

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

THAIZ DA SILVA VESCOVI

**REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA E ACESSO
COLETIVO À JUSTIÇA: A INFLUÊNCIA DAS
CLASS ACTIONS ESTADUNIDENSES NAS
AÇÕES COLETIVAS DO BRASIL**

**VITÓRIA
2009**

THAIZ DA SILVA VESCOVI

**REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA E ACESSO
COLETIVO À JUSTIÇA: A INFLUÊNCIA DAS
CLASS ACTIONS ESTADUNIDENSES NAS
AÇÕES COLETIVAS DO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Carlos Henrique Bezerra Leite.

VITÓRIA

2009

THAIZ DA SILVA VESCOVI

**REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA E ACESSO
COLETIVO À JUSTIÇA: A INFLUÊNCIA DAS
CLASS ACTIONS ESTADUNIDENSES NAS
AÇÕES COLETIVAS DO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada _____ em
_____ de _____ de _____.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor Doutor Carlos Henrique Bezerra Leite
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Professor Doutor
Faculdade de Direito de Vitória
Examinador

Professor Doutor
Faculdade de Direito de Vitória
Examinador

A Deus e à minha família, novamente e sempre.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Doutor Carlos Henrique Bezerra Leite, por manifestar constante espírito de colaboração para que este trabalho fosse produzido com grande embasamento teórico, por sanar as muitas dúvidas advindas no decurso da elaboração desta dissertação e pelas lições humanistas, que guardarei comigo.

À Professora Doutora Carolina Bonadiman Esteves, pela fundamental colaboração.

À Professora Doutora Elda Coelho de Azevedo Bussinguer, pelos ensinamentos memoráveis no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Vitória.

À Professora Doutora Ada Pellegrini Grinover, presença marcante em sala de aula, por me ensinar a enxergar os novos rumos do Processo Coletivo.

Aos Professores do Programa de Pós-Graduação e aos colegas de turma, pelo constante apoio na realização deste trabalho e pela colaboração ímpar desde o primeiro dia de aula.

Ao Professor Doutor Peter Bell e ao Pesquisador Rahim Kanani, bem como a toda a equipe do Hauser Center – Human Rights Domain da Universidade de Harvard, pela receptividade e constante colaboração.

À minha mãe, Lenora, ao meu pai, Paulo, e a meu irmão, Paulo Victor, pela força que nos une, pela dedicação e pelas oportunidades que me possibilitaram.

“Bem-aventurada és tu que acreditaste...”

Lc 1,45

RESUMO

O trabalho busca verificar se a representatividade adequada do sistema das *class actions* estadunidenses pode ser utilizada no ordenamento jurídico brasileiro no sentido de ampliar o direito fundamental de acesso à justiça. Utiliza o método dedutivo e o tipo de pesquisa exploratório e comparativo. Na introdução, apresenta a problemática e sua importância e propõe uma divisão do trabalho em cinco capítulos. No primeiro capítulo, discorre sobre a metodologia de comparação de sistemas jurídicos e a possibilidade de comparação entre *civil law* e *common law*. Salienta a origem, os traços e as características marcantes do sistema romano-germânico bem como do sistema anglo-saxão, fazendo, posteriormente, o cotejo entre esses sistemas. No segundo capítulo, apresenta as características básicas e a evolução do conceito de acesso à justiça no âmbito nacional brasileiro e estadunidense, no plano individual e coletivo, e salienta o acesso à justiça como direito humano e fundamental bem como mecanismo fundamental de proteção dos direitos fundamentais. Constata que o acesso à justiça no Estado Democrático tem significado de justiça social e não apenas de mera garantia ao direito de petição, com relevância não só ao indivíduo, mas principalmente à coletividade. Demonstra que esse conceito não apresenta grandes variações no Brasil e nos EUA, apesar de esse direito fundamental ter tido uma evolução diversa em ambos os cenários. Também observa que o acesso à justiça ainda padece de problemas na sua efetivação, principalmente na seara da legitimação coletiva. No terceiro capítulo, discorre sobre o papel da ação coletiva, ou *class action*, estadunidense como mecanismo de garantia dos direitos humanos, fundamentais e sociais. Trata do conceito e da evolução dessa ação no cenário estadunidense, dos interesses protegidos, das regras de cabimento, legitimação e representatividade adequada e do *opt in* e *opt out*, discutindo a efetividade do acesso à justiça nesse sentido. No quarto capítulo, faz a mesma análise descrita acima, agora em relação às ações coletivas brasileiras, abordando o conceito dessas ações, a sua evolução no cenário brasileiro, os interesses por elas protegidos e as regras de cabimento. Opta por limitar o estudo apenas às ações civis públicas, por serem as ações coletivas mais próximas das *class actions* estudadas. Acerca das Ações Civis Públicas, destaca como ocorre a legitimação e a representatividade adequada. Por fim, discorre sobre

a efetividade do acesso à justiça em face de tal legitimação no Brasil, como meio garantidor dos demais direitos fundamentais e aponta problemas acerca da utilização maciça da legitimação pública no País. No quinto capítulo, faz um apanhado geral das diferenças entre a ação coletiva brasileira e a ação estadunidense no que diz respeito à legitimação como meio de efetivação do acesso, analisando qual país consegue proporcionar um acesso mais efetivo, fundamentando-se, principalmente, no que foi dito nos capítulos anteriores. Comparando o sistema brasileiro ao sistema estadunidense da representatividade adequada, conclui que, no Estado Brasileiro, a propensão para a utilização em larga escala da legitimidade pública nas ações coletivas acaba sendo um empecilho à maior efetividade do acesso à justiça, comprometendo a efetividade dos demais direitos fundamentais.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Legitimação. Representatividade adequada. Ações coletivas. *Class actions*.

ABSTRACT

The present work searches to verify if the adequacy of representation of the United States system of class action can be used in the Brazilian legal system to extend the fundamental right of access to justice. The deductive method and the type of exploratory and comparative research were used. In the introduction it was presented problematic, its importance and the division of the work in five chapters. The first chapter one discoursed on the methodology of comparing legal systems and the possibility of comparison between civil law and common law. One presented the origin, the traits and characteristic features of Roman-Germanic system, and the Anglo-Saxon, bringing then the comparison between these systems. The second chapter presented the basic characteristics and evolution of the concept of access to justice at the Brazilian and U.S. governments, both individually and collectively, as pointed out in access to justice as a fundamental human right and fundamental mechanism to protect these rights. It was found that access to justice in a democratic state has significance of social justice and not just only a guarantee of the right of petition, with relevance to the individual and the community even more. It was demonstrated that this concept has no major changes in Brazil and the U.S., despite this fundamental right had a different evolution in both scenarios. Thus, it was also noted that access to justice suffers from problems in its execution, especially on collective standing. The third chapter describes the role of United States class action mechanism to guarantee human, fundamental and social rights. Talked about the concept of this action, the evolution of the class action's scenario in the U.S., the interests protected by the rules of pertinence, standing and adequacy of representation, *opt in* and *opt out*, for analyzing the effectiveness of access to justice in this sense. The fourth chapter made the same analysis of the third chapter to Brazilian's collective suits addressing the concept, the evolution at the Brazilian scenario, the interests protected and relevancy of these actions. At this point, these work decided to limit the study only to the Brazilian's Public Civil Action, because these are the collective actions closer to US. class actions studied. About that Brazilian action, stood out as is the legitimacy and representativeness appropriate. Talked about the effectiveness of access to justice in the Brazilian collective suit's standing, as a guarantor of other fundamental rights. Furthermore, there were

problems with the massive use of public legitimacy in Brazil. In the fifth chapter, there was an overview about the differences drawn between Brazilian's collective action and United State's class action in regard to standing, analyzing which country can provide a more effective access to justice, based on the previous chapters. It was concluded that in the Brazilian state is the propensity for large-scale use of public standing on collective actions, which ends up being a hindrance to a more effective access to justice and other fundamental rights, as compared to the United States system of adequate representation.

Keywords: Access to justice. Standing. Adequacy of representation. Collective suits. Class actions.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 METODOLOGIA DE COMPARAÇÃO DE SISTEMAS JURÍDICOS..	16
1.1 <i>CIVIL LAW VERSUS COMMON LAW</i>	16
1.1.1 Sistema romano-germânico ou <i>civil law</i>	20
1.1.2 Sistema legal da <i>common law</i>	29
1.2 A COMPARAÇÃO DE SISTEMAS JURÍDICOS DA <i>COMMON LAW</i> E DA <i>CIVIL LAW</i>	45
2 ACESSO COLETIVO À JUSTIÇA.....	55
2.1 ACESSO À JUSTIÇA: CARACTERÍSTICAS BÁSICAS.....	56
2.1.1 No plano individual.....	68
2.1.2 No plano coletivo.....	75
2.1.3 No direito estadunidense.....	80
2.1.4 No direito brasileiro.....	88
3 PAPEL DAS AÇÕES COLETIVAS OU <i>CLASS ACTIONS</i> ESTADUNIDENSES.....	95
3.1 ORIGENS E CONCEITOS.....	96
3.2 CABIMENTO E INTERESSES PROTEGIDOS.....	103
3.3 LEGITIMAÇÃO E REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA: <i>STANDING</i> E <i>ADEQUACY OF REPRESENTATION</i>	107
3.3.1 O sistema do <i>Opt in</i> e do <i>Opt out</i>	112
3.3.2 Efetividade do acesso à justiça ante a representatividade adequada.....	115

4 PAPEL DAS AÇÕES COLETIVAS BRASILEIRAS.....	119
4.1 ORIGENS E CONCEITOS.....	119
4.2 CABIMENTO E INTERESSES PROTEGIDOS.....	130
4.3 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	133
4.3.1 Legitimação e representatividade adequada.....	137
4.3.2 Efetividade do acesso à justiça ante a legitimação.....	147
5 REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA ESTADUNIDENSE VERSUS LEGITIMAÇÃO ATIVA BRASILEIRA: COMPARAÇÃO DESSES MECANISMOS DE ACESSO COLETIVO À JUSTIÇA	154
5.1 LEGITIMAÇÃO ATIVA: <i>CLASS ACTIONS</i> ESTADUNIDENSES <i>VERSUS</i> AÇÃO CIVIL PÚBLICA BRASILEIRA.....	155
5.2 ADOÇÃO DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA ESTADUNIDENSE COMO MEIO DE AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO BRASILEIRO.....	161
5.3 TÉCNICA PROCESSUAL E PROCEDIMENTO ADEQUADO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS METAINDIVIDUAIS.....	168
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	170
7 REFERÊNCIAS.....	174

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como foco a legitimação nas ações coletivas ativas e o direito fundamental de acesso à justiça e procura analisar comparativamente os sistemas jurídicos de *common law* e *civil law*.

Muito se tem falado sobre os direitos metaindividuais e a importância da ótica coletiva dos fatos ocorridos no mundo. Juntamente com o avanço da sociedade, da globalização, dos meios de comunicação modernos, das multinacionais, de um mundo em degradação antrópica e do surgimento dos conflitos de massa, o direito necessitou evoluir de modo a poder prestar uma tutela aos novos direitos: àqueles pertencentes não a um único indivíduo, mas a uma quantidade indeterminada de pessoas, à população mundial existente e até a futuras gerações.

Porém, para que o Estado aja de acordo com esse propósito, faz-se necessário que atue com técnicas adequadas. Daí a função das formalidades processuais que são efetivadas por meio da jurisdição metaindividual.

A jurisdição metaindividual pode ser definida como o poder-dever-função do Estado de atuar por meio de um sistema processual que proporcione a tutela dos direitos e interesses metaindividuais por meio de seus representantes ideológicos. Tal sistema é composto de um conjunto de diplomas legais peculiares que formam um núcleo fundamental (também chamado de microssistema) próprio ao manejo de processos supraindividuais.

Nesse núcleo fundamental destacam-se, no atual sistema brasileiro, a Lei de Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85), o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), a própria Constituição Federal (art. 5, incisos XXXV, LXX, e art. 114 e 129, inciso III), a Lei de Ação Popular (Lei n.º 4.717/65), além de instrumentos normativos específicos, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), entre outros.

Todavia, tais mecanismos surgiram não só para garantir a proteção dos direitos metaindividuais no Brasil, como também para possibilitar, de modo ainda mais amplo, o direito fundamental de acesso à justiça e a garantia do “justo processo”.

Cabe lembrar que existem várias interpretações sobre o que seria o “justo processo”. Neste trabalho, será utilizado o conceito proposto por José Roberto dos Santos Bedaque, segundo o qual o “justo processo” seria aquele fixado pelo legislador no modelo constitucional.

Essas garantias que tornam possível o “processo justo” encontram-se dispostas na Constituição Federal brasileira, no art. 5.º, incisos LIII, LIV, LV e LXXVIII, e são também chamadas de devido processo constitucional por alguns autores, entre eles José Roberto dos Santos Bedaque, Cândido Rangel Dinamarco e Calmon de Passos.

O princípio do devido processo constitucional, na perspectiva da Jurisdição Metaindividual, permite analisar o direito fundamental de acesso à justiça e seus institutos peculiares, especialmente o da representatividade adequada presente nas *class actions* estadunidenses e sua influência nas ações coletivas brasileiras.

Vislumbrando dar maior praticidade e realidade ao referido direito fundamental de acesso à justiça, Cappeletti e Garth catalogaram-no em “ondas renovatórias”. Uma vez que há três dessas ondas, destaque será dado à jurisdição metaindividual, que faria parte da segunda e da terceira onda, que são, respectivamente, a adequada representação dos interesses coletivos *lato sensu* e a necessidade de defesa dos interesses coletivos, não apenas dos pobres, mas de todos os cidadãos, através de novos mecanismos e instituições.

Os autores acima citados apontaram tais “ondas renovatórias” como movimentos de aprimoramento do direito fundamental de acesso à justiça e, dentro desse aspecto, a dissertação visa apontar caminhos que proporcionem uma efetividade maior desse direito no âmbito das ações coletivas brasileiras. Para tanto, será utilizado o método comparativo de sistemas, de modo a trazer a experiência de outros países, a fim de analisar como pode ser tratada a questão da legitimidade coletiva de uma forma

mais benéfica à sociedade, à realidade do País, aplicando-se conseqüentemente, da melhor forma possível, a Constituição Brasileira.

Entenda-se aqui “Acesso à Justiça” como o acesso a uma ordem jurídica justa apenas no tocante ao Poder Judiciário, não estando dentro do alcance desse trabalho a pesquisa acerca do acesso à justiça nos demais poderes – o Executivo e o Legislativo.

Nesse contexto, inserido em um paradigma do Estado Democrático de Direito e não mais em um paradigma do Estado Social, o estudante de Direito não teria sua atividade limitada àquilo que a lei dispõe; caber-lhe-ia também assumir, ao lado da ciência, a função de pesquisador jurídico, levando em consideração regras, princípios, leis, bem como o contexto social e histórico em que vive – buscando sempre o aprimoramento do sistema de acordo com as regras da Constituição e da sociedade em constante mudança.

Desse modo, por se verificar que o instituto processual da representatividade adequada previsto no sistema jurídico estadunidense das *class actions* traz a possibilidade de a sociedade civil, por meio de um de seus integrantes, representar a classe, e, ainda, de o representante ser controlado pelo representado, busca-se, nesta dissertação, um novo olhar acerca da questão da legitimidade coletiva, de modo a, posteriormente, saber qual seria a mais adequada à realidade brasileira.

A releitura das regras processuais propicia realçar a importância das normas previstas na Constituição Federal, que implicará um questionamento quanto à aplicação da legitimação coletiva. Ignorar o sistema tido por muitos estudiosos como alienígena pode colocar em risco o próprio direito fundamental de acesso à justiça tanto individual quanto coletivo.

Por outro lado, não se pode dar ênfase demais a uma realidade tão diferente e contrastante da nossa, visto que a cultura, a economia, o desenvolvimento histórico, político e ético do Brasil não são iguais aos dos Estados Unidos da América. Isso, por sua vez, também não implica não poder estudar, analisar e até mesmo

implantar, de forma adequada à realidade brasileira, um instituto de origem estadunidense.

O estudo da presente dissertação passará, então, pelas questões delimitadas acima, suscitando a seguinte pergunta: *A representatividade adequada* no sistema da *class action* estadunidense pode ser utilizada no ordenamento jurídico brasileiro para ampliar o direito fundamental de acesso à justiça?

1 METODOLOGIA DE COMPARAÇÃO DE SISTEMAS JURÍDICOS

Primeiramente, importante destacar que o trabalho tem um cunho comparativo, uma vez que procura comparar sistemas jurídicos de dois países diferentes: Brasil e Estados Unidos.

Aqui se explicita que a comparação a ser feita advém necessariamente da conceituação proposta por Guido Fernando Silva Soares (1999, p. 19), segundo o qual a comparação é a “[...] concomitância de dois sistemas, ambos vigentes no momento da análise, de um lado o sistema de um país estrangeiro, e de outro, o sistema tomado por referência”.

O autor explica que, nessa perspectiva comparativa, se tomam

[...] dois sistemas distintos, vigentes em países distintos, num mesmo momento histórico, e as comparações se efetuam, a partir de uma metodologia científica rigorosa, em que apareceriam os elementos comuns e os diferenciados (SOARES, 1999, p. 19).

Em outras palavras, ao se trabalhar aqui com o direito comparado, o estudo deve ter então a dupla tarefa de conhecer cada termo isoladamente, na sua individualidade e especificidade, para, posteriormente, realizar a comparação – diferenciando-os e descobrindo semelhanças e diferenças entre eles.

Em consideração a essas conceituações, estudar-se-á agora, separadamente, cada um desses pontos: o sistema legal romano-germânico, ou *civil law*, em confronto com o sistema legal da *common law*.

1.1 CIVIL LAW VERSUS COMMON LAW

Na tentativa de efetuar uma comparação entre *civil law* e *common law*, inúmeras foram as conceituações e definições consideradas para cada um desses sistemas.

