognição judicial é limitada às questões comuns a todos os casos similares, vindo o resultado a vincular todos os casos que ficaram sobrestados.

Em verdade, a defesa coletiva dos direitos individuais ainda carece de melhor estruturação para ser eficiente. A especialidade dos direitos individuais homogêneos não permite sua adequada defesa pelos mesmos mecanismos utilizados pelo microssistema de processo coletivo para a defesa dos direitos essencialmente coletivos (COSTA, 2011, p. 71).

Há, portanto, que se estabelecer regras próprias para um procedimento que se adapte à realidade do direito material que se pretende tutelar, ajustando as normas processuais aos ditames da CF/88, principalmente ao postulado da eficiência na administração da Justiça (ARENHART, 2013, p. 222).

3. PREVIDÊNCIA SOCIAL

4.1 Histórico

A proteção social do trabalhador pelo Estado está ligada à própria evolução do homem e ao desenvolvimento da estrutura e das funções estatais. Com efeito, a proteção social dos indivíduos contra eventos que lhe ocasionem a incapacidade laborativa é uma das funções do Estado Contemporâneo (CASTRO E LAZZARI, 2013, p. 3).

Não obstante, nem sempre foi assim. O Estado somente assumiu tal mister no final do século XIX e início do século XX, de modo que, os infortúnios pelo que passava o homem foram amparados inicialmente por sua família. Sendo assim, a proteção social nasceu da família, e foi nela que se desenvolvem os valores éticos e humanitários do indivíduo (MARQUES, 2009, p. 26).

As primeiras formas de institutos que se assemelham à Seguridade Social tal qual conhecida hoje, remontam à Idade Média. Reconhece-se, entretanto, a importância dos colégios gregos e romanos que, com natureza mutualista, buscavam manter além das finalidades religiosas e econômicas, um regime de ajuda recíproca a seus membros (ROCHA, 2004, p. 20-21).

Já na Idade Média, a queda do Império Romano e o pensamento cristão produziram o germe do individualismo. Por influência da igreja católica que pregava o assistencialismo, surgiram as primeiras instituições buscando a proteção dos indivíduos de forma coletiva, tais como as confrarias e irmandades.

Com efeito, no século VII apareceram e se desenvolveram as guildas germânicas e anglo-saxônicas, semelhantes aos colégios romanos, que incluíam dentre suas finalidades, a assistência em caso de doença e a cobertura de despesas com funeral. Nessa época, entretanto, a seguridade social tinha perfil assistencialista e de caridade, sendo essencial o papel da igreja nessas políticas de proteção dos mais pobres. Posteriormente, em 1413, na cidade de Gênova, a assistência aos pobres foi instituída pela Constituição, com a criação dos “oficiais de misericórdia”, que tinham a função de arrecadar e distribuir oferendas aos indigentes (ROCHA, 2004, p. 22-27).

Os direitos fundamentais de liberdade surgiram exatamente com a transição da era medieval para a moderna, com a criação do Estado Moderno, decorrente de alianças entre a burguesia e a nobreza. Com a ascensão da burguesia, que tinha claro intuito de

limitar o poder do Estado, surge a ideia do indivíduo como sujeito de direitos. Não obstante, ao assumir o poder, a burguesia deixou de implementar os princípios filosóficos de liberdade e igualdade que apregoa, havendo apenas a igualdade formal. Nessa época, a proteção social ocorria por meio das irmandades de socorro e, posteriormente, através dos montepios.

Na Inglaterra, a instituição da assistência do Estado ensejou a criação da Lei dos Pobres (*Poor Law*), aprovada em 1601, que estabelecia a obrigação do socorro aos necessitados, a assistência pelo trabalho, além de uma taxa cobrada para o socorro dos pobres e a responsabilidade das paróquias pela assistência de socorro e de trabalho.

Com as Declarações de Direitos na América e na França, os direitos naturais passam a ser considerados constitucionais, o que lhes atribui valor jurídico superior às próprias leis. Os direitos fundamentais no Estado liberal primavam pelo individualismo e gravitavam em torno do valor liberdade (ROCHA, 2004, p. 27-28).

Com a Revolução Industrial, a crescente exploração do trabalho pelos detentores do capital, sem observância de qualquer regulamentação, fez eclodir inúmeros movimentos dos trabalhadores, buscando melhores condições de trabalho e vida. Não vingava mais a doutrina do Estado Liberal de que o próprio mercado se autorregulava e a pobreza era algo inevitável ao sistema. As ideias liberais longe estavam de propiciar a proteção social à população (ROCHA, 2004, p. 29-30).

Nos dizeres de Daniel Machado Rocha:

Em uma crença quase mítica na capacidade de cada indivíduo de determinar o seu destino, consagravam-se os valores da autonomia da vontade, da segurança jurídica, da liberdade, da vida e da propriedade como valores superiores. As crises sociais que emanassem desse modelo de convívio social deveriam ser resolvidas pela própria sociedade civil, dentro da ordem instaurada, sem que o Estado interviesse nos problemas econômicos-sociais, respeitando a autonomia da sociedade (Rocha, 2004, p. 30).

Assim, as ideias do Estado Liberal não eram mais aptas a salvaguardar a proteção social dos trabalhadores, tratando-os sob a ótica individual, no sentido de que cada um deve superar suas necessidades com os meios e recursos a ela disponíveis.

Paulo Márcio Cruz (2007, p. 7) enumera de forma didática os fatores que ensejaram a mudança do Estado Liberal para o Estado Social:

- a) A tradição de criação de associações de trabalhadores que buscavam, entre outras finalidades, objetivos sociais. Seu âmbito era claramente sindical, e seu funcionamento ocorria à margem do Estado. As associações operárias eram uma tentativa de oferecer uma resposta às múltiplas disfunções sociais provocadas pela revolução industrial;
- b) O aparecimento da miséria como consequência do processo de industrialização e a formação de grandes aglomerados urbanos. O surgimento da miséria endêmica provocou a derrocada das instituições de caridade e assistência social clássicas, com o aparecimento de providências por parte das instituições públicas. Num primeiro momento, estas providências são tomadas no âmbito estrito dos Municípios;
- c) A crise do princípio da responsabilidade compartilhada entre o trabalhador e a empresa no que dizia respeito aos acidentes de trabalho. A razão desta foi a importância numérica que os acidentes de trabalho haviam adquirido no segmento dos trabalhadores e suas graves consequências sociais. Este fato impulsiona o questionamento do modelo de Estado Mínimo, próprio do Liberalismo clássico.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ensejou uma mudança na concepção da proteção ao indivíduo e a Seguridade Social foi reconhecida como direito subjetivo assegurado a todos. Sobre a marcha evolutiva da noção de proteção social, afirmam Castro e Lazzari (2013, p. 5-7):

Em verdade, a marcha evolutiva do sistema de proteção, desde a assistência prestada por caridade até o estágio em que se mostra como um direito subjetivo, garantido pelo Estado e pela sociedade a seus membros, é o reflexo de três formas distintas de solução do problema: a da beneficência entre pessoas, a da assistência pública e a da previdência social, que culminou no ideal de seguridade social.

Em 1883 foi aprovada na Prússia, hoje Alemanha, A Lei do Seguro Social, cujo projeto competiu ao Chanceler Otto Von Bismarck. Essa legislação garantiu, inicialmente, o seguro-doença e, posteriormente, o seguro contra acidentes de trabalho e o seguro de invalidez e velhice. O financiamento desses seguros do sistema *Bismarckiano*, por ser de capitalização, era da alçada apenas dos empregados e dos patrões, sem a participação da sociedade, já que ainda não havia a noção de solidariedade social (CASTRO E LAZZARI, 2013, p. 13).

Na fase de consolidação⁴⁴ da proteção social ao trabalhador (Castro e Lazzari 2013, p. 12), os direitos sociais e políticos começam a ser positivados na própria Constituição dos países, alçados a mesma condição dos direitos civis. As Constituições Mexicana de 1917, e de Weimar de 1919, foram as primeiras a positivarem os direitos

⁴⁴ Castro e Lazzari aduzem às fases evolutivas da proteção social ao trabalhador, na classificação feita por Paulo Cruz: a) fase experimental; b) de consolidação; c) de expansão e d) de redefinição, que teve início na década de 1980 e se encontra em curso.

sociais. No Brasil, foi a Constituição de 1934 a primeira a mencionar título referente à ordem econômica e social. Segundo Jorge Miranda:

No século XIX encontram-se textos constitucionais precursores da atribuição destes direitos: a Constituição Francesa de 1848 (preâmbulo e art. 23) e, de certa maneira, mais modestamente, a nossa Constituição de 1822 (Magna Carta Portuguesa, arts. 237, 238 e 240). E até a Constituição Francesa de 1793 falava em socorros públicos (art. 21) (MIRANDA, 2000, p. 23).

Em verdade, no pós-guerra as constituições passam a ser não apenas políticas, mas também sociais, já que os direitos sociais são alçados ao mesmo plano dos direitos civis (ROCHA, 2004, p. 33).

Desse modo, seja pela influência da igreja católica⁴⁵, seja pela eclosão dos movimentos sociais⁴⁶, o Estado passou a intervir nas relações de trabalho dos indivíduos, atuando com um novo papel, ora de forma direta, ora como ente regulador.

No entanto, somente com a quebra da Bolsa de Valores em Nova York, em 1929, o intervencionismo estatal toma feições definitivas e toma forma a expressão do Estado do bem estar social, também conhecido como *welfare state*. Surgiram daí as primeiras preocupações com a proteção previdenciária do trabalhador, com a transferência de alguma das tarefas sociais da sociedade civil para o Estado (CASTRO E LAZZARI, 2013, p. 4-11).

Conforme apregoado por Daniel Machado Rocha sobre o surgimento do direito do trabalho e do direito previdenciário (2004, p. 32):

A atividade reguladora do Estado, envolvendo temas direta e indiretamente relacionados ao processo produtivo, resultará na criação de um novo ramo do Direito, o Direito do Trabalho, cujo desenvolvimento dos princípios, técnicas e institutos peculiares acabará reclamando o surgimento de novos ramos autônomos, como o Direito Previdenciário.

Após a Segunda Guerra Mundial, com o advento do Estado de Bem-Estar Social, surgiram estudos objetivando a redução da pobreza e a universalização dos direitos sociais. Nesse contexto, a solidariedade social é conceito que veio à lume no pós-guerra, com o relatório elaborado por William Henry Beveridge, em 1942.

Por meio do Plano Beveridge foi criado um sistema universal previdenciário, ou de repartição, em que toda a coletividade encarrega-se da proteção social decorrente dos

⁴⁵ Em maio de 1891, o Papa Leão XIII publicou a Encíclica RERUM NOVARUM, verdadeira carta aberta a todos os bispos, sobre as precárias condições das classes trabalhadoras.

⁴⁶ Destacam-se, na França, as Revoluções de 1848 e 1871 e a Revolução de 1848, na Alemanha.

riscos sociais não só para os trabalhadores, mas para toda a população. Tal política de seguridade social era presidida pelos ideais de justiça social e de solidariedade (PERSIANI, 2009, p. 32).

Sobre o assunto, interessante o que afirmam Castro e Lazzari (2013, p. 14-15):

A partir daí nasce o regime *beveridgeano*, ou de repartição, em que toda a sociedade contribui para a criação de um fundo previdenciário, do qual são retiradas as prestações para aqueles que venham a ser atingidos por algum dos eventos previstos na legislação de amparo social.

(...)

Com isso, concluímos que dessa época em diante se materializa a universalização dos direitos sociais, acrescentando-se aí o seu reconhecimento como categoria integrante do rol dos direitos fundamentais, o que fica patente em nível mundial a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), mais especificamente em seu art. 25.

No fim do século XX, o Estado do bem-estar social entra em crise, o que vai refletir nos modelos de proteção adotados. Isso porque quando a capacidade prestacional do Estado é reduzida, os direitos à vida, à liberdade e à propriedade também ficam comprometidos. Afigura-se imprescindível, portanto, conceber o direito como algo comprometido com as tensões e lutas, de modo a ser também impulsionador de transformações sociais (STRECK *apud* ROCHA, 2004, p. 43).

Nos dizeres de Fábio Zambite Ibrahim (2011, p. 79), o que se constata a partir daí é uma mescla dos sistemas *bismarkiano* e *beveridgeano*, com destaque para os modelos de capitalização. A novidade do Estado Democrático de Direito reside no sentido teleológico de sua normatividade com a busca pela proteção efetiva dos direitos fundamentais (Rocha, 2004, p. 34).

4.2 A PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

No Brasil, a relação entre o Estado e a sociedade civil sempre foi peculiar, com o surgimento daquele antes desta. Desse modo, antes mesmo de ingressar na era industrial o país já apresentava forte desigualdade social (ROCHA, 2004, p. 45).

A primeira Constituição do país, de 1824, refletia os anseios da aristocracia escravocrata, influenciada pela ideologia liberal do século XVIII. Sobre a previdência social, houve apenas a menção aos socorros públicos, de modo vago e impreciso, já que o cidadão não podia exigir tal direito de modo coercitivo (ROCHA, 2004, p. 49).

Na Carta de 1891 não houve a preocupação de se disciplinar a ordem econômica e social, a preocupação do constituinte foi tutelar a liberdade, a segurança individual e a propriedade.

A previdência social iniciou atendendo os servidores públicos. Com efeito, a Lei nº 3.397/88 determinou a criação de uma caixa de socorros para os trabalhadores das estradas de ferro. Em 1889, o Decreto nº 9.212-A instituiu o montepio obrigatório para os funcionários dos correios e o Decreto nº 10.269 criou o fundo especial de pensões para os trabalhadores das oficinas da Imprensa Régia (RUSSOMANO *apud* ROCHA, 2004, p. 51).

Sobre esses mecanismos do período do Império, que podem ser considerados como institutos previdenciários, interessa destacar:

Em 1835 foi fundado o MONGERAL, Montepio Geral dos Servidores do Estado, primeira entidade organizada de previdência do país, muito embora sua manifestação tenha sido em 1543. Em 1888, o Decreto nº 9.912-A regulou o direito à aposentadoria dos empregados dos Correios. Eram exigidos 30 anos de efetivo serviço e idade mínima de 60 anos. No mesmo ano, a Lei nº 3.397 criou uma Caixa de Socorros em cada uma das Estradas de Ferro do Império (VIANNA, 2010, p. 11).

De outro lado, o modelo contributivo de previdência social para os trabalhadores da iniciativa privada surgiu com a Lei Eloy Chaves, a qual criou as Caixas de Aposentadoria e Pensões, por meio do Decreto Legislativo nº 4.682/23.

Nesse cenário, as empresas recolhiam as contribuições devidas sem a intermediação estatal, já que não havia uma contribuição por parte da União. A primeira constituição a utilizar a expressão “previdência” foi a de 1934, a qual já previa a participação tríplice no custeio dos riscos social.

Foi na década de 30 que começaram a surgir os Institutos de Aposentadoria e Pensão, englobando toda uma categoria profissional e que abrangiam todo o território nacional. O aparelho fiscal do Estado passou a ser utilizado para a cobrança das contribuições previdenciárias (ROCHA, 2004, 56-59).

O Decreto nº 22.872, de 29 de junho de 1933, criou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos. Em seguida, outros institutos de aposentadoria e pensão foram criados: Em 1934, o Decreto nº 24.272/34, criou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes; o Decreto nº 24.615, de 09 de julho de 1934, criou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários e a Lei nº 367, de 31 de dezembro de 1936, criou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários. Em sequência, o Decreto-Lei nº

288, de 23 de fevereiro de 1938, criou o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado e o Decreto-Lei n° 651, de 26 de agosto de 1938, criou o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Empregados em Transportes e Carga.

Em 26 de agosto de 1960 foi publicada a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), unificando a legislação referente aos Institutos de Aposentadorias e Pensões. Posteriormente, com a edição do Decreto-Lei n° 72, de 21 de novembro de 1966, foi criado o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), unindo os Institutos de Aposentadorias e Pensões então existentes (IAPM, IAPC, IAPB, IAPI, IAPETEL, IAPTEC).

O Ministério da Previdência e Assistência Social⁴⁷ ensejou a criação do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS)⁴⁸, em 01 de setembro de 1977. Faziam parte do sistema as seguintes entidades: Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), Fundação Legião Brasileira de Assistência (LBA), Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social (DATAPREV) e o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS).

Com a Constituição Federal de 1988, de acordo com Vianna (2010, p. 14), passa a existir um:

(...) verdadeiro sistema de Seguridade Social, integrando ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar direitos relativos à saúde, previdência e assistência social, o qual foi aos poucos sendo regulamentado por legislação posterior.

Na definição constitucional, constante do art. 194⁴⁹, a Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da

⁴⁷ Lei n° 6.036, de 1° de maio de 1974, cria o Ministério da Previdência e Assistência Social, desmembrado do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

⁴⁸ Lei n° 6.439, de 1° de setembro de 1977

⁴⁹ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência social e à assistência social.

A seguridade social tem como base o primado do trabalho e como objetivos o bem-estar e justiça social (PIERDONÁ, 2007, p.14).

Ao falar da seguridade social, aduz Sergio Pinto Martins (2005, p. 45) que o Estado vai atender às necessidades que o ser humano vier a ter nas adversidades, dando-lhe tranquilidade quanto ao presente e, principalmente, quanto ao futuro, mormente quando o trabalhador tenha perdido a sua remuneração, de modo a possibilitar um nível de vida aceitável.

É a Seguridade Social gênero do qual são espécies a Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde. Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2012, p. 57) a conceituam nos seguintes termos:

Previdência Social é o sistema pelo qual, mediante contribuição, as pessoas vinculadas a algum tipo de atividade laborativa e seus dependentes ficam resguardados quanto a eventos de infortúnica (morte, invalidez, idade avançada, doença, acidente de trabalho, desemprego involuntário), ou outros que a lei considera que exijam amparo financeiro ao indivíduo (maternidade, prole, reclusão), mediante prestações pecuniárias (benefícios previdenciários) ou serviços.

A saúde e a assistência social são direitos sociais destinados a todos, bastando que se cumpram os requisitos previstos na Lei 8.742/93, no segundo caso. Já para desfrutar dos benefícios previdenciários, faz-se necessário o pagamento de contribuições⁵⁰, dada a natureza contributiva do sistema adotado pela Previdência Social. Zélia Pierdoná⁵¹ conceitua a Seguridade Social nos seguintes termos:

Sistema de proteção social previsto na CF/88 que tem por objetivo a proteção de todos, nas situações geradoras de necessidades, por meio de ações de saúde, previdência e assistência social, constituindo-se no principal instrumento criado pela atual Constituição para a implementação dos objetivos do Estado brasileiro, em especial, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Sua efetivação tem como base o princípio da solidariedade, uma vez que o financiamento do referido sistema está a cargo de toda a sociedade.

Destarte, foi a Constituição Federal de 1988 que deu, pela primeira vez, tratamento sistematizado à previdência social em nível constitucional, agora inserida em

⁵⁰ Com o exercício de uma atividade remunerada de vinculação obrigatória à Previdência Social, nasce a filiação ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

⁵¹ Disponível em <http://escola.mpu.mp.br/dicionario>.

um sistema maior de seguridade social juntamente com a saúde e assistência social. Com a nova Constituição, temas antes relegados à legislação ordinária, passaram a ser tratados no próprio texto constitucional (NASCIMENTO, 2007, p. 44).

Marcelo Leonardo Tavares (2005, p.29) apresenta a organização do modelo de previdência social brasileiro nos seguintes termos:

A previdência no Regime Geral de Previdência Social é conceituada como seguro público, coletivo, compulsório, mediante contribuição e que visa cobrir os seguintes riscos sociais: incapacidade, idade avançada, tempo de contribuição, encargos de família, morte e reclusão. A previdência é direito social de fruição universal para os que contribuam para o sistema. Ocorrendo um risco social – “sinistro” (que afasta o trabalhador da atividade laboral), caberá a previdência a manutenção do segurado ou de sua família.

A Constituição de 1988 elevou a Previdência Social à categoria de garantia fundamental do homem, de modo que hoje já não há dúvida do caráter fundamental desse direito social. Deve-se, portanto, aplicar-lhe todo o arcabouço relativo aos direitos fundamentais, seja em relação à concretude dos mesmos, seja em relação à interpretação.

Nesse sentido, os ensinamentos da professora Zélia Luiza Pierdoná (2007, p. 11):

A constituição de 1988, visando dar efetividade aos fundamentos do estado brasileiro, em especial o da dignidade da pessoa humana, bem como concretizar seus objetivos previstos no art. 3º, entre os quais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, instituiu um importante instrumento de proteção social, o qual visa à proteção de todos os cidadãos nas situações geradoras de necessidades. Referida proteção foi denominada de seguridade social.

Não obstante, a partir dos anos 90, a crise financeira do Estado, assim como a estagnação da economia brasileira e o envelhecimento da população, além de outros fatores, ensejaram fortes debates sobre a necessidade de reformar a previdência social, e resultaram na publicação das Emendas Constitucionais n^{os} 20 e 41, relativas à reforma da previdência.

A novel redação do artigo 201⁵², resultado das Emendas Constitucionais, inseriu alterações pontuais: instituiu o regime geral de previdência, pautado pelo equilíbrio

⁵² Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

financeiro e atuarial e diferenciado dos regimes próprios, assim como incluiu entre os benefícios o salário família e o auxílio reclusão. Estabeleceu também o princípio da isonomia pela vedação de critérios e requisitos diferenciadores.

Sobre o tema das reformas previdenciárias no Brasil e suas causas, elucidativo o que defendido por Ademir Alves da Silva, em artigo intitulado *A reforma da previdência social brasileira: entre o direito social e o mercado*, consoante se observa:

No Brasil, as novas regras derivadas da Emenda Constitucional – EC nº 20/98 representaram, com efeito, a imposição de perdas aos segurados, uma vez que o eixo da reforma foi o aumento da idade média de concessão do benefício, implicando extensão do período contributivo, redução dos gastos no curto prazo pela postergação da concessão e redução dos gastos no longo prazo pela concessão por menor período (CECHIN, 2002, p. 23).

(...) A recorrente questão do déficit, na verdade o maior motivo declarado para a reforma, também é objeto de dissenso, desde a concepção até a base de dados. Segundo o Ipea (2002, p. 15), o déficit foi de R\$ 13,3 bilhões em 2001, ou seja, 1,08% do PIB. Ocorre que o RGPS foi superavitário durante longo período, até 1995, quando se iniciou a tendência de déficits (GUSHIKEN ET AL., 2002, p. 13, NR 5). De um superávit de R\$ 16,6 bilhões em 1988, registrou-se um déficit de R\$ 9,1 bilhões em 1998 (CECHIN, 2002, p. 14).

A redução do déficit nos últimos anos é apontada como efeito da reforma, combinada com outros fatores. Segundo Pinheiro (2001, p. 34), de janeiro a outubro de 2001, o déficit foi 6,6% menor que o de 2000, considerada também a recuperação da economia no período, com maior massa salarial e, conseqüentemente, maior base de arrecadação.

4.3 O INSS e o RGPS

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é uma autarquia pública federal, constituindo-se em pessoa jurídica de direito público interno, nos termos do artigo 37, XIX da Constituição do Brasil. Está vinculado ao Ministério da Previdência social e foi criado pela Lei nº 8.029/1990⁵³, após a fusão do IAPAS com o INPS. Tem como função precípua⁵⁴ promover o reconhecimento de direitos, administrados pela Previdência Social e estabelecidos no Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998, cf. Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

⁵³ Art. 17. É o Poder Executivo autorizado a instituir o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), como autarquia federal, mediante fusão do Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social (IAPAS) com o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), observado o disposto nos §§ 2º e 4º do art. 2º desta lei.

Parágrafo único. O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) terá até sete superintendências regionais, com localização definida em decreto, de acordo com a atual divisão do território nacional em macrorregiões econômicas, adotada pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), para fins estatísticos, as quais serão dirigidas por Superintendentes nomeados pelo Presidente da República.

⁵⁴ As atribuições do INSS relativas à arrecadação e fiscalização das contribuições previdenciárias foram transferidas à Secretaria da Receita Federal do Brasil, por força da Lei nº 11.457/2007.

Segundo o sítio do Ministério da Previdência Social⁵⁵, o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) tem suas políticas elaboradas pelo Ministério da Previdência Social (MPS) e executadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia federal a ele vinculada. Este Regime possui caráter contributivo e de filiação obrigatória.

A estrutura atual do Ministério da Previdência Social é disciplinada pelo Anexo I, do Decreto nº 7.078/2010, e é dividida em quatro categorias: 1) órgãos de assistência direta e imediata ao Ministro de Estado: Gabinete, Secretaria Executiva e Consultoria Jurídica; 2) órgãos específicos singulares: Secretaria de Políticas e Previdência Social e Secretaria de Políticas de Previdência Complementar; 3) órgãos colegiados: Conselho Nacional de Previdência Social, Conselho de Recursos da Previdência Social, Conselho Nacional de Previdência Complementar e Câmara de Recursos da Previdência Complementar); e 4) entidades vinculadas: autarquias (INSS e PREVIC) e empresas públicas (DATAPREV).

O Regime Geral de Previdência Social tem como diretriz constitucional expressa a precedência da fonte de custeio à criação, à majoração ou à extensão de serviço ou benefício, nos termos do art. 195, § 5º, da Constituição Federal. Desse modo, qualquer pretensão de implemento, modificação ou cancelamento de um benefício previdenciário requer um regime obrigatoriamente contributivo e de filiação obrigatória, conforme artigo 201, *caput*, da Constituição Federal (RIBEIRO, 2014). Dentre os contribuintes, encontram-se os empregadores, empregados assalariados, domésticos, autônomos, contribuintes individuais e trabalhadores rurais.

Registre-se que existem cerca de 47.900.000 de segurados e, apenas no ano de 2012, a Previdência Social concedeu quase 5 milhões de benefícios, dos quais 86,7% eram previdenciários, 6,7% acidentários e 6,6% assistenciais. O montante de pagamentos realizados referente a benefícios previdenciários realizados nesse mesmo ano importa em R\$ 386.000.000.000,00⁵⁶. Tais dados apontam para o gigantismo da autarquia e do importante papel social por ela desempenhado na concessão e manutenção dos benefícios previdenciários.

⁵⁵ <http://www.previdencia.gov.br/ouvidoria-geral-da-previdencia-social/perguntas-frequentes/regime-geral-rgps/>

⁵⁶ http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2013/05/AEPS_2012.pdf.

