

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE – UFF
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO DE DIREITO

PEDRO PAULO LEHMKUHL WEBER FILHO

ANÁLISE DOS SISTEMAS DE PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO E NORTE
AMERICANO PARA A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Orientador(a) Prof^o(a) Marcelo Pereira de Almeida

NITERÓI
2019

Análise dos Sistemas de Processo Coletivo Brasileiro e Norte Americano para a Efetivação de Direitos Fundamentais

Pedro Paulo Lehmkuhl Weber Filho

Resumo:

O presente artigo tem como objetivo a realização de uma análise dos sistemas de processo coletivo do ordenamento jurídico brasileiro e norte-americano, destacando os principais pontos de cada que permitem uma efetivação dos direitos fundamentais, especialmente quanto ao acesso à justiça. Nesse sentido, ao final realiza-se uma breve comparação sobre os sistemas, apontando os instrumentos de relevância para a discussão.

Palavras-chave: Direito coletivo. Acesso à justiça. Direitos fundamentais. Class action.

Abstract:

This paper aims to perform an analysis of the class action procedures in the brazilian and north american legal order, highlighting the major points from each one in the pursuit of the effectiveness of the fundamental rights, especially about the access to justice. In this sense, at the end it is performed a brief comparison between the two orders, pointing out the instruments of relevance for the discussion.

Keywords: Collective law. Access to justice. Fundamental rights. Class action.

Datas de apresentação e aprovação: 22/07/2019

1- Introdução

Os direitos fundamentais são direitos constitucionalmente protegidos, os quais buscam, nas normas que lhe fazem referência, a consolidação de um estado democrático de direito. No ramo do direito processual, isso se formaliza com normas que, ao invés de apenas atestar a garantia de tais direitos, criam meios para que, quando violados ou na iminência de que serão violados, se busque sua reparação ou preservação.

Isso se torna mais evidente quando se observa a questão do ponto do "acesso à justiça", o qual é um assunto de bastante discussão no ramo do direito processual. No entanto, por si só, é um termo muito vago, pois pode ser referir a diversas medidas que, embora tenham a mesma finalidade (o acesso à justiça), se caracterizam e se desenvolvem de modo completamente diferente umas das outras.

O foco deste artigo, porém, não é uma análise macro dos meios existentes de acesso à justiça e de sua evolução histórica dentro do direito processual brasileiro, mas o microssistema do processo coletivo, uma das áreas que permitiram a expansão desse acesso à justiça.

Mais do que isso, no entanto, é a proposta de realizar um breve estudo sobre esse sistema no direito brasileiro, assim como suas particularidades, e compará-lo com o sistema dos Estados Unidos. A intenção é visualizar o ordenamento processual de cada um dos países, destacando suas similaridades e, especialmente, suas diferenças, com a finalidade de extrair os pontos positivos e negativos de cada um para se imaginar um sistema aperfeiçoado que promova o acesso à justiça de forma mais justa.

Vale ressaltar, no entanto, que a conclusão desse artigo também levará em consideração o aspecto cultural e histórico de cada país ao apontar as vantagens e desvantagens de cada sistema, uma vez que a simples incorporação de normas estrangeiras no ordenamento jurídico interno pode estar fadada ao fracasso. Para isso, mais do que apenas destacar os pontos de interesse da pesquisa, é

necessário fazer uma adequação que se molde aos costumes internos e que não cause conflito.

Desse modo, o presente artigo se dividirá, principalmente, em três partes, as quais terão como foco: uma análise do sistema de processo coletivo brasileiro, abrangendo seus diversos meios legalmente regulados, se voltando para as normas que promovem o acesso à justiça ou que o limitam; a realização do mesmo tipo de análise com o sistema processual norte-americano e suas normas; e, por fim, a realização da já mencionada síntese comparativa dos pontos pertinentes dos sistemas, assim como sua necessária adequação.

2- O Direito Coletivo no Ordenamento Brasileiro

2.1 - Os Tipos de Direitos Tutelados pelo Sistema Coletivo

O primeiro ponto para se entender o direito processual coletivo, no entanto, é ter conhecimento de quais são os tipos de direitos tutelados pelo microsistema processual coletivo, tendo em vista que cada lei visa a proteção de categorias distintas.

O primeiro a se caracterizar é o direito difuso, o qual tem previsão no art. 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor, o qual expressa que são “direitos transindividuais, de natureza indivisível, dos quais sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

O segundo está disposto no inciso II do mesmo artigo da mesma lei acima mencionada, o qual caracteriza o direito coletivo. Conforme o texto legal, o direito coletivo se configura como “transindividual, de natureza indivisível, conforme o anterior, mas de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

O terceiro é o direito individual homogêneo, categorizado pelo art. 81, parágrafo único, III, do CDC, de forma bastante sucinta, como os direitos

“decorrentes de origem comum”. Diferente dos outros, no entanto, esse acredito que necessita de uma expansão sobre seu conceito, tendo em vista a categorização vaga dada pela lei.

Desse modo, o ideal é que se conceitue o que seria “origem comum”. A doutrina, por sua vez, entende que a origem comum pode ser fática ou jurídica, enquanto que, em termos processuais, isso decorreria de dois elementos que compõem a causa de pedir, os quais seriam o fato e o fundamento jurídico. No entanto, há o entendimento de que, além disso, deverá haver prevalência da dimensão coletiva sobre a individual, indo ao encontro da corrente doutrinária americana¹.