Serão traçadas algumas dessas conceituações e definições apenas a título de esclarecimento inicial, para depois se proceder propriamente a um estudo mais aprofundado sobre o assunto, nos subitens posteriores.

Nesse sentido, será utilizada a definição de Carlos de Almeida, de acordo com a qual, no âmbito internacional, os termos *civil law* e *common law* podem ser assim entendidos:

[...] a expressão *civil law* é a fórmula usada pelos *common layers* para designar os direitos romano-germânicos. *Civil law* é a tradução inglesa de *jus civile*, tomada como paradigma do direito romano, recebido por aquelas ordens jurídicas e tronco comum dos direitos europeus continentais. A contraposição entre *common law* e *civil law* vem assim pôr em evidência duas diferentes origens históricas: a formação especificamente inglesa do primeiro e a evolução a partir do direito romano própria dos sistemas jurídicos romano-germânicos [...]. No seu sentido originário, a expressão *common law* significava o direito aplicado pelos tribunais reais ingleses criados no século XII. A partir deste, outros sentidos, conexos com aquele, derivam das mesmas palavras. Assim, a expressão *common law* pode ser actualmente usada em três sentidos, dependendo do contexto a percepção de qual deles é, no caso, o adequado. Com o aparecimento das regras de *equity*, aplicadas pelo tribunal da Chancelaria, o direito dos restantes e mais antigos tribunais reais continuou a designar-se como *common law*. Nesse sentido, *common law* (ou só *law* – por exemplo, na máxima *equity follow the law*) é todo o direito das ordens jurídicas anglo-saxônicas com exclusão das regras de *equity*. A progressiva importância de lei (*statutory law*) fez alargar o conceito de *common law* de modo a incluir todo o direito de criação jurisprudencial. Neste sentido, *common law* equivale a *case law*, sendo, portanto, todo o direito das ordens jurídicas anglo-saxônicas que não seja *statutory law* (ALMEIDA, 1998, p. 143-144).

Significa dizer que a família da *civil law* se refere ao direito romano-germânico, criado por meio das compilações de Justiniano, baseado na codificação ou *Codex*, que se espalhou pela grande maioria dos países europeus e latinos, enquanto a família da *common law* se refere ao direito anglo-saxão, aplicado pelos tribunais ingleses, baseados na jurisprudência e no *equity*, que se expandiu pelas colônias inglesas.

Com tal raciocínio, também será usada a terminologia conferida por Andréia Costa Vieira:

[...] refere-se ao sistema legal adotado pelos países da Europa Continental (com exceção dos países escandinavos) e por, praticamente, todos os outros países que sofreram um processo de colonização, ou alguma grande influência deles – como os países da América Latina. O que todos esses

países têm em comum é a influência do direito romano, na elaboração de seus códigos, constituições e leis esparsas. É claro que cada qual recebeu influência também do direito local, mas é sabido que em grande parte desses países, principalmente os que são ex-colônias, o direito local cedeu passagem, quase que integralmente, aos princípios do direito romano. E, por isso, a expressão *civil law*, usada nos países de língua inglesa, refere-se ao sistema legal que tem origem ou raízes no direito da Roma antiga [...]; portanto, também denominado sistema romano-germânico (VIEIRA, 2007, p. 21-22).

Por sua vez, o sistema legal da *common law*, para a aludida autora,

[...] tem por fonte primária de direito casos já julgados que se tornam vinculantes, ou seja, que devem ser obrigatoriamente observados em julgamentos posteriores [...]. Aspectos consuetudinários e de equidade também distinguem a *common law* da *civil law*. O sistema da *common law* é o sistema praticado nos Estados Unidos da América (com exceção do Estado da Louisiana), na Inglaterra, no Canadá (com exceção da província do Quebec), na Austrália, na Índia, e em outros países outrora colônias da coroa britânica. [...] Os casos julgados nas cortes inglesas, americanas e de outros países da família da *common law* formam, junto aos estatutos e legislações esparsas, a fonte primária do direito. Assim, princípios de direito, dos mais simples aos mais complexos e importantes, são inteiramente construídos pelas cortes da justiça, sem que haja qualquer lei escrita a respeito. Muitas vezes, a lei só é criada posteriormente, mas nem por isso o direito deixa de ser existente (VIEIRA, 2007, p. 107-108).

Apesar de visíveis diferenças entre ambos os sistemas jurídicos, importante ressaltar que também podem ser encontradas semelhanças ou características comuns entre eles. É o caso, por exemplo, de ambos terem sido influenciados pela religião, apresentarem tradições culturais do humanismo e do racionalismo, além de terem sido pautados no liberalismo político e econômico que limitou a força e o uso dos costumes, dando maior prevalência às ordens normativas.

Sobre tais semelhanças, importantes se fazem as palavras de Carlos de Almeida, quando explica:

Civil law e *common law* têm substractos culturais e religiosos comuns. A colonização foi a via pela qual esses valores se expandiram para fora da Europa e, com eles, as respectivas concepções de direito. Muito semelhantes surgem também os modelos de organização do Estado e de garantia dos direitos dos cidadãos, apesar dos diferentes ritmos históricos, marcados pelas Revoluções Francesa e Americana em contraste com o reformismo inglês. Paralelos foram ainda os caminhos que conduziram ao mesmo modelo econômico de economia de mercado. Este liberalismo político-econômico, mais ou menos matizado por uma coloração social, não impunha, porém, tamanha convergência nos sistemas de fontes do direito. Ainda assim, exigia um mínimo de intervenção do Estado, que se revela na prevalência da lei e na subalternização do costume. Tais elementos não

são, porém, “naturais” (na acepção jusnaturalista do termo), nem sequer comuns a todas as ordens jurídicas contemporâneas. Se este estudo macrocomparativo abrangesse o âmbito planetário, muitos deles seriam postos em confronto com diferentes valores culturais e religiosos (vg, direitos islâmicos), com outras concepções políticas, cívicas e econômicas (vg, direito chinês) e mesmo com sistemas em que o costume persiste como fonte de direito fundamental (vg. alguns direitos africanos). As referidas características constituem afinal o *common core* dos direitos actualmente vigentes nas sociedades que compõem a chamada civilização ocidental (ALMEIDA, 1998, p. 145-146).

Ou seja, apesar de parecerem sistemas jurídicos totalmente diferentes, *civil law* e *common law* na verdade também apresentam características semelhantes, além de ambas também terem sido influenciadas pela religiosidade e pela economia de mercado.

Nesse sentido, sabendo-se que existem semelhanças entre a família romana e a inglesa, importante ainda destacar que o sistema legal da *common law* praticado nos Estados Unidos não só apresenta tais proximidades como também sofreu pequenas influências da *civil law*, ou seja, não é um sistema puramente anglo-saxão nem totalmente isolado do modelo romano-germânico. Isso porque tem uma Constituição própria, totalmente diferente do que ocorre na Inglaterra, por exemplo.

Assim destaca René David:

O triunfo da *common law* nos Estados Unidos foi difícil. Por outro lado, não foi completo. Muitas das regras da *common law* nunca chegaram a ser introduzidas nos Estados Unidos, porque não se adaptavam às condições prevalentes na América. Outras regras de direito inglês não foram admitidas nos Estados Unidos porque a sua origem não era judiciária: sempre foi admitido, com efeito, que as leis votadas pelo Parlamento de Westminster só se aplicariam fora da Inglaterra se o Parlamento o tivesse especialmente decretado [...]. A existência de uma Constituição escrita, comportando uma Declaração de Direitos, é um dos elementos que diferenciam profundamente o direito dos Estados Unidos do direito inglês. O direito constitucional americano difere tanto do direito constitucional inglês que um princípio não admitido na Inglaterra foi aceito nos Estados Unidos: o do controle judiciário da constitucionalidade das leis (DAVID, 1998, p. 394-395).

A partir desse raciocínio, será estudada separadamente, nos subitens a seguir, cada uma das famílias ou sistemas jurídicos, de modo a se entenderem as peculiaridades que apresentam e verificar a possibilidade da realização do estudo comparado entre países de sistemas tão distintos.

1.1.1 Sistema romano-germânico ou *civil law*

Como o próprio nome já indica, o sistema de *civil law*, também conhecido como romano-germânico, advém do direito romano do *ius civillies* de Justiniano – quando então se falava no direito civil aplicado aos nativos de Roma, em contraponto ao direito de *ius gentium*, aplicado aos alienígenas àquele local – e também da influência germânica na construção desse sistema.

Ou seja, o *Corpus Iuris Civilis* foi criado por Justiniano quando codificou as leis do Império Bizantino, chamando esse agrupamento de documentos jurídicos de *Codex*. O *Codex* deveria ser subdividido em tópicos e títulos e posto em ordem cronológica. Futuramente seria dividido em doze livros e subdividido em títulos.

Sobre o assunto, Andréia Costa Vieira lembra a origem do termo e o significado que assumiu no período da Idade Média:

O termo “direito civil”, proveniente do direito romano, era designado aos ramos do direito cuja aplicabilidade era restrita aos cidadãos romanos. O *ius gentium* era, por sua vez, o direito aplicável aos estrangeiros – ou seja, a todos aqueles que, ainda que habitassem em domínios romanos, não eram tidos como cidadãos romanos. Já na Idade Média, o termo “direito civil” era usado para distinguir o direito romano do que era conhecido como “direito canônico”, da Igreja (VIEIRA, 2007, p. 21-22).

Vale dizer que as leis “bárbaras”, escritas em sua maioria em latim e usadas pelas tribos germânicas durante o século VI, se mantiveram até o século XII entre tribos nórdicas. Todavia, tais leis regulavam pouco das relações sociais propriamente ditas.

Já durante o período da Idade Média, de nada servia conhecer e precisar as regras do direito, quando o sucesso ou insucesso das partes dependia, nada mais, nada menos, da vontade divina. Nesse caso, a sociedade retrocedeu, voltando ao estado primitivo.

No momento em que o ideal de uma sociedade cristã fundada na caridade foi abandonado, e a própria Igreja conseguiu distinguir a sociedade religiosa da sociedade laica, ocorreu o renascimento das cidades e do comércio, o que acarretou o também ressurgimento da necessidade de um sistema jurídico regulador da vida social.

Foi a partir disso que surgiu a família romano-germânica. Sobre o assunto, destaca René David:

Deixa de se confundir a religião e a moral com a ordem civil e o direito; o direito vê-se reconhecer com uma função própria e uma autonomia que, no futuro, serão características dos modos de ver da civilização ocidental. A idéia de que a sociedade deve ser regida pelo direito não é uma idéia nova. Fora admitida, pelo menos no que respeita às relações entre particulares, pelos romanos. Mas o regresso a esta idéia, no século XII, é uma revolução. Filósofos e juristas exigem que as relações sociais se baseiem no direito e que se ponha termo ao regime de anarquia e de arbítrio que reina há séculos. Querem um direito novo fundado sobre a justiça, que a razão permite conhecer; repudiam, para as relações civis, o apelo ao sobrenatural. O movimento que se produz nos séculos XII e XIII é tão revolucionário quanto será no século XVIII o movimento que procurará substituir a regra do poder pessoal pela democracia, ou no século XX, aquele que pretenderá substituir a anarquia do regime capitalista pelo remédio da organização social marxista. A sociedade civil deve ser fundada sobre o direito: o direito deve permitir a realização, na sociedade civil, da ordem e do progresso [...]. A eclosão do sistema romano-germânico, que se produz nos séculos XII e XIII, de modo nenhum é devida à afirmação de um poder político ou à centralização operada por uma autoridade soberana [...]. O sistema de direito romano-germânico vai, pelo contrário, afirmar-se, nos séculos XII e XIII, numa época em que não só a Europa não constitui uma unidade política, mas em que a própria idéia de que ela poderia ser diferente acaba por parecer quimérica: numa época em que se torna evidente que os esforços do papado ou do Império não bastarão para reconstituir, num plano político, a unidade do Império Romano. O sistema romano-germânico foi fundado sobre uma comunidade de cultura. Ele surgiu e continuou a existir, independentemente de qualquer intenção política [...] (DAVID, 1998, p. 31-32).

Nesse caso, o poder divino, a barbárie dos costumes locais e a diversidade passaram a dar lugar a um direito fácil de ser entendido, publicado em latim – língua usada pela Igreja Católica e já conhecida por todos – e organizado. Era esse o direito romano advindo das compilações de Justiniano. Nesse ponto, acabou esse direito causando uma disputa entre pagãos (aqueles que estudavam e usavam o direito romano) e a Igreja.

Tal poder legislativo da Igreja e a questão da fragmentação do direito romano em diversos territórios, como o germânico, acabaram por comprimir o sistema, mas não o eliminaram. Vale dizer que, a partir da iniciativa de Justiniano, o sistema acabou sendo recepcionado em diversos países europeus.

Sobre o assunto, explica Carlos Ferreira de Almeida (1998, p. 39-40):

A recepção do direito romano não foi uniforme nem contemporânea nos diferentes países europeus. Sendo direito subsidiário, a extensão e intensidade da sua aplicação estavam dependentes da vigência de outras fontes. Em Portugal, a unidade política, o exercício pelo rei do poder legislativo e a “codificação” empreendida através das Ordenações, a partir do século XV, deixaram às *leges imperiales* um papel que, apesar de ser importante, foi inferior ao que se verificou em espaços onde era menor a densidade de outras fontes. Em França, coexistiram durante o *ancien* regime dois sistemas jurídicos: a sul, o *pays du droit écrit*, onde à vigência do direito visigodo romanizado sucedeu, com a recepção, a predominância do direito romano justinianeu; a norte, o *pays des coutumes*, onde a principal fonte de direito continuou a ser formada por costumes de origem germânica, que a partir do século XV foram objeto de compilações escritas. Na Alemanha, a recepção deu-se mais tarde (século XV), mas foi mais extensa e intensa. Os principais factores que para tal contribuíram foram: a ausência de um poder central, com a conseqüente pulverização política, normativa e judiciária, e a idéia de que a vigência do direito romano se justificava pela (pretensa) continuidade do Império Romano no Sacro Império Romano-Germânico. Por isso, se tem escrito que, na Alemanha, a recepção do direito romano se fez *ratione Imperii* (em razão do Império), enquanto em outros países foi determinada *imperio ratione* (por força da razão).

Desse início de recepção por países como França e Alemanha, o sistema romano-germânico tornou-se um dos sistemas mais utilizados no mundo inteiro, conquistando territórios, como toda a América Latina, grande parte da África, Japão e até mesmo a Indonésia. Boa parte dessa dispersão deu-se por conta da colonização desses territórios pelos países europeus que já utilizavam aquela família.

Vale dizer que, apesar de o direito romano ter-se tornado o direito “comum” utilizado pela Itália, pela Espanha e por Portugal, não se pode dizer que a recepção desse direito ocorreu da mesma maneira nesses três países. Como já se abordou o que ocorreu na Itália, passa-se ao ocorrido na França e na Alemanha.

No que diz respeito à França e às regiões hispânicas de Castela e Leão, o direito romano foi admitido como razão escrita, enquanto na Alemanha e na Itália nada disso ocorreu, porque não se permitia estabelecer o conteúdo dos costumes e não se esperava que os juízes o soubessem.

Sobre o assunto, destaca René David:

Na França, por exemplo, o direito romano é admitido por toda a parte a título de razão escrita: império *rationis* e não *ratione imperii*, porque o rei da França é imperador de seu reino, e não reconhece o valor obrigatório das leis romanas consideradas como leis imperiais. A mesma fórmula, porém, abarca uma realidade muito diferente nas regiões do sul da França, de direito escrito, e nas regiões do norte, regiões de direito consuetudinário [...]. A mesma observação pode ser feita na Espanha, onde o direito romano é recebido na Catalunha, e apenas vale como razão escrita em Castela e em Leão [...]. Na França, os progressos do direito romano foram freados porque existiam as pesquisas feitas para constatar os usos e costumes vigentes, que permitiam estabelecer na justiça o conteúdo dos costumes; por outro lado, desde o início do século XIV, antes que os pós-glosadores tenham começado a preocupar-se com a adaptação do direito romano às necessidades da sociedade, constituiu-se um grande Tribunal Real, o Parlamento de Paris, capaz de realizar, sobre uma outra base, um trabalho análogo [...]. Na Alemanha e na Itália, pelo contrário, nada disso se observa. Nenhum processo permite estabelecer o conteúdo dos costumes e não se pode esperar que os juízes tenham um conhecimento pessoal daqueles. Na verdade, recorre-se muitas vezes, na Itália, no século XII, a juízes itinerantes, que se escolhem propositadamente fora da região, na esperança de que eles então, deste modo, seriam independentes das facções e imparciais. Por outro lado, na Alemanha, difunde-se, no século XIV, uma prática que chega a resultados análogos, a da *Aktenversendung*. A organização dos tribunais é, então, anárquica; existem mais de 2.000 na Saxônia. Para se obter a solução de justiça, envia-se o dossiê da questão para longe do local do processo, a uma Universidade (*Spruchfakultat*), que dirá como o processo deve ser regulado em direito (DAVID, 1998, p. 25).

Ou seja, o direito romano, apesar de prevalente nessas regiões, deu-se de forma distinta em cada uma delas. No caso da França, de início o rei francês quis manter-se afastado das leis romanas, não reconhecendo o valor delas, para, no século XIV, instituir o Parlamento de Paris que realizaria um trabalho análogo. Era a justiça que reconhecia o conteúdo dos costumes.

No caso da Alemanha e da Itália isso não ocorreu. Nenhum procedimento jurídico objetivava conferir validade jurídica aos costumes, nem era na justiça que isso ocorria. Ao contrário, buscavam-se juízes itinerantes e de regiões distantes, que não conhecessem os grupos e facções existentes, de modo a terem imparcialidade sobre os costumes daquela região.