4. A PREVIDÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL⁵⁷

Conceituar e contextualizar os benefícios previdenciários como direito fundamental social é de fundamental importância para o deslinde da presente dissertação, principalmente pelos reflexos que disso resulta. Com efeito, o fato de ser a previdência social direito fundamental deve refletir na forma de tutela jurisdicional a ser a ela conferida.

A eleição da Previdência como um dos valores escolhidos pelo constituinte para configurar no rol dos direitos sociais reflete os ideais e valores albergados pelo ordenamento constitucional e traduz um mandamento que vincula toda a sociedade. Desse modo, o aplicador do direito, ao deparar-se com as dificuldades práticas para a concretização desse direito, deve ter sempre em mente sua fundamentalidade.

Com razão, Ricardo de Barroa Leonel (2013, p. 09) argumenta que a incorporação dos direitos sociais na CF/88 não foi em vão, já foram previstos no intento de cumprir os objetivos fundamentais da República e têm gerado uma tomada de consciência pelos cidadãos na busca da concretização de tais direitos, conforme se observa:

(...) A Lei Maior foi inspirada, entre outros aspectos, pela incorporação dos denominados direitos sociais, que se revelam como prestações positivas do Estado diante dos particulares. Entre eles encontram-se as previsões destinadas pretensamente a assegurar condições adequadas à saúde, educação, moradia, proteção do meio ambiente e assim sucessivamente. Todos esses direitos e garantias são voltados, na perspectiva da Constituição Federal de 1988, a cumprir os objetivos fundamentais da República, delineados em seu art. 3º (...). Em linguagem simples, essas “promessas” constitucionais não poderiam ter sido feitas em vão. A tomada de consciência por parte dos cidadãos brasileiros sobre as previsões constitucionais em torno dos direitos sociais estimulou um movimento natural, verificado de forma individual e de forma coletiva, no sentido da busca de sua concretização. Daí a percepção de que nossa cultura assimilou a ideia de que, se esses direitos não forem “prestados” espontaneamente, deverão ser “buscados” junto à administração pública e, na omissão ou incapacidade desta, junto ao Poder Judiciário.

Destarte, tendo em conta que o processo deve ser estruturado em conformidade com o direito material que pretende tutelar, a defesa coletiva das causas previdenciárias é medida que se impõe, com vistas a trazer justiça a um maior número de segurados.

⁵⁷ Desde a CF/88 o direito da Seguridade Social não se confunde mais com o Direito do Trabalho, uma vez que há um capítulo próprio versando sobre a Seguridade Social, do art. 194 ao art. 204. No ordenamento constitucional anterior, os direitos trabalhistas e previdenciários eram tratados no título destinado à Ordem Econômica, no art. 165.

Os direitos sociais são aqueles que, como regra, demandam uma prestação por parte do Estado, e estão estreitamente ligados ao postulado da igualdade. Distinguem-se dos demais pela sua dimensão positiva, uma vez que não mais se busca evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual. Ao revés, o que se pretende, com o reconhecimento dos direitos sociais, é a garantia de participação do indivíduo no bem-estar social. “Não se cuida mais, portanto, de liberdade ‘do’ e ‘perante’ o Estado, e sim de liberdade ‘por intermédio’ do Estado” (SARLET, 2012, p. 56-57).

Robert Alexy (2012, p. 450) aponta que a importância dos direitos fundamentais é tamanha que não se pode deixar a decisão sobre eles à livre disposição da maioria parlamentar simples, ou seja, do legislador ordinário. No presente trabalho trabalhar-se-á com o conceito de direitos fundamentais cunhado por Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 35 e 36), segundo o qual:

(...) o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.

Ressalva, ainda, Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 57) que:

Ainda na esfera dos direitos de segunda dimensão, há que se atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as denominadas ‘liberdades sociais’. (...) A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho ‘positivo’ possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase da evolução dos direitos fundamentais.

Na doutrina pátria destacam-se os ensinamentos de José Afonso da Silva (2009, p. 286-287), segundo o qual os direitos sociais podem ser divididos em: a) direitos sociais relativos ao trabalhador; b) direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e à assistência social; c) direitos sociais relativos à educação e à cultura; d) direitos sociais relativos à família, à criança, ao adolescente e ao idoso; e e) direitos sociais relativos ao meio ambiente. Os direitos sociais relativos à seguridade compreendem os direitos à saúde, à previdência e à assistência social, previstos no título da Ordem Social, nos artigos 193 e seguintes.

Não obstante, os direitos sociais, tal como o direito à previdência social, por terem complexa polivalência semântica ensejam problemas de aplicação e interpretação. Devem, portanto, ser distinguidos dos direitos de defesa, já que, ao contrário desses, demandam uma atuação positiva, um agir (FERRAJOLI *apud* QUEIROZ, 2006, p. 6-7).

Ao esclarecer sobre a inexistência de diferença de natureza, mas sim de estrutura entre tais tipos de direitos fundamentais, Bockenforde *apud* Cristina Queiroz (2006, p. 10) aponta a relação entre os direitos fundamentais de primeira e segunda gerações⁵⁸:

Deste modo, há que defenda, no quadro de uma “estratégia de exigibilidade” da satisfação dos direitos fundamentais, uma “sinergia” entre os direitos fundamentais de liberdade e os direitos fundamentais sociais, já que ambas essas categorias se encontram inter-relacionadas no sentido em que tutela de uns leva necessariamente à tutela dos outros.

Consoante observado por Daniel Machado da Rocha (2004, p. 47), o nível de proteção social positivado, assim como as normas de direitos fundamentais vão variar de acordo com fatores políticos, sociais, históricos e ideológicos. Isso porque a ordem dos direitos fundamentais não é natural, mas positiva, de modo que é variável em conformidade com dado momento histórico.

A seguir, será esmiuçado o enquadramento da previdência social dentro das principais classificações que são feitas na teoria geral dos direitos fundamentais, de modo a deixar claro a importância de sua concretização.

5.1 Fundamentalidade Formal e Material

Os direitos sociais encontram-se positivados na CF/88 no capítulo II, do Título II, referente aos direitos e garantias fundamentais. No art. 6º estão enumerados alguns dos direitos sociais hoje reconhecidos, tais como educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social e outros. Já o título VIII, ao tratar da Ordem Social, estabelece as diretrizes básicas para a Seguridade Social (Saúde, Previdência e Assistência social) e ainda da Educação, Cultura e Desporto, da Ciência e Tecnologia,

⁵⁸ Paulo Márcio Cruz aponta, com fundamento em Bobbio, a existência de quatro gerações de direitos fundamentais: a primeira relativa à constitucionalização dos direitos de liberdade e políticos; a segunda, relativa à constitucionalização dos direitos prestacionais econômicos e de bem estar social; a terceira corresponde aos direitos coletivos; e a quarta envolve os novos direitos relacionados à informática e à biologia genética, entre outros (Cruz, Paulo Márcio. Fundamentos do Direito Constitucional, p.138).

Comunicação Social, do Meio-Ambiente, da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso e, por fim, dos Índios.

Inicialmente, releva esclarecer que o termo “direitos fundamentais” está estreitamente relacionado à ideia de positivização interna de um Estado. Já a expressão “direitos humanos” refere-se aos direitos dos homens em geral, equiparados aos direitos naturais. Sobre essa diferenciação terminológica esclareceu Sarlet (2012, p.29):

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos humanos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, e tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Ainda que não haja dúvidas sobre a fundamentalidade formal do direito à Previdência Social, posicionado no extenso rol constitucional dedicados aos direitos sociais, relevante consignar que os benefícios previdenciários também são materialmente fundamentais.

A fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais decorre de sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico. A fundamentalidade substancial, de sua vez, implica tomar os direitos fundamentais como fundamento para a tomada de decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade (ALEXY, 2012, p. 520-522).

Nos dizeres de Marcus Orione Gonçalves Correia e Marisa Ferreira dos Santos (2005, p. 17):

(...) o posicionamento dos direitos sociais como direitos fundamentais significa que toda metodologia de interpretação aplicável aos direitos fundamentais historicamente deve se colocar à disposição de um sistema de segurança social. Não basta mais acreditar que apenas os direitos e garantias individuais são fundamentais.

Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 269), ao escrever sobre a importância da noção material dos direitos fundamentais, afirma que tal conceituação serve para a identificação de direitos fundamentais fora do catálogo constitucional.

Afirma ainda que “os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana” (GONET, 2009, p. 271).

Vieira de Andrade *apud* Branco (2009, p. 270) aponta a fundamentalidade material dos direitos humanos⁵⁹ na intenção de explicitar a dignidade da pessoa humana⁶⁰. A proteção social, ideia ínsita à Previdência, está fortemente atrelada à dignidade da pessoa humana, fundamento de todos os direitos sociais.

É o que observa Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 320):

No âmbito do direito brasileiro, assim como se verifica no caso lusitano, verifica-se em termos gerais, uma adesão – ressalvadas peculiaridades importantes à tradição alemã de fundar o direito ao mínimo existencial tanto no direito à vida, quanto, em especial, na dignidade da pessoa humana, inclusive vinculando-o ao livre desenvolvimento da personalidade, de tal sorte que – a despeito de algumas divergências – o mínimo existencial abrange não apenas a garantia de sobrevivência física (o que significaria a redução do mínimo existencial a um mínimo vital) quanto abarca o que se convencionou designar de um mínimo existencial sociocultural (e mesmo, como já sustenta mesmo entre nós, de um mínimo existencial ecológico ou ambiental), incluindo, portanto, o direito à educação, e, em certa medida, o próprio acesso a bens culturais.

Da simples leitura do art. 3º da Lei 8.213/91 deflui-se a influência da dignidade da pessoa humana como fundamento da previdência social. Com efeito, ao preconizar que Previdência Social tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente, vê-se que a ideia de dignidade da pessoa humana está na base de todo o sistema previdenciário.

A constitucionalidade material, portanto, decorre do reconhecimento pelo Constituinte de que a previdência social integra a essência do Estado Constitucional, devendo constituir prioridade no ordenamento jurídico (ROCHA, 2004, p. 110).

No dizer de Daniel da Rocha e José Paulo Baltazar (2011, p. 27) a expressão “Seguridade Social”, como está posta na Constituição Federal, é o termo genérico utilizado pelo legislador constituinte para designar o sistema de proteção que abrange os três programas sociais de maior relevância, quais sejam, a Previdência, a Saúde e a Assistência Social, que são espécies do gênero Seguridade Social.

⁶⁰ Há que se registrar, porém, a crítica de José Joaquim Gomes Canotilho, para quem reduzir o fundamento dos direitos fundamentais à dignidade humana é restringir suas possibilidades de conteúdo.

A constitucionalização dos direitos previdenciários acontece em diversos países, e está em sintonia com a necessidade de enfrentamento dos riscos sociais. De igual modo, há seu reconhecimento em diversos tratados internacionais, tais como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966⁶¹ e a Convenção dos Direitos da Criança⁶², de 1989, que estabeleceram o direito à previdência social.

Destarte, a previdência social é um direito assegurado a todos os que tenham qualidade de filiados previdenciários. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do cidadão, de 1948, estabelece a previdência social como parte integrante do rol de direitos humanos fundamentais, conforme se observa em seu Artigo XXV, *verbis*:

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.
2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.

Do mesmo modo, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem preconiza em seu art. XVI ser a previdência social um dos direitos básicos de todo ser humano, conforme se observa:

Artigo XVI. Toda pessoa tem direito à previdência social de modo a ficar protegida contra as consequências do desemprego, da velhice e da incapacidade que, provenientes de qualquer causa alheia à sua vontade, a impossibilitem física ou mentalmente de obter meios de subsistência.

O Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS)⁶³ a define como:

A Previdência Social é o seguro social para a pessoa que contribui. É uma instituição pública que tem como objetivo reconhecer e conceder direitos aos seus segurados. A renda transferida pela Previdência Social é utilizada para substituir a renda do trabalhador contribuinte, quando ele perde a capacidade de trabalho, seja pela doença, invalidez, idade avançada, morte e desemprego involuntário, ou mesmo a maternidade e a reclusão.

⁶¹ Artigo 9º Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social.

⁶² Artigo 26, 1. Os Estados Partes reconhecerão a todas as crianças o direito de usufruir da previdência social, inclusive do seguro social, e adotarão as medidas necessárias para lograr a plena consecução desse direito, em conformidade com sua legislação nacional. 2. Os benefícios deverão ser concedidos, quando pertinentes, levando-se em consideração os recursos e a situação da criança e das pessoas responsáveis pelo seu sustento, bem como qualquer outra consideração cabível no caso de uma solicitação de benefícios feita pela criança ou em seu nome.

⁶³ <http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/politica-de-previdencia-social/>

A Previdência Social visa assegurar recursos aos trabalhadores e seus dependentes quando diante da ausência da capacidade laboral daqueles trabalhadores segurados ao Regime Geral da Previdência Social (PIERDONÁ, 2007, p. 29). Regem a Previdência Social os princípios constitucionais da universalidade da cobertura e de atendimento, além dos postulados da solidariedade, da vedação do retrocesso social, da proteção ao hipossuficiente, dentre outros. O princípio da solidariedade é de extrema importância, e está em plena conformidade com os objetivos fundamentais da República, previsto no art. 3º, inciso I, da CF/88⁶⁴.

Inocência Mártires Coelho (2009, p. 1418) argumenta sobre a importância da solidariedade na seguridade social, conforme se observa:

Iniciando pela seguridade social, como um todo, pode-se dizer que ela tem entre os seus principais fundamentos o princípio da solidariedade, na medida em que abrange um conjunto de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, com financiamento a cargo de toda a sociedade, mediante recursos orçamentários e contribuições sociais destinadas ao custeio de prestações que são devidas não apenas aos segurados, mas também – na vertente da assistência social – a todos os que delas necessitarem, independentemente de contribuição (CFB, art. 195 e 203), o que, afinal, significa, concretizar nesse específico setor, um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil – “construir uma sociedade livre, justa e solidária” – anunciado no art. 3º, I, da Constituição.

Dentro desses objetivos da República Federativa do Brasil, constantes do art. 3º, a dignidade da pessoa humana constitui princípio, fundamento e objetivo do Estado brasileiro. É, portanto, o valor supremo que deve guiar todas as interpretações dos operadores do direito. Sarlet (2007, p. 62) conceitua a dignidade como:

(...) a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

É inegável, pois, o papel do Estado no campo da previdência social, protegendo os indivíduos contra os riscos inerentes à perda da capacidade laborativa, seja ela permanente ou temporária. Não obstante, o direito à Previdência é um direito prestacional

⁶⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

que depende da sua concretização pelo legislador infraconstitucional. Nesse diapasão, as normas que regulam a matéria são as Leis 8.212 e 8.213, ambas publicadas em 24 de julho de 1991. A primeira, a “Lei orgânica da Seguridade Social”, organiza a Seguridade Social e institui o Plano de Custeio. A segunda dispõe especificamente sobre os Planos de Benefícios e o Regime Geral.

Tais leis trazem em seus textos as regras que constituem o corpo jurídico previdenciário brasileiro, desde a estrutura organizacional da Previdência até as regras sobre o financiamento e a distribuição do custeio da Seguridade e da Previdência Sociais, a definição das categorias básicas de contribuintes, benefícios e segurados, regras para cálculo do salário de contribuição e de todos os demais benefícios e prestações previdenciárias.

5.2 Direitos de Defesa e Direitos à Prestação

Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 16) classifica os direitos fundamentais em dois grandes grupos: os direitos de defesa e os direitos a prestações. Para tanto, utiliza-se da teoria do status de Jellinek⁶⁵, que analisa a posição do indivíduo em face do Estado e as situações dela decorrentes quanto aos direitos e deveres. É o que se observa:

Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, assegurada pelos direitos de defesa (ou função defensiva dos direitos fundamentais), a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos. Assim, enquanto os direitos de defesa (*status libertatis* e *status negativus*) se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos a prestações que, de modo geral, e ressalvados os avanços que podem ser registrados ao longo do tempo, podem ser reconduzidos ao *status positivus* de Jellinek, implicam postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática).

⁶⁵ A constatação da multifuncionalidade dos direitos fundamentais não constitui, por outro lado, nenhuma novidade e pode – a despeito dos novos e importantes desdobramentos vinculados às perspectivas subjetivas e objetivas – ser reconduzida à doutrina dos quatro status de Georg Jellinek, do final do século passado, onde encontraria sua vertente, tendo sido, além disso (inclusive entre nós), utilizada recentemente como referencial para a classificação dos direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 156).

No mesmo sentido, Robert Alexy (2012, p. 442-444), compreende o direito à prestação de forma ampla e o divide em três grupos: direitos à proteção, direitos à organização e procedimento e direitos à prestação em sentido estrito. Por direitos à proteção devem ser aqui entendidos:

Os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. Direitos à proteção podem ter os mais diferentes objetos.

(...)

O que há de comum em meio a essa diversidade é o fato de que os direitos à proteção são direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado, que têm como objeto demarcar as esferas dos sujeitos de direito de mesma hierarquia, bem como a exigibilidade e a realização dessa demarcação (Alexy, 2012, p. 451).

Desse modo, para Robert Alexy (2012, p. 395), os direitos à prestação em sentido amplo dizem respeito à atuação positiva do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção, e são decorrentes do Estado democrático de Direito. Já os direitos às prestações em sentido estrito, que seriam os direitos sociais propriamente ditos, estão relacionados às prestações fáticas, decorrentes da atuação do Estado como Estado Social.

Quanto aos direitos a organização e procedimento, continua Alexy (2012, p. 472-474):

A cláusula “organização e procedimento” descreve de forma extremamente ambígua o objeto desses direitos. É necessário indagar se, com o conceito de direito à organização e procedimento é descrito um complexo integrado de direitos, ou se esse conceito combina dois complexos independentes de direitos, a saber, organização e direitos a procedimentos, os quais poderiam também ser tratados de forma separada.

(...)

Direitos a procedimentos podem ser tanto direitos à criação de determinadas normas procedimentais, quanto direitos a uma determinada “interpretação e aplicação concreta” de normas procedimentais.

Por fim, ao aduzir aos direitos à prestação em sentido estrito, Robert Alexy os conceitua como “direitos do indivíduo em face do Estado a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares (2012, p. 499)”.

Resta clara, assim, a natureza de direito fundamental prestacional dos benefícios previdenciários, ainda que por vezes possa atuar de maneira negativa, já que os direitos fundamentais são compreendidos tendo sempre uma dupla dimensão negativa e positiva,

sendo, portanto, tanto direitos de defesa quanto direitos à prestações. Nesse sentido argumenta Daniel Machado da Rocha (2004, p.115):

Podemos classificar o direito à previdência social como direito prestacional, por força de seu efeito predominante, em virtude de o regime geral contemplar um conjunto de prestações previdenciárias, divididas em benefícios e serviços, tais como: aposentadoria, pensões por morte, auxílio-doença, salário-maternidade, reabilitação profissional, serviço social etc.

Conforme se observa, a eficácia dos direitos fundamentais e sua justiciabilidade vão depender da faceta a ser assumida pelo direito subjetivo fundamental, assim como da efetividade das políticas públicas destinadas a tal finalidade. Essa análise, entretanto, é matéria vasta e controversa, motivo pelo qual não se poderá aprofundar no presente estudo, sob pena de comprometer-lhe a objetividade.

Não se pode deixar de mencionar, entretanto, que não há norma constitucional despida de eficácia, ainda que sejam normas programáticas. Assim, as normas de direitos sociais, inclusive de cunho prestacional devem, em princípio, ser consideradas como dotadas de plena eficácia e, portanto, de direta aplicabilidade. Isso não significa, porém, que sua eficácia e efetividade serão as mesmas ou iguais (SARLET, 2012, p. 281).

Em estudo sobre o controle judicial das políticas públicas, Kazuo Watanabe procurou sistematizar os direitos fundamentais sociais em três grupos: os que integram o núcleo básico do princípio da dignidade da pessoa humana (mínimo existencial); os que não integram o “mínimo existencial”, mas estão previstos em normas constitucionais de “densidade suficiente” e que, por isso mesmo, independem, para sua exigência em juízo, de prévia atuação do Legislativo; e os que estão previstos em normas constitucionais programáticas. Segundo ele, os dois primeiros “são imediatamente judicializáveis, independentemente de prévia definição de política pública pelo Legislativo ou pelo Executivo”, ao passo que os da terceira espécie dependem de iniciativa do Legislativo e do Executivo (WATANABE, 2011, p. 224).

Ainda sobre a efetividade dos direitos sociais, releva ressaltar que, no Brasil, a fiscalização sobre o cumprimento das políticas públicas para implementação daqueles direitos acaba sendo feita pelo Poder Judiciário, ao julgar as demandas individuais e coletivas ajuizadas para tal fim, consoante observado pelo professor Ricardo de Barros Leonel (2012, p. 9):

O segundo aspecto está ligado à própria incapacidade da administração pública, não apenas de concretizar os direitos sociais, mas também de realizar sua

autofiscalização ou autocontrole. Ao contrário daquilo que se verifica, sabidamente em sistemas normativos e governamentais de países do assim chamado “Primeiro Mundo”, em que órgãos públicos não jurisdicionais independentes da administração pública ou “agências” governamentais autônomas encarregam-se de estimular a efetivação dos direitos sociais. No Brasil, esse déficit acaba sendo preenchido pelo Poder Judiciário mediante provocação por parte dos próprios indivíduos interessados, ou então por meio de ações coletivas movidas pelas entidades legitimadas por lei para seu ajuizamento.

Em suma, a constitucionalização dos direitos sociais, de um lado, e a omissão do poder público associada à insuficiência quanto à existência e atuação dos órgãos públicos independentes e não jurisdicionais de controle e efetivação, de outro, fez com que as demandas em torno da concretização de políticas públicas desembocassem no Poder Judiciário.

É nesse cenário que o presente estudo busca defender a tutela coletiva como meio adequado a dar efetividade aos direitos sociais, sejam eles previdenciários ou não, quando da inércia ou ineficiência da administração pública (INSS). Isso porque, quando se trata de gestão de políticas públicas é indispensável a visão macro do ordenamento, sob pena de cometer-se injustiças ao julgar de forma diferente iguais situações envolvendo a concretização desses direitos.

Assim, deve ser dada preferência ao equacionamento no plano coletivo para que o emprego de recursos orçamentários se dê de modo isonômico, bem como para que prioridades decorrentes do próprio sistema constitucional, que trabalha com a ponderação de valores em conflito, sejam respeitadas (LEONEL, 2012, p. 18).

5.3 Dimensões Subjetiva e Objetiva dos Direitos Fundamentais Sociais

Noticia Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 143) que a doutrina e a jurisprudência costumam apontar o caso Lüth, julgado pela Corte Federal Constitucional Alemã, como paradigma da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Nesse julgamento ficou assentado que os direitos fundamentais não se limitam à sua matiz de direito subjetivo de defesa do indivíduo, mas constituem também decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva, com eficácia em todo o ordenamento jurídico.

Assim, segundo a perspectiva jurídico-objetiva, os direitos fundamentais representam uma ordem de valores supra-positivos vigentes na sociedade. Segundo observa Ingo Sarlet (2012, p. 145-146), devem ser entendidos como uma eficácia dirigente em relação aos Poderes Públicos, vinculando o Poder Legislativo, para que crie as leis necessárias à concretização dos direitos fundamentais; o Poder Executivo, para

que realize as políticas públicas necessárias à realização dos direitos fundamentais e o Poder Judiciário, para que somente decida segundo preceitos constitucionais, em especial realizando o desiderato expresso nas normas de direitos fundamentais.

Por outro lado, ao se falar em dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, deve se ter em conta a função tradicional desses direitos, ou seja, direitos subjetivos que podem ser buscados em juízo. Nesse sentido, a lição de Ingo Sarlet (2012, p. 152):

De um modo geral, quando nos referimos aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, temos em mente a noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado). Desde logo, transparece a ideia de que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito.

E prossegue em relação às posições jurídicas fundamentais mencionadas por Robert Alexy:

(...) Cuida-se aqui da proposta formulada por Robert Alexy que, partindo da distinção efetuada por Bentham entre *rights to service, liberties and powers*, edifica sua concepção de direitos fundamentais (o que chamou de posições jurídicas fundamentais) em sua perspectiva subjetiva, com base no seguinte tripé de posições fundamentais que, em princípio, pode integrar um direito fundamental subjetivo: a) direitos a qualquer coisa (que englobariam os direitos a ações negativas e positivas do Estado e/ou particulares e, portanto, os clássicos direitos de defesa e os direitos a prestações; b) liberdades (no sentido de negação de exigências e proibições); e c) os poderes (competências e autorizações).

6. O PAPEL DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS NA TUTELA DAS LIDES PREVIDENCIÁRIAS: POSSÍVEIS ÓBICES

O presente texto busca defender que a defesa da matéria previdenciária por meio de ações coletivas é uma alternativa viável para diminuir o número de processos previdenciários em trâmite perante as varas e juizados especiais federais do país, além de propiciar amplo e democrático acesso à Justiça. Em verdade, a tutela coletiva dos direitos individuais de natureza previdenciária adequa-se perfeitamente ao ideal de justiça em voga atualmente: justiça célere⁶⁶ e eficaz, além de evitar a pulverização de demandas⁶⁷.

A título exemplificativo, vale registrar que a pesquisa realizada pela FGV-SP em parceria com o CNJ sobre demandas repetitivas apontou, no Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), que os casos envolvendo autarquias representaram 41% do total de decisões analisadas, sendo que desse total praticamente a totalidade das decisões tratavam de demandas previdenciárias envolvendo o Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS).

Tais lides, assim como todas que envolvem interesses homogêneos de massa, necessitam ser tratados de maneira uniforme e coletiva, de modo a corroborar com a agilização da prestação jurisdicional, evitando o acúmulo de demandas repetitivas que embaraçam o aparelho estatal judiciário.

A tutela via ações coletivas no campo previdenciário corrobora, também, para a gestão e aperfeiçoamento do sistema como um todo. Isso porque, dado o enorme volume de segurados e de benefícios a cargo do INSS, é comum haver decisões díspares sobre uma mesma matéria, tanto na via administrativa, quanto perante o Poder Judiciário.