Por último, há de se mencionar os direitos individuais indisponíveis, os quais, embora não se tratem de direitos coletivos propriamente, aplica-se alguns instrumentos do microssistema coletivo. Isso se dá na tutela de direitos individuais puros, onde se pode ter até mesmo apenas um indivíduo como titular, como nos casos do Estatuto do Idoso e do ECA que expressam a legitimidade do ministério público para a proteção desses direitos se utilizando de instrumentos como o inquérito civil e a ação civil pública, os quais fazem parte do microssistema coletivo².

2.2 - As principais leis e normas que compõem o microssistema coletivo brasileiro

Para a realização da análise proposta no início deste artigo, o primeiro passo é delimitar as leis e normas que serão parte do objeto de estudo. O rol a ser apresentado, no entanto, apresentará um conteúdo mais amplo, que não necessariamente se conecta ao direito processual, mas que sintetizam a imagem do direito coletivo propriamente dito no ordenamento jurídico brasileiro.

Desse modo, nada mais natural do que iniciar com a menção à Constituição

¹ Neves, Daniel Amorim Assumpção – Manual de processo coletivo: volume único – Ed JusPodvm, 2016 – p.157-158.

² Ibid. p.160-161.

Federal de 1988. A exemplo do que fora dito, embora não se configure como norma de direito processual, o artigo 5º da Carta Magna configura o direito coletivo como parte dos direitos fundamentais, destacado proeminentemente pelo capítulo no qual está inserido, o qual se denomina "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos".

A Constituição, no entanto, não se limita apenas ao aspecto material do direito coletivo, mas também emprega regras de direito processual, mesmo que não especifique os procedimentos, já que esta não é sua função. Daniel Amorim, em seu livro "Manual de Processo Coletivo", destaca três momentos em que o texto constitucional se relaciona com o direito constitucional, sendo eles: (1) o art. 5º, LXXIII, o qual versa sobre a legitimidade para a propositura de ação popular e as custas; (2) o inciso LXX, prevendo o mandado de segurança coletivo, assim como determinando sua legitimidade passiva, e (3) o art. 129, III, que versa sobre o papel do Ministério Público na promoção do inquérito civil e da ação civil pública.

No entanto, acredito que seja interessante destacar, ainda, o papel da Defensoria Pública, legitimado para defender direitos coletivos conforme disposto no art. 134 com a redação dada pela Emenda Constitucional 80 de 2014, embora ainda seja um assunto de bastante discussão devido ao histórico das normas brasileiras quanto à instituição.

Além disso, também acho relevante ressaltar as ações de controle de constitucionalidade previstos na Carta Magna. Devido à sua natureza difusa, é considerada pertencente ao âmbito da tutela coletiva.

Por sua vez, quanto às normas infraconstitucionais, as principais leis existentes são: (1) a Lei 4.717/1965, que rege a Ação Popular; (2) a Lei 7.347/1985, a qual versa sobre a Ação Civil Pública; e (3) a Lei 8.078/1990, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor. Essas leis, conforme Daniel Amorim expressa, são os principais marcos do direito coletivo no ordenamento brasileiro, mas não são as únicas que existem e que são de relevância para o direito processual.

Por isso, vale destacar, assim como ele faz em sua obra: a Lei 7.853/1989, a qual trata sobre as pessoas portadoras de deficiência; a Lei 7.913/1989, denominada Lei de Defesa dos Investidores do Mercado de Valores Mobiliários; o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90); a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992); o Estatuto do Torcedor (Lei 10.671/2003); o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003); a Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009); a Lei de Defesa da Ordem Econômica (Lei 12.529/2011); e Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013).

Essas leis, no entanto, por terem um caráter mais específico de defesa de direitos, não serão o foco do estudo do presente artigo (com exceção de uma), tendo em vista que muitas de suas normas de direito processual coletivo se repetem nas leis de maior abrangência, embora, quando necessário, elas serão mencionadas nos casos em que houver alguma particularidade não existente nas demais e que seja de relevância ao assunto.

Por último, embora de grande importância, é o próprio Código de Processo Civil de 2015, o qual, devido à sua abrangência, terá suas normas mencionadas ao longo do artigo quando for necessário.

2.3 - Cabimento das Ações Coletivas

Embora eu acredite que o cabimento para a propositura das ações coletivas não seja um ponto de relevância para a análise pura do direito processual coletivo sob o ponto de vista do acesso à justiça, uma vez que se caracteriza como o conhecimento dos direitos a serem tutelados, é importante de se mencionar do ponto de vista da garantia de direitos fundamentais, assunto tangencial do presente artigo. Desse modo, imagino ser interessante fazer, ao menos, uma breve análise dos principais direitos que motivam tal sistema de maneira pontual para se ter uma visão simples de sua abrangência.

Primeiramente, devemos analisar as hipóteses de cabimento da ação

popular. Interessantemente, elas encontram-se na Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXXIII, o qual versa que a ação popular poderá ser proposta para "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", com o artigo 1º da Lei 4.717/65 corroborando tais hipóteses e conceituando o patrimônio público a ser protegido.

Ainda em matéria constitucional, encontramos também, embora não seja matéria propriamente de direito processual, as hipóteses de cabimento das ações de controle de constitucionalidade, como a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, conforme compreendidos nos artigos 102 e 103 da Carta Magna, uma vez que, como já mencionado anteriormente, tratam de matéria que tem efeitos à coletividade.