Ainda no que tange à expansão do direito romano-germânico, a facilidade de uma codificação compilada também foi uma das características que contribuíram para essa situação. Sobre o assunto, destaca René David:

A família do direito romano está atualmente dispersa pelo mundo inteiro. Ultrapassando largamente as fronteiras do antigo Império Romano, ela conquistou particularmente toda a América Latina, uma grande parte da África, os países do Oriente próximo, o Japão e a Indonésia. Esta expansão deveu-se em parte à colonização, em parte às facilidades que, para uma recepção, foram dadas pela técnica jurídica da codificação, geralmente adotada pelos direitos românicos no século XIX (DAVID, 1998, p. 25).

Ainda sobre a estrutura do sistema de *civil law* nas nações que o utilizam, interessante lembrar que

[...] a classificação dos sistemas de direito civil procede como se a lei apenas possuísse validade nos lugares cobertos pelos códigos do sistema. Nessas áreas, os códigos clássicos estabelecidos têm um papel importante para a autonomia individual e prevêm um papel mínimo de intervenção governamental. Esse esquema reflete o então prevalecente ponto de vista sobre o individualismo e a economia de mercado. No caso da metodologia de ensino da *civil law*, é perceptível que este nada mais é que uma consequência natural de seus princípios, onde o próprio material didático normalmente consiste em tratados sistemáticos e, eventualmente, um código anotado (GLENDON; GORDON; CAROZZA, 1999, p. 77, tradução nossa).¹

Com tal metodologia do *Codex*, o direito passou a tornar-se rígido, fazendo-se necessária a criação e utilização da *equitas* ou equidade. A equidade surgiu para tentar adequar a lei ao caso concreto, diminuindo as injustiças e aplicações literais que estavam a ocorrer no Império Romano.

De acordo com Andréia Costa Vieira:

Dessa forma, a lei geral e abstrata, cuja aplicação literal poderia gerar injustiças, torna-se equitativa quando da análise para um ajustamento aos casos concretos [...]. Por vezes, é difícil distinguir o conceito de equidade do de direito natural ou de moral, e há muitos que os confundem, de fato. A noção de equidade norteia-se pela vontade de dar julgamento semelhante a

¹ [...] the classification of civil law systems proceeds as if the only law worth taking into account were the areas of law covered by the civil codes. In those areas, the classical codes established a large role for individual autonomy and foresaw a minimal role for governmental intervention. This scheme reflected then-prevailing views about individualism and the market economy [...] the methods of civil law education are a natural outgrowth of its principles. Teaching materials ordinarily consist of systematic treatises and, where appropriate, an annotated code.

casos idênticos, levando-se em consideração as particularidades de cada caso. Nem sempre é fácil aplicar uma norma rígida a um caso cheio de contornos. Já ponderava Ruggiero que não é raro suceder que o caso concreto apresente circunstâncias diversas das previstas ou que não foram previstas, de onde se segue que, se o juiz aplicasse rigidamente a fórmula do preceito da aplicação, resultaria uma injustiça e o resultado repugnava ao sentimento jurídico, pela desigualdade que originava [...]. A equidade tem, pois, em vista, impedir qualquer possível dissonância entre a norma de direito e a sua aplicação concreta, mercê daquele poder de ampla e livre apreciação que se confere ao juiz (VIEIRA, 2007, p. 31).

Então a definição de *civil law* foi tomando contorno, principalmente no século II A.C., em que as interpretações já eram divididas em quatro funções distintas: *respondere*, *cavere*, *scribere* e *agere*. Desse período até os dias de hoje, muitos foram os acontecimentos, como a influência da filosofia de Aristóteles, de Platão e de Santo Tomás de Aquino, por exemplo, ou então a expansão do direito civil romano por meio das universidades italianas, que formavam jovens de toda a Europa, até a decadência do sistema outrora sagrado com o humanismo da metade do século XV.

Apesar de interessante, a tipificação que importa para este trabalho refere-se ao sistema legal adotado pelos países da Europa Continental (salvo os países escandinavos) e por todos os outros que sofreram colonização por esses países.

Nesse sentido, os países que compõem a família do sistema romano-germânico são também conhecidos como “países do direito escrito”, isso porque, para essas nações, a lei escrita é a fonte primária (mas não única) do direito. Cumpre destacar aqui que a recepção do direito romano se deu de modo diferente nos sistemas jurídicos português, alemão e francês.

Para tratar da evolução histórica e jurídica do sistema nesses países, seria necessário percorrer uma vertente peculiar e muito específica desses cenários, por isso apenas será demonstrado um pequeno número de características próprias do sistema de cada um, traçando-se semelhanças e diferenças entre eles.

No caso da Alemanha, por exemplo, tem-se que a recepção do direito romano ocorreu mais tardiamente; todavia, houve fiscalização da constitucionalidade das leis, de forma intensa e profunda, além de maior receptividade ao reconhecimento do costume como fonte do direito.

Na França, observou-se uma grande preocupação com o princípio de separação dos poderes, devido à influência da Revolução Francesa, que também fez com que o direito romano fosse sentido mais cedo e intensamente.

Em Portugal, destacou-se uma forte influência da Igreja Católica, que, por sua vez, acabou repercutindo no regime do casamento. Seguindo o ocorrido na Alemanha, Portugal também teve seu sistema jurídico muito influenciado pela Constituição e pelo controle de constitucionalidade das leis.

Assim explicou Carlos Ferreira de Almeida, traçando também as semelhanças entre os sistemas jurídicos português, francês e alemão:

[...] as tradições culturais de humanismo e racionalismo; a economia de mercado (embora por vezes incipiente em países em vias de desenvolvimento); a influência (ainda que remota) do direito consuetudinário dos povos germânicos; a recepção do direito romano; a influência da revolução francesa, sentida especialmente nas concepções liberais e no movimento de codificação; a colonização, como meio de expansão da matriz dos direitos romano-germânicos europeus; a concepção do direito como regra de conduta tendente à realização da justiça; a estrutura da regra jurídica concebida com elevado grau de generalidade e abstracção [...], a organização do poder político em conformidade com Constituições escritas; separação de poderes; democracia política representativa; fiscalização da constitucionalidade das leis; primado da lei, tanto no plano hierárquico como no da sua importância relativa, enquanto fonte de direito aplicável a todas as áreas jurígenas; concentração de uma parte significativa das regras legais em códigos, organizados de modo sistemático e segundo doutrinários [...] (ALMEIDA, 1998, p. 70-73).

Vale dizer então que, apesar das diferenças históricas e culturais que separam a ordem jurídica de Portugal, Alemanha e França, há entre eles muitos pontos em comum, os quais também se manifestaram em todos os outros países por eles colonizados, que também fazem uso do sistema de *civil law*.

Esse é o caso dos países latinos, colonizados por Portugal, Espanha e França, e também dos estados de cultura germânica, como a Áustria, e os próprios estados do Sudoeste europeu, como a Grécia e a Turquia, que, apesar de islâmicos, adotaram em 1926 a codificação civil compilada da Suíça, como apontou o autor.

Adentrando-se no raciocínio do aludido sistema, verifica-se que, na tentativa de se encontrar o direito, se busca primeiramente nas leis a solução para o caso; não a encontrando, podem-se utilizar outras fontes, como o costume, a doutrina, os princípios gerais ou a jurisprudência (fontes secundárias do direito).

Nesse sistema, um advogado ou profissional do direito é aquele que obteve título de graduação numa faculdade de direito. Ou seja, o bacharel em direito pode tornar-se advogado, magistrado, promotor de justiça, procurador, professor, entre muitas outras opções profissionais.

Sobre os estudantes do sistema de *civil law*, observa-se que pode até haver um estudo individualizado de cada caso concreto – mas não com a frequência e a intensidade que ocorre no sistema de *common law* –, pois a grande maioria das pesquisas teve como premissa a organização, os métodos e os princípios do sistema, mantendo-se certa distância dos casos particulares e específicos.

Assim destacam Glendon, Gordon e Carozza (1999, p. 76):

[...] enquanto o estudante de direito do sistema de *common law* é ensinado a desconfiar da generalização e a trazer à tona padrões e estruturas que estão para ser encontradas individualmente, o aprendiz de *civil law* é mantido a uma certa distância dos fatos de casos particulares. Eles começam com uma versão preestabelecida da organização geral, métodos e princípios do sistema. O aluno é apresentado a um estilo particular de raciocínio jurídico e aprende o que alguns civis chamam de "a gramática da lei": uma rede precisa de conceitos inter-relacionados, os grandes princípios e ideias classificatórias. Tudo isto está em consonância com a tradição da ciência jurídica tão firmemente arraigada na cultura do direito civil (Tradução nossa).²

² [...] while the *common law* student is taught to mistrust generalization and is expected to ferret out individually whatever patterns and structure are there to be found, the civil law beginner is kept at a certain distance from the facts of particular cases. He or she starts out with a ready-made version of the overall organization, methods and principles of the system. The student is introduced to a particular style of legal reasoning and learns what some civilians have called "the grammar of law": a network of precise interrelated concepts, broad principles and classificatory ideas. All this is in keeping with the tradition of legal science so firmly ingrained in the civil law culture.

O Judiciário, o Executivo e o Legislativo constituem os três grandes poderes do Estado. Atuarão nesses segmentos os profissionais concursados e aprovados em exames públicos.

A organização judiciária é composta hierarquicamente, havendo a primeira instância e os tribunais especiais, abaixo da segunda instância e dos tribunais também especiais de segunda instância (caso do Tribunal Regional do Trabalho, por exemplo). No topo dessa estrutura ficam os tribunais superiores.

Sobre o sistema de *civil law*, destacam Glendon, Gordon e Carozza³ (1999, p. 52-54):

A tradição do direito civil é caracterizada por uma interação particular, no seu período inicial de formação, entre o direito romano, germânico e costumes locais, o direito canônico, o comercial, o direito internacional, e, posteriormente, por uma resposta diferenciada para a ruptura com o feudalismo e a ascensão dos Estados [...]. Ao longo do século XX, a legislação foi removida de grandes áreas de cobertura dos códigos civis, e foram criadas inteiramente novas áreas de direito fora dos códigos. Essas áreas, como o direito civil, o direito do trabalho, os contratos de seguro, a competição e o monopólio, as explorações agrícolas, a habitação urbana e a defesa do consumidor, são normalmente regidas por estatutos especiais em que a liberdade relativamente irrestrita do contrato de códigos civis é substituída por uma rede de disposições obrigatórias, as proibições de acordos. Além disso, também possuem exigências de controles, autorizações, licenças e afins, geralmente destinados a proteger a parte considerada em desvantagem na negociação [...]. Embora o dogma da *civil law* tradicional tenha inicialmente negado que os juízes "fazem" a lei e que as decisões judiciais podem ser uma fonte de direito, os intervenientes no direito civil contemporâneo têm mais abertamente reconhecido a dependência incontornável da legislação sobre os juízes e administradores, que as interpretam e aplicam (Tradução nossa).

Sobre o assunto são as palavras de Andréia Costa Vieira:

³ The tradition of the civil law is characterized by a particular interaction in its early formative period among Roman law, Germanic and local customs, Canon law, the international law Merchant, and, later, by a distinctive response to the break with feudalism and the rise of nation states, as well as by the specially important role it has accorded to legal science [...] Over the twentieth century, legislation has removed large areas from the coverage of the civil codes, and has created entirely new areas of law outside the codes. These areas (for example: landlord-tenant law, employment law, insurance, contracts of carriage, competition and monopoly, agricultural holdings, urban housing, and consumer protection) are typically governed by special statutes in which the relatively unrestricted freedom of contract of the civil codes is replaced by a network of mandatory provisions, prohibitions on certain types agreements, and requirements of controls, permits, licenses, and the like – often, designed to protect the party perceived as at a bargaining disadvantage [...] Although traditional civil law dogma denied that judges “make” law and that judicial decisions can be a source of law, actors in contemporary civil law systems have more openly acknowledged the inescapable dependence of legislation on the judges and administrators who interpret and apply it.

O sistema legal romano-germânico foi e tem sido mais aceito mundialmente. Muitas nações, como o Japão e a Turquia, trocaram recentemente seus próprios sistemas legais pelo método sistematizado romano-germânico. O Japão adotou como modelo o BGB alemão. A Turquia, por sua vez, transplantou à íntegra o código civil suíço. Mesmo países que adotam sistemas distintos – como é o caso dos Estados Unidos – mantêm uma certa codificação, por influência do sistema romano-germânico, ou da *civil law*, como preferem denominá-lo. Pode ser dito que a *civil law* é a linguagem internacional do direito, e isso é sentido não só pelo número de países que a adotam ou que se deixam influenciar por seu método sistemático, como também pelo formato dos tratados internacionais escritos e genericamente sistematizados (VIEIRA, 2007, p. 21-22).

Ou seja, apesar de o sistema de *civil law* não ser o único e isolado sistema de grande utilização em massa, influenciou e ainda influencia muitos países e tem uma grande importância para o estudo do direito e para o entendimento do sistema judiciário dos países adotantes.

Sobre a expansão além-mar que acarretou na também expansão da família romano-germânica fora da Europa, destaca René David (1998) que várias colônias, como as espanholas, as portuguesas, as francesas e as holandesas da América, aceitaram de modo pacífico as concepções jurídicas desse sistema.

Após tal processo de colonização europeu, a família da *civil law* tornou-se o maior sistema legal do planeta.

1.1.2 Sistema legal da *common law*

É sabido que o sistema de *common law* teve sua origem nas cortes inglesas e tem como fonte primária do direito os precedentes, os casos já julgados que se tornaram vinculantes e obrigatoriamente observados pelos julgamentos posteriores, juntamente com estatutos e leis esparsas. Mas essas não são as únicas peculiaridades da *common law*, como se verá a seguir.

Antes disso, importante ressaltar que tal sistema legal se originou na Inglaterra e atualmente é praticado na grande maioria das ex-colônias da Coroa Britânica, por

exemplo, Canadá (salvo Quebec), Estados Unidos da América (salvo o estado da Louisiana), Austrália e Índia.

Devido à delimitação da pesquisa ao território estadunidense, este estudo será focado mais especificamente na *common law* dos Estados Unidos da América, de que passa a tratar agora.

A despeito desse início do sistema legal britânico-estadunidense, vale ressaltar as palavras de Oliver Wendell Holmes Junior, de 1880, consideradas como base do aludido sistema.

Segundo Holmes Junior, principal nome da história da *common law* estadunidense,

[...] até mesmo os preconceitos que os juízes tinham para com os seus colegas homens, tiveram um bom negócio mais a fazer que o silogismo na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados. [Vale dizer que a *common law*] incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através de muitos séculos e não pode ser tratada como se contivesse apenas os axiomas e corolários de um livro de matemática (HOLMES JUNIOR, 1993, p. 47, tradução nossa).⁴

A vida do direito não é como a matemática lógica; é, sim, baseada na experiência, nas necessidades sentidas com o tempo, a prevalência da moral, as teorias políticas e as instituições de políticas públicas.

Buscando definir o aludido sistema legal, Melvin Aron Eisenberg afirma:

Grande parte do direito é baseada em textos oficiais, como constituições e estatutos. Já a *common law*, em contraste, é a parte da lei que é estabelecida pelos tribunais. As regras da *common law* predominam em algumas áreas do direito, como a responsabilidade civil e os contratos, e são extremamente importantes em outras áreas, como as corporações. As regras estabelecidas em cada caso concreto pela *common law* são um produto da interação entre as regras de comunicação em precedentes anteriores, por um lado, e as normas morais, políticas e experiências, por

⁴ The life of the law has not been logic; it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics.

outro. No entanto, um tribunal que estabelece uma regra de *common law* não é livre, como o legislador seria, para empregar as normas e políticas que achar melhor. Ao contrário, pode empregar corretamente apenas aquelas que têm um grau necessário de apoio social. Mais especificamente, o sistema legal estadunidense deve procurar satisfazer três padrões. Em primeiro lugar, deve corresponder ao conjunto de normas que dará um peso adequado a todas as normas morais, políticas, e proposições vivenciais, dando o apoio necessário, fazendo as melhores escolhas e atribuindo o peso e proporção adequados às normas, políticas e conflitos de experiência. Em segundo lugar, todas as regras que compõem o corpo da lei devem ser coerentes entre si. Em terceiro lugar, as regras aprovadas nos últimos precedentes devem ser aplicadas de forma consistente ao longo do tempo. Muitas vezes, esses três pontos de normas caminham na mesma direção. Os problemas centrais da argumentação jurídica surgem quando eles não caminham juntos, momento no qual tais conflitos/dilemas são resolvidos pelos princípios de julgamento da *common law* (EISENBERG, 1988, p. 197, tradução nossa).⁵

Portanto, o problema fundamental da *common law* ocorre quando os três padrões citados caminham em direções opostas. Nesse caso, é necessário recorrer à argumentação jurídica, a regra da *equity* ou a regra do *stare decisis*, que serão vistas no decorrer deste item.

A recepção do sistema legal da *common law* inglesa nos Estados Unidos, como bem salientou Magruder (1998), trouxe o culto à jurisprudência e mesclou-se à adoração da norma como identificadora da excepcionalidade da nova sociedade que surgia no continente norte-americano.

Uma religião civil, jurídica, centrada no fetichismo da lei e da ordem fez-se nacional e unificadora, tendo como santuário a Suprema Corte, conforme ressaltou Morrison (1998, p. 12-13).⁶

⁵ Much of our law is based on authoritative texts, such as constitutions and statutes. The common law, in contrast, is that part of the law that is established by the courts. *Common law* rules predominate in some areas of law, such as torts and contracts, and are extremely important in other areas, such as corporations. The rules established in every *common law* case, are a product of the interplay between the rules announced in past precedents, on the one hand, and moral norms, policies, and experience, on the other. However, a court establishing a *common law* rule is not free, as a legislator would be, to employ those norms and policies it thinks best. Rather, it can properly employ only those that have a requisite degree of social support. More specifically, the *common law* should seek to satisfy three standards. First, it should correspond to the body of rules that would be arrived at by giving appropriate weight to all moral norms, policies, and experiential propositions that have the requisite support, and by making the best choices where norms, policies, and experience conflict. Second, all the rules that make up the body of the law should be consistent with one another. Third, the rules adopted in past precedents should be applied consistently over time. Often, these three standards point in the same direction. The central problems of legal reasoning arise when they do not. These problems are resolved by the principles of *common law* adjudication.