Aliás, o direito previdenciário é um ramo do direito público especialmente sensível ao fenômeno de dispersão jurisprudencial. Afinal, a solução de lides previdenciárias pressupõe a contraposição de um dever estatal, vinculado à satisfação de uma necessidade vital (urgente ou programável) de um segurado, à capacidade de o próprio Estado suportar os encargos necessários para tal prestação (RIBEIRO, 2014).

⁶⁶ A práxis forense demonstra que, com relação às questões previdenciárias, muitas são as mortes das partes que não conseguem o bem da vida a tempo e modo, porque sua existência é finita e não perdura durante todos os trâmites necessários para a solução final de uma lide (Moraes, 2012).

⁶⁷ O termo pulverização foi utilizado em contraposição à coletivização em artigo elaborado por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Gustavo Osna e Sergio Cruz Arenhart, na Revista de Processo nº 222/2013. Segundo os autores, entende-se por pulverização: “a análise individualizada pelo Poder Judiciário de interesses ou de questões cuja apreciação poderia ocorrer de maneira conjunta”.

Quando indivíduos ocupam as mesmas posições diante do Poder Judiciário e do direito material devem receber respostas iguais, sob pena do direito processual passar a ter caráter determinante e não meramente instrumental, e a desigualdade perante a lei passa a ser fato rotineiro, em clara afronta ao postulado da isonomia. De igual modo, a pulverização de demandas gera milhares de litígios, onde poderia haver somente um (MENDES, OSNA e ARENHART, 2013, p. 46).

Cumprido dizer, *ab initio*, que há algumas matérias que, por opção política legislativa, foram deixadas de lado, não sendo possível sua defesa via ação civil pública⁶⁸. Assim, a teor do parágrafo primeiro do art. 1º da LACP, não se admite proteção coletiva em matéria tributária. O principal argumento para a proibição foi a disponibilidade e a natureza patrimonial do direito tutelado, o que foi acolhido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁶⁹. Não se afigura possível, portanto, o ajuizamento de ACPS para discutir contribuições previdenciárias destinadas ao custeio da previdência social já que não se tratam de matéria previdenciária, mas tributária.

A tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos⁷⁰ encontra amparo, ainda, na garantia da razoável duração do processo, prevista no art. 5º, LXXVIII, da CF/88. A tutela coletiva das causas previdenciárias, de sua vez, propicia ao cidadão a obtenção de uma célere resposta às suas demandas, já que de nada adianta o reconhecimento do direito à previdência social como fundamental se não se dispuser de meios à sua efetivação. Nesse sentido afirmou Arenhart (2013, p. 43):

Isso porque, como é claro, o direito à duração razoável do processo implica a ideia de que os feitos não devem demorar mais do que o necessário para a sua análise. Ora, se a questão já foi analisada, se o litígio já foi enfrentado pelo Judiciário, não se justifica a ressurreição da mesma discussão em outro feito. Essa rediscussão implicará irracional demora na prestação jurisdicional, em evidente lesão à garantia constitucional apontada.

Entretanto, não obstante as apontadas vantagens da defesa molecularizada das lides individuais, o trâmite processual previsto no microsistema de tutela coletiva,

⁶⁸ Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

(...) Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001; redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

⁶⁹ RE195.056-PR, Plenário, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 9.12.99.

⁷⁰ A Tutela jurisdicional de direitos deve ser entendida como o meio de satisfazer e realizar o direito material de forma adequada, através do processo. Isso porque, ao proibir a autotutela, ou a justiça pelas próprias mãos, o Estado assumiu o compromisso de tutelar adequada e efetivamente os diversos conflitos, surgindo o processo como instrumento de prestação da tutela jurisdicional (Marinoni, 2008).

composto principalmente pelo CDC e pela LACP, não se coaduna com a dinâmica e eficácia necessárias.

A verdade é que a tutela coletiva ainda não se firmou como uma via “estável” de proteção dos direitos individuais de massa. Embora o vasto instrumental disponível, o resultado para a tutela de interesses individuais de massa é ainda muito frustrante (ARENHART, 2007, p. 216). É comum a doutrina apontar incongruências em diversos aspectos da tutela prevista no sistema posto para a defesa dos direitos individuais homogêneos, previsto no CDC, do arts. 91 ao 104.

É o que se verifica, por exemplo, com o tratamento dispensado à coisa julgada, que somente atinge terceiros em caso de procedência e é um dos pontos fulcrais da ineficácia da defesa coletiva dos direitos individuais. Pode-se citar, ainda, o disposto no art. 95, do CDC, que prevê uma sentença genérica em caso de procedência do pedido, na qual somente se fixará a responsabilidade do réu pelos danos causados.

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (2012, p.61) aponta a falta de solução adequada pelos conflitos coletivos como um dos problemas responsáveis pelo excessivo número de processos em trâmite em todas as instâncias do Poder Judiciário, conforme se constata:

A falta de solução adequada para os conflitos coletivos, em sentido lato, é responsável, portanto, em grande parte, pelo problema crônico do número excessivo de processos em todas as instâncias, não podendo, por conseguinte, ser tratado como situação que diga respeito apenas ao Supremo Tribunal Federal ou aos tribunais superiores. Por outro lado, costuma-se enfatizar diante do problema a necessidade de mais juízes. Não obstante a carência de julgadores ser realidade que demande solução, a comparação do número de processos com o de juízes não deve ser analisada apenas sob o prisma deste último. O aumento do número de juízes pode e deve ser acompanhado da diminuição do número de processos, mediante o aperfeiçoamento do sistema das ações coletivas, como pretende demonstrar o presente. Junte-se a isso que a confrontação numérica entre países não vem, por vezes, sendo feita com rigor científico recomendado pelo direito comparado, pois não tem sido acompanhada do estudo dos sistemas.

Particularmente em relação às causas previdenciárias, é imperioso pensar em mecanismos para reduzir o volume de ações idênticas. Nesse cenário interessa destacar que o Conselho Nacional de Justiça divulgou, em março de 2011, o relatório⁷¹ em que aponta os 100 maiores litigantes do país, e o INSS aparece como o primeiro colocado,

⁷¹ O relatório é resultado de pesquisa feita pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ junto a todos os tribunais do país. O estudo não levou em consideração as ações do Ministério Público, de instâncias mais específicas da Justiça e de tribunais em alguns Estados que não enviaram material ou cujos dados não foram considerados confiáveis (MG, PB, RN e SE).

com 22,33% das ações em âmbito nacional e 43,12% dos processos no âmbito da Justiça Federal.

Na verdade, o setor público federal, de modo geral, responde por 38% das demandas ajuizadas em âmbito nacional e por 77% das ações em trâmite na Justiça Federal. Há, nesse contexto, uma massificação de processos, versando sobre as mesmas teses e ajuizados em face das mesmas pessoas jurídicas de direito público, tal qual o INSS⁷².

Em verdade, a prática de atividade administrativa gera, como efeito imediato, o aparecimento de milhares de ações judiciais. A grande maioria dos processos que têm como causa pedidos direcionados ao Poder Público pode ser visualizada como um fenômeno social de massa, decorrente dessa repetição de demandas.

Analisando as demandas repetitivas que tem como parte o Poder Público, a juíza federal Vânia Cardoso André de Moraes⁷³, defende a necessidade de uma abordagem processual específica para a solução de tais lides, com a observância dos princípios basilares do Estado democrático de Direito. Verifica a magistrada que um ato administrativo concreto e individual, como a negação de aposentadoria especial a um segurado da Previdência Social, pode ser visualizado como um fenômeno social de massa, na medida em que centenas ou milhares de segurados encontram-se na mesma situação, o que acarretará a repetição de demandas idênticas para alteração do posicionamento da Autarquia Federal (INSS) (MORAES, 2012).

A pesquisa levou em conta demandas envolvendo o benefício de aposentadoria especial e sua possibilidade de conversão após outubro de 1998. Verificou-se que as ações fundadas em ponto comum, de fato ou de direito, com relação à coletividade de segurados, repetem-se continuamente, o que acaba por configurar a existência de um interesse individual homogêneo⁷⁴.

⁷² “Justiça em números” são estudos realizados pelo CNJ que, com base em informações sistematizadas e analisadas, possibilitam um conhecimento amplo do Judiciário, capaz de fomentar medidas de integração, redução das disparidades regionais, bem como considerações sobre as especificidades de cada ramo de justiça.

⁷³ Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/view/1710/1682>

⁷⁴ Considerando o fenômeno das ações repetidas, o STJ recebeu o Recurso Especial nº 1.151.363-MG (2009/0145685-8) como “representativo da controvérsia sob o rito do art. 543-C”. A questão de direito controvertida diz respeito “à conversão de tempo especial em comum. Fator multiplicador previsto na legislação em vigor à época da atividade. Termo Final para a Conversão em 28/05/1998. Necessidade de exposição permanente e habitual. Violação dos arts. 57, § 3º, Lei nº 8.213/1991 e 63, I, do Decreto nº 611/1992. Contagem de tempo de serviço posterior à Emenda Constitucional nº 20/1998” (BRASIL, STJ, REsp nº 1.151.363 – MG).

Apontou, ainda, a magistrada, que o número de processos contra o INSS versando sobre a conversão do período especial após outubro de 1998 vem crescendo, conforme observa:

No caso, constata-se que o termo inicial da controvérsia iniciou-se em meados de 1998, quando houve alteração legal a respeito da possibilidade da conversão de tempo especial em comum. Como só foi possível neste trabalho colher dados estatísticos a partir de 2005, constatou-se que o número de ajuizamento de demandas tem crescido exponencialmente, ao ponto de, em 2005, terem sido ajuizadas 2.824 demandas e, em 2010, 4.826. Tal aumento se explica em decorrência do fato de que a aposentadoria é um direito que vai sendo adquirido no decorrer do tempo, portanto, enquanto a matéria não for pacificada e tiver efeito vinculante para o INSS, a tendência é o aumento de demandas repetitivas sobre a questão jurídica controvertida. Decorreram-se aproximadamente 12 anos de discussões judiciais a respeito da matéria, tendo ela sido objeto de julgamento de recurso repetitivo no STJ em 21/6/2010. O recurso foi julgado em 23/3/2011 e o acórdão publicado em 05/4/2011. Sem dúvida, isso tem gerado decisões contraditórias, aumento de litígios e insegurança jurídica. Além disso, o tema é de extrema relevância, pois diretamente relacionado à prestação alimentar de pessoas que, em tese, teriam trabalhado sob condições insalubres e já possuem tempo suficiente para a percepção do benefício previdenciário.

Quanto a possível responsabilidade do Estado e seu papel como réu nas ações de massa, destacam-se as lições de Guilherme Rizzo Amaral (2014, p. 7):

Não nos esqueçamos, ainda, do papel do Estado como vilão deste processo de massificação. O Estado é responsável direto e indireto pelo problema. Diretamente, é massivamente demandado por não honrar as suas próprias dívidas – amparado pelo “calote oficial” dos precatórios –, por prestar um serviço público de má-qualidade ou por nem sequer prestá-lo, bem como por manifestar a sua sanha arrecadatória instituindo tributos contrários à Constituição Federal, valendo-se de todo e qualquer recurso cabível para dar uma sobrevida às ilegalidades cometidas. Indiretamente, seus planos econômicos malfadados geraram reflexos até hoje sentidos, a exemplo das centenas de milhares de demandas relacionadas aos expurgos inflacionários.

Apontam-se⁷⁵ como possíveis causas do aumento da litigiosidade no âmbito previdenciário: o crescimento demográfico e aumento da expectativa de vida da população; os ciclos de instabilidade econômica e de consequente desemprego; a regulamentação legislativa, instável e pouco clara, que provoca conflitos ao invés de prevení-los; a atuação estatal administrativa, formalista e ineficiente, que conduz a

⁷⁵ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV). Diagnóstico sobre as causas de aumento de demandas judiciais cíveis, mapeamento das demandas repetitivas e propositura de soluções pré-processuais, processuais e gerenciais à morosidade da Justiça: relatório de pesquisa. São Paulo: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, 2010. 202p. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_fgv_ edital1_2009.pdf. Acesso em 12 de agosto de 2014.

população a buscar a tutela previdenciária pela via judicial; o sentido conferido às políticas econômicas governamentais, que resultam em redução da tutela previdenciária, gerando reação através da propositura de demandas judiciais; a própria atuação do Poder Judiciário, lento, instável e pouco uniforme, é também um convite à litigiosidade; dentre outros⁷⁶.

Atente-se ainda para o fato de que cerca de 27 milhões de pessoas recebem algum benefício previdenciário ou assistencial concedido pelo INSS, o que representa cerca de 16% da população brasileira, sem contar os atuais contribuintes da previdência social que ainda não reuniram as condições para requerer algum benefício⁷⁷. Sobre o gigantismo das relações dos segurados com a Previdência, elucidativo é o texto do Procurador Federal BARBOSA FILHO (2014, p. 02):

O gigantismo da Autarquia dá a dimensão dos seus desafios e complexidades. Para que se tenha uma ideia, apenas no ano de 2012 foram realizados mais de 61 milhões de acessos ao site da Previdência Social, mais de 58 milhões de ligações à central de atendimento 135, além dos milhões de comparecimentos espontâneos às mais de 1.500 Agências da Previdência Social (incluídas as agências móveis, como PREVBARCO e PREVMÓVEL), que juntas receberam mais de oito milhões e quatrocentos mil requerimentos de benefícios previdenciários, dos quais cerca de 55% foram deferidos.

Não se pode negar, entretanto, que nas demandas ajuizadas para a obtenção de benefícios previdenciários causa estranheza os julgamentos dissidentes sobre uma mesma temática, ora dando razão aos segurados, ora ao INSS. Igualmente, não se mostra razoável ações coletivas com alcance limitados à competência territorial do magistrado prolator da decisão, quando o correto seria o alcance nacional da coisa julgada, dada a natureza da autarquia pública federal do INSS.

Propugna-se nesse trabalho por uma leitura do processo civil conforme o constitucionalismo moderno, otimizando os resultados da intervenção do Poder Judiciário, coma utilização de técnicas de gestão processual, de modo a evitar a multiplicidade de ações idênticas sobre um mesmo fato jurídico. Para tanto, há de partir da constatação de que o acesso à Justiça não deve ser confundido com acesso ao Poder Judiciário. Interessante nesse ponto os ensinamentos de Arenhart⁷⁸ (2013, p. 51) sobre o direito de ação:

⁷⁶ Além do setor público e da advocacia de massa, a pesquisa identificou o papel da mídia, que muitas vezes aborda questões jurídicas de forma equivocada, incentivando o ingresso em juízo de pretensões descabidas.

⁷⁷ Dados extraídos do Informe de Previdência Social de fev/2014, volume 26, n.2.

⁷⁸ Nesse cenário merece destaque a tese do processualista Sérgio Cruz Arenhart que, em sua tese de pós-doutorado na Universidade de Firenze, sob a orientação do professor Remo Caponi, buscou defender que a solução dos problemas

Na realidade, o direito de ação não é, ao contrário do que se possa supor, individual e intransferível. O texto constitucional em nenhum momento garante ao indivíduo o direito de, pessoalmente, pleitear a tutela de seus interesses. Garante, apenas, a tutela desses interesses, sem fazer referência ao modo ou a forma dessa proteção. Não há, portanto, garantia constitucional de que o cidadão possa apresentar-se pessoalmente para a tutela de seus direitos. Nenhuma inconstitucionalidade haveria, portanto, para eventual previsão que estabelecesse que esta tutela se dá por meio de legitimação extraordinária, por via de tutela coletiva, salvo específica justificação que autorize o indivíduo a solicitar sua exclusão do grupo.

Quanto ao direito de ação e as lides relacionadas aos benefícios previdenciários, releva mencionar o que decidido pelo STF, ao apreciar o Recurso Extraordinário (RE) nº 631240, com repercussão geral reconhecida. Trata-se de recurso em que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) defendia a exigência de prévio requerimento administrativo antes de o segurado recorrer à Justiça para a concessão de benefício previdenciário.

Por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a exigência do prévio requerimento não fere a garantia de livre acesso ao Judiciário, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, pois sem pedido administrativo anterior, não fica caracterizada lesão ou ameaça de direito.

Destarte, o sistema jurídico há de ser interpretado ponderando-se os princípios em choque, de modo a que nenhum seja eliminado, como é ínsito aos direitos fundamentais. Desse modo, para que o direito de acesso ao Poder Judiciário previsto no Art. 5º, XXXV, da CF/88 seja assegurado, faz-se necessário garantir a efetividade do direito que se pretende tutelar, o que só pode ser feito com uma adequada, tempestiva e efetiva resposta judicial.

A tentativa aqui esposada, de sistematização das características da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos previdenciários busca contribuir para o aprimoramento desse instrumento de concretização dos direitos fundamentais sociais. Desse modo, serão apresentados os óbices processuais apontados como impeditivos à efetividade da coletivização dos direitos individuais homogêneos, dentre eles os direitos de cunho previdenciários.

da efetivação dos direitos individuais homogêneos passa por uma releitura das normas postas, sob o enfoque da proporcionalidade. Ao utilizar a proporcionalidade como técnica de gestão processual (proporcionalidade endoprocessual) para gerir os processos de massa, Arenhart oferece uma nova interpretação dos direitos individuais de massa, que permita sanar as incompatibilidades existentes no processo, quando em jogo garantias processuais fundamentais, de modo a evitar as inúmeras perdas de recursos físicos e humanos.

6.1 Competência

Elton Venturi (2007, p. 96) aponta a regulamentação da competência jurisdicional para o julgamento das causas coletivas como o principal “calcanhar de Aquiles” do processo coletivo brasileiro. Segundo o autor, não há clareza do tratamento legislativo dispensado à matéria, já que se baseia em conceitos fluidos ou indeterminados, como local do dano, dano local, dano regional ou dano nacional.

Decerto é a competência um dos mais importantes fundamentos da tutela coletiva, seja em face da natureza dos direitos tutelados seja pelo grande número de pessoas atingidas pelas decisões prolatadas nessas ações.

As regras de competência são ditadas por dois principais dispositivos, o artigo 2º⁷⁹ da Lei de Ação Civil Pública e o artigo 93⁸⁰ do Código de Defesa do Consumidor. Assim, é o local do dano que definirá o juízo competente para o julgamento da ação coletiva, e não os sujeitos do processo. Elton Venturi (2007, p. 96) afirma tratar-se de competência territorial-funcional, conforme se observa:

A qualificação da competência jurisdicional para as ações civis públicas como territorial-funcional (absoluta portanto) buscou assegurar o interesse público presente no processamento das demandas coletivas pelo órgão judicial mais próximo dos fatos, ou seja, por aquele magistrado que, para além de potencialmente ter contato direto com as partes e provas (prevalência do princípio da imediação) poderia, por si mesmo, melhor sentir as consequências do dano difuso, coletivo ou individual homogêneo, viabilizando-se assim, teoricamente, uma maior qualidade e legitimidade da sentença judicial.

Não obstante, a doutrina mais recente optou por qualificar a competência territorial não de funcional, mas sim de absoluta⁸¹ (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2014, p. 124).

Quando da entrada em vigor do CDC, muitos defenderam a revogação do art. 2º da LACP, já que o art. 93 do código consumerista passaria a reger a competência nas ações coletivas. Não obstante, hoje predomina o entendimento da coexistência de ambas

⁷⁹ Art. 2º. As ações previstas nesta lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Parágrafo único. A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

⁸⁰ Art. 93. Ressalvada a competência da justiça federal, é competente para a causa a justiça local:

I – no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

⁸¹ Nesse sentido, já dispõem o art. 209 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o art. 80 do Estatuto do Idoso, ao se referirem à competência como territorial absoluta.

as normas, de modo que há um verdadeiro entrelaçamento e complementariedade entre os dois diplomas, que devem ser interpretados de maneira sistemática com base na razoabilidade (MANCUSO, 2004, p. 99-100).

Assim, na análise da competência deve se buscar a máxima efetividade da tutela coletiva dos direitos. Para tanto, há de serem esclarecidos os conceitos de dano local regional e nacional. Sobre o conceito de dano nacional previsto no art. 93 do CDC, esclarecem Didier Jr. e Zaneti Jr (2014, p. 127):

Inicialmente duas foram as linhas de interpretação do dispositivo, nas hipóteses de dano de âmbito nacional: a) houve quem defendesse a existência de foros concorrentes: capital dos Estados-membros e do Distrito Federal; b) houve quem afirmasse que, nessas hipóteses, a competência seria exclusiva do foro do Distrito Federal. Esta última concepção é adotada por Ada Pellegrini Grinover, que fundamenta sua posição na necessidade de “facilitar o acesso à Justiça e o próprio exercício do direito de defesa por parte do réu, não tendo sentido que ele seja obrigado a litigar na capital de um Estado longínquo talvez de sua sede, pela mera opção do autor coletivo”.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) entretanto, no julgamento do Conflito de Competência 26.842-DF⁸², pacificou o entendimento de que são concorrentes os foros da capital do Estado e do Distrito Federal.

Quanto ao dano regional, não há unanimidade na doutrina, já que inúmeras comarcas podem estar envolvidas no dano, não sendo coerente adotar-se o critério geopolítico na fixação da competência. Nesse sentido, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, dispondo sobre o tema, estabelece no seu art. 20 que o âmbito será regional quando compreenderem 4 (quatro) ou mais comarcas ou subseções judiciárias⁸³.

⁸² EMENTA: COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DE CONSUMIDORES. INTERPRETAÇÃO DO ART. 93, II, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DANO DE ÂMBITO NACIONAL. EM SE TRATANDO DE AÇÃO CIVIL COLETIVA PARA O COMBATE DE DANO DE ÂMBITO NACIONAL, A COMPETÊNCIA NÃO É EXCLUSIVA DO FORO DO DISTRITO FEDERAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO DA VARA ESPECIALIZADA NA DEFESA DO CONSUMIDOR DE VITÓRIA/ES (CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 26.842 - DF (1999/0069326-4). RELATOR: MINISTRO WALDEMAR ZVEITER.R. P/ACÓRDÃO: MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA.AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO

⁸³ Art. 20. É absolutamente competente para a causa o foro:

I – do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – de qualquer das comarcas ou subseções judiciárias, quando o dano de âmbito regional compreender até 3 (três) delas, aplicando-se no caso as regras de prevenção;

III – da Capital do Estado, para os danos de âmbito regional, compreendendo 4 (quatro) ou mais comarcas ou subseções judiciárias;

IV – de uma das Capitais do Estado, quando os danos de âmbito interestadual compreenderem até 3 (três) Estados, aplicando-se no caso as regras de prevenção;

IV – do Distrito Federal, para os danos de âmbito interestadual que compreendam mais de 3 (três) Estados, ou de âmbito nacional.

O Código modelo de processos coletivos para a Ibero-América trata da competência territorial em seu art. 9º e estabelece como regra o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local, e o foro da Capital, para os danos de âmbito regional ou nacional, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária.

Por fim, no anteprojeto elaborado pelas Universidades do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Estácio de Sá (UNESA), sob a coordenação de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, a competência foi tratada no art. Art. 3º nos seguintes termos:

Art. 3º. Competência territorial. É competente para a causa o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano.

§1º. Em caso de abrangência de mais de um foro, determinar-se-á a competência pela prevenção, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária.

§ 2º. Em caso de dano de âmbito nacional, serão competentes os foros das capitais dos estados e do Distrito Federal.

6.2 Legitimidade *Ad Causam*

A legitimação coletiva é resultado das profundas modificações que ocorreram na sociedade, ensejando a mudança da concepção social baseada no liberalismo e no individualismo, para uma visão social do Direito (ALVIM, 2011).

Inicialmente, cumpre esclarecer que o termo “ação coletiva” é usado em contraposição às ações individuais (MENDES, 2012, p. 27), com a peculiaridade de que a pluralidade de pessoas é representada por um legitimado extraordinário. Desse modo, a tutela coletiva de direitos não há de ser confundida com a figura processual do litisconsórcio, em que há cumulação subjetiva de demandas, mas é instituto típico dos processos individuais.

Nas ações litisconsorciais, os litisconsortes apresentam-se como autores distintos, e a cognição do juiz não se limita ao que eles têm em comum, mas analisa as peculiaridades de cada um deles, de modo que a sentença fará juízo não só sobre o núcleo de homogeneidade (ZAVASCKI, 2013, p. 147).

O Código de Processo Civil prevê, em seu art. 46⁸⁴, as possibilidades de litisconsórcio ativo, com cumulação de causas, em que os litigantes são considerados de

⁸⁴ Art. 46. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;

II - os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito;

III - entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir;

IV - ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito.

forma distinta. Já a tutela coletiva de direitos deve acontecer quando há a impossibilidade de todos os interessados fazerem parte do processo, fazendo-se representar por um legitimado extraordinário, previsto em lei.

A legitimidade das demandas coletivas é, para a maioria da doutrina, extraordinária na medida em que o substituto processual figura no processo em nome próprio, para a defesa de direito alheio. Isso porque as coletividades não possuem capacidade para estar em juízo, uma vez que são compostas de sujeitos indeterminados ou mesmo indetermináveis (DONIZETI E CERQUEIRA, 2010, p. 132).

Há, entretanto, quem a vislumbre como legitimação ordinária⁸⁵, ou ainda como legitimação autônoma, como é o caso de Nelson Nery e Rosa Maria Andrade Nery (2003, p. 1885), que entendem extraordinária apenas nos casos de direitos individuais homogêneos, conforme se observa:

A dicotomia clássica legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito, arrematando com o entendimento de que a legitimidade para a defesa de direitos difusos e coletivos em juízo não é extraordinária (substituição processual), mas sim legitimação autônoma para a condução do processo (*selbständige Prozeßführungsbefugnis*): a lei elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo.

A maior parte da doutrina e a jurisprudência⁸⁶, entretanto, entendem que a legitimidade da tutela coletiva é extraordinária. Sobre a diferença entre legitimidade

⁸⁵ Paulo César Pinheiro Carneiro (1999, p. 23-24), ao mencionar a legitimidade do Ministério Público afirma que não se trata de substituição processual, pois o *parquet* atua em nome próprio defendendo interesses públicos *lato sensu*, do qual é titular como órgão do Estado, da sociedade como um todo.

⁸⁶ ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. ARTS. 127 E 129, III E IX, DA CF. VOCAÇÃO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À SAÚDE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RELEVÂNCIA PÚBLICA. EXPRESSÃO PARA A COLETIVIDADE. UTILIZAÇÃO DOS INSTITUTOS E MECANISMOS DAS NORMAS QUE COMPÕEM O MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA. EFETIVA E ADEQUADA PROTEÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127 da CF).