Além disso, também versa, em seu art. 5º, incisos LXIX e LXX sobre o mandado de segurança, sendo o último especificamente sobre o de espécie coletiva. Conforme seu texto, será cabível para "proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público", texto que se reflete na lei 12.016/09, a qual apresenta a matéria de modo mais específico.

Ressalta-se, porém, as vedações que tal lei faz em relação ao cabimento, além da restrição no texto acima retirado, em seu art. 5º, embora haja o entendimento da doutrina de que, para as ações coletivas, apenas o primeiro inciso seria aplicável³. No entanto, o art. 21 dessa mesma lei também se configura como um limitador das ações coletivas, em seu parágrafo único, por considerar apenas como tuteláveis os direitos coletivos e individuais homogêneos, o que veda a tutela dos direitos individuais difusos⁴.

³ Neves, Daniel Amorim Assumpção - Manual de processo coletivo: volume Único - Ed JusPodivm, 2016 - p 84.

⁴Neves, Daniel Amorim Assumpção - Manual de processo coletivo: volume único - Ed JusPodivm, 2016 - p86.

Há de se mencionar, também, o mandado de injunção coletivo, previsto na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LXXI, e regido pela lei 13.300/2016. Será cabível, conforme tais normas, "sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania."

Por último, a ação civil pública, regida pela lei 7.347/85 tem uma abrangência maior para responsabilização de danos patrimoniais e morais, com um rol relativamente extenso das hipóteses de cabimento que, de acordo com a doutrina, é meramente exemplificativo, uma vez que seu art. 1º, IV, prevê a possibilidade de cabimento para a proteção de "qualquer outro interesse difuso ou coletivo" que não esteja presente, desde que não esteja contida nas vedações expressas pelo parágrafo único do mesmo artigo.

2.4 - Legitimados das Ações Coletivas

Os legitimados são, no direito, os sujeitos a quem as leis permite a propositura de determinada ação (legitimados ativos) e aqueles que podem formar o polo passivo de dita ação (legitimados passivos). Do ponto de vista do acesso à justiça, esse é um dos pontos de maior importância do direito processual coletivo, pois a legitimidade ativa é que vai definir, conforme já dito, aqueles que podem propor a ação, bem como as limitações legais. Desse modo, se o rol de legitimados for limitado, o acesso aos direitos coletivos a serem tutelados também será.

No entanto, o direito coletivo tem uma peculiaridade. No processo comum, normalmente quem entra com uma ação é o titular do direito a ser defendido. No entanto, devido à coletividade dos direitos defendidos nas ações coletivas, os efeitos estão estritamente ligados à legitimidade da propositura da ação, dependendo de quem é o titular de tal direito.

O primeiro legitimado a se mencionar é o próprio cidadão, indivíduo previsto

como único capaz de iniciar a ação popular, conforme previsto no art. 1º da lei 4.717/65. A comprovação da cidadania, por sua vez, de acordo com o §3º, será feita através do título de eleitor ou de documento equivalente, ponto que gera bastante discussão na doutrina. Por causa disso, há entendimento de que a legitimidade está exclusivamente ligada à capacidade política do indivíduo, enquanto outra vertente defende que a interpretação deva ser mais ampla e inclusiva.

A discussão gera ainda mais confusão quando se considera casos como os de portugueses residentes no Brasil e dos eleitores que tem entre 16 e 18 anos. No primeiro caso, existe constitucionalmente uma relação de reciprocidade, prevista no art. 12, §1º, que atribui a tais portugueses direitos inerentes a brasileiros, embora eles não possam se alistar como eleitor. No segundo caso, existe a discussão quanto capacidade do menor de idade eleitor, o qual há entendimento de que, se ele tem o direito político previsto como comprovação de cidadania pela lei 4.717/65, ele tem legitimidade ativa para a propositura da ação popular, embora isso ainda seja um ponto controvertido⁵.

As leis posteriores, no entanto, não preveem o cidadão como legitimado para propor os demais tipos de ação, sendo o mais próximo disso o art. 94 do Código de Defesa do Consumidor, o qual trata sobre o litisconsórcio ativo facultativo (4). Desse modo, para que o cidadão possa ter a garantia de seus direitos, de forma coletiva, necessita daqueles legitimados que o substitua processualmente e que tenham legitimidade para isso. Nesse sentido, tanto o art. 5º da Lei 7.347/85 e o art. 82 do CDC dispõem de um rol taxativo que prevê os requisitos necessários para que alguns deles possam integrar o polo ativo.

O mais importante dentre os legitimados por esses artigos é, sem dúvida, o Ministério Público, o qual, de acordo até com §1º do art. 5º anteriormente mencionado, será obrigado a atuar como fiscal da lei nos casos em que não for parte no processo, revelando sua profunda importância na defesa dos interesses

⁵ Neves, Daniel Amorim Assumpção - Manual de processo coletivo: volume Único - Ed JusPodivm, 2016 – p.192-193.

coletivos.

Destaca-se, por outro lado, as associações previstas como legitimados pelo inciso V. As alíneas "a" e "b" preveem que, como requisitos, devem estar constituídas há mais de um ano e, concomitantemente, tenha como finalidade institucional a defesa dos direitos apresentados pela norma jurídica. O primeiro requisito, no entanto, poderá atender ao princípio da proporcionalidade, conforme evidencia o §4º, o qual dispensa a pré-constituição quando necessário para a proteção dos direitos coletivos.