⁶ When the English colonized North America, eventually overcoming competition from the French and other nations, foremost among the many practices and institutions that they imported was the common law. Since the common law was used as an ideological weapon in the America struggle for independence, the severing of links with England brought little change in the basic structure of the legal system. The content and method of the common law were absorbed into American social culture and have never been displaced. The reception of the

É dizer que, na época da colonização inglesa, uma das muitas práticas e instituições importadas pela América do Norte foi o sistema legal da *common law*. Esta acabou sendo usada até mesmo como uma arma ideológica na luta pela independência do país e moldada pela cultura social estadunidense.

Tal recepção da *common law* nos Estados Unidos da América foi muito estimulada pela publicação do que é, certamente, o mais influenciável tratado sobre a história jurídica anglo-saxã, criado no século XVIII pelo magistrado inglês Sir William Blackstone. Tal obra compunha-se de quatro volumes intitulados *Comentários das Leis Inglesas* e foi profundamente popular, principalmente nos Estados Unidos, onde bibliotecas eram incompletas e tinham poucos materiais.

Importa lembrar, porém, que o sistema de *common law* estadunidense não é o sistema puramente britânico, mas, sim, uma mistura entre a *common law* inglesa e a *civil law* romano-germânica. Isso ocorre por duas razões: primeiramente porque o direito estadunidense é uma mistura dos direitos de todos os estados; depois, porque a organização federal é desconhecida na Inglaterra.

Sobre outras peculiaridades e diferenças entre o sistema dos Estados Unidos e o da Inglaterra, observa Guido Soares:

[...] o direito dos EUA é, convém insistir, dominado pela transcendental importância de uma Constituição Federal, rígida e escrita, igualmente fenômeno que a Inglaterra desconhece. Na verdade, o mais típico traço diferenciador entre EUA e Inglaterra está, precisamente, na maior sacralidade que o *state law* tem naquele sistema, com a conseqüente modificação da atuação da *common law stricto sensu*. De igual forma, o papel das universidades, das instituições oficiais e oficiosas ligadas à área jurídica sobreleva nos EUA, como veremos a seguir, bem como há substanciais modificações no sentido de maior tendência à codificação nos EUA (o que prova, ademais, a maior aproximação do direito dos EUA da *civil law*). No que concerne, ainda, às ligações da Inglaterra com os EUA, importa observar que a adaptação e recepção da *common law* inglesa nos EUA não se fizeram de maneira automática. As realidades de um país do

common law in the United States was greatly stimulated by the publication of what is surely the most influential treatise in the history of Anglo-American law. In the late eighteenth century an English judge, Sir William Blackstone, published four volumes entitled Commentaries on the Laws of England [...] Blackstone's work was enormously popular, particularly in the United States, where the libraries were few and incomplete, and where a single compendius presentation of the law greatly enhanced the prestige and accessibility of common law doctrine [...] Blackstone's work insured the continued reception of the common law from the American colonies into the constituent states of the new American Republic.

Novo Mundo, com extensões continentais dos EUA, não poderiam permitir a recepção de institutos concebidos para uma sociedade cercada de água por todos os lados e profundamente enraizados numa divisão feudal, como é o caso do direito agrário (*land law*); por tais razões, os institutos, como a primogenitura, que é a base do sistema hereditário na Inglaterra, nunca tiveram qualquer aceitação nos EUA. Outra diferença notável é o fato de os EUA terem sido formados sob a égide da liberdade de culto religioso, numa fase histórica em que a *equity* já estava laicizada nos tribunais que a aplicavam; isso posto, a influência do direito declarado pelos tribunais quase-eclesiásticos do Chanceler do Rei, a *equity* (antes ou após a Reforma Anglicana) teve uma influência relativa sobre o direito norte-americano como um todo (SOARES, 1999, p. 59).

Apesar, então, de a *common law* estadunidense não ser exatamente igual à inglesa e de ter sofrido algumas modificações e, também, uma certa mistura com o sistema romano-germânico, imprescindível apontar que houve, sim, uma influência do sistema inglês nos Estados Unidos.

Por certo essa influência não se deu da mesma maneira em cada um dos estados desse país, conforme aponta Allan Morrison:

Se cada Estado possui soberania própria (sem prejuízo da aplicação das leis federais e das exigências impostas em nível nacional pela Constituição dos Estados Unidos), é certo que foi inevitável que a *common law* não se tivesse desenvolvido exatamente da mesma maneira nas diferentes regiões geográficas. Isso porque, dependendo do momento, um Estado pode ter um sistema judiciário e um clima político que são relativamente liberais ou relativamente conservadores, quando comparados com os da maioria dos Estados. Os interesses econômicos e sociais aos quais o Judiciário deve prestar atenção em um Estado com uma economia predominantemente agrícola será muito diferente daqueles em um estado altamente industrializado, com uma população urbana muito grande (MORRISON, 1998, p. 13, tradução nossa).⁷

Acerca dessa diversidade que prevalece entre os Estados, ressaltem-se as palavras de René David:

No que se refere à *common law*, como ao direito legislativo, o princípio nos Estados Unidos é, por conseguinte, o da competência de cada um dos Estados e não das autoridades federais. Também se pode assinalar, do ponto de vista jurídico, numerosas e, por vezes, importantes diferenças entre os diversos Estados, que resultam muitas vezes de suas leis, mas

⁷ Each state has a large measure of sovereignty, subject to the national application of federal statutes and the requirements imposed nationally by the United States Constitution. Thus, it has been inevitable that the common law has not developed in exactly the same way in different states. At one time or another a state may have a judiciary and a political climate that is relatively liberal or relatively conservative when compared with the majority states. The economic and social interests to which the judiciary must pay attention in a state with a largely agricultural economy may be very different from those that obtain in a highly industrialized state with a very large urban population.

podem derivar da maneira como interpretam a *common law*. A organização judiciária e a organização administrativa diferem de Estado para Estado, assim como o processo civil e o criminal; o divórcio não é admitido nas mesmas condições e pelas mesmas causas; o regime matrimonial pode ser ora de comunhão, ora de separação de bens; o direito das sociedades e o direito fiscal comportam regras diversas; a relação e a sanção das infrações penais também variam de um Estado para outro. Por mais importância que tenha ganho o direito federal, é o direito dos Estados que, na vida cotidiana, permanece o mais importante para os cidadãos e para os juristas americanos. É necessário sabê-lo e ter igualmente consciência da diversidade que pode existir entre esses direitos (DAVID, 1998, p. 375).

Apesar de todas as divergências que possam existir entre os Estados devido à pluralidade de direitos de cada um deles, pode-se perceber uma profunda e grande unidade no direito dos Estados Unidos, fundamentada, principalmente, na possibilidade de intervenção do direito federal, por exemplo.

Após essa introdutória explanação, advêm as indagações principais: O que é a *common law* e quais são as características desse sistema? É ele aplicável a todos os Estados, sem nenhuma restrição? Existe diferença entre a *equity* e a *common law*?

No que se refere à primeira indagação, importante lembrar as palavras de Andréia da Costa Vieira:

Assim como a *civil law*, a *common law*, como sistema legal que é, não poderia deixar de ter a lei, a jurisprudência, o costume, dentre outros, como fontes do direito. A diferença essencial é no que vem a ser fonte primária e fonte secundária do direito dentro da *common law*. Em geral, quanto à natureza e importância, as fontes de direito dividem-se em primárias e secundárias. As fontes primárias de direito na *common law* são a jurisprudência e os estatutos. As fontes secundárias são, por sua vez, assim como no sistema legal da *civil law*, os costumes e a doutrina. De menor importância, mas não menos interessante, a *common law* consagra como fonte de direito institutos como a razão e a equidade (VIEIRA, 2007, p. 134-135).

E, ainda, o que diz Roland Sérroussi:

O direito norte-americano é, antes de tudo, à imagem do direito inglês, um direito jurisprudencial, que repousa num *corpus* de inúmeros precedentes judiciais, tirados dos princípios de *common law* e de *equity* solidamente ancorados no direito anglo-saxão. Apesar de tudo, e dessa vez muito mais do que na Inglaterra, o domínio ocupado pela lei não pára de crescer. Há primeiro a Constituição dos Estados Unidos da América, referência jurídica suprema, à qual é preciso acrescentar a Declaração dos Direitos (*Bill of Rights*) firmemente indiscutível das liberdades públicas (*civil rights*). Em

terceiro lugar, a presença de códigos – em muitos Estados e em um nível federal – reforça o caráter esparso e pouco hierárquico das fontes do direito norte-americano [...]. A regra é clara: os juizes norte-americanos se estimam pelas suas próprias decisões e pelas tomadas pelos juizes hierarquicamente superiores. Em virtude desse princípio de hierarquia judiciária, os juizes dos tribunais inferiores se preocupam, quando fazem justiça, em citar os precedentes das jurisdições superiores. Mas essa regra foi, com o tempo, perdendo o seu alcance prático. Na verdade, os juizes norte-americanos e, principalmente, os dos tribunais superiores dos Estados Unidos e dos cinquenta Estados, nunca se sentem ligados pelos seus próprios precedentes. Podem, desse modo, limitar o alcance de uma decisão anterior e chegam, por vezes, a reformá-la (SÉROUSSI, 2006, p. 93-94).

Significa falar que, apesar de o sistema de *common law* se respaldar na regra do precedente judiciário, tal regra vem sendo nitidamente abrandada pela descentralização do sistema nos Estados Unidos da América e pela carência dos magistrados de evolução dos princípios de justiça e das regras da vida em sociedade.

Ou seja, apesar de os Estados Unidos terem incorporado as regras do direito inglês de modo adaptado, há muitas diferenças entre o direito inglês e o direito americano. Os pontos em comum nos sistemas dos referidos países é que ambos pertencem à família da *common law* e têm concepções semelhantes do direito, que é essencialmente jurisprudencial. Contudo, nos Estados Unidos, há uma Constituição escrita, há também a elaboração de códigos e distinção entre direito dos Estados e direito federal. Além disso, enquanto na Inglaterra a centralização do Judiciário é marcante, nos Estados Unidos ocorre o oposto.

Isso porque cada Estado tem sua própria organização judiciária, na qual há uma enorme variedade de juízos, inclusive de primeira instância, o que é destacado pelo aludido autor como uma causa de grande incidência de erro, já que um mesmo juízo de primeiro grau pode ter o mesmo nome em uma jurisdição federal.

Importante aqui destacar a concorrência do direito federal e do direito dos Estados, o que responde à segunda pergunta formulada:

Os Estados Unidos da América, Estado Constitucional e Federal, são da família da *common law*: direito escrito – direito jurisprudencial “dividem entre si”, portanto, o direito norte-americano. Esse direito norte-americano repousa, além disso, numa constituição federal e nas constituições de cinquenta Estados federados. Os Estados Unidos são, assim, inclusive no plano judiciário, um Estado composto de Estados federados. Mas há complementaridade ou concorrência de competência entre essas duas entidades? [...] As constituições dos Estados federados só desempenham um papel secundário, para não dizer modesto. Na prática, a Constituição Federal de 1787, desde então completada por 26 emendas, é a fonte essencial do direito norte-americano [...]. Perseguindo esse ideal tão presente de liberdade, os Estados Unidos da América têm, entretanto, afirmado com força os dois princípios seguintes: quando o Estado federal é competente, os Estados federados só têm, então, uma competência residual e só podem intervir, nos termos da Constituição, de maneira complementar (ex.: satisfazer uma carência legislativa federal); os Estados não têm o direito de legislar contra o espírito da Constituição dos Estados Unidos e entrar, de qualquer maneira, o comércio entre os Estados. Enfim, os tribunais estaduais só conhecem as leis do seu Estado e, é claro, as leis federais, excluindo as leis dos outros Estados federados (SÉROUSSI, 2006, p. 88-89).

Os Estados terão competência em casos precisos, como, por exemplo, no direito penal e no direito civil. Por isso, em alguns desses casos, a pena de morte é legalizada, enquanto, em outros, isso não ocorre. Nessas situações, a lei federal tem competência apenas excepcional.

Ainda sobre a questão estatal e federal, destaca Morrison (1998, p. 15):

As regras da lei comum e os princípios de uma forma moderna e desenvolvida ainda governam importantes áreas de litígio entre partes privadas – na lei de responsabilidade civil (erro civil) e nas relações contratuais. Enquanto todos os Estados têm códigos de direito penal e processo penal, seus elementos mais gerais são, em sua grande maioria, codificações e refinamentos dos antigos conceitos do sistema legal da *common law*. Essa afirmação é verdade no que tange não só ao conteúdo das normas substantivas, mas também à natureza das instituições jurídicas e processos. O processo civil, com o processo dominado pela apresentação do caso por advogados particulares que representam as partes, o uso de um júri e, conseqüentemente, o rigor das regras quanto ao que pode ser admissível como prova – todas essas são características essenciais de uma tradição da *common law* inglesa antiga (Tradução nossa).⁸

⁸ Common Law rules and principles in a modern, developed form still govern important areas of litigation between private parties – in the Law of torts (civil wrongs) and in contractual relations. Again, while all states have codes of criminal law and criminal procedure, their most general elements are for the most part codifications and refinements of ancient common law concepts. If this is true of the content of substantive rules, it is even truer of the nature of legal institutions and processes. The adversary mode of civil trial, with the proceedings dominated by the presentation of the case by private attorneys representing the parties, the use of a jury and the consequent strictness of rules as to what can be admissible evidence – all these are essential features of a common law tradition.

Ressalte-se ainda que, durante o século XIX, a crescente complexidade da vida comercial e social criou um aumento da necessidade de intervenção e regulamentação pelo governo, ambos em nível estatal e federal. Tal fenômeno levou a um massivo aumento da atividade legislativa, tendência que foi bem intensificada no século XX.

Na década de 90, aumentou a complexidade da vida comercial e social, criando uma necessidade de intervenção governamental, em nível tanto estadual como federal. Tal fato gerou um aumento considerável da atividade legislativa [...]. Nos Estados Unidos, grande parte dessa norma regulamentar tem natureza federal e é incorporada em estatutos do Congresso dos Estados Unidos e nos regulamentos de agências federais e departamentos. [Por isso] os conteúdos temáticos dessas regras parecem distantes das preocupações básicas da *common law* dos tempos antigos, mas também seria errado concluir que a importância do sistema foi destruída [...] (MORRISON, 1998, p. 15, tradução nossa).⁹

Isso porque a *common law* inglesa foi readaptada e moldada pelos cidadãos norte-americanos, que fizeram daquele sistema o que existe hoje.

Posto isso, passa-se à última indagação: Existe diferença entre a *equity* e a *common law*? O que diferencia esses dois termos?

Como já foi explicado no item anterior, a *common law*, por definição, pode ser considerada um direito comum na Inglaterra, enquanto a *equity* seria um conjunto de decisões “equitativas” e morais, ou seja, uma tentativa dos magistrados em tentar agir com consciência e moralidade diante de um caso concreto, ao invés de apenas levar em conta os duros e frios precedentes.

Na verdade, esses dois sistemas acabaram por se aproximar, entre 1873 e 1875, por meio de duas leis judiciárias (*Judicature Acts*). Desse momento em diante, as regras da *common law* e da *equity* puderam ser invocadas e aplicadas em uma única ação, perante uma mesma jurisdição – A Suprema Corte de Justiça (*Supreme Court of Judicature*).

⁹ In the nineteenth century, the increasing complexity of commercial and social life created a growing need for intervention and regulations by government, both at the state and federal levels. This phenomenon led to a massive increase in legislative activity, a tendency that has intensified greatly in the twentieth century [...]. In the United States much of this regulatory rule-making is federal in nature – embodied in statutes of the United States Congress and regulations of federal agencies and departments. Its subjects matter and content seem very far removed from the simpler concerns of the common law in older times, but it would be mistaken to conclude that the importance of the common law has been destroyed. There are several senses in which the common law system is still sharply recognizable and very vital.

Sobre a equidade ou *equity*, Andrea Vieira alerta:

[...] é difícil distinguir o conceito de equidade do de direito natural ou de moral, e há muitos que os confundem, de fato. A noção de equidade norteia-se pela vontade de dar julgamento semelhante a casos idênticos, levando-se em consideração as particularidades de cada caso [...]. A equidade tem, pois, em vista impedir qualquer possível dissonância entre a norma de direito e a sua aplicação concreta, mercê daquele poder de ampla e livre apreciação que se confere ao juiz (VIEIRA, 2007, p. 31).

E complementa Roland Séroussi, quando trata da *equity* inglesa:

Se a realeza sustenta durante mais de um século as jurisdições de *equity*, que lhe são muito próximas, a decisão tomada em 1616 pelo rei Jaime I, em compensação, detém o desenvolvimento descontrolado da *equity*. A partir de então, as regras da *common law*, obra jurisprudencial dos tribunais reais de Westminster, constituem o fundamento, o fermento do direito inglês, cabendo à *equity* um papel puramente corretivo, complementar da *common law*, um tipo de magistério moral (SÉROUSSI, 2006, p. 93-94).

Então, deve-se ressaltar que a equidade ou *equity* pode ser vista também como um complemento, como um *plus* ao sistema de *common law*, por trazer à tona a questão ética e moral para o julgamento das decisões outrora apenas fortemente atreladas aos precedentes das cortes.

Fixadas essas premissas iniciais acerca do sistema aqui tratado, importante tratar de três outros assuntos: a) os precedentes e o fortalecimento do direito, b) o método da *common law*, c) o futuro da *common law*.

Sobre o primeiro tópico, já não é mais novidade que os precedentes constituem um elemento de forte impacto sobre o direito construído nos Estados Unidos. Mais que indícios da evolução e da criatividade dos juristas, é possível encontrar-se no *precedent* a mais pura tradição do sistema legal estadunidense.