2. "São funções institucionais do Ministério Público: III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas" (art. 129 da CF).

3. É imprescindível considerar a natureza indisponível do interesse ou direito individual homogêneo - aqueles que contenham relevância pública, isto é, de expressão para a coletividade - para estear a legitimação extraordinária do Ministério Público, tendo em vista a sua vocação constitucional para a defesa dos direitos fundamentais.

4. O direito à saúde, como elemento essencial à dignidade da pessoa humana, insere-se no rol daqueles direitos cuja tutela pelo Ministério Público interessa à sociedade, ainda que em favor de pessoa determinada.

5. Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microssistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados com o escopo de "propiciar sua adequada e efetiva tutela" (art. 83 do CDC).

ordinária e legitimidade extraordinária salutar os esclarecimentos de Didier e Zaneti (2014, p. 178):

Legitimação *ad causam* ordinária e legitimação *ad causam* extraordinária são conceitos jurídicos fundamentais processuais. Há legitimação ordinária quando se atribui a um ente o poder de conduzir validamente um processo em que se discute uma situação jurídica de que se afirma titular. Há legitimação extraordinária quando se atribui a um ente o poder de conduzir validamente um processo em que se discute situação jurídica cuja titularidade afirmada é de outro sujeito. Na legitimação ordinária, age-se em nome próprio na defesa dos próprios interesses; na legitimação extraordinária, age-se em nome próprio na defesa de interesse alheio.

Desse modo, o ente legitimado, quando ajuíza a ação coletiva o faz pela específica legitimação que a lei lhe conferiu, mas os interesses cuja proteção persegue pertencem a terceiros (MENDES 2012, p. 243).

Diz-se ainda autônoma e concorrente a legitimidade extraordinária dos entes legitimados, haja vista não estar subordinada à presença do legitimado ordinário. Sobre a legitimação autônoma, releva esclarecer que permite subdivisões:

Quando a lei reserva, com exclusividade, ao legitimado extraordinário a atuação em juízo, privando, desse modo, aquele que normalmente seria o legitimado ordinário da possibilidade de figurar no processo como parte principal, restando-lhe apenas a condição de parte acessória, denomina-se a legitimação extraordinária autônoma de exclusiva. Se estiverem, contudo, tanto o titular do direito substantivo como o legitimado extraordinário, autorizados a defender o interesse em juízo, sem que haja rebaixamento no nível do legitimado ordinário, a legitimação será concorrente (MENDES, 2012, p. 241).

Por fim, adjetiva-se a legitimidade de disjuntiva, na medida em que os legitimados indicados no art. 82 do CDC podem agir em juízo independentemente uns dos outros, sem prevalências entre eles. A respeito do tema, observem-se as palavras de Hugo Nigro Mazzilli (2004, p. 289):

É concorrente e disjuntiva a legitimação para a propositura de ações civis públicas ou coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, pois cada um dos co-legitimados pode ajuizar essas ações, quer litisconsorciando-se com outros, quer fazendo-o isoladamente. É concorrente, porque todos os co-legitimados do art. 5º da LACP ou do art. 82 do CDC podem agir em defesa de interesses transindividuais; é disjuntiva porque não precisam comparecer em litisconsórcio.

6. Recurso especial provido para determinar o prosseguimento da ação civil pública. Processo REsp 1197654 / MG RECURSO ESPECIAL 2010/0105104-2 Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN (1132) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 01/03/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 08/03/2012.

No Brasil, a legitimação para as causas coletivas é bastante ampla, sendo atribuída a entidades e órgãos públicos e privados, e ainda ao cidadão, no caso excepcional da ação popular (DONIZETTI E CERQUEIRA, 2010, p.139). Consta na Lei de Ação Civil Pública, no art. 5º, e no Código de Defesa do Consumidor, no art. 82.

Em suma, da leitura dos artigos 5º da Lei nº 7.347 e art. 82, da Lei nº 8.078/90, são legitimados para propor a ação civil pública: a) o Ministério Público; b) a Defensoria Pública⁸⁷; c) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; d) a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e) a associação⁸⁸ que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil, e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; e) as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, ao tratar da legitimidade⁸⁹ para as ações coletivas, inovou em relação à sistemática em vigor, passando a prever a possibilidade de qualquer pessoa ingressar com ação para a defesa dos interesses transindividuais.

⁸⁷ Quanto à legitimidade da Defensoria Pública cumpre consignar que até o ano de 2007 a Defensoria não detinha legitimidade para propor ação coletiva, quadro que mudou com a edição da lei 11.448/2007, que inseriu a defensoria no rol dos legitimados extraordinários do artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública. Tal regramento, entretanto, encontra-se pendente de julgamento no STF a ADIN nº 3943, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP).

⁸⁸ No dia 19 de setembro de 2014 foi publicado o acórdão do RE nº 573.232, no qual o STF, em sede de Repercussão Geral analisou o alcance da legitimidade das entidades associativas para representar seus filiados em Juízo. Entendeu o Plenário do STF que se faz necessário autorização expressa dos filiados, mas que essa pode se dar por ato individual ou por meio de deliberação em assembléia geral.

⁸⁹ Art. 3º. Legitimação ativa. São legitimados concorrentemente à ação coletiva:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato;

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos;

III – o Ministério Público, o Defensor do Povo e a Defensoria Pública;

IV – as pessoas jurídicas de direito público interno;

V – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

VI – as entidades sindicais, para a defesa dos interesses e direitos da categoria;

VII – os partidos políticos, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais.

VIII – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos neste código, dispensada a autorização assemblear.

De igual modo, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, ao se basear no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, também previu a legitimidade de qualquer pessoa física⁹⁰.

6.2.1 A Legitimidade do Ministério Público para a Defesa dos Direitos Individuais Homogêneos.

De acordo com o disposto no art. 127 da Constituição Federal, o Ministério Público é instituição permanente e essencial à função jurisdicional, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Foi analisando a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ações civis públicas para a defesa dos direitos individuais homogêneos que a jurisprudência analisou a possibilidade de demandas coletivas previdenciárias, e o enquadramento como interesses individuais homogêneos.

Até pouco tempo a Jurisprudência entendia pela impossibilidade de ACP sobre benefícios previdenciários⁹¹, sob o argumento de que não se tratava de relações de consumo, além do fato de que a Previdência Social e a Assistência Social atendem necessidades individuais, ligadas a um titular identificado.

Em verdade, o questionamento da possibilidade ou não de o *parquet* tutelar os direitos individuais homogêneos decorreu de uma interpretação restritiva do art. 129, III,

⁹⁰ Antonio Gidi critica duramente a opção adotada pelo anteprojeto de Código de Processo Coletivo, afirmando que a atribuição irrestrita de legitimidade ao cidadão representa desconhecimento dos problemas surgidos dessa realidade nas *class actions* norte-americanas. Segundo o autor, a atribuição de legitimidade ao cidadão na *class action* representou, na prática, a atribuição de todo o poder dessa ação coletiva aos advogados e não aos representantes do grupo.

⁹¹ PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO REVISIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ACP). MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA. ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS. RELAÇÃO DE CONSUMO DESCARACTERIZADA. PRECEDENTES DO STJ. ARTS. 174, II E III, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E 203 DO ATUAL. INAPLICABILIDADE. AJUIZAMENTO DE EXECUÇÃO INDIVIDUAL PROVISÓRIA DA SENTENÇA DA ACP. QUEBRA DA INÉRCIA. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO. CITAÇÃO VÁLIDA NOS AUTOS DA EXECUÇÃO. ARTS. 219, § 1º, E 617 DO CPC. RECURSO IMPROVIDO. 1. O Ministério Público não detém legitimidade *ad causam* para a propositura de ação civil pública que verse sobre benefícios previdenciários, uma vez que se trata de direitos patrimoniais disponíveis e inexistente relação de consumo. Precedentes do STJ. 2. *In casu*, o ato da seguradora de ajuizar a execução provisória da sentença prolatada nos autos da ação civil pública, embora com posterior reconhecimento em instância especial da ilegitimidade ativa do Ministério Público, caracteriza indiscutível quebra da inércia da interessada, nos termos do art. 617 do CPC. 3. "O que releva notar, em tema de prescrição, é se o procedimento adotado pelo titular do direito subjetivo denota, de modo inequívoco e efetivo, a cessação da inércia em relação ao seu exercício. Em outras palavras, se a ação proposta, de modo direto ou virtual, visa a defesa do direito material sujeito à prescrição" (REsp 23.751/GO, Quarta Turma, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ 8/3/93). 4. É pacífico neste Tribunal que a citação válida, operada em processo extinto sem resolução, é meio hábil para interromper a prescrição, a teor do art. 219, § 1º, do CPC. 5. Recurso especial improvido (REsp 766541 / PR RECURSO ESPECIAL 2005/0116279-5 Relator(a) Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128) T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 01/12/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 22/03/2010 RIOBTP vol. 251 p. 142.

da CF/88, que menciona com funções institucionais do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, não se referindo aos individuais homogêneos.

Tal interpretação, contudo, já restou superada, e hoje se entende que as atribuições do Ministério Público devem ser interpretadas em conformidade com o disposto no art. 129, IX, da CF/88⁹², que permite ao *parquet* o exercício de outras funções compatíveis com sua finalidade de guardião dos interesses mais importantes da sociedade.

Vale o registro de que a Constituição Federal é norma anterior ao CDC, de modo que não poderia mencionar de forma expressa os direitos individuais homogêneos, já que tal categoria de direitos coletivos somente foi criada com o código do consumidor.

A defesa coletiva dos interesses individuais homogêneos pelo Ministério Público está fundada em preceitos da Lei de Ação Civil Pública (LACP) e do Código de Defesa do Consumidor (CDC), aplicáveis, de forma conjunta, a qualquer ação de defesa coletiva, conforme dispõe o artigo 21 da LACP⁹³. Já o Título III do Código de Defesa do Consumidor, em seu parágrafo único, inciso III, do artigo 81, bem assim no artigo 82, inciso I,⁹⁴ dispõem sobre a legitimidade do Ministério Público.

Vale dizer, ainda, que o art.6^o⁹⁵ da Lei Complementar nº 75/93, Lei Orgânica do Ministério Público da União, também prevê a competência do Ministério Público da União para a proteção dos direitos constitucionais, além de outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos.

Especificamente quanto às lides previdenciárias, argumentava-se que os direitos previdenciários não se revestiriam do caráter da homogeneidade, mas seriam direitos heterogêneos, ou seja, uma simples soma de direitos individuais disponíveis. Em verdade, mantinha o Poder Judiciário posição conservadora, utilizando argumentos legalistas e

⁹³ Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

⁹⁴ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

⁹⁵ Art. 6º. Compete ao Ministério Público da União:

(...)

VII - promover o inquérito civil público e a ação civil pública para:

a) proteção dos direitos constitucionais;

b) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos.

técnico-jurídicos, desconforme com os novos conflitos sociais surgidos numa sociedade de massa.

Ressalte-se, entretanto, que a indisponibilidade do direito não é fator decisivo para afirmar a legitimidade do *parquet*, já que deve ser cotejado como o interesse social do direito a ser protegido. Após o julgamento do Recurso Extraordinário n. RE 472.489-AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello⁹⁶, o Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer a legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública em matéria previdenciária, dado o relevante interesse social do bem tutelado. Nas razões de decidir, afirmou o Ministro Celso de Mello que:

Tratando-se de direitos individuais homogêneos de segurados da Previdência Social, possui o Ministério Público Federal legitimidade para postular a declaração da ilegalidade de normas restritivas de direitos garantidos na Carta Magna e na Lei nº 8.213/91, ainda que esses direitos sejam disponíveis, pois o que legitima a atuação do *parquet* é a repercussão social decorrente da violação dos mesmos.

Sobre o Poder Judiciário e seu conservadorismo na aceitação da atuação do Ministério Público, afirmam Tycho Brahe Fernandes e Ângela Silva Guimarães (2004, p.4), em artigo sobre o tema:

Infelizmente, têm sido inúmeras as decisões proferidas pelo Poder Judiciário em que não se reconhecem a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos interesses individuais homogêneos por uma série de razões que discorreremos neste estudo, mas que no fundo são inconsistentes e apenas revelam a grande influência da carga individualista vigente no processo civil. Os argumentos utilizados para o afastamento da legitimidade Ministerial no tocante à defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos, em que pese existir autorização expressa da lei, são no sentido de que tais interesses ou direitos não constam expressamente nos dispositivos constitucionais, ou de que o artigo 127 da Constituição Federal exige um *plus*, qual seja a "indisponibilidade", como qualificativo dos "interesses sociais e individuais", ou porque a isolada circunstância do número expressivo de sujeitos abrangidos

⁹⁶ “DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - SEGURADOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL - CERTIDÃO PARCIAL DE TEMPO DE SERVIÇO - RECUSA DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA - DIREITO DE PETIÇÃO E DIREITO DE OBTENÇÃO DE CERTIDÃO EM REPARTIÇÕES PÚBLICAS - PRERROGATIVAS JURÍDICAS DE ÍNDOLE EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL - EXISTÊNCIA DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO "DEFENSOR DO POVO" (CF, ART, 129, II) - DOUTRINA - PRECEDENTES - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O direito à certidão traduz prerrogativa jurídica, de extração constitucional, destinada a viabilizar, em favor do indivíduo ou de uma determinada coletividade (como a dos segurados do sistema de previdência social), a defesa (individual ou coletiva) de direitos ou o esclarecimento de situações. A injusta recusa estatal em fornecer certidões, não obstante presentes os pressupostos legitimadores dessa pretensão, autorizará a utilização de instrumentos processuais adequados, como o mandado de segurança ou a própria ação civil pública. O Ministério Público tem legitimidade ativa para a defesa, em juízo, dos direitos e interesses individuais homogêneos, quando impregnados de relevante natureza social, como sucede com o direito de petição e o direito de obtenção de certidão em repartições públicas. Doutrina. Precedentes” (RE 472.489-AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 29.8.2008).

num dado interesse individual homogêneo não seria motivo suficiente para imprimir a nota de "relevância social" à espécie, que pudesse exsurgir a legitimação do *Parquet* ou, ainda, porque as ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos impõem aos beneficiários da sentença condenatória um direito que talvez eles não queiram exercer.

Outro argumento contrário à legitimação do Ministério Público, que merece ser ressaltado, é o de que basta que os interesses ou direitos individuais homogêneos possam ser defendidos em juízo individualmente, ou que seja possível a cada indivíduo lesado dentro da coletividade, de per se, postular a reparação desse direito ou interesse, para que se afaste, *ipso facto*, o uso da ação civil pública manejada pelo Ministério Público.

Felizmente tais posicionamentos encontram resistência, existindo Tribunais que vem reconhecendo a legitimidade conferida ao Ministério Público para a propositura de ações para defesa de interesses e direitos individuais homogêneos.

Registre-se, nesse cenário, que não é qualquer interesse individual que admite a tutela por via da ação coletiva proposta pelo Ministério Público, mas somente aqueles com relevante interesse social e caráter indisponível. Certo é, porém, que a previdência social, dada a sua natureza jurídica de direito fundamental social, constante do art. 6º da CF/88, é direito irrenunciável, indisponível.

O Supremo Tribunal Federal tem admitido a legitimidade do Ministério Público não só para ações objetivando a revisão de benefícios previdenciários (RE 549.419/DF e RE 607.200/SC), como a equiparação de menores sob guarda judicial a filhos de segurado para fins de recebimento de pensão por morte (RE 491.762/SE). Já no RE 444.357/PR, o Supremo apreciou o critério de concessão de benefícios assistenciais a pessoas portadoras de deficiência e idosos.

No mesmo sentido passou a decidir o STJ, ao julgar o REsp 1.142.630-PR, em 7/12/2010. Argumentou a Ministra Laurita Vaz que o órgão ministerial pode ajuizar ações para salvaguardar interesses individuais homogêneos diversos sem relação de consumo. Deu-se interpretação ampliativa ao disposto no art. 129, III da CF/88, permitindo que o Ministério Público ajuizasse ações para a defesa de interesses individuais, de forma coletiva, quando existente relevante interesse social. Eis a ementa do julgado, constante do informativo n.º 459, do STJ:

Ministério Público (MP) possui legitimidade para propor ação civil pública (ACP) com o objetivo de proteger os interesses de segurados de benefícios previdenciários. Ressalta a Min. Relatora que, com esse entendimento, foi restabelecida antiga jurisprudência, após os julgamentos sobre a matéria terem oscilado ultimamente; em várias decisões, inclusive na Terceira Seção, vinha-se recusando a legitimidade *ad causam* do MP em ACPs com o objetivo de discutir questões ligadas à seguridade social, como direitos relativos à concessão de benefício assistencial a idosos e portadores de deficiência, revisão de

benefícios previdenciários e equiparação de menores sob guarda judicial a filhos de segurados para fins previdenciários. No entanto, segundo a Min. Relatora, deve haver nova reflexão sobre o tema em razão, sobretudo, do relevante interesse social envolvido no ajuizamento da ACP de natureza previdenciária, pois o reconhecimento da legitimidade do MP, além do interesse social, traz inegável economia processual, evitando-se a proliferação de demandas individuais idênticas com resultados divergentes e com o conseqüente acúmulo de feitos nas instâncias do Judiciário, o que, certamente, não contribui para uma prestação jurisdicional eficiente, célere e uniforme. Observa que o STF já vinha reconhecendo a legitimidade do MP para a ACP destinada à proteção de direitos sociais, tais como a moradia e a educação, e agora, em julgado mais recente, afirmou aquela Corte que certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis, esclarecendo que, nesses casos, a ACP presta-se à defesa deles, legitimando o MP para a causa (art. 127, *caput*, e art. 129, III, da CF/1988). Desse modo, concluiu que o MP detém legitimidade para propor ACP na defesa de interesses individuais homogêneos (arts. 127, § 1º, e 129, II e III, da CF/1988). Assim, assevera a Min. Relatora, entre outras considerações, que, para fins de legitimidade do Parquet para a ACP quando se tratar de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis, o que deve ser observado é a presença do relevante interesse social de que se reveste o direito a ser tutelado. Diante do exposto, a Turma negou provimento ao REsp interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). No recurso, este buscava a extinção do feito sem julgamento do mérito, alegando a ilegitimidade do MPF para promover ACP pertinente a reajustes e revisões de benefícios previdenciários concedidos a partir de março de 1994, com inclusão da variação integral do IRSM de fevereiro de 1994 (39,67%) nos salários de contribuição integrantes do período básico de cálculo antes da conversão em URV. Anotou-se que o tribunal de origem entendeu ser cabível a revisão, confirmando a sentença de primeiro grau que também restringiu os efeitos do julgado à subseção judiciária em que proposta a ação, na forma do art. 16 da Lei nº 7.347/1985. Precedentes citados do STF: RE 163.231-SP, DJ 29/6/2001; RE 195.056-PR, DJ 30/5/2003; AgRg no RE 514.023-RJ, DJe 5/2/2010; RE 228.177-MG, DJe 5/3/2010; AgRg no RE 472.489-RS, DJe 29/8/2008; AgRg no AI 516.419-PR, DJe 30/11/2010; RE 613.044-SC, DJe 25/6/2010; do STJ: EREsp 644.821-PR, DJe 4/8/2008; AgRg nos EREsp 274.508-SP, DJ 10/4/2006; AgRg no REsp 938.951-DF, DJe 10/3/2010; REsp 413.986-PR, DJ 11/11/2002, e AgRg no AgRg no Ag 422.659-RS, DJ 5/8/2002. REsp 1.142.630-PR, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 7/12/2010.

O tratamento molecularizado das demandas envolvendo o INSS objetiva, precipuamente, dar solução uniforme para as questões concernentes aos segurados do Regime Geral da Previdência Social. A complexidade da legislação previdenciária, repleta de instruções internas e regulamentos, aliada ao perfil hipossuficiente dos segurados, demanda um atuar pró-ativo do *Parquet*, através de instrumentos processuais eficazes para a defesa desses direitos.

Digno de registro é, ainda, a natureza alimentar das prestações previdenciárias ou assistenciais, o que corrobora como a relevância social dos direitos tutelados.

Tratando de direito fundamental, inegável é a legitimidade do Ministério Público para tutelar questões concernentes à previdência social já que tal órgão tem como uma de suas funções institucionais a “defesa do povo”, a teor do disposto no art. 129, II, da CF/88.

Em verdade, a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação de interesses individuais homogêneos tem de ser analisada de maneira casuística, de maneira a se verificar se, na hipótese, os direitos tutelados revestem-se ou não de um relevante interesse social, de forma a legitimar a atuação.

Aliás, no Estado Democrático de Direito, o papel atribuído ao Ministério Público sofreu profundas transformações com o advento da Lei de Ação Civil Pública, Lei 7347/85, que atribuiu ao Ministério Público a legitimidade para a proteção de diversos bens, tais como o meio ambiente, o patrimônio artístico, os direitos do consumidor, etc.

Assim, a injusta negativa do INSS em conceder ou revisar benefícios autoriza a utilização de instrumentos processuais adequados, como a ação civil pública, a serem ajuizadas pelos representantes adequados, previstos na lei de regência.

6.3 O Controle Judicial sobre a Representatividade Adequada⁹⁷

Para a maior parte da doutrina brasileira, não há controle judicial da adequada representação nas ações coletivas, já que a simples previsão legal dos entes legitimados ensejaria uma presunção *iuris et de iure* de legitimidade adequada. Nesse sentido, Pedro Silva Dinamarco entende que:

(...) a legitimidade no direito norte-americano evidencia profunda diferença em relação ao direito brasileiro, quer porque, entre nós, predominam os organismos públicos como representantes, quer porque, os que podem representar pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor são taxativamente indicados, ou mais precisamente, inequivocamente mencionados, sem que se ofereça margem de dúvida para a identificação do legitimado.

Com efeito, da simples leitura dos arts. 82 do CDC c/c o art. 5º da LACP, poder-se-ia afirmar que se trata de rol taxativo, ou *ope legis*, nomenclatura utilizada pela doutrina em oposição ao controle *ope judicis*. Nesse sentido, Leonardo de Medeiros Garcia (2009, p. 375-376), segundo o qual o Brasil teria adotado o sistema de controle *ope legis*:

Pelo sistema do *ope judicis*, adotado pela *class actions* americana, a legitimidade será aferida em cada caso pelo juiz competente para o julgamento

⁹⁷ Termo utilizado na doutrina brasileira tomando-se por base o Instituto da *adequacy of representation* do direito Norte Americano.

da ação coletiva. Não há um rol previamente estabelecido pela lei. O magistrado é que deverá aferir se a representatividade de “possível legitimado” é adequada ou não para defender os interesses coletivos. Para tanto, deverá o juiz analisar o objeto da ação proposta e se o “possível legitimado” possui algum vínculo com o direito coletivo que está defendendo.

Já para o sistema do *ope legis*, os legitimados para as ações coletivas são determinados previamente pela lei. A condição de representante adequado é estabelecida pelo legislador. Foi esse o sistema adotado pelo Brasil. Assim, só aqueles sujeitos mencionados no art. 82 do CDC e no art. 5º da LACP são legitimados a proporem ações coletivas. O que acontece aqui, na verdade, é uma verdadeira presunção de que os legitimados estabelecidos pela lei (repto: art. 82 do CDC e no art. 5º da LACP) são representantes adequados a defenderem os interesses coletivos (ou seja, possuem representatividade adequada).

Segundo Gidi (2007, p. 63-66), os argumentos mais utilizados para se defender a impossibilidade de controle judicial sobre a representatividade nas ações coletivas é que a coisa julgada somente serve para beneficiar os representados e que a participação do MP como “fiscal da lei” em todas as ações seria suficiente para suprir a análise da legitimidade. Não obstante, adverte o mesmo autor que a sentença de improcedência na ação coletiva, se com base em provas suficientes, impede uma nova ação coletiva e que a adequação do representante decorre do devido processo legal, que deve ser entendido como social ou coletivo.

Com efeito, segundo devidamente elucidado por Antônio Gidi (2007, p.129-135), a improcedência do pedido em decorrência de uma incompetente atuação do representante adequado, principalmente em casos de lides sobre direitos individuais homogêneos, trará prejuízos irreparáveis aos titulares dos interesses em discussão, já que, em caso de improcedência, não se permitirá o ajuizamento de nova ação coletiva, a teor do art. 103, III, do CDC.

No mesmo sentido, Grinover (2011, p. 235) argumenta ser a adequada representação um instrumento de controle para evitar abusos nas demandas coletivas:

Constitui outro instrumento de controle para evitar os possíveis abusos cometidos no ajuizamento de processos coletivos. Oriundo do direito norte-americano, esse pré-requisito – que diz respeito à seriedade, credibilidade, capacidade técnica e até econômica do legitimado à ação coletiva – é particularmente importante nos ordenamentos que optam pela extensão a terceiros da coisa julgada, sem temperamentos; mas é também útil para outros sistemas, sobretudo quando legitimam à ação coletiva a pessoa física e as associações e quando prevêm a ação coletiva passiva (*defendant class action*.)

Desse modo, hoje já se defende a possibilidade de controle judicial (*ope judicis*) de tal representação, tal como ocorre no direito norte americano⁹⁸. Essa nova posição da doutrina deu origem a duas correntes de pensamento, a saber:

1ª) existência, no ordenamento atual, apenas da extensão da coisa julgada de acordo com o resultado da lide (*secundum eventum litis*), que não se compatibiliza com o controle judicial restritivo da atuação adequada. Trata-se de posição defendida, por exemplo, por Ricardo de Barros Leonel e Marcelo Abelha.

2ª) coexistência, no ordenamento vigente, da extensão da coisa julgada de acordo com o resultado da lide (*secundum eventum litis*) e do controle judicial da atuação adequada. É a opinião de Ada Pellegrini Grinover, Fredie Didier Jr. E Hermes Zaneti Jr., Antônio Gidi e outros (DONIZETTI e CERQUEIRA, 2010, p. 367)

Assim, ao tomar conhecimento de uma ação coletiva, deve o magistrado verificar se os interesses dos substituídos estão bem representados, proceder que se coaduna com o princípio do devido processo legal. Ao atestar a adequada representatividade, para não haver mais espaço para se falar em ausência de contraditório e ampla defesa pelos representados.