De qualquer forma, o modo de atuação de tais legitimados dependerá dos direitos por eles a serem defendidos, podendo ter natureza originária ou extraordinária. Nos casos em que o direito protegido for difuso e coletivo, o legitimado irá atuar de forma autônoma na condução do processo, uma vez que a lei determinou que ele tutelasse um determinado direito sem que houvesse conexão com os titulares do direito, categorizando como originária. Por outro lado, nos casos em que o direito for individual homogêneo, ele será um substituto processual, o que, por sua vez, o categoriza com natureza extraordinária⁶.

Outro legitimado de interessante menção é a Defensoria Pública. O motivo para isso é a sua relevância na defesa dos direitos do cidadão necessitado, fato que permitiu sua participação como legitimado ativo nas ações coletivas antes mesmo de sua inclusão no rol da Lei 4.737 em 2007. Além disso, também há o entendimento majoritário de que é legítimo também nas ações previstas pelo CDC, uma vez que, embora não esteja expressamente mencionado no rol do art. 82, ele se configuraria pelas disposições do inciso III.

2.5 - Ministério Público

Dentro do direito processual coletivo, o Ministério Público detém posição de

⁶ Satin, Alice - Legitimidade ativa e passiva nas ações coletivas - disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13794> - acesso em 19 jun. 2019

destaque. Sua função para a defesa de direitos difusos e coletivos lhe fora atribuída pela própria Constituição, em seu artigo 129, III, além dos artigos 82 do Código de Defesa do Consumidor e 5º da Lei da Ação Civil Pública.

O motivo para sua importância dentro do processo coletivo, no entanto, provém de outros fatores. Isso se deve ao fato de que lhe fora incumbido o dever de proteção dos interesses da sociedade, além de, historicamente, deter uma maior capacitação jurídica para realizar tais funções quando se comparado aos demais legitimados pelas leis já mencionadas.

Outro ponto a se ressaltar quanto à atuação do Ministério Público é de que não há qualquer restrição na Constituição ou nas leis quanto aos direitos transindividuais que poderá tutelar, não havendo necessidade, como para outros legitimados, de pertinência temática⁷.

O ponto de discussão existente quanto à sua legitimidade, no entanto, decorre da proteção de direitos individuais homogêneos, pois esses não estão no rol de direitos tutelados atribuídos pelo art. 129 da Constituição, uma vez que sua consagração no ordenamento só ocorreu com o advento do CDC, dois anos após a Constituição Federal. Devido às funções institucionais do Ministério Público e de sua relevância dentro do ordenamento jurídico, a princípio não restaria dúvidas de sua capacidade para a defesa de tais direitos, além do próprio texto do inciso IX do mencionado artigo.

A questão, portanto, gera discussão quanto aos limites da atuação do Ministério Público em relação a esses casos. Isso ocorre porque uma parte da doutrina entende que tal atribuição de legitimidade deve ser ampla e irrestrita, enquanto que a maioria, corroborada jurisprudencialmente pelo STJ e STF, entende que a legitimidade está restrita apenas aos direitos individuais homogêneos quando eles forem indisponíveis ou, caso sejam disponíveis, tenham

⁷ Nishi, Luis Fernando - A legitimidade ativa nas ações coletivas na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - disponível em <<https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo-a-legitimidade-ativa.pdf>> - acesso em 02 jul. 2019

relevância social⁸⁹(5)(6).

2.6 - Tutela Provisória

Outro ponto de importância dentro do direito processual para que seja assegurado os direitos fundamentais do cidadão refere-se às tutelas provisórias. A função desse instituto jurídico é a de garantir aos litigantes a preservação dos direitos aos quais se busca efetivação, a fim de que não se cause danos irreversíveis ao longo do processo em que a sentença final não seja capaz de reparar.

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, as tutelas provisórias estão compreendidas entre os artigos 294 e 311 do texto legal, dispondo sobre os instrumentos aos quais abrange, além de outras regras gerais de direito processual, como é o caso da lei 8.437/92, a qual dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público. São regras de caráter geral para todo o direito processual civil, o que se reflete no microsistema do direito coletivo.

O direito processual coletivo, no entanto, não apresenta características próprias sobre tutelas provisórias, herdando as disposições das regras gerais, bem como as controvérsias a elas inerentes e que já geram discussão dentro do processo civil comum. A maior diferença existente entre o microsistema e o macrossistema que tais dispositivos abrangem está nas possibilidades que cada lei prevê para sua aplicação e quanto aos efeitos que geram: como já é óbvio, no direito processual coletivo, os efeitos englobam todos os envolvidos e têm uma

⁸ Nishi, Luis Fernando - A legitimidade ativa nas ações coletivas na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - disponível em <<https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo-a-legitimidade-ativa.pdf>> - acesso em 02 jul. 2019

⁹ Neves, Daniel Amorim Assumpção - Manual de processo coletivo: volume único - Ed JusPodivm, 2016 - p 194-197.

repercussão de maior abrangência¹⁰, enquanto que no processo comum, isso se dá inter partes.