A mais pura tradição no que diz respeito ao fato da segurança via decisões posteriores: precedentes “vinculantes” para que as partes possam ter protegidas expectativas já outrora fixadas pelo Judiciário, ou seja, isso nada mais é que possibilitar a segurança jurídica por meio da certeza advinda de casos semelhantes

já julgados. Por outro lado, traz à tona a quase obrigação de manter um *status quo* dantes fixado, ao invés de proferir inovações e modificações necessárias.

Sobre o assunto, lembram Harold Spaeth e Edward Smith (1991, p. 1) que tudo começou com a tentativa da colônia dos Estados Unidos da América de conciliar a *common law* inglesa com as instituições estadunidenses e a mente daquela população civil que emergia.¹⁰

Isso fez emergir a situação atual: manter a tradição do sistema inglês de precedentes por completo, ou introduzir novos mecanismos de flexibilidade e adaptação de regras?

Seria esse o paradoxo da *common law*? Na verdade, não é bem assim que ocorre nas cortes estadunidenses.¹¹

Apesar da observância e do respeito aos precedentes, já não são recentes os avanços das cortes em algumas áreas do direito no sentido de adaptar regras antigas a necessidades do tempo moderno, por meio da filosofia do direito, da jurisprudência teórica e até mesmo dos conceitos do que seja o direito. É o que pode ser observado também em obras como a de Ronald Dworkin (1978), quando aborda a necessidade de levar os direitos a sério.

Embora a *common law* pregue deferência e importância do precedente e do *stare decisis* na obrigação de seguir as regras previstas nos casos anteriores, ao mesmo

¹⁰ The Constitution of 1787 was the product of seven centuries of development in England and the United States. The Magna Charta (1215) is a much the heritage of Americans as of the English. So is the common law that limited the authority of the Crown's ministers and governed the Crow's subjects. Colonial legislatures claimed the rights and privileges of Parliament against royal governors. From their experiences in living under charters in some of the colonies, Americans learned the value of written documents that specified the rights of the people and the powers of government. They frequently made efforts to adapt English institutions to the conditions of a new continent and a relatively classless society.

¹¹ A esse respeito explica melhor Graham Hughes (1998, p. 19): The answer moves us into theoretical jurisprudence, into legal philosophy, and into a discussion of how to explain the general concept of Law. While the common law pays deference to the importance of precedent and *stare decisis* (an obligation to follow the rules laid down in earlier cases), at the same time, at its deepest theoretical level, the common law has never regarded individual cases as representing a final expression of the Law on a particular point. The starting point here must be a consideration of what exactly the common law has meant by adherence to precedent and fidelity to the maxim of *stare decisis*? [...] Only the decisions of appellate courts carry authority, but these courts consist of three, five, seven or even nine judges. Appellate judges in common law systems are very conscious of their responsibility to present lower courts with opinions that offer guidance in future cases, and part of the common law tradition consists of an effort to fashion appellate opinions with this goal in view.

tempo, no seu mais profundo nível teórico, jamais trata casos individuais como representantes de uma expressão final da lei sobre um determinado ponto.

Como bem observou o aludido autor (DWORKIN, 1978), o ponto de partida aqui deve ser uma consideração sobre o que exatamente a *common law* quis dizer com adesão ao precedente e fidelidade à máxima de *stare decisis*. Respondendo a essa pergunta, surge a explicação tradicional do sistema estadunidense de que apenas as decisões dos tribunais de apelação carregam autoridade.

São esses tribunais compostos por três, cinco, sete ou nove juízes. Os juízes que compõem o “tribunal de apelação” nos sistemas de *common law* são muito conscientes da responsabilidade de apresentar aos tribunais inferiores opiniões bem pensadas, que ofereçam orientação em casos futuros. E isso é parte da tradição da *common law*.

Sobre o assunto da *stare decisis*, explica Roland Sérroussi:

Em oposição flagrante com a Inglaterra, o direito jurisprudencial, tão essencial aos Estados de *common law*, não tem o mesmo rigor nem o mesmo vigor de aplicação nos Estados Unidos. O alcance das decisões da justiça é, muito evidentemente, grandíssimo. A autoridade da coisa julgada – res jurídica – impede qualquer ação posterior que repouse na mesma base jurídica [...]. A decisão de jurisprudência exprime, com certeza, o direito e vincula, em princípio, pelo valor do princípio decorrente, as jurisdições posteriores de fundamento similar. Mas, visto que o objetivo da estrutura federal de “ajustar-se” às necessidades econômicas e sociais de uma sociedade em mutação permanente continua sendo buscado, induz-se a noção da idéia – amplamente seguida – de que o precedente (*precedent*) deve ser analisado com sutileza, de forma não dogmática. A aceleração histórico-cultural dos Estados Unidos – uma moda evolui, um hábito de consumo muda, um comportamento se abrandando... – deve ser levada em conta pelos juízes que fazem a justiça em nome de uma sociedade dada, e não da do século XIX. Disso decorre a regra do *stare decisis* (isto é, do respeito aos precedentes), proveniente da *common law*: é suscetível de mudança. Por isso, fazer uma mudança jurisprudencial não é coisa rara no direito norte-americano (SÉROUSSI, 2006, p. 109).

Fica então mais cristalino perceber que a regra e a tradição de precedentes vinculantes não são tão dogmáticas como se acredita. Isso porque a aplicação é flexível e passível de modificação a todo e qualquer momento, o que inclusive pode ser extraído das jurisprudências da Suprema Corte estadunidense.

Na verdade, não é o caso específico julgado que importa, mas, sim, o entendimento fixado sobre aquela situação jurídica concreta – que deve ter sido pautado em princípios, noções jurídicas com eficiência e justiça, e não em uma fórmula mágica preexistente. É isso o que diz Graham Hughes (1998, p. 20).¹²

Vale dizer que a correta interpretação da tradição dos precedentes do sistema de *common law* é, na verdade, uma imposição pela busca do melhor entendimento do mais básico dos princípios que uma série de casos concretos representa. Ou seja, a fidelidade da *common law* é com os princípios que uma série de decisões em casos semelhantes representa, e não o que foi dito em uma decisão isolada.

Assim, passa-se ao segundo ponto a ser aqui tratado: o método da *common law*. Para abordar esse assunto, é preciso entender que as características da *common law* são provenientes de um conjunto de métodos advindos dos seguintes momentos processuais: apresentação do contraditório (*adversarial presentation of litigation*), argumentação (*argumentation*) e tomada de decisão (*decision-making*).

Sobre essas três fases, ressalta o autor (HUGHES, 1998, p. 23):

O método chamado de "contraditório", em contraste com o método do sistema europeu, chamado de "inquisitorial", coloca grande poder nas mãos dos advogados. E essa é uma característica primordial do sistema de *common law*. Já o julgador atua, de maneira neutra e independente, ou como árbitro, ou como magistrado, tendo como função básica a de fazer as decisões judiciais, que muitas vezes dizem respeito à admissibilidade das provas, uma vez que todos os sistemas americanos operam com regras complexas que controlam de perto os depoimentos e outros materiais que podem ser apresentados a um júri [...] (Tradução nossa).¹³

¹² The solution is to abandon any notion that the holding in a case is definite entity that can be discovered by applying some infallible formula. A better approach is to understand that the application of the doctrine of precedent in the common law is a process of arriving at what a court perceives as the best understanding of a flow of judicial activity over time. In the long run, it is not the individual case that matters so much, but rather the understanding that modern courts give to a line of cases – the principles and policies that they have extracted from them and in the light of which they now read them [...] the law would become unduly rigid if courts could not interpret the holdings of earlier decisions with a degree of latitude that permits them to inject their own understanding of what will best serve justice or efficiency. The claims of precedent must not bind too tightly, and the doctrine of stare decisis is not unyielding.

¹³ This method, which is usually called 'adversarial', in contrast with European systems, often called 'inquisitorial', places great power in the hands of the lawyers and is a prime characteristic of common law systems. The judge plays a neutral and somewhat detached role as an umpire' or 'referee', being primarily concerned with making legal rulings, which frequently concern the admissibility of evidence, since all American systems operate with complex rules which tightly control the testimony and other material that may be presented to a jury. In the civil cases the control exercised by the lawyers is equally extensive [...]. Civil cases, too, are often litigated before a jury and are also governed by complex rules of evidence [...] The production of authoritative decisions in appellate opinions is, just as much as trial, closely shaped by common law traditions.

O mesmo ocorre no processo civil estadunidense, no qual o controle exercido pelos advogados é igualmente extenso.

Nesse aspecto, pode-se destacar o papel dos advogados e da Associação dos Advogados Americanos, também chamada de *American Bar Association*, que se equipara à Ordem dos Advogados do Brasil.

Sobre os advogados e sobre a *American Bar Association*, vale ressaltar as palavras de Guido Soares (1999, p. 65):

A *American Bar Association* tem outras funções, algumas assimiláveis àquelas de nossa OAB (tribunais de ética, medidas de resguardo da dignidade do exercício da profissão, controles de qualidade dos candidatos à admissão em seus quadros) e outras que revelam o prestígio da mesma: a própria legitimação dos mandatários perante o Poder Judiciário Federal e dos Estados, como já se disse, e, em particular, de controle direto do nível do ensino do direito, em todo o país, pela via de crédito das *Law Schools* e, inclusive, de sua classificação em função da qualidade de ensino. Já houve o inquinamento de que a *American Bar Association* teria uma atividade ilícita, de domínio de mercado de mão-de-obra, ao exercer uma pretensa monopolização da profissão; contudo, em tal caso, como em outros, [...] a Corte Suprema dos EUA julgou ser plenamente legítima a atividade de controle da profissão do advogado pela *American Bar Association*, inclusive sua regulamentação quanto a honorários, e que tais funções não infringem as normas da legislação antitruste [...].

Ainda sobre os juristas estadunidenses, importantes são as palavras de René David:

As condições para poder ser *lawyer* variam segundo os Estados. Aquele que foi admitido como *lawyer* em um Estado pode exercer a profissão de jurista unicamente nesse Estado, mas, assim como a pode exercer perante as jurisdições desse Estado, também a pode exercer perante as jurisdições federais. Todo jurista admitido a praticar em um Estado pode, pagando uma pequena taxa, obter a sua inscrição na lista dos advogados admitidos a praticar no Supremo Tribunal dos Estados Unidos. A admissão para o exercício da profissão de advogado está hoje, nos diversos Estados, subordinada a um exame organizado sob o controle dos tribunais. A posse de um título universitário nunca é suficiente, mas é exigida atualmente em cerca de três quartos dos Estados [...]. Os juízes americanos são de duas categorias: há juízes federais e juízes nas jurisdições dos Estados. Os juízes federais assemelham-se aos juízes ingleses. São, como estes últimos, nomeados vitaliciamente: o Presidente dos Estados Unidos os escolhe, com a aprovação do Senado. Por vezes acontece, ainda que raramente, que os juízes do Supremo Tribunal dos Estados Unidos sejam recrutados entre os professores das faculdades de direito das grandes universidades (RENÉ, 1998, p. 387-390).

Percebe-se então que, no sistema da *common law*, há um ritual em grande parte fundamentado na escolha política do juiz, por meio do Presidente da República. Todavia, é possível também que os juristas sejam escolhidos entre professores de renome das grandes universidades de direito estadunidenses.

Já aqueles que desejam tornar-se advogados, devem submeter-se a testes, que vão variar de Estado para Estado. Passado pelo exame, apenas poderão atuar naquele Estado no qual foram examinados e, em nível federal, na Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Explica melhor Guido Soares (1999, p. 59):

[...] advogados nos EUA têm uma posição bastante peculiar em relação ao nosso país (embora não tão peculiar em relação à Inglaterra). Só são admitidos no exercício regular da profissão após aprovação no *National Bar Examination*, organizado pela *American Bar Association* (ao pé da letra: Associação dos Advogados Americanos, sendo a palavra bar, como já disse, derivada do substantivo bar, que designa a barra que separa os juízes dos advogados, onde se pode apoiar os cotovelos, e, por derivação, o coletivo dos advogados: a nossa “Ordem dos Advogados”), que organiza os mesmos, seja para a justiça federal, seja, através das seções estaduais, para a justiça dos Estados. A admissão para litigar junto à Suprema Corte é automática para os advogados inscritos no Distrito de Colúmbia [...] ou na Justiça Federal. Permite-se o exercício da advocacia em outros Estados diferentes do lugar do “exame da ordem” onde houve a admissão, com a realização de exames ou o preenchimento de condições que variam de Estado para Estado (e a idéia é a prova de conhecimento da legislação e dos *case laws* do Estado em que solicita inscrição).

No que diz respeito à seara cível, muitas vezes os casos são também ajuizados perante um júri e regidos por regras complexas de prova. No caso da produção de decisões em sede de recurso, assim como no julgamento em primeira instância, todo o rito é estreitamente moldado pelas tradições da *common law*.

Desse modo, passa-se ao terceiro tópico a ser examinado: o futuro da *common law*. Isso porque, apesar de o triunfo do referido sistema nos Estados Unidos ter sido árduo e incompleto, permanece tradicionalmente há quase mil anos naquele país.

Por isso, Graham Hughes (1998, p. 25) observa que

[...] o sistema britânico-estadunidense preserva uma identidade singular, que irá suportar a vitalidade contínua em vários sentidos. O contexto atual de segmentos importantes da lei americana representa o desenvolvimento contínuo de séculos de construção de regras e princípios pela *common law* via proferimento de decisões judiciais. [...] Muitas foram as influências desse sistema em diversas áreas. Em alguns casos, estatutos apenas codificam as posições tradicionais da *common law* com algumas pequenas reformas, mas, em outras situações, embora os estatutos possam ser acentuadamente inovadores no próprio impacto particular, ainda deixam o corpo subjacente do princípio da *common law* em grande parte intocada. Ademais, o método da lei comum produz um modo de abordar a legislação que permeia a educação americana jurídica e, portanto, molda a mentalidade e modos de análise que distingue o advogado norte-americano. [...] A despeito do papel dominante da regulação e da legislação nos sistemas jurídicos americanos contemporâneos, o conteúdo, as instituições e as técnicas da *common law* ainda conferem ao direito estadunidense um aspecto distintivo que proporciona um elevado grau de unidade jurídica cultural nas regiões de língua inglesa de todo o mundo (Tradução nossa).¹⁴

Sobre o assunto, ressalta Roland Séroussi:

O direito norte-americano é antes de tudo, à imagem do direito inglês, um direito jurisprudencial que repousa num *corpus* de inúmeros precedentes judiciais, tirados dos princípios de *common law* e de *equity* solidamente ancorados no direito anglo-saxão. Apesar de tudo, e dessa vez muito mais do que na Inglaterra, o domínio ocupado pela lei não pára de crescer. Há primeiro a Constituição escrita dos Estados Unidos da América, referência jurídica suprema, à qual é preciso acrescentar a Declaração dos Direitos (*Bill of Rights*) firmemente indiscutível das liberdades públicas (*civil rights*). Em terceiro lugar, a presença de códigos – em muitos Estados e em nível federal – reforça o caráter esparso e pouco hierárquico das fontes do direito norte-americano (SÉROUSSI, 2006, p. 94).

Sendo assim, apesar de não ser certo que o sistema britânico-estadunidense seja perpétuo, pode-se perceber que representa toda uma cultura e tem grande influência não apenas nos Estados Unidos da América, mas também nos países de língua inglesa, já que os Estados Unidos, cujo sistema de *common law* apresenta peculiaridades e características próprias, têm uma área de domínio e expansão que não para de crescer, muito além ainda da área de domínio da Inglaterra.

¹⁴ [...] the common law systems preserve a singular identity, which will endure with continued vitality in several senses. The actual content of important segments of America law represents continuous development from centuries of common law building of rules and principles through unalloyed judicial decision-making [...] many statutory intrusions have taken place in all these areas. In some cases statutes merely codify traditional common law positions with some modicum of reform; but, in others, while statutes may be sharply innovative in their particular impact, they still leave the underlying body of common law principle largely undisturbed. Secondly, the common law method produces a mode of approaching law that permeates American legal education and therefore shapes the mindset and modes of analysis that distinguish the American lawyer [...] Thus, in spite of the dominant role of regulation and legislation in contemporary American legal systems, the content, the institutions, and the techniques of the common law still stamp America law with a distinctive aspect that provides a high degree of cultural legal unity in the English-speaking parts of the world.

1.2 A COMPARAÇÃO DE SISTEMAS JURÍDICOS DA *COMMON LAW* E DA *CIVIL LAW*

Em virtude do cunho comparativo que caracteriza este trabalho, uma vez que procura confrontar sistemas jurídicos de dois países diferentes, Brasil e Estados Unidos, é importante demonstrar como é possível e como ocorre essa comparação.

Primeiramente, vale lembrar novamente que a comparação a ser feita advém, necessariamente, da conceituação proposta por Guido Fernando Silva Soares (1999, p. 19), para quem a comparação é a “[...] concomitância de dois sistemas, ambos vigentes no momento da análise, de um lado o sistema de um país estrangeiro, e de outro o sistema tomado por referência”.