Ainda sobre a verificação da representatividade adequada, essencial as anotações de Cassio Scarpinella Bueno (1996, p. 101):

A doutrina elenca, para a verificação do que seja a *adequacy of representation*, a necessidade da concorrência de três elementos: os membros presentes e nomeados na ação devem demonstrar que têm efetivo interesse jurídico na promoção daquela demanda, isto é, devem dizer por quais razões promovem ação naqueles moldes (vingança pessoal? Concorrência desleal?). É inerente à figura da representatividade adequada a competência dos advogados que conduzirão a ação, mormente aquela da *class*. Neste particular, a Corte deverá examinar sua *bona fides* e sua competência técnica, vale dizer, se tem condições de vencer os desafios que são apresentados no desenvolver das ações destas espécies. Para que esteja preenchido o quesito da representatividade adequada, a Corte deverá, ainda, averiguar a inexistência de qualquer conflito interno no interior da classe, cabendo a ela, alternativamente, dividir a classe tal qual apresentada inicialmente em tantas subclasses que se façam necessárias para o adequado prosseguimento da ação, cada qual com regime próprio de *class action*. Nesta hipótese, como já teve oportunidade de decidir a Suprema Corte, no caso *Eisen*, a coisa julgada será incidente somente entre as pessoas componentes do grupo original, que não estejam incluídas nas novas subclasses.

⁹⁸ O artigo 23 das *Federal Rules of Civil Procedure* prevê o controle judicial da representatividade adequada como requisito de admissibilidade para toda e qualquer *class action*.

Consoante defendido por Mauro Cappelletti (1977, p. 27), o devido processo legal nas ações coletivas há de ser interpretado de forma diferenciada, entendimento que, *mutatis mutandis*, aplica-se aos direitos individuais homogêneos:

(...) O problema se apresenta com particular perspicácia em matéria de direitos de grupo ou coletivo. De um lado, pareceria, na verdade, um requisito inderrogável do *natural justice*, que cada sujeito participante de uma relação deduzida em Juízo tenha uma efetiva oportunidade de ser ouvido, sem o que a sentença não deveria assumir autoridade de coisa julgada nesses confrontos. Mas, por outro lado, tratando-se de relações meta-individuais ou difusas, nas quais é, evidentemente, envolvido um número elevadíssimo e até materialmente impreciso de sujeitos, impor uma rígida observância da garantia do contraditório significaria tornar praticamente impossível a tutela judiciária daquelas relações, pela impossibilidade material de identificar todas as 'partes ausentes', de intimar todos dos atos do juízo, de oferecer, em suma, a todos uma real possibilidade de participação em juízo.

Eis, portanto, porque mesmo os milenares princípios de defesa e de contraditório se revelam insuficientes diante das mutantes exigências da sociedade contemporânea. Tal insuficiência, por outro lado, não significa abandono, mas superação. É necessário superar sistemas de garantismo processual de caráter meramente individualístico (...). Em seu lugar, deve nascer um novo e mais adequado tipo de garantismo, que eu gostaria de definir como 'social' ou 'coletivo', conceito não somente para a salvaguarda dos indivíduos em um processo individualístico, mas também para a salvaguarda dos múltiplos e extremamente importantes novos grupos e 'corpos intermediários' que também reclamam acesso à justiça para a tutela de seus interesses.

Do mesmo modo, Leonardo Carneiro da Cunha (2010.p. 141), ao discorrer sobre o devido processo legal para as demandas repetitivas assevera que o processo deve se adequar ao direito material tutelado, de modo que as demandas de massa tenham soluções de massa. É o que se observa:

Ao assegurar a inafastabilidade do controle jurisdicional, a Constituição Federal (LGL\1988\3) está a garantir o direito ao processo. E o processo deve ser *adequado* à realidade do direito material, valendo dizer que o procedimento previsto em lei para determinado processo deve atender às finalidades e à natureza do direito tutelado. Daí se falar, nos tempos atuais, em tutelas diferenciadas, devendo haver um processo apto a garantir aquele direito específico, mediante regras processuais que lhe sejam apropriadas.

É preciso, enfim, haver uma *adequação* do processo às particularidades do caso concreto. Para que a tutela jurisdicional seja efetiva, concretizada pela exigência de um devido processo legal, é preciso que haja adequação. O princípio da adequação é extraído, então, da garantia de inafastabilidade do controle jurisdicional e, igualmente, da cláusula do devido processo legal.

O processo deve *adequar-se* às situações repetitivas. Há problemas que atingem, em massa, uma grande quantidade de pessoas, as quais ingressam em juízo na busca do reconhecimento de seu direito, acarretando um significativo número paralelo de causas que versam sobre o mesmo tema.

A dogmática tradicional quanto à atividade processual não se revela suficiente para dar solução rápida a essas demandas repetitivas. Numa sociedade em que se exige celeridade processual, a ponto de constituir princípio constitucional o da duração razoável dos processos (art. 5.º, LXXVIII, da CF/1988

(LGL\1988\3), é preciso que as demandas de massa tenham "soluções de massa", ou seja, recebam uma solução uniforme, garantindo-se, inclusive, o princípio da isonomia. Realmente, decorre do princípio da isonomia a necessidade de se conferir tratamento idêntico a quem se encontra em idêntica situação. Daí resulta ser imperioso envidar urgentes esforços no sentido de eliminar as divergências jurisprudenciais, pois não se deve admitir que alguém, na mesma situação de outrem, tenha solução judicial diferenciada da que lhe fora conferida. Repugna ao senso comum deparar-se com situações como essa, em que determinado sujeito não logra êxito em sua demanda judicial, quando outra pessoa, na mesma condição, teve seu pleito atendido, ainda mais quando se trata de demandas de massa, em que a situação dos interessados revela-se absolutamente idêntica.

O instituto da representatividade adequada decorre, portanto, do devido processo legal coletivo. O Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, elaborado em 2004 na Venezuela, previu a representatividade adequada como requisito para a ação coletiva, em seu art. 2º, § 2º⁹⁹. Assim também o fez o Anteprojeto elaborado pelas Universidades do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Estácio de Sá (UNESA), sob coordenação de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, que estabeleceu em seu art. 8º¹⁰⁰ a adequada representatividade do legitimado como requisito específico da ação coletiva.

Do mesmo modo, o Código de Processo Coletivo formulado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual previu que o magistrado poderá verificar a representatividade adequada em qualquer tempo e grau de jurisdição¹⁰¹.

⁹⁹ Art. 2º. São requisitos da demanda coletiva:

I – a adequada representatividade do legitimado;

(...)

Par. 2º. Na análise de representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como:

a – a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado;

b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;

c – sua conduta em outros processos coletivos;

d – sua capacidade financeira para a condução do processo coletivo;

e – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;

f – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

¹⁰⁰ Art. 8º. Requisitos específicos da ação coletiva: São requisitos específicos da ação coletiva, a serem aferidos em decisão especificamente motivada pelo juiz:

I – a adequada representatividade do legitimado;

II – a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas.

§ 1º Na análise da representatividade adequada o juiz deverá examinar dados como:

a) a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;

b) seu histórico de proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;

c) sua conduta em outros processos coletivos;

d) a coincidência entre os interesses do legitimado e o objeto da demanda;

e) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

¹⁰¹ Art. 20. Legitimação. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa:

(...)

§ 1º Na defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, qualquer legitimado deverá demonstrar a existência do interesse social e, quando se tratar de direitos coletivos e individuais homogêneos, a coincidência entre os interesses do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;

Segundo Elpídio Donizetti e Marcelo Cerqueira (2010, p.162-168), a forma como se deve efetuar o controle da atuação do substituto no processo coletivo é objeto de intenso debate na doutrina brasileira, não sendo pacífico se o controle há de ser feito pelo legislador, *ope legis*, ou pelo juiz, *ope judicis*. E prosseguem os autores:

Com efeito, entende-se por controle *ope legis* o suposto juízo de valor realizado pelo legislador ao arrolar os “representantes adequados” para a defesa dos direitos coletivos em juízo e impor o atendimento de uma ou outra exigência.

Didier e Zaneti Jr. (2014, p.188), de igual forma, ao comentarem o princípio da representação adequada afirmam que o mesmo decorre da aplicação da cláusula do devido processo legal à tutela jurisdicional coletiva, de modo que seria ínsito ao sistema processual tal verificação. E prosseguem, ao defender a necessidade da existência de um filtro judicial sobre a legitimidade para as ações coletivas:

(...) Parte-se da seguinte premissa, que parece correta: não é razoável imaginar que uma entidade, pela simples circunstância de estar autorizada em tese para a condução do processo coletivo, possa propor *qualquer* demanda coletiva, pouco importando suas peculiaridades. É preciso verificar, a bem de garantir a adequada tutela desses importantes direitos, se o legitimado coletivo reúne os atributos que o tornem representante adequado para a melhor condução de *determinado* processo coletivo, devendo essa adequação ser examinada pelo magistrado de acordo com critérios gerais, preferivelmente previamente estabelecidos ou indicados em rol exemplificativo, mas sempre à luz da situação jurídica litigioso deduzida em juízo.

Registre-se, ademais, que no direito estadunidense, a verificação da representatividade adequada busca verificar se a parte ideológica que ingressou com a ação apresenta condições que a qualifiquem para exercer a representação da classe. O mesmo proceder deve ser aplicado ao direito pátrio, já que não há qualquer incompatibilidade com as normas atualmente em vigor.

Ao revés, o art. 82, § 1º do CDC permite ao juiz dispensar a associação do requisito da pré-constituição há pelo menos um ano, quando houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou ainda, pela relevância do bem jurídico a ser protegido. Sem dúvida, tal proceder aproxima-se da análise da representatividade adequada da associação, tal como ocorre no direito norte americano.

§ 2º No caso dos incisos I e II deste artigo, o juiz poderá voltar a analisar a existência do requisito da representatividade adequada em qualquer tempo e grau de jurisdição, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo seguinte.

Vânilla Cardoso André de Moraes (2012, p. 82) defende que deveria o magistrado avaliar a representatividade adequada quando do ajuizamento de demandas coletivas contra o Poder Público. Essa adequação deveria consubstanciar-se numa efetiva homogeneidade entre o grupo tutelado e aqueles que se apresentam como seus representantes, de modo a verificar, de maneira rigorosa, que aquele que agiu no interesse de todos seja efetivamente capaz de comunicar ao juiz a dimensão real dos interesses em jogo.

Vale registrar, por fim, a opinião de Antônio Gidi (2007, p. 69) que defende, *de lege lata* que, caso o magistrado, inadvertidamente, mesmo não reconhecendo a legitimidade do representante da ação coletiva, julgue o mérito da causa, sua sentença não deverá ser acobertada pelo manto da coisa julgada material. A mesma ação coletiva poderá, desse modo, ser rerepresentada por qualquer legitimado. Nas palavras do autor:

Se o juiz detectar a eventual inadequação do representante, em qualquer momento do processo, deverá proporcionar prazo e oportunidade para que o autor inadequado seja substituído por outro, adequado. Caso contrário, o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito. Se o juiz, inadvertidamente, atingir o mérito da causa, a sentença coletiva não fará coisa julgada material e a mesma ação coletiva poderá ser reproposta por qualquer legitimado.

6.4 Condenação Genérica e Liquidação do Julgado

Outro entrave processual apontado pela doutrina para a efetividade das demandas versando sobre direitos individuais homogêneos é a previsão de condenação genérica, estatuída pelo art. 95 da Lei nº 8.078/90, nos seguintes termos: “em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”.

Ainda que hoje já se defenda ser possível ao juiz liquidar, no que couber, os danos individualmente sofridos, de modo a facilitar a futura execução individual do legitimado individual, a verdade é que ainda há um paradoxo entre a tutela coletiva e a execução coletiva, de modo que esta torna sem efetividade aquela. Isso porque após a sentença, as vítimas têm de, individualmente, proceder à liquidação do julgado, devendo demonstrar o nexo de causalidade com a causa da condenação.

Na liquidação da sentença de condenação genérica serão apurados os fatos e alegações referentes ao dano individualmente sofrido pelo demandante e a relação de

causalidade entre esse dano, o fato potencialmente danoso constante da sentença e os fatos e alegações pertinentes ao dimensionamento do dano sofrido (DIDIER e ZANETTI, 2014, p. 354).

A doutrina majoritária entende que a ação somente tem o viés coletiva na fase de conhecimento, e os legitimados extraordinários atuam como substitutos processuais. Já a fase executiva tem de ser individual, e os legitimados do art. 82 do CDC atuam como representantes processuais. Assim, para maior parte dos autores, coletiva somente é a execução do título condenatório cuja obrigação destina-se a um fundo coletivo, conhecida como *fluid recovery*, que será analisada a seguir (CARVALHO, 2013, p.224)

Nesse sentido, Hugo Nigro Mazzilli (2005, p.10):

Nos processos coletivos, a liquidação e a execução podem ser: a) coletivas, a serem promovidas pelos co-legitimados dos arts. 5º LACP e 82 CDC, em caso de dano a interesses indivisíveis (interesses coletivos e difusos); b) individuais, a serem promovidas pela vítima ou sucessores, em caso de dano a interesses divisíveis (interesses individuais homogêneos). Neste último caso, os lesados individuais beneficiar-se-ão *in utilibus* do julgado coletivo. Subsidiariamente, poderá haver liquidação coletiva, mesmo em caso de lesão a interesses individuais homogêneos (art. 100 do CDC, aplicável também ao sistema da LACP, cf. art. 90 do CDC).

Não obstante, já há quem defenda a possibilidade da execução coletiva pelo substituto processual, mesmo legitimado da fase de conhecimento. Em relação aos sindicatos, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 193503/SP sedimentou o entendimento de sua legitimação tanto para a fase de conhecimento, como para a execução, conforme se observa da seguinte ementa do julgado:

PROCESSO CIVIL. SINDICATO. ART.8º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

O artigo 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. 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. Recurso conhecido e provido.

Interessante mencionar que com a entrada em vigor da Lei nº 11.232/2005, pretendeu-se eliminar o processo autônomo de liquidação, transformando-o em mera fase processual. Antes das alterações, o CPC estabelecia que a liquidação de sentenças em geral era promovida por meio de um processo autônomo, que podia ser de três diferentes espécies: por artigos, por arbitramento e na forma prevista no CDC, quando se tratasse de sentenças prolatadas em ações coletivas.

A lei acabou com a autonomia do processo de execução das sentenças judiciais, tornando-o parte do próprio processo de cognição, no intuito de fomentar o sincretismo processual. Permaneceu possível, entretanto, a liquidação das sentenças proferidas em ações coletivas. Em verdade, haverá processo de liquidação autônomo quando não houver processo anterior. (DIDIER JR e ZANETI JR, 2009)

Embora todos os avanços na tutela de direitos, o sistema de liquidação de sentenças proferidas em processos coletivos em que são tutelados direitos individuais homogêneos ainda merece ser aperfeiçoado, já que dotado de pouca efetividade¹⁰².

Veja-se, por exemplo o caso da ação da ACP nº 0011237.82.2003.403.6183, ajuizada pelo Ministério Público Federal objetivando ver declarado o direito da Revisão do IRSM de fev/1994 (39,67%). Tal pedido foi julgado procedente, tendo sido determinada a revisão dos benefícios previdenciários para a inclusão do IRSM de fev/1994 nos salários-de-contribuição que integram o PBC (período básico de cálculo) no benefício dos segurados. A sentença, entretanto, restringiu sua eficácia aos benefícios concedidos no Estado de São Paulo aos residentes no Estado de São Paulo à época do ajuizamento da ACP, restrição territorial que será adiante analisada.

Após a sentença de procedência, milhares de segurados tem proposto execuções individuais perante diversos juízos do Estado de São Paulo que, por sua vez, determinam a citação do INSS para cumprir o julgado. Ora, o simples fato de ter de se ajuizar novas ações ou incidentes para executar o que decidido na ação coletiva, vai de encontro à efetividade e celeridade¹⁰³ da prestação jurisdicional.

¹⁰² Nesse mesmo contexto, RANGEL DINAMARCO (2004) sustenta estar diante de uma liquidação imprópria, pois mais do que uma verdadeira liquidação por artigos que necessita da produção de novas provas apenas para delimitar o quantum devido, o procedimento estabelecido pelo CDC para os direitos individuais homogêneos se assemelha a um verdadeiro processo cognitivo – ainda que tenha a vantagem de contar com a prova pré-constituída da lesão coletiva.

¹⁰³ Na exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil há a preocupação de se reduzir o número de processos, para garantir o acesso à Justiça, conforme se observa: “justiça retardada é justiça denegada” e com esse estigma arrastou-se o Poder Judiciário, conduzindo o seu desprestígio a índices alarmantes de insatisfação aos olhos do

Tendo em conta informação constante da própria ACP, existem cerca de 900 mil beneficiários dessa revisão, gerando, por conseguinte, nova avalanche de ações de IRSM, agora denominadas de execuções individuais da sentença da ACP.

A necessidade de liquidações e execuções individuais, não enseja nenhuma economia processual, tampouco permite uma rápida e eficiente solução do litígio. Todos os interessados terão que ingressar individualmente com suas liquidações e, somente decorrido o lapso de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, é que poderão os legitimados do art. 82 promover liquidação e execução da indenização devida, conforme dicção do art. 100 do Código de Defesa do Consumidor¹⁰⁴. É a chamada *fluid recovery*.

Sobre tal tema, cumpre esclarecer que o prazo de um ano previsto no art. 100 não importa na perda da pretensão individual, mas apenas o prazo que os legitimados coletivos deverão aguardar para a propositura da liquidação ou execução a título coletivo, com reversão dos valores aos fundos criados pela LACP.

Conforme bem anotam DIDIER e ZANETI JR. (2014, p. 389), o art. 100 do CDC prevê uma legitimidade extraordinária subsidiária, pois que somente após o decurso de prazo de 01 ano contado do trânsito em julgado da sentença é que será permitido o *fluid recovery*.

O disposto no art. 100 do CDC teve por base a chamada *fluid recovery*, do direito americano. Convém aqui transcrever os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover (1998, p.893) sobre os fundamentos do instituto:

A jurisprudência norte americana criou então o remédio da *fluid recovery* (uma reparação fluida), a ser eventualmente utilizado para fins diversos dos ressarcitórios, mas conexos com os interesses da coletividade: por exemplo, para fins gerais de tutela dos consumidores ou do meio ambiente. (...) o legislador brasileiro não descartou a hipótese de a sentença condenatória não vir a ser objeto de liquidação pelas vítimas, ou então de os interessados que se habilitarem serem em número incompatível com a gravidade do dano. (...) o dano globalmente causado pode ser considerável, mas de pouca ou nenhuma importância o prejuízo sofrido por cada consumidor lesado. Foi para casos como esses que o Caput do art. 100 previu a *fluid recovery*.

povo. Esse é o desafio da comissão: resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere. Como vencer o volume de ações e recursos gerado por uma litigiosidade desenfreada, máxime num país cujo ideário da nação abre as portas do judiciário para a cidadania ao dispor-se a analisar toda lesão ou ameaça a direito? Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em 18 de julho de 2014.

¹⁰⁴ Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Quanto à legitimidade para a liquidação e execução¹⁰⁵, deflui-se do art. 97, do CDC, que podem propor a liquidação as vítimas, seus sucessores e os legitimados do art. 82, que atuam não em nome próprio, mas como representantes das vítimas alcançadas pela sentença genérica (GONÇALVES, 2005, p. 423).

Nesses casos, os valores apurados reverterão para cada um lesado individualmente considerado, não se confundindo com a hipótese tratada no art. 100, onde o produto da indenização devida reverterá para um fundo.

Quanto ao foro competente para a execução da ação coletiva pelo indivíduo, existe séria divergência doutrinária, já que não há dispositivo legal que trate especificamente sobre a competência para liquidar e executar individualmente a sentença coletiva. Desse modo, há quem defenda que a execução somente poderia ser ajuizada no juízo que julgou a ação coletiva, e outros defendem a possibilidade de ser ajuizada a execução no domicílio do liquidante.

A controvérsia ganhou força com o veto ao parágrafo único do artigo 97 do Código de Defesa do Consumidor que previa a possibilidade da liquidação da sentença coletiva ser liquidada no foro do domicílio do liquidante. No entanto, hoje predomina o entendimento de que a competência para execução individual é concorrente entre o foro do domicílio e o foro da ação condenatória, a critério do autor¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Quanto ao prazo prescricional para o ajuizamento da execução individual da sentença proferida em ação civil pública, o STJ pacificou a controvérsia, conforme ementa:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PRAZO PRESCRICIONAL PARA O AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. N. 8/2008-STJ).

No âmbito do direito privado, é de cinco anos o prazo prescricional para ajuizamento da execução individual em pedido de cumprimento de sentença proferida em ação civil pública. O emprego pelo julgador de determinada regra como parâmetro para fixar o prazo de prescrição no processo de conhecimento em ação coletiva não impõe a necessidade de utilizar essa mesma regra para definir o prazo de prescrição da pretensão de execução individual, que deve observar a jurisprudência superveniente ao trânsito em julgado da sentença exequenda. Assim, ainda que na ação de conhecimento, já transitada em julgado, tenha sido reconhecida a aplicabilidade do prazo de prescrição vintenário, deve ser utilizado, no processo de execução individual, conforme orientação da Súmula 150 do STF, o mesmo prazo para ajuizar a ação civil pública, que é de cinco anos nos termos do disposto no art. 21 da Lei n. 4.717/1965 – Lei da Ação Popular. Precedentes citados: REsp 1.070.896-SC, DJe 4/8/2010; AgRg no AREsp 113.967-PR, DJe 22/6/2012, e REsp n. 1.276.376-PR, DJ 1º/2/2012. **REsp 1.273.643-PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 27/2/2013.**

¹⁰⁶ EMENTA: RECURSO ESPECIAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA NEGATIVO. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA NO JULGAMENTO DE AÇÃO COLETIVA. FORO DO DOMICÍLIO DO CONSUMIDOR. INEXISTÊNCIA DE PREVENÇÃO DO JUÍZO QUE EXAMINOU O MÉRITO DA AÇÃO COLETIVA. TELEOLOGIA DOS ARTS. 98, § 2º, II E 101, I, DO CDC.1. 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 CPC, 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. A analogia com o art. 101, I, do CDC e a integração desta regra com a contida no art. 98, § 2º, I, do mesmo diploma legal garantem ao consumidor a prerrogativa processual do ajuizamento da execução individual derivada de decisão proferida no julgamento de ação coletiva **no foro de seu domicílio**.3. Recurso especial provido. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.098.242 - GO (2008/0224499-1) RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI).

Interessante trazer a lume trecho do voto do Min Teori Zavascki¹⁰⁷, que defendeu a possibilidade de se ajuizar a execução no domicílio do liquidante no julgamento do REsp 1.243.887/PR, julgado 19.10.2011, cuja relatoria coube ao Min. Luís Felipe Salomão:

A relação entre a cognição da primeira fase e a liquidação não se dá, aqui, como 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 Código de Processo Civil, mais especificamente no seu Livro I, Título IV, como ocorre com a liquidação e execução de sentença penal condenatória, da sentença estrangeira, da sentença arbitral (art. 475-P, III, CPC).

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos¹⁰⁸ previu que a Competência para a liquidação e a execução seria do juízo da ação condenatória, quando coletiva a liquidação ou a execução e do domicílio do demandado ou do demandante individual, no caso de liquidação ou execução individual.

Já o Código Modelo Ibero-Americano de Processos Coletivos introduziu importantes inovações sobre o regramento das sentenças condenatórias e execuções coletivas, em termos de direitos individuais homogêneos. O artigo 22¹⁰⁹ prevê expressamente que a condenação poderá ser genérica, mas no próprio parágrafo 1º dispõe que o juiz calculará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo na própria ação coletiva.

¹⁰⁷ STJ, REsp 1.243.887/PR, julgado 19.10.2011, Corte Especial STJ, relatoria Min. Luis Felipe Salomão, voto proferido pelo Ministro Teoria Albino Zavascki.

¹⁰⁸ Art. 31. Competência para a liquidação e execução – É competente para a liquidação e execução o juízo:

I - da ação condenatória ou da sede do legitimado à ação de conhecimento, quando coletiva a liquidação ou execução. II – da ação condenatória, observado o disposto no artigo 17 deste Código, ou do domicílio da vítima ou sucessor, no caso de liquidação ou execução individual.

Parágrafo único. O exequente poderá optar pelo juízo do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação.

¹⁰⁹ Art. 22. Sentença condenatória. Em caso de procedência do pedido, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Par. 1º Sempre que possível, o juiz calculará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo na própria ação coletiva

Par. 2º Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula de cálculo da indenização individual.

Par. 3º O membro do grupo que considerar o valor da indenização individual ou a fórmula para seu cálculo diverso do estabelecido na sentença coletiva, poderá propor ação individual de liquidação.

Há ainda a previsão, no parágrafo 2º, de que quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula de cálculo da indenização individual.

Quanto à liquidação, foi dada prioridade para as liquidações e execuções coletivas, sempre que for possível, a ser esse processada, quando não houver a necessidade de um processo autônomo de execução, perante o próprio juízo da ação condenatória. Permitiu, outrossim, as liquidações ou execuções individuais, estabelecendo que o foro competente será o do domicílio do demandante individual ou do demandado, pois a concentração de milhares ou milhões de liquidações e/ou execuções individuais no juízo da ação coletiva condenatória propiciaria a inviabilização do órgão judicial especializado ou preventivo para as demandas coletivas.

Sobre a liquidação da sentença relativa a direitos individuais homogêneos no projeto, escreveu Luiz Rodrigues Wambier, em artigo intitulado “Considerações sobre a liquidação de sentença coletiva na proposta de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América”:

Na liquidação da sentença coletiva, haverá sempre necessidade de prova de fato novo, porque as vítimas ou seus sucessores deverão demonstrar sua vinculação ao conteúdo do *decisum*, em decorrência da ligação dos fatos descritos no pedido de condenação com a esfera jurídica de cada vítima e a extensão dos danos sofridos em seu patrimônio ideal.

Por isso, quanto ao procedimento que se deva utilizar para a liquidação da sentença condenatória genérica relativa a direitos individuais homogêneos defendidos coletivamente, pensamos que necessariamente o autor do pedido de liquidação terá de se servir de modalidade de liquidação que, no direito brasileiro, é chamada “liquidação por artigos”.