A questão que mais vale destacar, no entanto, é a categorização das tutelas provisórias compreendidas nas leis que integram o direito processual coletivo. Observa-se que o art. 12 da Lei de Ação Civil Pública, o art. 5º, §4º, da Lei da Ação Popular e o art. 84, §3º do Código de Defesa do Consumidor utilizam o termo "liminar", embora não haja disposição sobre isso no novo CPC. No entanto, devido às características que se retira das normas acima mencionadas, bem como as disposições do art. 7º da Lei do Mandado de Segurança, o qual também versa sobre esse assunto, embora o inciso III não especifique nominalmente, o entendimento é que elas devem se enquadrar como tutelas de urgência, estando sujeitas às regras a ela inerentes no CPC¹¹.

Entretanto, também é interessante destacar o art. 4º da Lei da Ação Civil Pública, que prevê a possibilidade de ajuizamento da ação cautelar nos casos por ela dispostos. Essa é a única previsão expressa a respeito do cabimento de tutela cautelar no processo coletivo, apesar de que, embora, de acordo com Daniel Amorim Assumpção Neves, isso já seria motivo suficiente para a inclusão a tutela cautelar no microsistema do direito processual coletivo, aplicação residual do Novo CPC certamente garantiria a concessão de tutela cautelar no processo coletivo, mesmo que não estivesse já previsto¹².

Além desses casos, as particularidades existentes no processo coletivo quanto a esse tema são apenas, como já mencionado anteriormente, dependentes de cada lei, as quais dispõem sobre as limitações e casos aplicados, especialmente pelo perfil de ampla abrangência dos efeitos gerados. Por um lado, essas limitações podem passar a impressão de que há uma perda de direitos em relação aos processos individuais, mas, caso não fosse assim, as tutelas

¹⁰ Macedo, Elaine Harzheim - Tutela Provisória no Processo Coletivo: Um Diálogo entre o Novo Código de Processo e a Lei da Ação Civil Pública - R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 13, n. 17, p.157-183, jan./dez. 2015.

¹¹ Neves, Daniel Amorim Assumpção - Manual de processo coletivo: volume único - Ed JusPodivm, 2016 - p 408.

¹² Ibid. p.421.

provisórias teriam um efeito devastador nas relações jurídicas dos processos coletivos.

2.7 - Recursos

Os recursos - ou os meios de impugnação, nos quais se encaixa o tema recursal - são outro ponto de interesse na preservação dos direitos fundamentais do cidadão, uma vez que se trata do meio processual para que se reavalie uma decisão judicial, previsto constitucionalmente para que se preserve os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório¹³.

Quanto ao cabimento para que se possa recorrer, as regras aplicáveis ao processo coletivo são os mesmos do processo comum, não havendo regras no microsistema, apenas existindo algumas particularidades dentro de cada lei, embora de menor relevância. No entanto, é interessante destacar a Lei da Ação Popular, em seu art. 19, ao prever o cabimento de apenas dois tipos de recursos: a apelação (caput) e o agravo de instrumento (§1º). No entanto, o entendimento é o de que praticamente qualquer recurso será cabível devido ao disposto no art. 22 da lei, ao prever a aplicação subsidiária dos dispositivos do CPC, desde que não haja contradição com o texto legal ou a que ele não se aplique¹⁴.

Quanto à legitimidade para a interposição de recurso, o art. 996 expressa que "o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica", servindo de base para a legitimidade atribuída pelas demais leis.

A Lei de Ação Popular, por exemplo, traz, em seu art. 19, o tema recursal, com seu §2º incluindo, além do próprio autor como parte legítima para propor o

¹³ Mata, Leandro Ferreira da - O sistema recursal no processo civil e outros meios de impugnação de decisões - disponível em <<https://jus.com.br/artigos/74879/o-sistema-recursal-no-processo-civil-e-outros-meios-de-impugnacao-de-decisoes>> - acesso em 05 jul. 2019

¹⁴ Neves, Daniel Amorim Assumpção - Manual de processo coletivo: volume Único - Ed JusPodivm, 2016 - p 325-326.

recurso, qualquer cidadão, além do Ministério Público. Tal dispositivo vai ao encontro do que está disposto no CPC, uma vez que o entendimento geral é de que, ao expressar "qualquer cidadão", o texto legal condiz com a figura do terceiro prejudicado. Por esse motivo, no entanto, não pode ser visto como uma legitimidade de ampla abrangência, devendo preencher os requisitos do art. 996 do CPC, devendo apresentar justificativa legítima para poder intervir no processo, embora a simples lesão à coletividade seja suficiente, devido ao caráter do direito difuso protegido por essa ação.

Um ponto interessante quanto à legitimidade, no entanto, está no art. 14 da Lei do Mandado de Segurança, o qual expressa, em seu §2º, que a capacidade de recorrer se estende à autoridade coatora, corroborando a ideia de que ela, apesar de integrar o processo, não se configura como parte ré.

No que tange os efeitos do recurso, há de se destacar que a regra geral nas ações coletivas, os recursos terão apenas efeito devolutivo, conforme evidenciado pelos artigos 14 da Lei 7.347/1985, no art. 215 do ECA e art. 85 do Estatuto do Idoso, por exemplo, ficando o efeito suspensivo como facultativo ao juiz para aplicar nos casos em que achar necessário, se houver probabilidade de ocorrência de dano de difícil reparação¹⁵.

2.8 - Gratuidade

A gratuidade de justiça, diferentemente da assistência judicial gratuita, é um instituto do direito processual na qual há a dispensa das despesas processuais, a qual deve ser solicitada judicialmente no início do processo ou em seu curso, o que lhe caracteriza como provisória, especialmente por estar condicionada ao estado de pobreza do postulante e que pode ser revogada a qualquer momento¹⁶.