A título de esclarecimento, Harold Cooke Gutteridge (1946, p. 3) observou:

O “direito comparado é um estranho”. É estranho, pois se manifesta quando são feitas tentativas para defini-lo ou verificar sua relação com outras formas de aprendizagem. Grande parte da atmosfera de dúvida e suspeita que envolve o estudo do direito comparado provada, no passado, para ser tão hostil ao seu desenvolvimento, desapareceria se fosse geralmente reconhecido que a palavra “direito comparado” denota um método de estudo e investigação e não um ramo distinto ou departamento do direito [...]. Ou seja, o processo de comparar normas jurídicas provenientes de sistemas diferentes não é resultado da formulação de regras independentes para a regulação das relações humanas ou transações. Não só não existem regras de comparação do direito, como também não há transações ou relações que possam ser descritas como comparativas. Por exemplo, quando se trata do direito comparado sobre o casamento, isso não significa que os advogados comparativos elaboram um novo conjunto de regras que regem as relações entre marido e mulher; apenas indica que as leis da união de vários países têm sido objeto de um processo de comparação, a fim de se verificar em que medida e em que aspectos elas podem ser diferentes umas das outras. Não há um departamento de direito comparado como ocorre, por exemplo, com as áreas em que o advogado fala de direito marítimo, de direito de família, ou outros departamentos em que a lei é convencionalmente dividida com a finalidade de indicar o tipo de assunto material de cada departamento (Tradução nossa).¹⁵

¹⁵ A distinguished comparative lawyer has said that the phrase “Comparative Law” is a strange one. How strange it is becomes manifest when attempts are made to define it or to ascertain its relation to other forms of learning. Much of the atmosphere of doubt and suspicion which envelops comparative legal study and has proved, in the past, to be so hostile to its development, would disappear if it were generally recognized that the phrase “Comparative Law” denotes a method of study and research and not a distinct branch or department of the law. If by “law” we mean a body of rules, it is obvious that there can be no such thing as comparative law. The process of comparing rules of law taken from different systems does not result in the formulation of any independent rules

Ainda sobre o que seja o direito comparado, alerta o dicionário de direito da Faculdade de Washington (UNIVERSITY OF WASHINGTON, 2009, p. 19): “The scholarly study of the similarities and differences between the legal systems of different jurisdictions, such as between civil-law and common-law countries. -- Also termed comparative jurisprudence”. Ou seja, nada mais é do que o estudo das semelhanças e diferenças entre sistemas legais de jurisdições diferentes, como as que ocorrem, por exemplo, com estudos que envolvem países de *civil law* e de *common law*.

Segundo as palavras de Guido Soares (1999, p. 19), explica-se que, nessa perspectiva comparativa, se tomam “[...] dois sistemas distintos, vigentes em países distintos, num mesmo momento histórico, e as comparações se efetuam a partir de uma metodologia científica rigorosa, em que apareceriam os elementos comuns e os diferenciados”.

Em outras palavras, ao se trabalhar com o comparativismo jurídico, o estudo deve ter então a dupla tarefa de conhecer cada um dos termos isoladamente, na sua individualidade e especificidade, para, posteriormente, realizar a comparação – diferenciando-os e descobrindo semelhanças e diferenças entre eles.

Então, o direito comparado nada mais é do que a atividade que consiste em estabelecer sistematicamente semelhanças e diferenças entre direitos diferentes, com a finalidade própria de alcançar um objetivo anteriormente traçado pela pesquisa.

Nesse sentido, pode ocorrer a macrocomparação e a microcomparação, das quais fala Carlos Ferreira de Almeida (1998, p. 10-11):

for the regulation of human relationships or transactions. Not only are there no comparative' rules of law but there are no transactions or relationships which can be described as comparative. When we speak, for instance, of the comparative law of marriage this does not mean that comparative lawyers have divide a new set of rules to govern the relations between husband and wife; it merely indicates that the marriage laws of several countries have been subject to a process of comparison in order to ascertain how far, and in what respects, they may differ one from another. There is no “comparative” branch or department of the law in the sense in which a lawyer speaks of “Family Law” or “Maritime Law” or the other departments into which law is conventionally divided for the purpose of indicating the particular type of subject-matter with which each department deals.

A macrocomparação realiza-se pela comparação entre sistemas jurídicos considerados na sua globalidade. A macrocomparação também é designada como “sistemologia” ou pela expressão “sistemas jurídicos comparados”. Para este efeito, sistemas jurídicos (ou ordens jurídicas) são conjuntos coerentes de normas e de instituições jurídicas que vigoram em relação a um dado espaço e/ou a uma certa comunidade [...]. Na macrocomparação não se comparam todos os sistemas jurídicos nem todos os elementos dos sistemas jurídicos em comparação. Procedem-se a comparações globais através de um método que procura relacionar elementos estruturantes homólogos de dois ou mais sistemas jurídicos [...]. A microcomparação consiste na comparação entre institutos jurídicos afins em ordens jurídicas diferentes. Designamos por instituto jurídico um conjunto de normas, princípios, instituições e organizações de natureza jurídica que, numa dada ordem jurídica, possam ser tomados unitariamente sob certa perspectiva ou critério [...]. A delimitação dos institutos a comparar é variável, em conformidade com o fim em vista. É legítimo comparar, por exemplo, o instituto “contrato” nos direitos português e inglês, mas é igualmente legítimo comparar, nestes ou noutros direitos, o contrato de compra e venda, ou o contrato de compra e venda de coisas móveis, ou apenas o regime de reparação da coisa móvel vendida com defeito. Não há, pois, um critério único pelo qual se defina a amplitude dos institutos jurídicos, que podem por isso ter entre si relações de exclusão, inclusão ou de intersecção.

Trata-se aqui não só de uma macrocomparação como também de uma microcomparação. Primeiro, pois a pesquisa traça uma comparação entre os grandes sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law* (macrocomparação de famílias de direitos) para, posteriormente, comparar o instituto da legitimidade nas ações coletivas brasileiras e nas *class actions* estadunidenses (microcomparação de institutos).

Dito isso e tendo em vista essas diferenças metodológicas no estudo da ciência jurídica nos Estados Unidos e no Brasil, pergunta-se: diante de sistemas tão distintos e com fontes tão diferentes, como é possível a comparação?

A resposta para essa pergunta é dada por Guido Soares (1999, p. 57):

Se os juristas e advogados da família romano-germânica olham com certa emulação a adequação dos *case laws* à realidade, advogados e juristas da *common law* sentem uma certa nostalgia, em face da harmonia e racionalidade dos códigos! Na essência, é o velho contraste indução/dedução, ambos métodos válidos! No fundo, tanto a dedução como a indução constituem-se em métodos científicos de conhecimento, aquela aplicável às ciências especulativas, esta às ciências práticas, porém, não com exclusividade, pois na Física ou na Biologia existe a utilização de ambos os processos metodológicos. Nas ciências do comportamento do homem (que trabalham tanto com juízos de realidade quanto com juízos de valor), o intercâmbio de ambos os métodos é ainda mais necessário, inclusive como condição de verificação de provas das afirmações, sob pena

de falseamento dos postulados científicos, seja por uma generalização inexistente, o que pode levar ao abuso da indução; seja por um abstracionismo que descreva o mundo dos homens, como se fosse constituído de seres perfeitos e angelicais (o grande risco do abuso dos processos dedutivos).

Sendo assim, não só se tem que é possível a comparação entre sistemas legais distintos, como também que se torna até imprescindível que trabalhos científicos a façam para que haja o intercâmbio de conhecimentos e o não-abuso dos processos dedutivos ou indutivos.

Os benefícios do estudo comparado são tão explícitos e óbvios que levaram Frederic Maitland (1911, p. 57) a afirmar: “[...] the english lawyer who knew nothing and cared nothing for any system but his own, hardly came in sight of the idea of legal history”. É dizer, o jurista que conhece o sistema jurídico apenas de seu país e só com ele se importa, raramente conseguirá adentrar a ideia da história do direito.

E não consegue porque fica envolvido com as informações recebidas em seu país, tornando-se cego ao que ocorre no restante do globo, quando poderia buscar informações alienígenas e visualizar qual metodologia, qual procedimento, por exemplo, seria mais adequado ou mais interessante, através da comparação e do método comparativo.

Quais seriam, então, os benefícios do estudo comparativo no caso desta pesquisa e para a pesquisa jurídica no sentido geral?

Conforme apontam Glendon, Gordon e Carroza (1999, p. 6-7), seria como se,

[...] com a chegada da interdependência global sem precedentes e com o comércio e a comunicação instantânea ligando todas as regiões da Terra, quase todos os domínios jurídicos tivessem adquirido uma dimensão internacional. E já que hoje as pessoas vivem em um mundo onde a demarcação nacional é de importância decrescente em relação à tecnologia, às finanças, ao comércio, à ecologia, à informação, ao consumismo, ao entretenimento, às artes e às ideias dos direitos humanos universais, a educação jurídica, portanto, teve de se ajustar às demandas para as competências exigidas pelos advogados globalizados. [...] Nessas áreas, estudos transnacionais acabam assumindo uma importância maior do que nunca. Contratos e professores de direito comercial têm que gastar uma proporção cada vez maior do tempo de curso nos aspectos internacionais de suas matérias, se desejam acompanhar a evolução da prática. [...] Assim, a importância crescente do direito supranacional irá apresentar novos desafios para os comparatistas, como o papel dos

Estados-nação e da legislação nacional, na busca pela transformação pelo aprimoramento [...] (Tradução nossa).¹⁶

E desse ponto surge a crescente necessidade do estudo do direito comparado, dada a sua importância, como apontam novamente Glendon, Gordon e Carozza (1999, p. 6-7).¹⁷

Os autores citados destacam que os estudos comparativos visam à promoção e à melhoria da compreensão do próprio sistema legal, ou à procura de princípios comuns a um número de sistemas jurídicos.

Nesse raciocínio, entende-se que o direito comparado permite aos estudantes compreender melhor o seu próprio sistema jurídico, assumir seus próprios caminhos, adquirir melhor noção do que é valioso e capaz de desenvolvimento em seu próprio sistema.

A investigação da forma como outros sistemas jurídicos e sociedades em estágios comparáveis de desenvolvimento econômico e social lidam com os problemas enfrentados raramente deixa de constituir uma ajuda no planejamento de um projeto de pesquisa, na formulação de hipóteses e nas conclusões de testes.

¹⁶ With unprecedented global interdependence, and with commerce and instant communication linking all regions of the earth, nearly every legal field has acquired an international dimension. We live in a world where national boundaries are of diminishing significance in relation to technology, finance, trade, ecology, information, consumerism, entertainment, the arts, and ideas of universal human rights. Legal education, accordingly, has had to adjust to demands for the skills required by lawyers in the "global village" or "McWorld" [...]. In those fields, cross-national studies now are assuming greater importance than ever. Contracts and commercial law teachers are having to spend an increasingly large proportion of course time on the international aspects of their subjects if they wish to keep pace with developments in the practice [...] The increasing importance of supranational law will present new challenges for comparatists as the roles of nation states and national law undergo transformation. Discussions of the goals of comparative law often draw an overly sharp distinction between its practical and its scientific aims.

¹⁷ To be sure, comparative studies have many practical uses [...] The important practical applications of comparative law are often contrasted with more theoretical aims, such as promoting an improved understanding of one's own legal system or searching for principles common to a number of legal systems. There is nothing wrong with making such a distinction between practice and theory. The only harm comes if ones forgets that the practical aims just mentioned are furthered by serious pursuit of scholarly objectives, and that scholarly exercises are apt to prove sterile if they are carried on without close attention to the way law operates in the rough and tumble of daily life [...] When we say that comparative law enables students to understand their own legal system better, we do not just mean that it will move them away from assuming their own ways are the best or the only ways of doing things. We also hope that they will acquire a better sense of what is valuable and capable of development in their own system [...]. Investigation of the way other legal systems deal with problems confronting all societies at comparable stages of social and economic development seldom fails to help in designing research, framing hypotheses, and testing conclusions. In the law-saturated societies of developed nations, we need more than ever to know how legal norms actually work in various contexts, what advantages and benefits they offer, what risks or indirect consequences they are likely to entail.

Com o excesso de legislação nas sociedades dos países desenvolvidos, mais que nunca se faz necessário saber como as normas legais realmente funcionam em vários contextos, quais as vantagens e benefícios que oferecem, que riscos ou consequências indiretas são susceptíveis de implicar.

Por isso, fácil e perceptível se demonstra a necessidade da utilização do direito comparado como base de pesquisa, seja na área de direitos e garantias fundamentais, seja na área processual. Comparar dois sistemas de países diferentes, aplicáveis a culturas diversas e de maneira peculiar sempre pode acrescentar algo ao sistema próprio de cada país estudado ou, pelo menos, levar a refletir sobre essa questão.

Juntando esse assunto com o relativo ao direito constitucional comparado, aponta José Guillermo Plata (1998, p. 39-40):

[...] el método comparativo, em esta matéria, se emplea para analizar y cotejar las normas e institucionales consagradas em los ordenamientos constitucionales Del país em cuestión, com ele evidente propósito de conocer sus características; además, evidenciar símiles o diferencias. Algunos autores sostienen que cuando el método comparativo constitucional permite la construcción y elaboración doctrinal que transforme, de algun manera, los principios y reglas de aplicación local, estamos entonces, ante una ciência jurídica autónoma. Conferir a citação.

Dessa maneira, o método comparativo no direito constitucional pode ser considerado como uma ciência jurídica autônoma, que permite evidenciar diferenças e semelhanças, além de identificar características em diferentes ordenamentos constitucionais. Essa parece uma tarefa simples aos comparativistas, mas não é bem assim.

No caso específico do direito constitucional processual, que é o tema deste trabalho, é preciso, durante a comparação, extrair de cada um dos sistemas e constituições comparados os institutos a serem estudados (por exemplo, a representatividade adequada), conceituá-los, denominar os princípios jurídicos e figuras que estão atrelados ao contexto estudado e analisá-los separadamente, para, posteriormente, se chegar a uma conclusão lógica acerca da comparação.

Várias dificuldades se apresentam na comparação entre os aspectos não só do processo civil como também de outras searas do direito, principalmente naqueles casos em que os países a serem comparados têm também sistemas jurídicos diversificados, como, por exemplo, o Brasil e os Estados Unidos: o primeiro faz parte da família da *civil law* enquanto o segundo faz parte da família da *common law*.

Já restou demonstrado que tal comparação é possível. Mas, como esta ocorre? Quais são as dificuldades emergentes dessa situação? Sobre o assunto, importantes se fazem as palavras de Mauro Cappelletti (2001, p. 11-14), quando diz:

Uma primeira dificuldade de caráter objetivo é oferecida pela inexistência de um direito processual civil da Europa Continental que possa contrapor-se, como um todo unitário, ao *common law procedure*. A contraposição *common law - civil law* é uma abstração que apenas de modo aproximado trata de expressar uma verdade. Fora de dúvida que cada país europeu tem um direito processual próprio e um código de direito processual. Na Itália existem, inclusive, três sistemas de direito processual civil, se se quiser ter presentes, juntamente, o código do Estado italiano, em vigor desde 1942 e modificado depois da guerra, também aquele bem interessante e nada carente de originalidade, do Estado da cidade do Vaticano (de 1946) e o sistema processual da República San Marino. Na Suíça existem não menos do que 25 códigos de procedimento civil referentes a cada cantão, promulgados em épocas diversas [...]. Uma segunda dificuldade de caráter objetivo que se agrega, pois, à assinalada multiformidade que, além do mais, encontra-se também, se bem que talvez menos acentuada, no âmbito da família de *common law* – consiste na bem conhecida e profunda diferença que existe entre os sistemas jurídicos, substanciais e processuais, dos países de *civil law*, por um lado, e dos países de *common law*, por outro. Não apenas, pois é extremamente problemática a individualização das duas entidades homogêneas (*civil law - common law*) contrapostas; mas, mesmo admitida tal individualização, tratar-se-ia, de todo modo, de duas entidades profundamente diferentes e, por conseguinte, não facilmente comparáveis entre si. Acrescentem-se, além do mais, as dificuldades de caráter subjetivo: quem for especialista em estudo jurídico-comparativo saberá muito bem quais e quantos são os perigos de confusão que podem se apresentar em toda tentativa de comparação jurídica. Comparação significa, comumente, obra de síntese realizada sobre a base de dois ou mais ordenamentos ou grupos de ordenamentos jurídicos [...]. Problemas que, para os juristas pertencentes a um determinado ordenamento, são vivos e atuais, podem representar simples lugares-comuns para os estudiosos de outros países; conceitos que para uns têm um significado precioso, podem ter um significado incerto [...].

Como bem demonstrou Cappelletti, inúmeros são os problemas a serem enfrentados quando do estudo comparado feito em países tão diferentes, que têm, além de tudo, famílias jurídicas diversas. Tais complicadores, como a interpretação errada, a confusão, ou, ainda, uma questão que pareça ser pertinente e interessante a um

pesquisador de um país e que possa ser um redundante e desgastado assunto a outro, acabam tornando o método comparativo ainda mais evitado.

Ainda sobre problemas encontrados quando do estudo do direito comparado, válidas são as palavras de Ivo Dantas (2000, p. 56-57):

No caso específico do direito comparado, seu estudo apresenta dificuldades que, entretanto, uma preparação metodológica correta do pesquisador poderá superá-las. Assim, pelo menos duas dificuldades podem ser mencionadas, a saber: 1) a questão do acesso às fontes estrangeiras, ligadas aos ordenamentos que se pretende comparar (fontes aqui tomadas não apenas no sentido de textos legislativos, mas também como doutrina, jurisprudência e costumes); 2) a dificuldade relativa ao problema lingüístico, isto é, de conhecimento da língua usada pelo Estado cujo direito se pretende comparar. São, repita-se, dificuldades ou obstáculos que uma preparação metodológica e intelectual poderá superar, e na qual não se poderá esquecer que ela englobará – inclusive e principalmente – a adequada terminologia utilizada pelo sistema ou ordenamento jurídico estrangeiro e seu significado.

Mas existe alguma maneira de transpor esses obstáculos e assim efetuar a pesquisa? A resposta até parece um pouco óbvia, tendo em vista a necessidade do estudo comparado no contexto globalizado atual, mas fica ainda mais evidente quando se observa que a multiplicidade e multiformidade de ordenamentos no mundo devem ser respeitadas, cada um com suas peculiaridades e características próprias. Não é necessário criar um único sistema, mas, sim, beneficiar-se do que há de comum neles.

Nesse sentido é o raciocínio de Boaventura de Souza Santos (2003, p. 39-40), quando faz alusão aos direitos humanos e à multiculturalidade:

Enquanto forem concebidos como direitos humanos universais, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado, e, portanto, como uma forma de globalização hegemônica. Para poderem operar como forma de cosmopolitismo, como globalização contra-hegemônica, os direitos humanos têm de ser reconceitualizados como multiculturais.