7. A COISA JULGADA COLETIVA

7.1 A Coisa Julgada no Processo Civil: aspectos gerais

Objetiva-se, no presente tópico, demonstrar a ineficácia das normas processuais individuais ao processo coletivo, que deve ter normas procedimentais específicas, em decorrência da própria natureza ontológica dos direitos. Principalmente no tocante à coisa julgada, o direito posto não se coaduna com a transindividualidade dos direitos coletivos *lato sensu*. A coisa julgada é um dos aspectos mais peculiares da tutela jurisdicional coletiva (DIDIER e ZANETI, 2014, p. 333).

De igual modo, o presente trabalho tem o escopo de analisar a legislação nos casos em que há ações coletivas ajuizadas em concomitância com ações individuais, e a repercussão daquelas sobre essas. Buscar-se-á defender que as ações coletivas têm de repercutir nas ações individuais, atendidas certas circunstâncias, sob pena de tornar letra morta a defesa coletiva dos direitos individuais.

Nesse contexto, imperioso é, ainda que de maneira resumida, verificar os institutos sob o enfoque clássico do processo civil, para só então adentrar nas particularidades do processo coletivo. Faz-se necessário, portanto, a revisitação dos institutos processuais, para adequá-los aos princípios e às finalidades da proteção metaindividual (MENDES, 2012, p. 259).

O instituto da coisa julgada é uma garantia fundamental prevista no art. 5º, XXXVI, da CF/88. Acerca do instituto, é de se apontar a existência de divergência doutrinária, havendo quem a entenda como a efeito da decisão ou ainda como uma qualidade dos efeitos da decisão.

O Código de Processo Civil em seu art. 467 afirma que “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

A importância da coisa julgada na coletivização dos interesses individuais é ímpar, na medida em que a intenção dessa defesa coletiva de direitos é exatamente o tratamento de uma só vez de diversas ações que poderiam ser ajuizadas individualmente, de modo que a estabilidade das decisões é medida que se impõe (ARENHART, 2013, p. 361).

Foi Chiovenda quem formulou as bases teóricas sobre o instituto da coisa julgada, na medida em que considerou que a coisa julgada é obrigatória para os sujeitos da relação processual. Não obstante, foi Liebman (2006, p.113) quem identificou com precisão a diferença entre a eficácia da sentença e a autoridade da coisa julgada.

Em verdade, somente com Liebman a coisa julgada passou a ser considerada como qualidade de que se revestem os efeitos da sentença. Até então era considerada como efeito da sentença. O autor italiano demonstrou a distinção entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada de modo que os efeitos da sentença podem se produzir mesmo antes de a sentença transitar em julgado (SANTOS, 2004, p. 142).

Para os fins do presente estudo, será esmiuçado o entendimento de Enrico Tullio Liebman, cujas teorias foram adotadas pelo Código de Processo Civil de 1973. Segundo o mencionado autor, coisa julgada é:

A imutabilidade do comando emergente da sentença (...) uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.

Inegável é, ademais, que a coisa julgada é conteúdo inerente ao direito fundamental à segurança jurídica (DIDIER e ZANETI, 2014, p. 333). A coisa julgada formal é aquela que impede que se discuta novamente, no mesmo processo, o que já foi decidido. Já a coisa julgada material é a que produz efeitos extraprocessuais, impedindo que se rediscuta a matéria em qualquer outro processo.

A litispendência, por sua vez, é instituto relacionado à coisa julgada que merece especial atenção, quando se estuda os direitos individuais homogêneos. Nos termos do art. 302 e seus parágrafos¹¹⁰, ocorre quando há coincidência de partes, pedido e causa de pedir e objetiva evitar decisões conflitantes. Sobre o tema lecionam Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2010, p. 212):

A existência de um processo pendente entre A e B, baseado numa determinada causa de pedir, que resulta no pedido X, desempenha o papel de pressuposto processual negativo para um outro processo entre A e B, que tenha a mesma causa de pedir e em que se formule o mesmo pedido. O fundamento desse

¹¹⁰ Art. 301.

(...)

§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§ 2º Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

§ 3º Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso.

pressuposto processual negativo está no princípio da economia processual e na necessidade de se evitarem julgamentos conflitantes.

O professor Ricardo de Barros Leonel (2013, p. 271) aponta as diferenças e semelhanças entre os institutos da litispendência e coisa julgada:

Na litispendência e na coisa julgada a identidade é integral entre as demandas, em função da igualdade de todos os elementos. Verifica-se a reprodução de ação anteriormente ajuizada (identidade de partes, causa de pedir e pedido). Na litispendência repete-se ação que está em curso, e na coisa julgada, demanda que já foi decidida por sentença na qual não caiba mais recurso. Em ambos os casos, a solução, no plano prático, é a extinção sem julgamento de mérito da ação ajuizamento posteriormente.

Tanto a coisa julgada quanto a litispendência estão relacionados à condição de parte no processo, haja vista ser por meio da identificação dos elementos da ação que se verifica a existência no processo da litispendência ou da coisa julgada (MENDES, 2012, p. 259).

A teor do disposto no art. 104, do Código de Defesa do Consumidor, a demanda coletiva não induz litispendência para as ações individuais em que sejam postulados direitos ou interesses próprios e específicos de seus autores, conforme se observa:

(...) as ações coletivas não induzem litispendência para as ações individuais, mas o efeito da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

A simples leitura do texto pode ensejar dúvidas de interpretação, já que ora refere-se aos direitos difusos e coletivos, ora refere-se aos direitos coletivos e individuais homogêneos. A melhor doutrina aponta no sentido de se aplicar o art. 104 do CDC a todas as ações coletivas, independentemente da natureza do direito tutelado.

Os limites objetivos da coisa julgada estão legalmente dispostos nos artigos 467 e 468 do Código de Processo Civil¹¹¹, de onde se infere que a coisa julgada atinge apenas a parte dispositiva da sentença. Quanto ao aspecto subjetivo, o art. 472 do Código de

¹¹¹ Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.
Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

Processo Civil¹¹², estabelece que a sentença somente faz coisa julgada às partes entre as quais é dada.

Certamente ditos conceitos não se aplicam aos processos versando sobre interesses coletivos ou individuais homogêneos, pela própria natureza coletiva dos direitos tutelados. Aliás, quando se tratam de direitos metaindividuais, nem sempre há limites nítidos entre o objeto litigioso e a respectiva base subjetiva (LEONEL, 2013, p. 271)

Com efeito, a indivisibilidade do objeto e a legitimidade para que determinadas pessoas ou órgãos defendam interesses alheios em juízo são incompatíveis com a extensão da coisa julgada apenas às partes do processo, tal como preconizado pelo art. 472, do Código de Processo Civil.

Consoante os escólios de Rodolfo de Camargo Mancuso (p. 123), nos conflitos metaindividuais a coisa julgada não pode funcionar como está regulamentada pelo CPC, dada a inviabilidade de localizar e identificar todos os interessados. Ainda segundo o autor, o mais importante é que o representante legalmente legitimado seja reconhecidamente idôneo.

7.2 Regime Jurídico da Coisa Julgada Coletiva

Inicialmente cumpre mencionar a explanação dos processualistas Fredie Didier e Hermes Zaneti (2014, p. 335), que bem lograram resumir os pontos centrais de todas as discussões travadas sobre os aspectos da coisa julgada coletiva, conforme se observa:

Inicialmente cumpre lembrar que a coisa julgada coletiva, ponto central na conformação do devido processo legal coletivo, apresenta dois aspectos que centralizam todas as discussões a respeito do tema: a) de um lado o risco de interferência injusta nas garantias do indivíduo titular do direito subjetivo, que poderia ficar sujeito à “imutabilidade” de uma decisão da qual não participou: o problema decorre da circunstância de que o legitimado à tutela coletiva é sempre um ente que não é o titular do direito coletivo em litígio (legitimação extraordinária); b) de outro lado, o risco de exposição indefinida do réu ao Judiciário (*No person should be twice vexed by the same claim*) e a necessária estabilidade jurídica para o Estado (*It is in the interest of the state that there be na end to litigation*): é preciso, de outro lado, proteger o réu, que não pode ser demandado infinitas vezes sobre o mesmo tema e limitar o poder do Estado, que não pode estar autorizado a sempre rever o que já foi decidido.

¹¹² Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

A coisa julgada é, para a maioria da doutrina, o ponto sensível da tutela coletiva, de modo que sua correta regulamentação está diretamente relacionada à eficácia do processo coletivo (LEONEL, 2013, p. 281).

No plano coletivo, a coisa julgada foi tratada pela Lei de Ação Civil Pública que, em seu art. 16¹¹³, estabeleceu que a eficácia da coisa julgada nas ações seria *erga omnes*, excetuando-se os casos em que a demanda for julgada por insuficiência de provas, hipótese em que poderá ser intentada nova ação. O mesmo dispositivo, após a alteração legislativa promovida pela Lei nº 9.494/97, restringiu o alcance da coisa julgada aos limites territoriais do juiz prolator da sentença, o que será analisado no tópico a seguir.

A LACP não estabeleceu diferenças entre as várias modalidades de ações coletivas, matéria que foi melhor esmiuçada pelo Código de Defesa do Consumidor no capítulo IV, e o art. 103 do CDC, assim dispõe:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Em uma primeira leitura, parece que os dispositivos mencionados acabam por eternizar os conflitos, já que sempre há a oportunidade de novas ações judiciais quanto à

¹¹³ Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (Redação dada pela Lei nº 9.494, de 10.9.1997).

mesma situação de fato, uma vez que existem limites quanto à extensão da coisa julgada, além da possibilidade de inúmeras ações individuais paralelas ao ajuizamento das ações coletivas (MORAES, 2012, p. 85).

Leonardo Carneiro da Cunha (2011, p. 256) aponta a coisa julgada como um dos motivos para que as causas repetitivas, como aquelas envolvendo benefícios previdenciários, não sejam solucionadas por meio das ações coletivas:

Finalmente, o regime da coisa julgada coletiva contribui para que as questões repetitivas não sejam definitivamente solucionadas nas ações coletivas. A sentença coletiva faz coisa julgada, atingindo os legitimados coletivos, que não poderão propor a mesma demanda coletiva. Segundo dispõem os §§ 1º e 2º do art. 103 do CDC (LGL\1990\40), a extensão da coisa julgada poderá beneficiar, jamais prejudicar, os direitos *individuais*. Eis aí a extensão *secundum eventum litis* da coisa julgada coletiva.

O que é *secundum eventum litis* não é a formação da coisa julgada, mas sua extensão à esfera individual dos integrantes do grupo. É a extensão *erga omnes* ou *ultra partes* da coisa julgada que depende do resultado da causa, consistindo no que se chama de extensão *in utilibus* da coisa julgada. Julgado procedente o pedido, ou improcedente após instrução suficiente, haverá coisa julgada para os legitimados coletivos, podendo, entretanto, serem propostas as demandas individuais em defesa dos respectivos direitos individuais. Em caso de improcedência por falta de prova, não haverá coisa julgada, podendo qualquer legitimado coletivo repropor a demanda coletiva, sendo igualmente permitido a qualquer sujeito propor sua demanda individual. Quer dizer que as demandas individuais podem ser propostas em qualquer caso de improcedência.

O regime jurídico da coisa julgada coletiva acima mencionado aplica-se a todas as ações coletivas, e não apenas às relativas a proteção do consumidor.

A coisa julgada coletiva, em relação aos limites subjetivos podem ser *inter partes*, *ultra partes* ou *erga omnes*. Será *inter partes* quando vincular somente as partes do processo, o que é a regra nos processos individuais; será *ultra partes* quando atingir determinados terceiros estranhos ao processo; será *erga omnes* quando atingir todos, tenham ou não participado do processo (DIDIER e ZANETI, 2014, p. 334).

Já quanto aos limites objetivos, a coisa julgada formada na jurisdição coletiva segue a regra geral, ou seja, somente se submete à coisa julgada material o conteúdo constante da parte dispositiva da decisão, não se estendendo às questões incidentes solucionadas na fundamentação (DIDIER e ZANETI, 2014, p. 334).

Quanto ao modo de produção, há três diferentes tipos de coisa julgada: *pro et contra*, que se forma independente de ser procedente ou improcedente o resultado do processo; *secundum eventum litis* que somente se produz quando a sentença for julgada procedente; *secundum eventum probationis*, em que só se forma se forem esgotados todos os meios de prova, de modo que se a sentença julgar o processo improcedente por

insuficiência de provas, não se formará a coisa julgada (DIDIER e ZANETI, 2014, p. 334).

7.3 Efeitos da Coisa Julgada nas Ações que Versem sobre Direitos Difusos e Coletivos

Ainda que a análise aprofundada da coisa julgada nas demandas envolvendo direitos difusos e coletivos em sentido estrito extrapole os limites do presente estudo, faz-se mister apresentar, ainda que de forma resumida, suas principais características.

Destarte, nos casos de ações coletivas ajuizadas para a defesa de direitos difusos ou coletivos em sentido estrito, a coisa julgada será *erga omnes/ultra partes* e *secundum eventum probationis*, de modo que qualquer interessado possa, em caso de improcedência por insuficiência de provas, propor novamente a ação, com base em novas provas.

A própria natureza indivisível dos direitos difusos reclama o efeito *erga omnes* da coisa julgada, já que estão dispersos pela sociedade, como é o caso do direito ao meio ambiente sadio, a proteção ao patrimônio histórico etc. De igual modo, a defesa dos interesses coletivos estrito senso reclama a extensão da coisa julgada ao grupo ou classe representados em juízo, que possuem um vínculo jurídico básico entre si ou com a parte contrária.

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (2012, p. 261) bem observa que os interesses difusos e coletivos em sentido estrito, dada a indivisibilidade do objeto tutelado, não comportam a convivência de várias ações, *verbis*:

A impossibilidade de fracionamento determina, assim, tratamento e soluções uniformes para o litígio. Por conseguinte, os interesses difusos e coletivos não comportam – material ou logicamente – a convivência de várias ações, diante de pretensões e fundamentos idênticos. Do contrário, a emissão de inúmeros pronunciamentos judiciais diversos ou contraditórios poderia estabelecer padrões de conduta incompatíveis (...).

Estando em jogo o mesmo pedido e causa de pedir, bem como havendo coincidência entre os titulares dos interesses difusos ou coletivos, não se deve admitir o ajuizamento de nova ação coletiva, em razão da presença da litispendência.

Aqui importa dizer que o efeito *erga omnes* também irá se operar para os autores ideológico das ações, consoante esclarecido por Ronaldo Lima dos Santos (2005, p. 61-86), de modo que alcança todos os entes indicados nos arts. 5º da Lei nº 7.347/85 e 82 da Lei nº 8.078/90. Assim, uma vez proposta determinada demanda por uma das pessoas

constantes do rol de legitimados, a imutabilidade da coisa julgada material estende-se a todos os demais, que não poderão propor nova demanda, ainda que não tenham participado da demanda originária.

Segundo Fredie Didier e Hermes Zaneti (2014, p. 336), “a opção pela coisa julgada *secundum eventum probationis* revela o objetivo de prestigiar o valor justiça em detrimento do valor segurança, bem como preservar os processos coletivos do conluio e fraude processual”.

Destarte, quando em jogo ações coletivas em defesa de interesses difusos ou coletivos, podem surgir três situações distintas: se a demanda for acolhida integralmente, a sentença aplicar-se-á a todos os substituídos; se o pedido for rejeitado no mérito, não poderá ser intentada nova ação coletiva, mas serão admitidas ações individuais; por fim, se a sentença for julgada improcedente por falta de provas, não haverá coisa julgada, podendo nova ação ser ajuizada a qualquer tempo, desde que surjam novas provas.

O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América altera a sistemática da coisa julgada *secundum eventum probationis*, de modo a adequá-la aos anseios de segurança jurídica e estabilidade que se espera das decisões, ao estabelecer em seu art. 33¹¹⁴, que qualquer legitimado somente poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de dois anos contados da descoberta de prova nova.

7.4 Efeitos da Coisa Julgada nas Ações que Versem sobre Direitos Individuais Homogêneos: o problema da coisa julgada *secundum eventum litis*

Em relação aos direitos individuais homogêneos, o tratamento dispensado pela legislação à coisa julgada é diferenciado daquele relativo aos direitos coletivos e difusos. Isso ocorre porque não se trata mais de direitos transindividuais, mas de direitos individuais tratados de forma coletiva. Em verdade, é na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos que adquire maior relevo o embate entre as garantias processuais e a busca pela máxima efetividade do processo (RODRIGUES, 2013, p. 63).

¹¹⁴Art. 33. Coisa julgada - Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.

Par. 1º Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de (2) dois anos contados da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado.

No Brasil, o sistema de tutela coletiva dos direitos individuais deu primazia à autonomia individual, de modo que as ações individuais têm sempre preferência em relação às ações coletivas, de modo que o particular só é atingido pela demanda coletiva se assim expressamente pretender – sistema *do opt in* (ARENHART, 2013, p. 49). Com efeito, o art.103, III, do CDC estabelece que a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido.

Ou seja, a coisa julgada atinge terceiro, mas somente em caso de procedência do pedido. Esclarece entretanto Antônio Gidi (1995, p.73-74), que *secundum eventum litis* é a extensão da coisa julgada, apenas para beneficiar os titulares dos direitos individuais:

Rigorosamente, a coisa julgada nas ações coletivas do direito brasileiro não é *secundum eventum litis*. Seria assim se ela se formasse nos casos de procedência do pedido, e não nos de improcedência. Mas não é exatamente isso que acontece. A coisa julgada sempre se formará, independentemente do resultado da demanda ser pela procedência ou pela improcedência. A coisa julgada nas ações coletivas se forma pro et contra.

(...)

O que diferirá com o ‘evento da lide’ não é a formação ou não da coisa julgada, mas o rol de pessoas por ela atingidas. Enfim, o que é *secundum eventum litis* não é a formação da coisa julgada, mas a sua extensão ‘erga omnes’ ou ‘ultra partes’ à esfera jurídica individual de terceiros prejudiciados pela conduta considerada ilícita na ação coletiva.

Em caso de improcedência do pedido, a doutrina majoritária¹¹⁵ defende ser proibido o ajuizamento de outra ação coletiva, não importa a razão da decisão desfavorável. Não há, no caso dos direitos individuais homogêneos, a ressalva existente para os direitos coletivos estrito senso e para os difusos, que permite a nova propositura da ação coletiva, quando a primeira foi julgada improcedente por insuficiência de provas.

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (2012, p. 264) critica a coisa julgada *secundum eventum litis*, que, para ele, somente prejudica o réu da ação coletiva:

Quanto aos interesses ou direitos individuais homogêneos, contudo não há qualquer reserva. Assim, o julgamento contrário à parte que efetuou a defesa coletiva não produzirá efeito erga omnes, o que merece ser criticado, pois viola o princípio da isonomia. Ao estabelecer, de modo limitado, como legitimados, apenas os órgãos públicos e associações, a representatividade adequada foi

¹¹⁵ Releva mencionar aqui o entendimento dissonante de Teresa Arruda Alvim Wambier e Luis Rodrigues Wambier, que defendem que: “A sentença de improcedência, nesse caso específico, tenha ou não decorrido de insuficiência de provas, não gera eficácia vinculativa para os outros legitimados de que fala o art. 82, que poderão repropor a ação coletiva para a defesa dos direitos individuais homogêneos. Essa é a regra que diferencia o tratamento da coisa julgada quando se está diante de direitos individuais homogêneos dos dois outros casos, de que falam os incs. I e II do art. 103. Mantém-se a regra geral no sentido de que a coisa julgada só opera para beneficiar e não para prejudicar no que diz respeito às vítimas e seus sucessores. Assim, ‘as vítimas ou sucessores’ de que fala a lei, poderão intentar ações individuais, desde que não tenham figurado como litisconsortes no pólo ativo da demanda coletiva”. Disponível em <http://www.tex.pro.br/home/artigos/263-artigos-mai-2014/6562-anotacoes-sobre-as-acoes-coletivas-no-brasil-presente-e-futuro>.

presumida. Por conseguinte, torna-se desproporcional e despropositada a diferenciação dos efeitos *secundum eventum litis*, pois não leva em consideração, tal qual nos incisos I e II do arr. 103, motivo significativo, como a falta ou insuficiência de provas, para afastar a extensão. O processo coletivo torna-se, assim, instrumento unilateral, na medida em que só encontrará utilidade em benefício de uma das partes.

Consoante se deflui do art. 103, § 3º¹¹⁶, caso não tenham intervindo no processo, os indivíduos não estarão sujeitos a coisa julgada formada na ação coletiva e poderão propor suas ações individuais, mas poderão sempre se beneficiar da sentença de procedência. Em verdade, na forma como preconizada, a regra do *opt in* favorece a multiplicação de demandas individuais que versem sobre o mesmo pedido da ação coletiva, o que permite decisões conflitantes sobre a mesma questão.

Acaso já tenham ingressado com suas ações individuais, conforme dicção do art. 104, do CDC, os efeitos da coisa julgada somente beneficiarão os autores, se estes requererem a suspensão de suas ações, no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Defende Sérgio Cruz Arenhart (2013, p. 362), que o interesse na proteção dos interesses individuais constante do art. 104, do CDC, acabou por gerar desequilíbrio entre as partes do processo:

Não obstante o nítido interesse em proteger a situação dos indivíduos, o sistema gera manifesto desequilíbrio entre as partes do processo. Como se vê da estrutura desenhada, o réu de uma ação coletiva sobre interesses individuais homogêneos nunca pode considerar-se, de fato, “vencedor” na demanda; ele apenas deixa de “perder” o litígio na sua dimensão coletiva, devendo então enfrentar a mesma discussão no plano individual. Para o réu, portanto, a ação em comento enseja sempre um risco desproporcional e inútil, pois as suas consequências são ou a sucumbência ou a postergação da discussão para as instâncias individuais.

E prossegue o autor, argumentando sobre a necessidade de se proceder a uma ponderação e readequação sobre a sistemática da coisa julgada relativa aos direitos individuais homogêneos, de modo a haver um balanceamento entre os interesses do autor coletivo e do réu:

¹¹⁶ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

(...)

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

(...) conclui-se que o regime da coisa julgada coletiva (em particular dos interesses individuais repetidos) deve pautar-se também pelo cotejo dos interesses das partes com os interesses dos demais sujeitos e ainda do próprio Estado. Embora o sistema atual possa parecer aquele que melhor assegura os interesses dos sujeitos ausentes, é certamente também aquele que mais prejudica o demandado (da ação coletiva) e o Poder Judiciário (ao favorecer a representação da causa, na via individual). Ademais, esse sistema estimula a falsa suposição de que, na via individual, o titular do direito possa obter resultado distinto daquele conseguido na via coletiva, em nítido prejuízo à segurança jurídica e à isonomia (ARENHART, 2013, p. 362).

A coisa julgada *secundum eventum litis* se justificaria, segunda grande parcela da doutrina, para evitar que uma má atuação do substituto processual prejudique os substituídos (CERQUEIRA E DONIZETTI, 2010, p. 366). Ocorre que o mesmo argumento é utilizado pelo direito americano, mas de modo diverso, para afastar a coisa julgada *secundum eventum litis*.

Com efeito, na sistemática das *class actions* há um rigoroso controle da representação processual pelo magistrado, o que possibilita a sentença coletiva fazer coisa julgada para todos, seja em caso de procedência ou de improcedência- *pro et contra*.

Somente poder-se-ia falar da existência de tal entendimento no ordenamento pátrio, se houvesse um efetivo controle judicial sobre a representatividade adequada nas ações coletivas, o que ainda é controverso, conforme já demonstrado.

De igual modo, far-se-ia imprescindível uma ampla divulgação das ações coletivas através de todos os meios disponíveis para tal fim, ou seja, jornais e periódicos de grande circulação, internet, televisão, etc.

Somente com tal proceder seria possível ser efetivamente aplicável o disposto no art. 104 do CDC, de modo que o autor da ação individual pudesse optar por suspender sua ação. De igual modo, a ampla e efetiva publicidade é medida útil aos próprios magistrados que atuem nos feitos, pois permite o conhecimento da existência de uma ação coletiva sobre determinada temática, sendo por ela influenciado.

Nesse sentido DONIZETTI e CERQUEIRA (2010, p. 105) defendem que a ampla divulgação da demanda coletiva é o mínimo que um processo coletivo adequado precisa proporcionar, conforme se observa:

“De nada adianta o direito de propor demanda individual de liquidação de danos, de intervir no processo coletivo para auxiliar e controlar a atuação do substituto processual, se o mesmo grupo não tem informação adequada sobre a existência de demanda coletiva.”

As afirmações do autor encaixam-se perfeitamente ao que acontece diuturnamente com as lides previdenciárias que são objetos de ações civis públicas. Com efeito, ainda que o INSS saia vencedor da lide coletiva, ainda assim terá que responder outras milhares de ações individuais sobre a mesma temática.

Do exposto, conclui-se que a extensão *secundum eventum litis* da coisa julgada não se coaduna com a máxima efetividade do processo. Na prática, em caso de improcedência do pedido, não ações sobre direitos individuais homogêneos, a máquina judiciária terá sido movida em vão¹¹⁷.

Aqui é essencial perceber que de nada adianta a previsão legal das ações coletivas, se não se asseguram a eficácia de suas decisões, não se podendo esquecer que o processo é apenas o instrumento de realização do direito material. Cabem, no ponto, as lições de Candido Rangel Dinamarco (2002, p. 327-330) sobre os aspectos em que pode ser concebida a instrumentalidade do processo, conforme se percebe:

Vista sob o aspecto negativo, a instrumentalidade corresponde à negação do processo como valor em si mesmo, colocando-o em devido lugar de instrumento, cheio de dignidade e autonomia científica, mas nada mais que instrumento.

(...)

Já sob o aspecto positivo, a instrumentalidade se caracteriza pelo compromisso e preocupação em fazer com que o processo realmente cumpra suas finalidades, logrando a obtenção concreta dos escopos sociais, políticos e jurídicos a que se propõe, o que significa uma verdadeira “mudança de mentalidade” do processualista, rompendo com a tradicional postura introspectiva do sistema processual e inaugurando a consciência de que devem-se colher também no social e no político os elementos necessários à consecução dos fins a que se destina o processo.