¹⁵Cunha, Rômulo Silva - Recursos no sistema coletivo - disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/recursos-no-sistema-coletivo/>> - acesso em 27 jun. 2019

¹⁶ de Melo, Nehemias Domingos - Da gratuidade da justiça no novo CPC e o papel do judiciário - disponível em <<https://jus.com.br/artigos/45569/da-gratuidade-da-justica-no-novo-cpc-e-o-papel-do-judiciario>> - acesso em 29 jun. 2019

No processo comum, do ponto de vista do acesso à justiça, esse é um instituto fundamental para que os indivíduos mais vulneráveis da sociedade tenham a possibilidade de reivindicar seus direitos perante a justiça sem que seja impedido pela barreira econômica existente.

No entanto, a gratuidade no processo coletivo tem uma configuração diferente. De acordo com os artigos 18 da Lei da Ação Civil Pública e 87 do CDC, os quais possuem a mesma redação, expressam que "não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais."

Como se pode observar pelo texto legal, a isenção garantida pelo texto legal refere-se apenas ao pagamento das verbas sucumbenciais, enquanto que as custas processuais, por exemplo, haverá apenas a dispensa do adiantamento referente a elas. É um instituto bastante diferente do presente no processo comum, embora isso se dê ao escopo diferenciado das ações coletivas¹⁷.

3.1 - Class Action Americana

Os Estados Unidos são um país cujo ordenamento jurídico se apresenta de forma bastante distinta quando se comparado ao nosso. No que se refere ao direito coletivo, sua evolução histórica não poderia ser mais diferente, especialmente por se tratar de um país do sistema da common law, onde os precedentes judiciais vinculam os julgados posteriores com normas por eles criadas.

Outro fator importante nessa distinção está na falta de centralização do poder judiciário, com a independência estadual para se versar sobre o assunto. Embora as class actions tenham um escopo e um sistema federal, a autonomia estadual produz sistemas estaduais distintos.

¹⁷Neves, Daniel Amorim Assumpção - Manual de processo coletivo: volume Único - Ed JusPodivm, 2016 - p 485-491.

No entanto, nos Estados Unidos, todas as class actions são governadas pela mesma regra, a chamada Rule 23 da Federal Rules of Civil Procedure¹⁸ (Regras Federais de Processo Civil, em português). É esse dispositivo legal que sustenta o sistema de class actions norte-americano, traçando os requerimentos e procedimentos a serem adotados pelas ações.

Devido à política norte-americana e aos meios como o ordenamento jurídico se organiza, é um sistema que está em constante mudança, tendo em vista, como já mencionado, de como os precedentes judiciais moldam seu sistema jurídico. Além disso, a pluralidade de sistemas estaduais torna o estudo do panorama norte-americano um trabalho extensivo e de grande complexidade.

Desse modo, o presente artigo terá como base de estudo a Rule 23 já mencionada, tendo em vista que é o pilar que sustenta as class actions e, por si só, já ser capaz de demonstrar as peculiaridades do sistema americano de tutelas coletivas.

3.1 - Pré-requisitos, certificação e tipos de ação

De certo modo, a Rule 23 é bastante direta quanto ao ordenamento de seus dispositivos e aos limites que deseja traçar. Em seu primeiro item, por exemplo, ela já destaca os requisitos para que uma ação possa ser aceita como uma class action, destacando quatro pontos necessários para isso.

De forma bem direta, expressa que, para a class action ser aceita, (1) a classe deve ser tão numerosa que a reunião de todos os seus membros seja impraticável, (2) que tenha questões de direito ou de fato comum à classe, (3) que haja identidade nas pretensões ou defesas do representante e dos demais membros da classe e (4) que haja representatividade adequada e justa por parte dos representantes da classe em relação aos interesses dos demais integrantes.

¹⁸ Alexander, Janet Cooper - An Introduction to class action procedure in the United States - disponível em <<https://law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf>> - acesso em 13 jun. 2019

Depois de analisadas esses requisitos e estando em conformidade com eles, a ação terá de se encaixar em uma das três categorias elencadas pela Regra 23(b), se caracterizando como hipóteses de cabimento. No primeiro caso, por exemplo, será aplicável quando a propositura de ações individuais poderia criar o risco de decisões contraditórias ou prejudicar os interesses de outros membros da classe.

O segundo caso, por outro lado, é cabível nas situações em que alguém age ou deixa de agir de forma inadequada em relação à classe, o que gera uma obrigação de fazer ou não fazer¹⁹, não sendo cabível, nesse caso, pedido indenizatório, tendo em vista que a decisão judicial será uma declaração, proibição ou imposição de determinada conduta²⁰. Normalmente se referem a casos para a afirmação de direitos civis, tanto para que sejam efetivados quanto para que não sejam prejudicados.

A última hipótese de cabimento é a aplicável nas ações de natureza indenizatória cuja motivação tenha sido algum dano gerado aos membros da classe. É um instrumento muito comum e que evoluiu no direito americano, tendo em vista que, no começo, somente se admitia o cabimento nas ações cujo o dano motivador tenha sido em massa, enquanto que agora o entendimento é de que isso também se aplica aos casos em que os danos tenham ocorrido em locais/momentos diferentes.