Essas palavras traduzem fortemente o que ocorre com os direitos humanos universais tais como foram ocidentalmente concebidos, um “choque de civilizações”; daí a necessidade de um multiculturalismo emancipatório, que respeite todas as culturas ao invés de propagar a cultura ocidental.

Assim também deve ocorrer com o direito comparado: deve haver um respeito mútuo entre os sistemas e peculiaridades de cada local; desse modo, a multiplicidade e a multiformidade não são empecilhos, mas apenas características do comparativismo.

Para facilitar ainda mais, diante de dois sistemas diversos deve o comparativista tentar centralizar o que há de comum, de unitário, em ambas as nações e direitos. Sobre o assunto, destacam-se novamente as palavras de Mauro Cappelletti:

Existem ou existiram nos ordenamentos continentais europeus e, em geral, nos ordenamentos chamados de *civil law*, alguns denominadores comuns, os quais aparecem como evidentes, sobretudo como uma investigação e sua evolução histórica, antiga e recente; uma investigação que deverá, às vezes, nos fazer retroceder nos séculos até chegar às que foram as origens com freqüência comuns dos diversos ordenamentos ou dos diversos institutos, nem sempre completamente perturbados por sua evolução posterior. Esta evolução, por sua vez, deixará claro nem tanto alguns pontos comuns de chegada, quanto algumas diretrizes de desenvolvimento que são comuns a todos aqueles ordenamentos ou, pelo menos, a um dos dois grupos (grupo “ocidental”, grupo “oriental”) em que estes hoje podem ser divididos. Quanto às dificuldades de caráter subjetivo – que, além do mais, são as dificuldades naturais a toda investigação comparativa, mesmo quando na comparação entre *civil law* e *common law* estas se encontram particularmente acentuadas –, acredito que o melhor modo para superá-las é o da experiência direta e, conseqüentemente, também o diálogo direto entre os estudiosos e os práticos de vários ordenamentos [...] as diferenças entre *civil law* e *common law* não são tão abismais quanto se poderia pensar à primeira vista. E não é apenas isto, mas que as mesmas diretrizes de evolução, como veremos, são, em muitos campos, semelhantes ou convergentes, e certas diferenças vão-se acentuando, de modo que se possa falar em um sistema jurídico enquanto há muitos aspectos inspirados nos princípios gerais comuns em todos os países (de *civil law* e de *common law*), pelo menos do denominado mundo “ocidental” (CAPPELLETTI, 2001, p. 14-15).

Então é possível auferir-se que, apesar das dificuldades, o estudo comparativo feito em países de sistemas/famílias jurídicas diferentes, apesar de complexo, não é algo impossível de ser feito como se imagina. Isso se for levado em consideração que existem pontos de uniformidade entre esses sistemas e é possível o respeito mútuo entre culturas divergentes.

Dentro desse raciocínio, o método comparativo não é apenas possível, como também um instrumento importante e fundamental no entendimento do direito como peça de uma sociedade. Quando se analisa o direito de outro sistema legal é

possível que se chegue a uma postura de mudança jurídica e ao melhor entendimento da dinâmica social.

Assim expõem Glendon, Gordon e Carozza (1999, p. 8):

Direito comparado é também um método heurístico indispensável para a teoria jurídica e social. Montesquieu, Tocqueville, Durkheim e Max Weber usaram o estudo comparativo para iluminar a história e o crescimento da lei, o seu papel na sociedade, sua relação com o comportamento e as ideias. O direito comparado ajuda-nos, então, a compreender a dinâmica da mudança social, bem como legal. Além disso, cumpre ao comparatista exercer o poder-dever de fazer uma avaliação crítica e construtiva do que for descoberto através da análise comparativa. Se isso não for feito, o direito comparado pode facilmente degenerar numa espiral vertiginosa em que tudo é ao mesmo tempo causa e efeito; diferente, mas semelhante a todo o resto; distinto, mas interligado, e assim por diante. Tem então o estudante do direito comparado a função de acompanhar a investigação com uma avaliação cuidadosa daquele significado (Tradução nossa).¹⁸

Sobre o assunto, destacam ainda Glendon, Gordon e Carozza (1999, p. 8):

Se o direito comparado consiste de uma variedade de métodos para olhar o direito, quais são esses métodos? A análise comparativa começa pela elaboração de um tópico: seu cliente coloca um problema; ou seu governo pretende formular e implementar uma política; ou no curso dos seus estudos, o estudante encontra um problema, devendo investigar os fatos e as opiniões dos outros. Levanta perguntas, podendo lançar a ideia por meio de uma forma ou de uma hipótese. Nessa fase, pode ser o estudo de um sistema jurídico estrangeiro que o faz consciente de um problema, que sugere uma hipótese, ou que o ajuda a formar uma estratégia de investigação (Tradução nossa).¹⁹

No momento em que elabora uma hipótese de pesquisa, o estudante pode ter como ferramenta o direito comparado. É em relação a esse aspecto que se deve perceber

¹⁸ Comparative law is also an indispensable heuristic method for legal and social theory. Montesquieu, Tocqueville, Durkheim, and Max Weber all used comparative study to illuminate the history and growth of the law, its role in the society, its relation to behavior and ideas. Comparative law helps us to understand the dynamics of social, as well as legal, change. Finally we should mention the comparatist's power and duty to make a critical evaluation of what he or she discovers through comparative analysis. If this is not done, comparative law can easily degenerate into a dizzying spiral in which everything is both cause and effect; different from, but similar to, everything else; separate but intertwined; and so on. Moreover, who is in a better position that the comparatist to follow up his or her research with a careful appraisal of its significance?

¹⁹ If comparative law consists of a variety of methods for looking at law, what are those methods? Comparative analysis begins by working out a topic: Your client poses a problem. Or your government wishes to formulate and implement a policy. Or in the course of your studies, you encounter a puzzle. You investigate the facts and the opinions of others. You raise questions. You get an idea or a form a hypothesis. At this stage, it may be the study of a foreign legal system that makes you aware of a problem; that suggest a hypothesis; or that helps you to form a research strategy.

que o estudo de uma lei estrangeira pode tornar-se um passo indispensável e preliminar na realização do estudo comparativo.

Assim, com leis de nações distintas, o estudante do direito comparado deve traçar os valores que essas leis promovem e protegem, estabelecer a relação entre elas, observar as diferenças e semelhanças que apresentam, para então traçar um paralelo entre elas, uma aproximação funcional, na tentativa de responder a uma inquietação ou a um problema específico.

Isso nada mais é do que um método interdisciplinar e complementar de investigação que depende de uma análise empírica e de conhecimento doutrinário-legal. Vale lembrar que, para se entenderem as normas de países alienígenas, é preciso, antes de tudo, entender a historicidade, a cultura, a economia e toda a evolução daquele país. Isso o estudante do direito comparado não pode deixar de lado, e é disso que se tratará no terceiro e no quarto capítulo, quando será abordada a origem das ações coletivas e, conseqüentemente, a evolução histórica dos cenários estadunidense e brasileiro.

Feita essa ressalva acerca do direito comparado e da possibilidade da aplicação científica desse tipo de pesquisa, convém entrar propriamente no tema escolhido para a dissertação.

2 ACESSO COLETIVO À JUSTIÇA

O direito ou garantia fundamental do acesso à justiça vem sendo muito abordado no direito atual, tendo em vista que deve ser observado por estudantes, pesquisadores, profissionais do direito em geral como uma forma de gerar celeridade aos trâmites dos processos, possibilitar que as partes obtenham a decisão do magistrado com a

resolução do problema posta de forma mais justa e benéfica, colocando fim à crise de direito material.

É através do acesso à justiça que se pode obter a democracia plena, pois a justiça possibilita uma efetiva cidadania e protege a dignidade da pessoa humana. Desse modo, o estudo desse instituto torna-se imprescindível para se agir de acordo com o paradigma em que vivemos: o Estado Democrático de Direito.

Existem várias interpretações sobre o que seria o “acesso à justiça”. É importante então abordar o assunto separadamente, a fim de que se possa estabelecer a definição que esse trabalho adotará.

Nesse sentido, cabe agora traçar as características básicas, o conceito e a terminologia do acesso à justiça nos planos individual e coletivo, abordando ao final as peculiaridades desse acesso para o direito dos Estados Unidos da América e o direito do Brasil.

No capítulo posterior, tratar-se-á profundamente da ação coletiva (*class action*) estadunidense (abordando conceitos, origem e peculiaridades), para enfim saber como se efetiva o acesso à justiça em face do instituto processual da representatividade adequada.

2.1 ACESSO À JUSTIÇA: CARACTERÍSTICAS BÁSICAS

Antes de considerar as concepções existentes (formal e material), cumpre destacar que a conceituação de “acesso à justiça” tem na doutrina, fundamentalmente, dois sentidos, os quais é imprescindível abordar dada a importância da definição das características básicas de tal acesso. Um refere-se à possibilidade de ajuizar uma demanda no Poder Judiciário, enquanto o segundo diz respeito ao acesso a uma ordem de valores e direitos fundamentais do ser humano. Este sentido tem valor mais abrangente que o primeiro, e é nessa ótica que este estudo se fundamenta.

Nas palavras de Mauro Cappelletti e Garth Bryant (1998, p. 12-13):

O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

Trazendo como premissa as palavras desses autores, faz-se necessário alertar que este trabalho se refere ao “acesso à justiça” como o acesso a uma ordem jurídica justa apenas no tocante ao Poder Judiciário; não está, portanto, dentro do alcance desta dissertação a pesquisa acerca do acesso à justiça nos demais poderes – Executivo e Legislativo.

Esclarecendo esse detalhe, passa-se à visualização das duas concepções sobre tal direito, quais sejam: a concepção formal e a concepção material, que se fazem necessárias à garantia do exercício pleno do acesso à justiça.

A concepção formal refere-se a um acesso no qual o Estado apenas garante aos indivíduos – que estiverem diante de um conflito de interesses – a possibilidade de buscar no Estado-juiz uma tutela jurisdicional. Ao órgão estatal caberia somente a resolução dos conflitos sociais.

Essa concepção tinha como finalidade evitar que o acesso ao Judiciário fosse negado pelo Estado, mas não atentava para o fato de que este poderia, ao solucionar os conflitos, ser injusto ou não aplicar os direitos individuais e coletivos do tutelado.

Acerca dessa significação, Gustavo Augusto Soares dos Reis (2008, p. 234) lembra:

É em razão disso que o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal brasileira de 1988 veicula que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Esta norma constitucional, comumente denominada de princípio da inafastabilidade da jurisdição, além de acarretar para o Estado o dever de exercer esse poder político, confere às pessoas o correlato direito público subjetivo de invocar o Estado-juiz para a resolução de seus conflitos. E note-se, ademais, que tal dever é garantido pelo princípio do *non liquet*, que impede o Estado de deixar de decidir. Essa visão de acesso à justiça, porém, é sobremodo reducionista [...].

Na visão do autor, é reducionista porque prevê o dever do Estado de agir somente diante do conflito de interesses levado pelo cidadão, ou seja, nada mais é do que o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Diante disso, surge a necessidade de uma nova concepção, mais moderna e abrangente, qual seja, a concepção material de acesso à justiça, que será, inclusive, adotada neste trabalho: uma concepção axiológica de justiça, na qual o acesso não fica reduzido ao Judiciário, mas se estende à ordem jurídica justa, como propôs Kazuo Watanabe (1988).

Tal concepção trata o aludido acesso à justiça como um direito efetivo, tal qual um fundamental requisito de afirmação e, principalmente, de garantia dos direitos constitucionais individuais e coletivos dos indivíduos. Ou seja, traz como principal objetivo o fato de se ter não simplesmente um direito, mas o direito a condições de exercê-lo e de vê-lo sendo exercido.

Acerca desse significado, as palavras de Mauro Cappelletti e Garth Bryant tornam-se essenciais quando dizem:

[...] o direito de acesso à justiça tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (CAPPELLETTI; BRYANT, 1998, p. 11-12).

O conceito de acesso à justiça, para esses autores, demonstra a necessidade de atualização constante do direito moderno inserido no Estado Democrático de Direito, mais especificamente do processo civil:

O enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil. A discussão teórica, por exemplo, das várias regras do processo civil e de como elas podem ser manipuladas em várias situações hipotéticas pode ser instrutiva, mas, sob essas descrições neutras, costuma ocultar-se o modelo freqüentemente irreal de duas (ou mais) partes em igualdade de condições perante a corte, limitadas apenas pelos argumentos jurídicos que os experientes advogados possam alinhar [...]. O acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também,

necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica (CAPPELLETTI; BRYANT, 1998, p. 12-13).

Esse pensamento será usado durante o trabalho dissertativo, no qual o conceito de acesso à justiça não fica limitado aos gélidos parâmetros de uma concepção formal; pelo contrário, é visto como um direito fundamental e uma garantia de qualidade da prestação jurisdicional realizada no caso concreto e tutela adequada ao jurisdicionado com a aplicação dos direitos a ele resguardados.

Nesse sentido, é importante observar que o acesso à justiça, tal qual direito humano fundamental, pode ser encarado como uma prestação jurisdicional, tal qual acesso ao Judiciário, reconhecida como essencial. Pode também ser entendido como um princípio a ser observado na prestação jurisdicional da justiça (prazo razoável e entrega do direito material com eficácia e efetividade adequadas).

Também isso pode ser previsto no plano internacional, como dispõe Danielle Annoni:

Consagrado como o direito humano de acesso à Corte de Justiça, a um julgamento imparcial por um tribunal independente e a uma decisão proferida em tempo razoável, nos termos do art. 8º, parágrafo primeiro, da Convenção Americana, o direito do indivíduo à pronta prestação da justiça ainda carece de efetividade, quanto mais no sistema americano. Para tanto, o estudo de temas como o acesso à justiça, a responsabilidade estatal internacional, bem como a busca pela definição de conceitos, como prazo razoável, direito internacional dos direitos humanos e cidadania, torna-se imprescindível se o objetivo é a plena efetivação dos direitos humanos no mundo, seja na ordem internacional ou em seus reflexos na ordem interna dos Estados. O conceito de direito fundamental do homem ao acesso à justiça sofreu uma transformação significativa nesse século. Como lembra Mauro Cappelletti, nos Estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, os procedimentos adotados para a solução dos litígios refletiam uma filosofia individualista dos direitos. Direito à proteção judiciária significava essencialmente o direito formal do cidadão de petição ao Poder Judiciário. Só tinha acesso à justiça, no sistema *laissez-faire*, quem podia enfrentar seus custos e suas delongas, haja vista que o papel do Estado era tão-somente permitir que o cidadão tivesse acesso à Corte de Justiça [...]. O direito de acesso à justiça era o direito de acesso formal, mas não efetivo [...]. Esse conceito mudou (ANONNI, 2009, p. 112-113).

Sim, mudou, já que não é admitida mais a interpretação de que o acesso à justiça se limita ao acesso ao Judiciário, ao mero direito de petição, de propor a ação e defender-se. Ao contrário, agora se impõe também ao Estado não só o

reconhecimento dos direitos e deveres fundamentais como também a efetivação desses direitos e deveres.

A entrega da resolução do conflito no menor prazo possível também está em jogo, e não só isso. Cumpre ao sistema jurídico como um todo atender de forma mais completa e eficiente às partes, a quem estiver buscando no Judiciário uma resposta ao seu “dilema social”.

Para tornar esse ideal uma realidade do cotidiano jurídico, é imprescindível que o processo disponha de mecanismos aptos a realizar a devida prestação jurisdicional, proporcionando ao jurisdicionado o direito material que lhe é devido, de maneira efetiva, em um prazo razoável de tempo – de preferência, no menor tempo possível.

Nesse sentido é o raciocínio de Ordóñez (1996, p. 343-344):

[...] os direitos humanos mostram sua vigência apenas quando se encontram sob a alegação de que atuam em razão de suas violações, quando não há nenhuma pendência em apreciação aos direitos, ou quando os crimes mais graves não permanecem impunes. A resposta institucional a esse fenômeno depende, em última análise, da legitimidade real de funcionamento do Poder Judiciário e de todas as outras partes do sistema que possam atuar de maneira constitucionalmente adequada para com o sistema jurídico determinado (Tradução nossa).²⁰

Nesse caso, a materialização do direito humano e fundamental de acesso à justiça não se contenta com o mero reconhecimento formal dos direitos, mas pretende a real efetivação desses direitos. Para que isso ocorra, primeiramente é necessário que se reconheça e se efetive o próprio direito de acesso à justiça, tal qual direito fundamental e humano que é.

Nesse limite entre o direito material e o direito formal, fica difícil separar o direito processual da adequada tutela aos direitos do homem. Afinal, para garantir que sejam efetivados e, sobretudo, postos realmente em prática todos os direitos da

²⁰ [...] los derechos humanos muestran su vigencia solo cuando encuentran amparo al reclamo que formulan motivo de sus violaciones, no cuando quedan en espera del reconocimiento de sus derechos o cuando quedan impunes los más graves crímenes. De la respuesta institucional a esse fenómeno dependerá, en última instancia, la legitimidad real con que opere el Poder Judicial y todos los demás sectores del sistema en um determinado ordenamiento jurídico.

pessoa humana consagrados constitucionalmente e nos tratados internacionais, é necessário que esses direitos sejam vinculados ao direito fundamental de acesso à justiça – visto como acesso ao Judiciário + prestação jurisdicional adequada.