Conforme será verificado no tópico a seguir, a defesa por meio de ações coletivas dos direitos individuais homogêneos somente será efetiva se o ajuizamento de uma ação coletiva influenciar as ações individuais sobre a mesma temática, independente do resultado de seu julgamento. Somente assim serão atingidos os objetivos almejados com as ações coletivas, quais sejam: economia processual e efetividade da prestação jurisdicional.

¹¹⁷ Não obstante o acima afirmado, Ada Pellegrini Grinover (2011, p. 241) argumenta que a coisa julgada *secundum eventum litis*, nos casos de ações envolvendo direitos individuais homogêneos, foi proposital, tendo sido uma escolha consciente do legislador. Ele teria optado por privilegiar os membros do grupo, invocando um princípio de igualdade real, e não apenas formal. No mesmo sentido, Ricardo de Barros Leonel (2013, p. 288) afirma que “Se algum preço deve ser ‘pago’ para o alcance da economia processual e da pacificação rápida e uniforme dos conflitos coletivos, que seja o menor preço: onera menos o sistema a sujeição do responsável pela lesão a nova demanda, que a inviabilização do acesso à justiça por parte do indivíduo interessado”.

7.5 Repercussão da Coisa Julgada Coletiva no Plano Individual

A sociedade de massa pugna por uma relativização do formalismo processual e de uma adequação do processo às lides coletivas, de modo a prevalecer a justa composição da lide coletiva com o valor justiça (DONIZETTI e CERQUEIRA, 2010, p. 94).

O que se defende nessa pesquisa é que o julgamento de uma ação coletiva repercute sobre as ações individuais com igual pedido/causa de pedir. Ora, certamente foi essa a intenção do legislador ao prever a possibilidade de defesa coletiva dos direitos individuais, evitando a contradição de julgados e propiciando celeridade e economia processual.

A presente dissertação busca defender, *de lege ferenda*, a necessidade da repercussão das ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos nas ações individuais, não se permitindo o ajuizamento destas quando versarem sobre o mesmo objeto daquelas, sob pena de tornar sem efeito as ações coletivas¹¹⁸.

Com efeito, ainda que o art. 104 do CDC afirme que as ações coletivas não gerem litispendência para as ações individuais e o art. 103 do mesmo diploma seja explícito quanto aos efeitos da coisa julgada ser *secundum eventum litis*, é certo que somente se poderá se falar em efetividade, economia processual e justiça, quando a coisa julgada nas ações coletivas sobre direitos individuais homogêneos valer contra todos, independentemente do teor da decisão.

Ainda que se argumente pela inviabilidade da coisa julgada *pro et contra* na sistemática atual, é medida salutar e em consonância com o postulado da eficiência e da segurança, que se estabeleça ao menos a suspensão dos processos ajuizados individualmente enquanto se julga a causa coletiva¹¹⁹

Isso porque a legislação atual, ao favorecer a propositura da ação individual em detrimento da existência de ação coletiva, potencializa a replicação de demandas

¹¹⁸ Nesse sentido, defende Arenhart (2013, p. 52): “Já uma demanda única (coletiva) que, proposta, gerasse automaticamente a suspensão das causas individuais idênticas e a proibição do ajuizamento de ação individual (ressalvados sempre eventuais casos particulares que poderiam ser estabelecidos pela legislação) constitui o remédio mais adequado para evitar a multiplicação das causas idênticas, já que a questão seria integralmente resolvida em um único processo, o coletivo.

¹¹⁹ Kazuo Watanabe em artigo intitulado “Relação entre demanda coletiva e demandas individuais, publicado na Revista de Processo nº 139 chegou a defender que as ações individuais que veiculassem a mesma pretensão da ação coletiva, deveriam ser inadmitidas, por significarem *bis in idem*, o que poderia ensejar conflitos de julgados. Afirma, ainda que as demandas individuais repetitivas, de massa, formam blocos de ações pseudo-individuais, veiculando a mesma tese jurídica, razão pela qual devem receber tratamento coletivizado.

individuais idênticas e abarrotam o Poder Judiciário com novas ações (ARENHART, 2013, p. 47). A própria jurisprudência já aponta nesse sentido. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, ao decidir o REsp nº 1110549/RS¹²⁰ entendeu que, no caso de existência de ação civil pública, instaurada antecipadamente, todos os processos individuais referentes ao mesmo caso devem ser suspensos.

Segundo o Relator do processo, Ministro Sidnei Beneti, a preocupação central, no caso, está em se resolver a “macro lide” relativa a controvérsias individuais idênticas. Assim, diante do julgamento da tese central na ação civil pública, o processo individual poderá ser julgado logo, por sentença liminar de mérito, para a extinção do processo ou, no caso de procedência da tese, poderá ocorrer a conversão da ação individual em cumprimento de sentença da ação coletiva.

Interessante coleccionar excertos do voto do Relator, Ministro Sidnei Beneti:

Quanto ao tema de fundo, deve-se manter a suspensão dos processos individuais, determinada pelo Tribunal de origem, à luz da legislação processual mais recente, mormente ante a Lei dos Recursos Repetitivos (Lei 11.672, de 8.5.2008), sem contradição com a orientação que antes se firmara nos termos da legislação anterior, ou seja, ante a só consideração dos dispositivos da Lei da Ação Civil Pública.

O enfoque jurisdicional dos processos repetitivos vem decididamente no sentido de fazer agrupar a macro-lide neles contida, a qual em cada um deles idênticamente se repete, em poucos processos, suficientes para o conhecimento e a decisão de todos os aspectos da lide, de modo a cumprir-se a prestação jurisdicional sem verdadeira inundação dos órgãos judiciários pela massa de processos individuais, que, por vezes às centenas de milhares, inviabilizam a atuação judiciária.

Efetivamente o sistema processual brasileiro vem buscando soluções para os processos que repetem a mesma lide, que se caracteriza, em verdade, como uma macro-lide, pelos efeitos processuais multitudinários que produz.

Inegável o avanço na matéria com a decisão supra que, tomada no âmbito dos recursos repetitivos, previsto no art. 543-C do CPC, há de ser aplicada a todos os tribunais do país. Não obstante, no mencionado julgado, o Ministro Relator ressaltou o direito ao

¹²⁰ RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE.

1. Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva.

2. Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, 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 improvido (RECURSO ESPECIAL Nº 1.110.549 - RS (2009/0007009-2), RELATOR: MINISTRO SIDNEI BENETI.

ajuizamento das ações individuais, que somente após análise do magistrado, poderão ser suspensas, o que enseja o abarrotamento da 1ª instância. É o que se observa do voto do Ministro Relator:

O direito ao ajuizamento individual deve também ser assegurado, no caso de processos multitudinários repetitivos porque, se não o fosse, o autor poderia sofrer consequências nocivas ao seu direito, decorrentes de acidentalidades que levassem à frustração circunstancial, por motivo secundário, do processo principal, mas esse ajuizamento não impede a suspensão (REsp 1110549/RS).

Ainda quanto à repercussão da ação coletiva sobre as demandas individuais, cumpre consignar que, nos termos do art. 94 do CDC¹²¹, proposta ação civil pública versando sobre direito individual homogêneo, deverá ser publicado edital convocando os interessados para participarem da ação coletiva. A divulgação tem o objetivo de dar ciência aos interessados da existência da ação, permitindo que intervenham no processo como litisconsortes. Se assim o fizerem, serão atingidos pela coisa julgada, tanto em caso de procedência como no caso de ser julgada improcedente a ação.

No caso de já haver uma ação individual ajuizada, o titular do direito poderá optar em continuar com a ação individual e sujeitar-se ao resultado da demanda ou pedir a suspensão do seu processo, tal como autorizado pelo art. 104 do CDC. Caso opte por continuar com sua ação, eventual improcedência estará acobertada pela eficácia preclusiva do art. 472 do CPC, ainda que a ação coletiva venha a ser julgada procedente. Não se admite, nesse caso, a possibilidade de aproveitamento da coisa julgada, ou o transporte *in utilibus*.

Ocorre que a publicidade por editais é bastante falha, não permitindo o amplo conhecimento por parte dos titulares do direito. Situação diversa ocorre no direito estadunidense, onde a publicidade da ação de classe está estritamente relacionada com a representatividade adequada e vem prevista na *Federal Rule 23* (c) (2). Tal norma exige que seja dada a melhor publicidade possível que possa ser levada para todos os membros da *class*, de acordo com as circunstâncias concretas de cada caso (BUENO, 1996, p 103).

¹²¹ Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

Conforme afirmado por Daniel Carnio Costa (2011, p. 98), é da essência da ação coletiva para a reparação de danos individuais que as vítimas do evento tenham ciência da existência da ação coletiva. Do contrário, a ação coletiva não está cumprindo seu papel de propiciar o acesso à ordem jurídica justa, tampouco ensejará qualquer economia processual. E prossegue o autor:

A ciência das vítimas sobre a demanda coletiva não se presta tão somente a propiciar sua participação na ação coletiva, mas principalmente se presta a possibilitar que as vítimas deixem de propor suas ações individuais ou peçam a suspensão das ações individuais, a fim de se aproveitar da decisão a ser proferida no processo coletivo, evitando-se assim, atomização da resolução dos conflitos em prol da molecularização buscada pela lei ao idealizar o procedimento.

Também é da essência do instituto que as vítimas do evento tenham ciência da condenação, a fim de que possam pleitear suas indenizações individuais. Somente através da publicação da condenação, poderão as vítimas requerer a liquidação e execução do julgado, favorecendo a efetividade da prestação jurisdicional coletiva (COSTA, 2011, p.98).

No mesmo sentido, José Marcelo Menezes Vigliar (2003, 60-61) esclarece que a falha de comunicação enseja a pulverização das demandas e o risco de demandas idênticas sobre o mesmo direito, com possibilidade de julgamentos diferentes.

Destarte, faz-se necessário que a divulgação da propositura da ação coletiva seja efetiva e eficaz, não sendo suficiente apenas a publicação do diário oficial, tal como previsto hoje. Nesse cenário, interessante registrar que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por meio da Resolução Conjunta nº 2, de 21 de junho de 2011, instituíram os cadastros nacionais de informações sobre ações coletivas, inquéritos civis e termos de ajustamento de conduta a serem operacionalizados pelos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público. Por meio desses cadastros objetiva-se o intercâmbio de informações referentes às ações coletivas, compartilhando-se os dados dos cadastros e viabilizando a consulta simultânea dos dados relacionados às ações.

Conforme esclarecido por Aluísio de Castro Mendes (2012, p. 283), a inspiração para a criação do Cadastro Nacional de Processos Coletivos tem origem no Código de Processo Civil da Inglaterra (*Rules of Civil Procedure*), conforme segue:

Na Inglaterra, no ano de 2000, o Código de Processo Civil estabeleceu inovação, ao prever o Cadastro para as GLOs (*Group Litigation Orders*), decisões de litígio em grupo. Sob esta inspiração, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos formulado no âmbito da UERJ-UNESA, coordenado pelo autor deste livro, previu, no ano de 2005, o Cadastro Nacional de Processos

Coletivos, organizado pelo Conselho Nacional de Justiça. No debate com o grupo da USP, coordenado pela professora Ada Pellegrini Grinover, a proposta de cadastro foi, também, incorporada no anteprojeto paulista de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Como desdobramento, houve o amadurecimento da proposta no projeto da nova Lei da Ação Civil Pública, Projeto de Lei nº 5.139/2009, em tramitação na Câmara dos Deputados, com a previsão de criação do Cadastro Nacional de Processos Coletivos e Compromissos de Ajustamento de Conduta, que ficariam respectivamente a cargo do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público. Por fim, o próprio Conselho Nacional de Justiça instituiu, mediante a resolução conjunta nº 2, de 21.06.2011, os cadastros nacionais de informações de ações coletivas, inquéritos e termos de ajustamento de conduta, que deveriam ser implantados até 31 de dezembro de 2011.

Somente com uma adequada comunicação da ação coletiva, passa a ser possível defender-se a extensão do julgado coletivo aos indivíduos que não fizeram parte da ação, tal como ocorre no sistema das *class actions* americanas.

Especificamente em matéria previdenciária, registre-se o que ocorreu com a revisão dos benefícios previdenciários do art. 29, II, da Lei 8213/91, objeto da ação civil pública nº 0002320-59.2012.4.03.6183, em que são partes o INSS, o Ministério Público Federal e o Sindicato Nacional de Aposentados, Pensionistas e Idosos da Força Sindical, que tramitou perante a 6ª Vara Previdenciária da Subseção Judiciária de São Paulo, mas que teve abrangência nacional.

No bojo daquela ação, foi realizado de acordo judicial, acolhido por sentença com trânsito em julgado, que resultou na revisão administrativa de todos os benefícios elegíveis¹²². Tendo em conta o impacto financeiro nos cofres públicos e os números dos benefícios envolvidos, foi acertado um cronograma de pagamento, tendo como critérios o montante a ser recebido como decorrência da revisão e a idade dos segurados.

O aludido acordo¹²³ foi realizado para conferir segurança e estabilidade jurídicas e evitar o surgimento ou prolongamento de milhares de ações judiciais. Não obstante,

¹²² Na ACP 0002320-59.2012.4.03.6183, o INSS se comprometeu a revisar os benefícios previdenciário que se enquadrassem na legislação com previsão de repercussão em cerca de 17.600.000 (dezessete milhões e seiscentos mil) benefícios, com impacto no fluxo financeiro mensal da Previdência de aproximadamente R\$56.200.000,00 (cinquenta e seis milhões e duzentos mil reais) e diferenças devidas num total de mais de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais).

¹²³ Sobre a possibilidade de acordo em sede de Ação Civil Pública, MANCUSO (2004, p. 331-338) esclarece que: “Na verdade, o *espaço transacional* que pode sobejar não inclui a parte substantiva da obrigação cominada ou a que se obrigou o responsável pela lesão ao interesse metaindividual (v.g., a recuperação da área degradada, com o replantio das espécies nativas não é transacionável); já os aspectos *formais*, a saber, o tempo, o modo de cumprir o preceito podem sê-lo, lembrando que toda a execução é de ser feita pelo “modo menos gravoso para o devedor” (art. 620 do CPC, c/c art. 19 da lei nº 7.347/85). (...) Essas técnicas sinalizam para o ideal da composição dos conflitos com justiça, na perspectiva de uma jurisdição integral, mostrando Cândido Rangel Dinamarco que o processo civil moderno busca “soluções alternativas para os conflitos inter ou supraindividuais, reputadas como **legítimos caminhos para a pacificação social sem todo o custo social e os desgastes** econômicos e psicológicos que são inerentes ao processo. Integra a onda renovatória em curso, na qual se propugnam soluções negociadas e coexistenciais, o **prestígio à autocomposição mediante a conciliação** que evite o processo ou ponha fim a ele.”

mesmo após tal acordo, inúmeros processos objetivando a revisão do benefício ou a antecipação do pagamento são diuturnamente ajuizados em todo o país, o que tem ensejado trabalhos intermináveis à estrutura da Previdência e do Poder Judiciário.

Há de se reconhecer nesses casos a inexistência do interesse de agir, com a preponderância do interesse coletivo sobre o individual, com a preservação dos termos do acordo. Não haveria justificativa em se proceder à aludida transação na ação coletiva, se ela pudesse ser descumprida por meios de ações individuais.

Seria mais coerente converter as ações individuais em cumprimento de sentença coletiva ou ainda o ajuizamento de ações de execução do acordo coletivo, desde que o pedido da parte esteja em conformidade com o que decidido no acordo realizado na ACP nº 0002320-59.2012.403.6183.

Ora, as decisões proferidas em ações individuais em sentido contrário ao estipulado no acordo tumultuam e inviabilizam o cumprimento do que decidido no acordo judicial, principalmente diante da ausência de orçamento suficiente para arcar com valores superiores ao determinado no cronograma de pagamento estabelecido na transação.

Percebe-se assim que, na prática, as ações coletivas sobre direitos individuais homogêneos acabam não cumprindo seu papel de reduzir demandas e o Poder Judiciário continua tendo que lidar com uma multiplicidade de demandas repetitivas. Ou seja, sem a prevalência das decisões tomadas nas ações coletivas, com uma releitura de institutos como a coisa julgada e a litispendência, não há como se evitar o congestionamento do Judiciário e decisões contraditórias.

O principal argumento utilizado para a restrição dos efeitos da coisa julgada em caso de improcedência é o princípio do devido processo legal, ou seja, não tendo participado do contraditório, não poderia o terceiro sofrer prejuízos com a coisa julgada coletiva. Nesse sentido, Leonardo Greco (2011, p. 312) esclarece:

A limitação subjetiva da coisa julgada é consequência do Estado de Direito, tendo como fundamento a impossibilidade de alguém, numa sociedade democrática, vir a perder algum direito em decorrência de uma decisão judicial em cuja formação não teve a possibilidade de influir eficazmente. Portanto, se a coisa julgada viesse a atingir pessoas que não foram partes no processo em que se formou, violar-se-iam garantias constitucionais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. É princípio liberal do Estado Democrático de Direito que a coisa julgada apenas vincule as partes.

Entretanto, não procedem as alegações de violação ao devido processo legal quando se fala em tutela coletiva. Conforme afirmado por Ricardo Barros Leonel (2013, p. 284), não obstante o indivíduo não seja formalmente parte, está adequadamente representado por um ente exponencial, que é legítimo portador dos seus interesses e de toda a coletividade, o que legitima a extensão dos efeitos do julgado.

Daí a extrema importância de um novo pensar sobre a repercussão das ações coletivas nas ações individuais, fazendo com que aquelas cumpram efetivamente seu papel, permitindo ao judiciário desincumbir-se do excessivo número de processos semelhantes, como os relativos às revisões dos benefícios previdenciários.

Para tanto, há de se estabelecer um sistema de vinculação dos indivíduos às ações coletivas, e essas devem ser o referencial mais importante. Nesse contexto, relevante mencionar os sistemas de exclusão *opt-out* adotado pelas *class actions* americanas, em que é assegurado ao indivíduo ser excluído da lide coletiva e promover sua própria demanda. Sobre os sistemas de *opt in* e *opt out*, e as vantagens de sua adoção pelo Brasil, esclarece de forma ímpar Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (2012, p. 262):

Note-se, ainda, que o sistema de exclusão é significativamente mais eficiente, no sentido de garantir o tratamento coletivo para as questões comuns, produzindo, assim, efetiva economia processual, acesso à Justiça e fortalecimento das ações coletivas. Porém, sem a fixação de prazos para o seu exercício, não há direito ou obrigação de exclusão, fazendo com que interesses menores, mas quantitativamente significativos, acabem minando o sentido das ações coletivas.

E continua o autor esclarecendo a problemática que ocorre na prática, onde as ações coletivas não obstem que os indivíduos ingressem com suas próprias ações, tumultuando e abarrotando o Poder Judiciário com inúmeros processos idênticos, tal como ocorre com as lides previdenciárias:

A realidade dos últimos anos fala por si só: embora tenham sido ajuizadas ações coletivas, nenhuma delas foi capaz de conter a sangria de ações individuais que foram ajuizadas diante de questões como a dos expurgos inflacionários relacionados com a caderneta de poupança e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); dos inúmeros conflitos envolvendo aposentados, como, v.g., a equivalência do benefício com o salário mínimo, o reajuste de 147%, buraco negro, etc.; lides que dizem respeito a tributos.
(...)

7.6 Limites Territoriais da Coisa Julgada Coletiva: o problema do Art. 16 LACP

Regem a competência em matéria de tutela coletiva os arts. 2º da LACP e 93 do CDC, que determinam a competência territorial absoluta do Juízo do local do dano e, nos casos em que o dano transcende o âmbito local e passa a ser regional/nacional, o foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

A limitação territorial da coisa julgada, surgida primeiramente por medida provisória e, depois, consolidada pela Lei nº 9.494/1997¹²⁴, que alterou o teor do art. 16 da LACP, estabelece que:

A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Tal alteração legislativa é tida por muitos doutrinadores como inconstitucional e incongruente com a natureza dos direitos tutelados. De fato, os interesses deduzidos nas ações coletivas pertencem a uma coletividade, quase sempre indeterminada, de modo que não faria sentido restringir os jurisdicionados a serem protegidos pela decisão.

Defende-se, no presente estudo, que a extensão dos efeitos do julgado tem estreita relação com a natureza do direito invocado. Desse modo, tratando-se de dano com repercussão nacional, não faria sentido que a decisão somente produzisse efeitos para os jurisdicionados do juiz prolator.

Segundo Didier Jr. e Zaneti Jr. (2014, p. 130-131), tal disposição se mostra desarrazoada e impõe exigência absurda na medida em que permite tantas ações civis públicas quantos forem os Estados da Federação. Apontam ainda, que a limitação da competência não subsiste à análise do dispositivo frente aos princípios da tutela coletiva do tratamento molecular do litígio e da indivisibilidade do bem tutelado¹²⁵.

¹²⁴ Art. 2º O art. 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

¹²⁵ O STF já entendeu que o art. 16 da LACP não se aplica aos casos de órgãos jurisdicionais com competência em todo o território nacional, tal como ele próprio e o STJ (RMS23.566-DF, Rel. Min. Moreira Alves).

Argumentam ainda os autores sobre a possibilidade de contradição em decorrência da incongruência constante do art. 2º-A, aplicável aos direitos individuais homogêneos:

Caso admitíssemos que uma ação civil pública – cujo objeto diga respeito a uma categoria de servidores públicos federais, por exemplo – pudesse produzir efeitos apenas para os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator, estaríamos, por tabela, defendendo: a) que seria possível o ajuizamento de outras tantas ações civis públicas, cada uma ajuizada em uma seção judiciária, de igual teor àquela que já fora ajuizada e julgada; b) que essas outras causas poderiam chegar a resultado diverso daquele primeiramente alcançado; c) que, em razão disso, poderiam os servidores desses outros estados não lograrem obter o reconhecimento judicial de um direito que outros, em igual situação, já obtiveram.

Ao que parece, a alteração do texto do art. 16 da LACP teve intuito político, com intenção de fragmentar as decisões coletivas, o que desnatura toda a sistemática das ações coletivas (DIDIER JR. e ZANNETTI JR, 2014, p. 133).

Trazendo a crítica para o campo da matéria previdenciária, muitas ACPS já foram julgadas procedentes com eficácia apenas na jurisdição do magistrado prolator da sentença. Veja, por exemplo, a ação civil pública nº 5004227-10.2012.404.7200/SC, na qual foi determinada a concessão provisória para os benefícios previdenciários ou de prestação continuada, em que a espera para realização do exame pericial ultrapasse 45 dias. A decisão, entretanto, limitou-se aos segurados residentes em municípios do Estado de Santa Catarina.

Na mesma senda, o juiz federal da 2ª Vara Federal de Porto Velho, ao prolatar sentença nos autos da ação civil pública 9715-03.2012.4.01.4100, ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a União e o Instituto Nacional de Seguro Social, condenou o INSS a conceder provisoriamente benefício previdenciário e assistência continuada aos beneficiários cujo requerimento está pendente de realização de perícia médica há mais de 30 dias, contados da juntada de documentos ao processo administrativo.

Mencione-se ainda a ação civil pública nº 819-67.2013.4.013701, com pedido de tutela antecipada, movida pelo Ministério Público Federal em desfavor do INSS, a fim de que os beneficiários da previdência social que residem na área abrangida pela Gerência Executiva de Imperatriz (MA) tenham o direito subjetivo assegurado para que as perícias médicas sejam realizadas no prazo máximo de 45 dias a partir do agendamento administrativo.

Conforme se percebe, as mencionadas decisões permitem tratamento desigual para os segurados do país que estão na mesma situação, de modo que deveriam ser tratados pelo INSS e pela Justiça de igual forma e no mesmo prazo. Não obstante, até pouco tempo atrás o STJ tinha posição legalista e entendia plenamente aplicável o art. 16 da lei 7347/85, conforme se percebe do REsp 625.996, Rel.Min.Teori Zavascki.

Entretanto, ao julgar recursos repetitivos, nos REsp 1243887¹²⁶ e REsp 1247150 da relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, o STJ modificou seu entendimento quanto aos limites territoriais da Coisa Julgada no Processo Coletivo. Em voto vista, a Ministra Nancy Andrighi defendeu ser a extensão do dano e a qualidade do direito protegido que devem nortear os efeitos e eficácia da sentença. Interessante, nesse ponto, o seguinte excerto do voto da relatora:

Assim, ainda que o objetivo do legislador, ao criar o art. 16 da LACP, fosse o de efetivamente limitar a eficácia da sentença ao território em que seria competente o juiz que a prolatou, esse escopo não foi atingido pela norma da forma como ela restou redigida, ao dizer que ‘a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator’, tudo o que o legislador logrou êxito em fazer foi definir que a sentença, em que pese estender seus efeitos a todo o território nacional, não poderá ser questionada em nenhuma demanda futura a ser decidida dentro da base territorial mencionada na Lei. Nada mais que isso.

¹²⁶ PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SINDICATO. SOJA TRANSGÊNICA. COBRANÇA DE ROYALTIES. LIMINAR REVOGADA NO JULGAMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO DA AÇÃO COLETIVA. LEGITIMIDADE DO SINDICATO. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. EFICÁCIA DA DECISÃO. LIMITAÇÃO À CIRCUNSCRIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR. 1. O alegado direito à utilização, por agricultores, de sementes geneticamente modificadas de soja, nos termos da Lei de Cultivares, e a discussão acerca da inaplicabilidade da Lei de Patentes à espécie, consubstancia causa transindividual, com pedidos que buscam tutela de direitos coletivos em sentido estrito, e de direitos individuais homogêneos, de modo que nada se pode opor à discussão da matéria pela via da ação coletiva. 2. Há relevância social na discussão dos royalties cobrados pela venda de soja geneticamente modificada, uma vez que o respectivo pagamento necessariamente gera impacto no preço final do produto ao mercado. 3. A exigência de pertinência temática para que se admita a legitimidade de sindicatos na propositura de ações coletivas é mitigada pelo conteúdo do art. 8º, II, da CF, consoante a jurisprudência do STF. Para a Corte Suprema, o objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do ‘writ’, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido nas atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe. Precedente. 4. A Corte Especial do STJ já decidiu ser válida a limitação territorial disciplinada pelo art. 16 da LACP, com a redação dada pelo art. 2-A da Lei 9.494/97. Precedente. Recentemente, contudo, a matéria permaneceu em debate. 5. A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inócua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se erga omnes, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador. 6. O art. 2º-A da Lei 9.494/94 restringe territorialmente a substituição processual nas hipóteses de ações propostas por entidades associativas, na defesa de interesses e direitos dos seus associados. A presente ação não foi proposta exclusivamente para a defesa dos interesses trabalhistas dos associados da entidade. Ela foi ajuizada objetivando tutelar, de maneira ampla, os direitos de todos os produtores rurais que laboram com sementes transgênicas de Soja RR, ou seja, foi ajuizada no interesse de toda a categoria profissional. Referida atuação é possível e vem sendo corroborada pela jurisprudência do STF. A limitação do art. 2-A, da Lei nº 9.494/97, portanto, não se aplica. 7. Recursos especiais conhecidos. Recurso da Monsanto improvido. Recurso dos Sindicatos provido. (REsp 1243386/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 26/06/2012)

Ao diferenciar eficácia natural da sentença e coisa julgada, assim como fez Liebman, o STJ entendeu ser inócua a limitação territorial prevista no art. 16 LACP. Assim, sendo os efeitos da sentença diversos dos efeitos da coisa julgada, o art. 16 da LACP somente trata dos efeitos da coisa julgada. A sentença proferida nas ações coletivas, destarte, produz efeitos independentemente do trânsito em julgado e não produz limitação subjetiva.