Atendendo aos requisitos legalmente necessários e sendo cabível em um dos três casos mencionados, a ação passará por um processo de certificação, ou seja, haverá análise por parte do juiz a respeito desses elementos para que a class action seja mantida, a qual será feita através de documentos ou discussão oral das partes sobre o caso. Caso não esteja adequada, no entanto, a classe poderá ser desfeita e os representantes presentes poderão ajuizar ação

¹⁹ DAUDT, Simone Stabel. Aspectos das ações coletivas no direito brasileiro e das class action no direito norte-americano. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3871, 5 fev. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26599>. – acesso em 10 jul. 2019

²⁰ Soares, Ana Luiza Mendonça /Rezende, Naiara Rodrigues - A CLASS ACTION NORTE-AMERICANA E O PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO - disponível em <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/viewFile/1681/1360>> - acesso em 10 jul. 2019

individualmente.

3.2 – Notificação

Um ponto de interessante menção e de relevância para o acesso à justiça refere-se ao processo de notificação, conforme previsto para os casos da Rule 23(b)(3), tendo em vista que a Suprema Corte já havia decidido que é um requerimento constitucional que os demais membros da class action sejam notificados sobre a certificação da ação da qual fazem parte. Isso é justamente para que não haja violação do devido processo e que se adjudique pelo direito de alguém que não havia ciência de que o caso existia.

O ponto de controvérsia, no entanto, se refere a outra decisão da Suprema Corte quanto às custas da notificação, a qual entendeu que o ônus deverá ser da parte autora. Tal decisão pode estabelecer um sério obstáculo em determinadas ações, especialmente nas que detêm um polo ativo de grande volume e que grande parte precise ser notificada, o que implicaria em um custo exorbitante e talvez não condizente com o devido caso²¹.

3.3 – Direito de Desistência

Esse direito é outro que é de suma importância para os membros ausente da classe que compõe o processo. O motivo para isso é que, assim com a própria notificação é um instrumento utilizado para que não se viole o devido processo e que se decida sobre um caso cujo membro não sabia que era parte, o direito de desistência visa a preservação do direito material que é núcleo da ação.

Isso ocorre porque o membro pode escolher não ser parte do processo e decidir ajuizar uma ação individual, ou, nos casos em que a notificação tenha sido

²¹ Alexander, Janet Cooper - An Introduction to class action procedure in the United States - disponível em <<https://law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf>> - acesso em 13 jun. 2019

enviada tardiamente no processo, se não concordar com os termos do acordo firmado. Tendo em vista esse direito de desistência, por um lado, se decidir exercê-lo, ele não terá direito aos benefícios do julgamento a favor da class action, mas, por outro lado, não estará atrelado a uma decisão que lhe seja desfavorável²².

3.4 – Financiamento das Class Actions

O caso financeiro das class actions é um processo complicado dentro do ordenamento americano. Isso porque, devido às particularidades da class action, não é possível a firmação de acordos em relação a taxas contingenciais, as quais são fundamentais dentro do direito americano, tendo em vista que os membros da classe não contratam um advogado antes do ajuizamento da ação.

A solução primária para esse problema foi a criação de fundo comum com o dinheiro adquirido pela litigância, com os advogados responsáveis pelo pagamento inicial das custas necessárias e havendo a restituição ao fim do processo do que lhes é de direito, tendo em vista os cálculos dos fatores decorrente ao longo do processo.

No entanto, existem inúmeros processos para que esse procedimento seja efetivado, seja pela atuação de advogados estatutários, seja pela firmação de acordo de que cada parte arcará com as próprias custas, não havendo a sucumbência do perdedor, ou recorrer a grupos de financiamento privado, por exemplo.

Devido ao alto custo das class actions, essa liberdade oferecida pelo ordenamento jurídico é um incentivo ao acesso à justiça. É o tipo de procedimento que variará de ação para ação, dependendo do caso concreto e dos interesses dos membros que o compõe. Mesmo que o aspecto financeiro se prove um

²² Alexander, Janet Cooper - An Introduction to class action procedure in the United States - disponível em <<https://law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf>> - acesso em 13 jun. 2019

obstáculo para a propositura das class actions, as possibilidades de financiamento se mostram como um meio de minimizar tais limites²³.

4 - Conclusão

Tendo em vista os dois ordenamentos apresentados (brasileiro e americano), é difícil traçar linhas sobre quais aspectos cada um poderia incorporar do outro, uma vez que se tratam de sistemas completamente distintos e altamente influenciados pela cultura e história de cada país.

No entanto, acredito que seja interessante destacar os pontos de cada um que sejam de relevância para a criação de um diálogo que permita visualizar o processo coletivo com um outro ponto de vista, o qual não está limitado pela ideia concreta que se tem ao observar internamente.

No que tange o direito brasileiro, é importante ressaltar o papel do Ministério Público, tendo em vista sua atuação na defesa dos interesses da sociedade e sua capacitação para isso, garantindo maior segurança jurídica ao processo coletivo.

Por outro lado, o direito americano com sua possibilidade de ajuizamento da class action por um representante (ou um grupo de representantes) que irá litigar a favor de outras dezenas ou centenas de membros da classe permite uma maior flexibilização para a propositura da ação. O ponto negativo, no entanto, diz respeito à dificuldade de coordenação e a possibilidade de conflito de interesses, um risco inerente ao sistema do direito americano.

No entanto, o principal ponto a se destacar da análise feita dos ordenamentos é a existência, dentro do direito federal americano, de um conjunto de dispositivos, regrados sob a Rule 23 da Federal Rules of Civil Procedure, que

²³ Alexander, Janet Cooper - An Introduction to class action procedure in the United States - disponível em <<https://law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf>> - acesso em 13 jun. 2019

criam normas unas para a condução do processo das class actions. Entendo que é uma questão que, apesar de tudo, não tem os efeitos ideais dentro do sistema americano devido à organização política-judiciária do país, mas que se mostra como um pilar para a preservação dos direitos a serem buscados nas ações coletivas.

Acredito que, nesse ponto, o Brasil precisa de um sistema unificado para reger o direito processual coletivo, assunto que já fora diversas vezes levantado com as diversas propostas para a criação de um Código de Processo Coletivo, ou até mesmo de uma série de regramentos dentro do Código de Processo Civil, a qual poderia ter ocorrido o advento do novo CPC em 2015.

No entanto, o tema do direito processual coletivo ainda está sendo bastante discutido, tanto para a ampliação do acesso à justiça quanto para a preservação de outros direitos fundamentais. Além disso, é um assunto de extrema relevância para a solução do alto número de litigâncias no poder judiciário, tema que está servindo de justificativa para diversas reformas no ordenamento.

REFERENCIAS

Neves, Daniel Amorim Assumpção - Manual de processo coletivo: volume Único - Ed JusPodivm, 2016.

Satin, Alice - Legitimidade ativa e passiva nas ações coletivas - disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13794> - acesso em 19 jun. 2019

Nishi, Luis Fernando - A legitimidade ativa nas ações coletivas na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - disponível em <<https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo-a-legitimidade-ativa.pdf>> - acesso em 02 jul. 2019

Macedo, *Elaine Harzheim* - Tutela Provisória no Processo Coletivo: Um Diálogo entre o Novo Código de Processo e a Lei da Ação Civil Pública - R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 13, n. 17, p.157-183, jan./dez. 2015.

Mata, Leandro Ferreira da - O sistema recursal no processo civil e outros meios de impugnação de decisões - disponível em <<https://jus.com.br/artigos/74879/o-sistema-recursal-no-processo-civil-e-outros-meios-de-impugnacao-de-decisoes>> - acesso em 05 jul. 2019

Cunha, Rômulo Silva - Recursos no sistema coletivo - disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/recursos-no-sistema-coletivo/>> - acesso em 27 jun. 2019

Melo, Nehemias Domingos de - Da gratuidade da justiça no novo CPC e o papel do judiciário - disponível em <<https://jus.com.br/artigos/45569/da-gratuidade-da-justica-no-novo-cpc-e-o-papel-do-judiciario>> - acesso em 29 jun. 2019

Alexander, Janet Cooper - AN INTRODUCTION TO CLASS ACTION PROCEDURE IN THE UNITED STATES - disponível em

<<https://law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf>> - acesso em 13 jun. 2019

DAUDT, Simone Stabel. Aspectos das ações coletivas no direito brasileiro e das class action no direito norte-americano . Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3871, 5 fev. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26599>. - acesso em 10 jul. 2019

Soares, Ana Luiza Mendonça /Rezende, Naiara Rodrigues - A CLASS ACTION NORTE-AMERICANA E O PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO - disponível em <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/viewFile/1681/1360>> - acesso em 10 jul. 2019

Ficha catalográfica automática - SDC/BFD
Gerada com informações fornecidas pelo autor

W373a Weber filho, Pedro Paulo Lehmkühl
Análise dos Sistemas de Processo Coletivo Brasileiro e
Norte Americano para a Efetivação de Direitos Fundamentais /
Pedro Paulo Lehmkühl Weber filho ; Marcelo Pereira de Almeida,
orientador. Niterói, 2019.
26 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)-
Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito,
Niterói, 2019.

1. Direito Processual Civil. 2. Direito Comparado. 3.
Direitos Fundamentais. 4. Acesso à Justiça. 5. Produção
intelectual. I. Almeida, Marcelo Pereira de, orientador. II.
Universidade Federal Fluminense. Faculdade de Direito. III.
Título.

CDD -



Universidade Federal Fluminense
Faculdade de Direito - Coordenação do Curso de Graduação (SGD)

ATA DE DEFESA DE TRABALHO DE FIM DE CURSO

Em 22 de JULHO de 2019, na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, reuniu-se a banca composta pelos professores abaixo-assinados para examinar e avaliar a defesa oral do trabalho Análise do Sistema de Processo Coletivo Brasileiro e Não Comarcado para o Eficaz de Direito Constitucional do (a) graduando (a) Pedro Paulo Heberwald Weber Felho

Ao final dos debates, foram concedidas as seguintes notas:

Professor (a)	Nota	Assinatura
MARCIO PERINDE SILVA	7,0	
FERNANDO GAMA DE M. NETTO	7,0	Sermundo Gama de M. Netto
Carlos Eduardo D. Cascolati	7,0	Carlos Eduardo D. Cascolati
Média final	7,0	

Com isto, o trabalho foi (X) APROVADO () APROVADO COM RESTRIÇÕES (DISCRIMINA-LAS EM ANEXO) () REPROVADO, sendo este resultado também atestado pela seguinte assinatura do graduando.

Pedro Paulo Weber
Estudante avaliado