Em seu voto, a Ministra Nancy Andrighi defendeu que a imutabilidade da eficácia da sentença é que somente poderá ser questionada pelas partes do processo em que a decisão foi proferida. O Superior Tribunal de Justiça adotou o entendimento de que os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a limites geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo.

Ficou assentado que a distinção entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença torna inócua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LACP. Assim, os direitos coletivos foram reconhecidos como indivisíveis.

Isso porque o efeito maior que se espera quando determinada decisão transita em julgado é a segurança jurídica, o que não ocorre quando nos processos coletivos se restringe os efeitos aos limites territoriais do órgão prolator.

7.7 A Coisa Julgada e as *Class Actions* Americanas: *opt in X opt out*

Vale registrar que, não obstante a forte influência das *class actions* na doutrina processual coletiva no Brasil, aqui não se adotou o mesmo regime da coisa julgada do ordenamento estadunidense, principalmente quando em estudo as *class actions for damages*, que influenciou o surgimento das ações coletivas para a defesa dos direitos individuais homogêneos.

Com efeito, naquele regime, os membros da coletividade serão automaticamente atingidos pelos efeitos da coisa julgada proferida no processo coletivo. Pode, entretanto, expressamente optar por não sofrerem tais efeitos.

Isso somente ocorre porque, no sistema da *class action*, ao magistrado é dado verificar a legitimidade adequada do representante da ação coletiva, o que demonstra estreita relação entre a representatividade adequada e os efeitos da coisa julgada. Dado o

novo regramento da coisa julgada no direito estadunidense, os juízes ganharam novos poderes para propiciar o bom andamento das ações coletivas, tutelando o direito dos membros ausentes e o devido processo legal (GIDI, 2007, p. 59).

Ada Pellegrini Grinover (2001, p.21) aponta as regras fundamentais para o ajuizamento de uma *class action* no direito americano, regras estas previstas no art. 23 das *Federal Rules, os Civil Procedures*, de 1938:

...)

a) a *class action* seria admissível quando impossível reunir todos os integrantes da *class*; b) caberia ao juiz o controle sobre a representatividade adequada; c) ao juiz também competiria a aferição da existência de comunhão de interesses entre os membros da *class*. É, ainda, das Regras Processuais de 1938 a sistematização do grau de comunhão de interesses, da qual resulta uma classificação das *class actions* em *true*, *hybrid* e *spurious*, conforme a natureza dos direitos objetos da controvérsia (*joint*, *common* ou *secondary* ou, ainda, *several*), com diversas consequências processuais.

As dificuldades práticas quanto à exata configuração de uma ou outra categoria de *class action*, com tratamento processual próprio, induziram os especialistas norte-americanos (*Advisory Committee on Civil Rules*) a modificar a disciplina da matéria nas *Federal Rules*, de 1966, dando novos contornos à antiga *spurious class action*, justamente aquela destinada aos casos em que os membros da *class* são titulares de direitos diversos e distintos, mas dependentes de uma questão comum de fato ou de direito, pelo que se possibilita para todos um provimento jurisdicional de conteúdo único. **Está aqui a origem da categoria brasileira dos interesses individuais homogêneos (grifo nosso).**

Conforme se observa, a *Rule 23* do aludido diploma disciplina os requisitos para o emprego da ação coletiva e alguns aspectos processuais para o trâmite da demanda e previu, originariamente, três tipos de ações: as puras, as híbridas e as espúrias, que seriam aquelas que permitiam ao integrante da classe optar por ingressar ou não no processo (*opt in*). Essas ações eram classificadas com base em critério que levava em conta a natureza da afirmação de direito, conforme percebido por Cassio Scarpinella Bueno (1996, p. 94) em artigo sobre as *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras. Segundo o mencionado autor:

A classificação em uma ou outra espécie de *class action* era de relevo diante da diferenciação de seus respectivos regimes jurídicos, com destaque às diferentes espécies de provimento jurisdicional que poderiam ser solicitadas e às sentenças que teriam efeitos vinculantes para todos os membros da classe. Esta distinção foi equacionada por José Rogério Cruz e Tucci da seguinte forma: "Antes da reforma de 1966, a Regra 23, como visto, ensejava uma tríplice distinção das *class actions*, dependendo do *character of the right* deduzido em juízo e, por isso, diferente era a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada (*binding*

effect) em cada uma das espécies então concebidas. Com efeito, na denominada *true class action* - quando o direito da categoria era *joint* ou *common* - a eficácia ultra partes da decisão atingia diretamente todos os membros do grupo, ainda que estranhos ao processo. Tratando-se de hipótese de *hybrid class action* - quando os direitos dos componentes eram distintos (*several*), mas referentes a um único bem - na qual havia um interesse comum, os efeitos da denominada *claim preclusion* atingiam todos os membros tão-somente em relação aos seus respectivos direitos sobre o bem que havia sido objeto da controvérsia: "*bound all the class members with respect to their rights in the property that was the subject matter of the suit*". Por outro lado, na hipótese de *spurious class action* - quando os direitos dos componentes eram distintos (*several*), mas dependentes de uma questão comum de fato ou de direito, ensejando uma decisão uniforme - a qual, como decorre da própria denominação, apenas do ponto de vista prático era inserida entre as *class actions*, a sentença projetava os seus efeitos exclusivamente àqueles que participavam do processo: "*bound only the parties before the court*".

Tal regra foi reformulada em 1966, de modo a permitir uma abordagem prática e funcional para as demandas coletivas. Uma das principais reformas ocorreu na coisa julgada, principalmente na *spurious action*, que até então admitia o sistema *opt in*, mesmo após a prolação da sentença. Com a reforma ocorrida em 1966, as sentenças prolatadas em ações coletivas, independentemente do resultado, passaram a vincular todos os membros do grupo em todos os tipos de ações coletivas, ressalvados os casos daqueles que exercessem o direito de não se submeterem aos efeitos da sentença - sistema do *opt out* (TORRES, 2012, p.25-26).

No direito americano há a representatividade adequada na base do sistema das *class actions*, na medida em que permite a verificação pelo juiz se o autor da ação coletiva representa adequadamente os interesses do grupo. Para tanto, se vale de vários critérios, como a capacidade técnica e financeira do demandante (GIDI, 1995, p. 65).

Caso constatada a adequada representação dos interessados, a decisão da ação coletiva será válida para todos. Há a presunção de que os membros da coletividade pretenderam fazer parte da demanda, de modo que estão todos submetidos aos efeitos da decisão.

Não obstante, permite o sistema das *class actions for damage* que a presunção da adequada legitimidade seja afastada, através do regime do *opt out*. Percebe-se que no direito estadunidense vige regra oposta ao direito brasileiro. Ou seja, lá, há a presunção da representatividade e o interessado pode pleitear sua exclusão da lide. Aqui, nas ações versando sobre direitos individuais homogêneos, a sentença somente faz coisa julgada

perante as partes, mas pode o interessado, caso queira, optar por ingressar na ação coletiva, submetendo-se aos efeitos da decisão. Seria o regime do *opt in*.

Essencial ter em mente que a coisa julgada tem como finalidade maior trazer segurança e estabilidade para o ordenamento jurídico. Deve se buscar, destarte, coerência nas decisões judiciais, principalmente quando se tratam de interesses individuais homogêneos, impedindo que uma mesma causa de pedir enseje o ajuizamento de milhares de ações idênticas.

Ainda que se mostre razoável defender-se o transporte de tais regras para o direito brasileiro, há de se ter em mente que a coisa julgada tem de estar atrelada a diversos institutos, como a representatividade adequada e a ampla publicidade da ação coletiva. Somente com uma efetiva notificação de todos os interessados poderá se afastar qualquer afronta ao contraditório.

8. CONCLUSÕES

Diante de todas as considerações apontadas no decorrer desse estudo, com vistas a analisar os possíveis óbices à efetivação da tutela coletiva dos direitos previdenciários, restou evidenciada a necessidade de uma mudança de paradigma dos operadores do direito, diante do cenário das demandas de massa, a fim de se encontrar solução para uma justiça mais eficaz.

Assim, há de ser superada a compreensão do processo como garantidor de direitos individuais, atribuindo-lhe papel político de atendimento das necessidades sociais, através do processo coletivo.

Após discorrer sobre o direito fundamental à previdência social e sua efetividade com a utilização da tutela coletiva, conclui-se que o tratamento molecularizado das demandas envolvendo o INSS permite dar solução uniforme para as questões concernentes aos segurados do Regime Geral da Previdência Social, o que se mostra essencial dado o caráter social do direito e a natureza alimentar das prestações previdenciárias ou assistenciais.

Nesse cenário, destacam-se as ações coletivas para a defesa dos direitos individuais homogêneos como alternativa eficaz para a gestão dessas lides, tratando-as de forma molecularizada as ações de repetitivas. Dentre as ações de massa releva destacar as lides previdenciárias que, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, são maioria no país e envolvem direito fundamental social e clamam por uma rápida e efetiva solução por parte do Poder Judiciário.

Ocorre que a sistemática posta para a tutela dos direitos individuais por meios das ações coletivas ainda é permeada de várias incongruências que acabam impedindo as mesmas de produzir efeitos positivos, mormente na redução do número de demandas. De fato, a ineficiência atual das ações coletivas para a tutela dos interesses individuais homogêneos não condiz com a necessidade de solução em massa de processos de forma eficaz e célere.

O trabalho buscou apontar alguns dos principais entraves à efetividade da defesa via ação civil pública dos direitos individuais homogêneos, com destaque para os previdenciários.

Alguns óbices são aparentes, solucionáveis pela própria doutrina, com a correta interpretação da lei, como é o caso da competência. Outros já demandam um atuar dos tribunais para permitir a máxima efetividade da norma, tal qual a legitimidade para as

demandas coletivas, principalmente em relação às atribuições do ministério público para ajuizar ação civil pública em matéria previdenciária.

Nesse contexto, restou pacificado o entendimento de que as atribuições do Ministério Público devem ser interpretadas em conformidade com o disposto no art. 129, IX, da CF/88, que permite ao parquet o exercício de outras funções compatíveis com sua finalidade de guardião dos interesses mais importantes da sociedade.

Assim, para ser efetivo e corroborar com a gestão das demandas repetitivas, o tratamento coletivo dos direitos individuais exige uma conformação procedimental, ou seja, o processo civil deve ser interpretado em conformidade com a Constituição Federal, principalmente à luz do princípio da eficiência e da isonomia

Ainda quanto à legitimidade, cumpre dizer que questão de extrema relevância é a possibilidade de controle judicial da adequada representação do substituto processual, o que decorre do princípio do devido processo legal coletivo, segundo maior parte da doutrina. Isso porque, ao se atestar que os interesses dos substituídos estão bem representados, passa a não haver espaço para se falar em ausência de contraditório e ampla defesa pelos representados.

Seguindo esse raciocínio, somente com a adequada representatividade devidamente verificada e atestada pode se defender a extensão dos efeitos da coisa julgada erga omnes nos processos envolvendo direitos individuais homogêneos, o que permite dar solução única a milhares de questões que, de outra maneira, seriam tratadas de forma individual pelo Poder Judiciário.

Registre-se que o regime dispensado à coisa julgada no julgamento de direitos individuais homogêneos é, sem dúvida, o calcanhar de Aquiles da sistemática proposta para a defesa coletiva dos direitos individuais. Isso porque apesar de assegurar os interesses daqueles que não participaram do processo, a coisa julgada na forma preconizada pelo art. 103, III, do CDC prejudica o réu da ação e principalmente o Poder Judiciário, ao permitir o ajuizamento da mesma causa coletiva de forma individual, o que corrobora com o excessivo número de processos semelhantes.

O presente estudo apontou a importância de se proceder a uma ponderação e readequação sobre a sistemática da coisa julgada relativa aos direitos individuais homogêneos, de modo a haver um balanceamento entre os interesses do autor coletivo e do réu.

Buscou-se defender, *de lege ferenda*, a necessidade da repercussão das ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos nas ações individuais, não

se permitindo o ajuizamento destas quando versarem sobre o mesmo objeto daquelas, sob pena de tornar sem efeito as ações coletivas. Justifica-se, ainda, a preponderância da tutela coletiva sobre a individual. Há de se superar a ideologia de que o processo serve ao autor e a seus direitos, fazendo prevalecer o pensamento de que o mesmo serve à sociedade para a realização da justiça

Assim, com a racionalização do processamento das demandas de massa, impedindo demandas desnecessárias, poderá ser dada uma resposta adequada às demais questões postas à apreciação judicial.

Se a principal intenção com a coletivização dos interesses individuais é o tratamento molecularizado das questões, faz-se imperioso que a coisa julgada torne isso viável. Daí a extrema importância da alteração legislativa sobre a repercussão das ações coletivas nas ações individuais, fazendo com que aquelas cumpram efetivamente seu papel, permitindo ao judiciário desincumbir-se do excessivo número de processos semelhantes, como os relativos às revisões dos benefícios previdenciários.

Ao que parece, entretanto, muitas são as vozes contrárias à coisa julgada *erga omnes*, quando do tratamento coletivo das causas individuais, o que permitiria a extensão do julgado a terceiros que não foram parte no processo. O principal argumento utilizado é o de que violaria o princípio do acesso ao Poder Judiciário, conforme se infere em seu artigo art. 5º, inciso XXXV, da CF/88.

Desse modo, enquanto não houver mudança no texto da lei, a solução mais coerente para lidar com as causas repetitivas, principalmente as previdenciárias é a suspensão das ações individuais enquanto não julgada a lide coletiva. A própria jurisprudência já aponta nesse sentido. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, ao decidir o REsp nº 1110549/RS entendeu que, no caso de existência de ação civil pública, instaurada antecipadamente, todos os processos individuais referentes ao mesmo caso devem ser suspensos.

Qualquer que seja a solução proposta pela doutrina, todas passam, necessariamente, por uma gestão racional do número de processos a serem analisados, ponderando-se os recursos financeiros e humanos a serem utilizados para apreciação de tais demandas e todas as demais lides a espera de julgamento.

Resta concluir que a efetividades da tutela jurisdicional das causas previdenciárias está estritamente relacionada à solução adequada das lides repetitivas, por meio da maior credibilidade da tutela coletiva.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, J. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

ALMEIDA, G. A. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, A. Comentários ao Art. 81 do Código de Defesa do Consumidor. *Cadernos de Direito*, Brasil, 1 dec. 2011.

Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/898>. Acesso em: 15 Aug. 2014

ARRUDA ALVIM NETTO, J. M.; ALVIM, T.; ARRUDA ALVIM, E. et al. *Código do Consumidor Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

AMARAL, G. R. *Efetividade, segurança. Massificação e a proposta de um incidente de resolução de demandas repetitivas*.

Disponível em <http://www.tex.pro.br/home/artigos/261-artigos-mar-2014/6432-efetividade-seguranca-massificacao-e-a-proposta-de-um-incidente-de-coletivizacao-1>. Publicado em março de 2014. Acesso em 09 de junho de 2014.

ARENHART, S. C. *A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia*. In: GRINOVER, A. P.; MENDES, A. G. C.; WATANABE, K. (coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

———. *A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

———. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Jus Navigandi. Ano 10, n. 777, 19 ago. 2005.

Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7177>>. Acesso em: 31 jul. 2014.

BARBOSA FILHO, Nilson Rodrigues. *Técnicas de aceleração processual e gestão de processos previdenciários*. Jus Navigandi, ano 19, n. 3940, 15 abr. 2014.

Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27512>>. Acesso em: 8 jun. 2014.

BARBOSA MOREIRA, J. C. *Notas sobre o problema da efetividade do processo*. In: _____. *Temas de direito processual civil: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 93.

———. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Revista de Processo*, n. 39, jul./set. 1985. p. 57.

_____. *A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos*. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 110-123.

———. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Revista de Processo*, n. 34, 1984, p. 273-285.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOGOTÁ. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Bogotá, 1918.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado. 1988.

———. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

———. Lei de Ação Civil Pública. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985.

———. Lei da Ação Popular. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965.

———. Código de Defesa do Consumidor. Lei 8078, de 11 de setembro de 1990.

———. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº RE 444.357/PR. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Diário Justiça Eletrônico. Poder Legislativo, 28 de outubro de 2009. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> > Acesso em: 13 ago. 2014.

———. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº RE 491.762/SE. Relator Ministra Carmen Lucia. Diário Justiça Eletrônico. Poder Legislativo, 09 de fevereiro de 2010. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> > Acesso em: 13 ago. 2014.

———. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº RE 549.419/DF. Relator Ministro Ayres Brito. Diário Justiça Eletrônico. Poder Legislativo, 28 de junho de 2010. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> > Acesso em: 13 ago. 2014.

———. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº RE 607.200/SC. Relator Ministro Ayres Brito. Diário Justiça Eletrônico. Poder Legislativo, 28 de junho de 2010. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: 13 ago. 2014.

———. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) 631240. Relator Ministro Roberto Barroso. Diário Justiça Eletrônico. Poder Legislativo, 22 de setembro de 2014 Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: 13 out. 2014.

———. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº RE 193503/SP. Relator Ministro Carlos Velloso. Diário Justiça Eletrônico. Poder Legislativo, 23 de agosto de 2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: 14 out. 2014.

———. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.243.887/PR, julgado em 7 de dezembro de 2010, argumentou a Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

———. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.142.630/PR julgado 19.10.2011, Corte Especial STJ, relatoria Min. Luis Felipe Salomão, voto proferido pelo Ministro Teoria Albino Zavascki.

———. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.151.363/MG. Relator Ministro Jorge Mussi. *Diário Justiça Eletrônico*. Poder Legislativo, 21 de junho de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 12 ago. 2014.

———. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1110549/RS. Relator Ministro SIDNEI BENTI, julgado em 28/10/2009.

———. Superior Tribunal de Justiça. - Conflito De Competência 26.842-DF. Relator Ministro WALDEMAR ZVEITER. Relator p/ Acórdão Ministro CESAR ASFOR ROCHA. Data do Julgamento 10/10/2001.

———. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 76654 / PR Relator(a) Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA. Data do Julgamento 01/12/2009.

———. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.273.643-PR, Rel. Min. SIDNEI BENETI, julgado em 27/2/2013.

BUENO, C. S. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Class%20action%20e%20direito%20brasileiro.pdf>.

CAPPELLETTI, M. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, n. 5, 1977.

———; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução NORTHFLEET, E. G. Porto Alegre: Fabris Editora, 1988.

CARVALHO, Rogerio Tobias de. *A execução coletiva de direitos individuais homogêneos*. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 20, n. 37, p.223-237, ago. 2013.

———; OSNA, G.; ARENHART, S. Cumprimento das sentenças coletivas: da pulverização à molecularização. *Revista de Processo*, v. 222, p. 41-64, 2013.

CORREIA, M. O. G.; SANTOS, M. F. Em busca do conceito constitucional de dependência. In: *Boletim de Direito Previdenciário*. Ano 2, nº 16, junho/2005.

CRUZ, P. M. *Estado de bem-estar*. Revista Doutrina, ed. 21, 19/12/2007. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Paulo_Cruz.htm. Acesso em 05 de junho de 2014.

CUNHA, L. C. O Regime Processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*, v. 179, p. 139, 2010.

———. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 193, p. 255, 2011.

DIDIER JÚNIOR, F. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

———; ZANETI Jr., H. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 9ª ed. Salvador: Podium, 2014.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo: www.direitoshumanos.usp.br

DINAMARCO, Carlos Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004

DONIZETTI, E.; CERQUEIRA, M. M. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010.

FERNANDES, T. B.; GUIMARÃES, A. S. *Legitimação do Ministério Público na tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24564-24566-1-PB.htm>. Acesso em 31 de maio de 2014. Artigo.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIGUEIREDO, L. V. Ação Civil Pública. Ação Popular. A defesa dos interesses difusos e coletivos. Posição do Ministério Público. *Revista de Direito Administrativo*, n. 208, abril-junho/1997, p. 35.

GARCIA, L. M. *Direito do consumidor*. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2009.

GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

———. Código de Processo Civil coletivo: um modelo para países de direito escrito. *Revista de Processo*, v. 28, nº 111, jul./set. 2003, p. 194.

———. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*, ano 27, n.108, 2007 (a).

———. *A class action como instrumento de tutela Coletivas de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 (b).

———. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo. A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, T. F. A “liquidação” de obrigação imposta por sentença em demanda metaindividual. In: MAZZEI, R. R.; NOLASCO, R. D. (coords.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 411-427.

GRINOVER, A. P. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª ed. Sao Paulo: Forense Universitária, 1998.

- . Defesa do meio ambiente em juízo como conquista da cidadania. *Revista CEJ*, v. 3, n. 9, set./dez, 1999.
- . *Da class actions for damages à ação de classe brasileira*. In: MILARÉ, E. (coord.) *Ação Civil Pública lei 7347/85*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ; WATANABE, K.; MULLENIX, L. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law. Uma análise de direito comparado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- IBRAHIM, F. Z. *A Previdência Social no Estado Contemporâneo*. Niterói: Impetus: 2011.
- LEAL, M. F. M. L. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.
- LENZA, P. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LEONEL, R. B. *Manual de Processo Coletivo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- . Supremo Tribunal Federal: *políticas públicas e processo coletivo*. Cadernos de Direito, Brasil, 12 sep. 2012.
Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/1183/955>. Acesso em: 15 Aug. 2014.
- LIEBMAN, E. T. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trans. BUZAID, A.; AIRES, B. *Notas relativas ao direito brasileiro de Ada Pellegrini*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MANCUSO, R. C. *Ação civil pública*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARINONI, L. G. *Novas linhas de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- ; ARENHART, S. C. *Processo de conhecimento*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- . *Antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MARQUES, C. G. M. *O benefício assistencial de prestação continuada*. São Paulo: LTr, 2009.
- MARTINS, S. P. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Atlas, 2005.
- MAZZILLI, H. N. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- . *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Aspectos polêmicos da Ação Civil Pública*. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/aspectosacp.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2014.

MENDES, Aluizio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, V. C. A. *Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na constituição*. Brasília: CJF, 2012.

NASCIMENTO, R. de C. Breve histórico da Previdência Social. *Revista de Direito Social*, n. 28, out/dez 2007.

NERY JR., N.; NERY, R. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 1.885.

PARIS. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Paris, 1789.

PERSIANI, M. *Direito da Previdência Social*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PIERDONÁ, Z. L. A proteção social na CF de 1988. *Revista de Direito Social*, n. 28, 2007.

QUEIROZ, C. *Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RIBEIRO, E. K. *Dispersão jurisprudencial em matéria previdenciária*. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, n. 60, jun. 2014. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao060/Eduardo_Ribeiro.html> Acesso em: 08 ago. 2014.

ROCHA, D. M. *O direito fundamental à Previdência Social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do Sistema Previdenciário Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____; BALTAZAR JÚNIOR, J. P. *Comentários à Lei de Benefício da Previdência Social*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

SANTOS, R. L. *Amplitude da coisa julgada nas ações coletivas*. B. Cient. ESMPU, a. 4, n.17, out./dez. 2005, p. 61-86.

Disponível em: [boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/Amplitude da coisa julgada nas ações coletivas](http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/Amplitude%20da%20coisa%20julgada%20nas%20a%C3%A7%C3%B5es%20coletivas). Acesso em 16 de julho de 2014.

SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

———. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

———. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 04 de junho de 2014

SILVA, A. A. *A reforma da previdência social brasileira: entre o direito social e o mercado*. São Paulo em Perspectiva, v. 18, n. 3, Sept. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S01028392004000300003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 13 Junho de 2014.

SILVA DINAMARCO, P. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TAVARES, M. L. *Direito Previdenciário*. Niterói: Impetus, 2012.

VENTURI, E. *A competência jurisdicional na tutela coletiva*. In GRINOVER, A. P.; MENDES, A. G. C.; WATANABE, K. (coords.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VIANNA, J. E. A. *Curso de Direito Previdenciário*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VIGLIAR, J. M. M. *Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos*. São Paulo: Saraiva, 2003.

WAMBIER, L. R. *Considerações sobre a liquidação de sentença coletiva na proposta de código modelo de processos coletivos para Ibero-América*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil.

Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20Rodrigues%20Wambier\(2\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20Rodrigues%20Wambier(2)%20formatado.pdf). Acesso em: 23 de julho de 2014.

———; ALVIM, T. A. *Anotações sobre as ações coletivas no brasil – presente e futuro*. Disponível em <http://www.tex.pro.br/home/artigos/263-artigos-mai-2014/6562-anotacoes-sobre-as-acoes-coletivas-no-brasil-presente-e-futuro>. Acesso em: 16 de julho de 2014.

WATANABE, K. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

———. *Relação entre demanda coletiva e demandas individuais*. *Revista de Processo*. Ano 2006. Vol. 139.

———. *Controle jurisdicional das políticas públicas – ‘Mínimo existencial’ e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis*. In: GRINOVER, A.P.; WATANABE, K. (coords.). *O controle judicial de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Influência do sistema das class actions norte-americanas na Ação Civil Pública e Ação Popular Brasileira: semelhanças e distinções para a tutela ambiental*. Processos Coletivos, v. 3, n. 3, 01 set. 2012.

_____. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.