Sobre o assunto, vale destacar as palavras de Danielle Annoni:

[...] o problema do reconhecimento do direito de acesso à justiça como direito fundamental e sua efetivação se encontram em uma zona de confluência entre duas disciplinas: a de direito processual, interno e internacional, e a de direitos humanos, que podem ser analisados como direitos fundamentais no bojo das constituições internas dos Estados, ou ainda, no âmbito do direito internacional dos direitos humanos. Daí a dificuldade da doutrina em compatibilizar dois sistemas diferentes, um de direito subjetivo, outro de direito objetivo, num mesmo instituto: o direito humano ao acesso à justiça. Este aspecto essencial representado pelo direito de acesso à justiça deriva de uma série de garantias secundárias, mas não menos importantes, como a igualdade das partes, a possibilidade de apresentar e questionar os meios de provas, interpor recurso, exigir uma execução de sentença, que correspondem ao caráter dinâmico do direito material, seja ele qual for. Isso significa que o não-reconhecimento do direito de acesso à justiça como direito humano fundamental implica o não-reconhecimento de direito algum, uma vez que a efetivação desse último não se faz sem a efetivação do primeiro. Assim, o direito de acesso à justiça não se configura como mero direito de acesso ao Poder Judiciário. Não se trata de um mero direito de petição, de reclamação, mas, sim, de um direito de justiça, direito de ser ouvido e ter atendido, prontamente, seu pedido pela reparação do direito violado, ou por uma indenização no caso de não se poder restabelecer a situação anterior (ANONNI, 2009, p. 118).

Fica claro, assim, que não se pode falar em acesso à justiça sem falar em direitos humanos e direito processual, uma vez que estão interligados: sem o direito fundamental de acesso à justiça não se poderia falar em efetivação dos direitos humanos fundamentais. Sem esse, não haveria os outros.

Vale lembrar novamente que o acesso não pode nem deve ficar limitado ao conceito formal, mas estender-se à concepção material, na qual tal direito e garantia se tornam um mecanismo de reclamação e proclamação dos direitos fundamentais, de modo que as pessoas, ao acudirem ao Poder Judiciário para resolver algum conflito, possam ter seus problemas resolvidos, seus direitos resguardados e a tutela auferida da melhor maneira possível.

Mas essa questão não é tão simples como parece. Durante muito tempo de estudo e prática, chegou-se à conclusão de que o acesso à justiça padece de inúmeros

problemas para sua efetivação e para, conseqüentemente, a efetivação dos demais direitos fundamentais que dele dependem.

Tais dificuldades podem não só variar da dimensão econômica como também ser ainda mais complexas, como quando, por exemplo, estão atreladas a questões culturais, étnicas e sociais de um Estado-nação. São tão inumeráveis os problemas de acesso que seria impossível chegar a uma lista exaustiva deles, o que também não é o objetivo desta dissertação.

Partindo desse pressuposto, serão salientados apenas alguns pontos problemáticos do acesso que dizem respeito ao tema aqui proposto: falta de informação, inacessibilidade social, mecanismos processuais facilitadores (por meio, sobretudo, do princípio da instrumentalidade das formas), multiculturalismo e dominação étnico-cultural.

Primeiramente, a falta de informação e a inacessibilidade social. Afinal, sem informação e sem condições financeiras para lutar pelos próprios direitos, impossível realizar o primeiro e pequeno passo da efetivação do acesso à justiça: o direito de petição propriamente dito. Esse assunto será detalhado no item 2.1 deste trabalho, quando for abordada a questão da assistência judiciária gratuita.

Nesse sentido, parte-se para o segundo problema: mecanismos processuais que possibilitem esse acesso, como é o caso do princípio da instrumentalidade das formas, da efetividade processual e do não-apego ao formalismo processual exagerado.

Vale lembrar aqui que a forma processual nada mais é do que regras impostas pela lei ou pelo juiz no desenrolar das atividades desenvolvidas pelo Judiciário, que afetam os advogados, partes ou órgãos e funcionários desse Poder. Seria o meio utilizado para se obter um fim determinado, que é a obtenção do direito material.

Essas formalidades processuais foram incorporadas ao sistema jurídico com a função de garantir uma segurança, uma certeza de que o instrumento tivesse o desenvolvimento adequado. Ou seja, através da observância de determinadas

regras processuais (formalidades) poder-se-ia obter uma garantia da liberdade na relação de direito.

A inobservância dessas formalidades pode conduzir à nulidade do ato, ou à imposição de uma multa, ou à não-produção de suas consequências processuais, por exemplo. Essas estão previstas em normas de cunho processual que podem atuar com maior ou menor rigor.

Nesse sentido, observa-se que as consequências que a não-aplicação de tais exigências pode trazer ao processo são graves. O mesmo se pode dizer com relação aos prejuízos às partes.

Nesse tocante, exemplifica José Roberto dos Santos Bedaque o que ocorre quando se extingue um processo sem julgamento de mérito, devido à ausência de uma formalidade:

Se pensarmos na dinâmica do processo, em especial o de conhecimento, veremos que ele começa por iniciativa da parte e se desenvolve até a sentença de mérito. Para chegar a esse ponto, é necessária a observância de várias exigências, de natureza formal ou não, todas pertinentes à técnica exigida pelo legislador para a regularidade do instrumento [...] a extinção do processo sem julgamento de mérito – isto é, sem solução da controvérsia – é alternativa absolutamente excepcional e frustrante, pois representa o fracasso do meio, que não conseguiu atingir seu fim [...] assume grande importância o papel do processualista. É fundamental que ele consiga extrair do sistema positivo soluções aptas a compatibilizar o formalismo necessário e os objetivos do processo, para evitar que a estrita observância daquele não comprometa estes (BEDAQUE, 2006, p. 43).

Ou seja, a obediência cega e exagerada à técnica elaborada pelo legislador e às formalidades processuais pode acabar escravizando o processualista, bem como transformando o instrumento em um “[...] mecanismo burocrático, e o juiz, no burocrata incumbido de conduzi-lo” (BEDAQUE, 2006, p. 45), impedindo o direito humano fundamental de acesso à justiça.

Tal abertura do debate jurídico sobre a releitura das formalidades processuais, por meio de uma nova técnica que possibilite a instrumentalidade das formas, é historicamente recente no direito. Isso porque muitas regras formais ainda são resquícios de um passado que não mais corresponde ao presente das atuais

gerações, e, ao ser repassadas adiante, transmitem um apego que pode acabar injustificado.

É aí que entra o princípio da instrumentalidade das formas, que pode ser vista como um método adotado pelos cientistas jurídicos para aprimorar o Judiciário no que tange não só à forma como é prestada a tutela jurisdicional, como também ao reconhecimento da impossibilidade da autonomia do processo.

Acerca desse assunto, será utilizada a conceituação adotada por Samuel Meira Brasil Júnior que propõe:

[...] instrumentalidade permite afastar a aplicação de uma regra processual, quando o escopo do ato for atingido e quando não houver prejuízo. O confronto, nessa hipótese, é entre regras processuais, sem qualquer argumento de direito material. Nem por isso o resultado pode ser considerado tímido. Muito ao contrário. Mesmo situando o discurso no âmbito meramente processual, a aplicação da instrumentalidade pode conduzir a resultados até mesmo ousados, quando confrontada com a técnica processual ordinária (BRASIL JÚNIOR, 2007, p. 59).

Isso implica dizer que a instrumentalidade formal é a tradicional utilização do princípio instrumental apenas no que tange às anulabilidades e às nulidades relativas do processo. Assim sendo, fica clara a importância da ideia do acesso à justiça, não só como uma garantia de direito a recurso a quem não teria condições financeiras de arcar com as despesas de um processo, mas também como um direito a uma decisão jurídica justa e mais benéfica, efetiva e célere possível.

E é justamente nessa conceituação que surge o princípio da instrumentalidade das formas como mecanismo a possibilitar essa garantia. Ou seja, tal princípio tem como foco principal, na moderna processualística, proporcionar que esse acesso à justiça ocorra efetivamente.

Mesmo diante de tantas opiniões, autores e teorias, neste trabalho de pesquisa opta-se, a princípio, por uma visão do direito processual como instrumento que não pode ser visto como um fim em si mesmo, ou seja, que não pode ser considerado mais relevante que o objetivo maior do processo, que é a entrega da tutela

jurisdicional, de forma mais benéfica possível, às partes e ao Judiciário, possibilitando o acesso efetivo à justiça na sua mais ampla concepção.

Nesse sentido, não é apenas o formalismo processual exagerado que pode atrapalhar o referido acesso. Outras questões processuais podem ser também delineadas como agravadoras de tal situação, como é o caso da legitimação nas ações coletivas, que será tratada nos itens subseqüentes deste trabalho.

Poder-se-ia estender a discussão por muitas páginas, em se tratando dos mecanismos processuais que possibilitam o acesso à justiça ou traçando as barreiras processuais existentes que o impedem. Todavia, esse não é o objetivo desta pesquisa. Aqui a intenção, ao tratar da instrumentalidade das formas e da questão do formalismo, foi ressaltar como deve ser visto o direito processual atualmente, segundo o Estado Democrático de Direito: como um mero mecanismo de entrega do direito material, proporcionando o acesso efetivo à justiça. E é assim que será considerada, no subitem seguinte, a questão da legitimação processual.

Passando ao terceiro e quarto problema do acesso, é importante abordar a questão do multiculturalismo e da dominação étnico-cultural. Isso porque o acesso à justiça pode variar de acordo com a cultura e a formação étnico-histórica do país no qual está inserido.

Se a ideia é falar do direito no Extremo Oriente, mais especificamente na China e no Japão, pode-se observar que o acesso à justiça é muito limitado em ambos os países, visto que, culturalmente falando, o chinês ou o japonês que usam da justiça para fazer valer o seu direito são vistos como indignos pela sociedade. Já no direito da Índia e no direito muçulmano (MORÊZ, 2008), encontra-se uma forte conexão entre a religiosidade e os aspectos jurídicos.

Dessa maneira, árdua é a tarefa de pesquisar o acesso à justiça, no sentido de que, ao se tentar ampliar tal acesso, poder-se-ia estar impondo uma cultura ocidental a culturas totalmente diferentes, gerando um choque de civilizações. Então, ao invés do aprimoramento de um princípio/direito fundamental, ocorreria uma imposição cultural.

Nesse sentido, importante destacar o pensamento de Boaventura de Souza Santos (2003) quando lembra que, para que haja uma abrangência global dos direitos humanos, é preciso que exista legitimidade local, e, para que tal relação seja equilibrada, é imprescindível uma política contra-hegemônica de direitos humanos, à luz do chamado multiculturalismo emancipatório.

Enquanto forem concebidos como direitos humanos universais, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado, e, portanto, como uma forma de globalização hegemônica. Para poderem operar como forma de cosmopolitismo, como globalização contra-hegemônica, os direitos humanos têm de ser reconceitualizados como multiculturais (SANTOS, 2003, p. 123).

Com esse pensamento deve agir a política emancipatória da atualidade: transformando a conceituação prática dos direitos humanos de um localismo globalizado (quando um fenômeno local é globalizado com sucesso, por exemplo, a globalização do *fast food* americano) em um projeto cosmopolita.

Difícil mesmo é saber como fazer isso. Nesse sentido, o acesso à justiça parece que acaba limitado em respeito à cultura e à formação étnico-histórica de cada Estado-nação. Na verdade, é necessário entender que todas as culturas têm concepções de direitos humanos e do próprio acesso à justiça, e que nenhuma concepção será jamais completa e perfeita – já que, se cada cultura fosse tão completa quanto se julga, existiria apenas uma. É perceber que todas as culturas têm versões diferentes acerca do aludido direito humano fundamental, algumas mais amplas que outras; algumas mais fechadas a outras culturas que outras, mas que pode haver um diálogo intercultural e uma concepção mestiça feita de vários sentidos locais, mutuamente inteligíveis, como propõe o referido autor.

Significa dizer que o fundamento jurídico moderno para o direito ao acesso à justiça pode ser encontrado em tratados internacionais, como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 6.º) e a Convenção Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (art. 14).

Essa codificação de acesso à justiça demonstra que tal direito deve ser visto como um direito fundamental, assim como a liberdade de expressão e a liberdade de religião. Entretanto, como ocorre com tantos outros direitos humanos, há uma lacuna entre o ideal do acesso e a realidade da prática.

O conceito formal de acesso à justiça baseia-se no princípio fundamental de que as pessoas devem ser capazes de invocar a aplicação correta da lei. No entanto, seria esse princípio verdadeiro quando aplicado à vida de cada dia? Se não, os indivíduos têm o recurso das vias formais para a realização da justiça?

Nesse sentido, segundo Santos (2003), pesquisas mostram que há setores mais desfavorecidos da sociedade que não conhecem a lei nem reconhecem a aplicabilidade desta às suas próprias vidas.

Por outro lado, há também os cidadãos com acesso fácil à justiça, que estão familiarizados com os próprios direitos e que são capazes de utilizá-los eficazmente, o que, conseqüentemente, tem efeitos na vida diária. Trata-se de uma desigualdade marcante, que deve ser abordada.

Vários problemas com o acesso à justiça emergem da prática. O primeiro é, talvez, o mais óbvio: alguns cidadãos não conhecem seus direitos nem podem pagar assistência jurídica para obter uma defesa em seu nome. Um segundo desafio é a complexidade de julgamento: processos judiciais são morosos e dispendiosos. O terceiro problema é a equidade de acesso: quando as pessoas envolvidas em processos judiciais não são participantes voluntárias, como no caso dos processos criminais. Cada um desses obstáculos ao acesso à justiça exige uma solução própria.

Também nesse raciocínio se pode citar maior assistência aos litigantes e menos restrições para a prestação de serviços jurídicos de rotina pelos advogados, segundo o autor. Essas são preocupações sérias, mas não tão conclusivas como os críticos sugerem.

É certamente verdade que faltam muitas das habilidades necessárias a alguns praticantes para servir aqueles que mais precisam de assistência. Mas a falta de conhecimento técnico é apenas um dos problemas que atrapalham o acesso à justiça.

Por isso, será estudado agora, separadamente, o acesso à justiça, no plano individual, bem como a conceituação/terminologia de tal garantia/direito fundamental e humano nesse aspecto, para, assim, posteriormente, se analisar o sentido do referido acesso no plano coletivo.

2.1.1 No plano individual

Antes de qualquer definição transindividual, tem-se o acesso à justiça como um direito/garantia, válido a todo e qualquer indivíduo, de ter acesso efetivo não apenas ao Judiciário, mas também a “[...] um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, o direito de todos”, como dizem Cappelletti e Bryant (1998, p. 12). Porém aqui, ao invés de ler o direito de todos no plano coletivo, leia-se o direito de cada um, individualmente.

Nesse sentido, é importante lembrar a classificação dos direitos humanos, elaborada originariamente pelo jurista francês Karel Vasak e apresentada em uma Conferência ocorrida no Instituto Internacional de Direitos Humanos, durante a qual o jurista ressaltou a existência de três dimensões de direitos, cada uma com características próprias: os direitos de liberdade (referentes à primeira geração), os direitos de igualdade (referentes à segunda geração) e os direitos de solidariedade (referentes à terceira geração). Existe ainda quem faça alusão a uma quarta dimensão, decorrente da globalização dos direitos humanos e do pluralismo.

No que diz respeito ao acesso como direito individual, é importante ressaltar a primeira geração de direitos humanos, ou os também chamados direitos ou

liberdades individuais. São as prestações negativas do Estado em relação ao indivíduo no sentido de proporcionar a este autonomia.

Sobre essa geração, destacam-se as palavras de André de Carvalho Ramos:

A primeira geração engloba os chamados direitos de liberdade, que são as chamadas prestações negativas, nas quais o Estado deve proteger a esfera de autonomia do indivíduo [...] são direitos de defesa, possuindo o caráter de distribuição de competências (limitação) entre o Estado e o ser humano, sendo denominados direitos civis e políticos. Por isso, são conhecidos como direitos ou liberdades individuais, que têm como marco as revoluções liberais do século XVIII na Europa e Estados Unidos, que visavam restringir o poder absoluto do monarca, impingindo limites à ação estatal. São, entre outros, o direito à liberdade, igualdade perante a lei, propriedade, intimidade e segurança, traduzindo o valor de liberdade. Saliente-se que o papel do Estado na defesa dos direitos de primeira geração é tanto o tradicional papel passivo (abstenção em violar os direitos humanos, ou seja, as famosas prestações negativas) quanto o ativo, pois há de se exigir ações do Estado para garantia da segurança pública, administração da justiça, entre outras (RAMOS, 2005, p. 83-84).

No sentido de proteger o indivíduo, assegurar sua autonomia e liberdade também pode ser encontrado o direito/garantia de acesso tal qual um direito de proporcionar aos indivíduos o acesso ao Judiciário, por exemplo, por meio das defensorias públicas e de profissionais com respaldo científico.

Nesse raciocínio, vale lembrar as tão faladas ondas de acesso à justiça propostas por Cappelletti e Bryant (1998). Explica-se: esses autores trataram de elaborar várias etapas evolutivas para cada nível dos graus de acesso, as quais denominaram “ondas”. Tal terminologia foi utilizada tendo como base o movimento de aprimoramento do acesso à justiça, ou seja, as soluções para que esse direito/garantia ocorresse efetivamente.

Com base nesse raciocínio, Renata Coelho Padilha Gera aponta a teoria das ondas de acesso à justiça proposta por Cappelletti e Bryant como forma de visualizar os níveis de evolução desse acesso:

A assistência judiciária é o enfoque da primeira onda [...]; a segunda onda avança em relação à primeira, no sentido de buscar a defesa dos interesses coletivos *lato sensu* [...]; já a terceira onda cuida de eliminar “as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo” (GERA, 2004, p. 65-66).

Na verdade, Cappelletti e Bryant (1998), devido ao *access to justice movement*, ocorrido em 1980, e ao Florence Project, especificaram a evolução do acesso à justiça em três fases/ondas, a saber: 1) assistência judiciária aos economicamente desfavorecidos, 2) proteção jurídica dos interesses coletivos *lato sensu* e 3) utilização de meios alternativos de solução de conflitos.

Dessa maneira, esse movimento surgiu com a ideia de se tentar construir uma nova cidadania, um novo modo de pensar no direito, de acordo com o qual, antes de qualquer procedimento e qualquer direito/garantia fundamental, está o direito de acesso à justiça, pois, sem esse, os outros direitos e garantias fundamentais não poderiam ser efetivados.

No caso do acesso individual à justiça, interessa destacar a primeira onda, que se refere a um aspecto mais individualista do que as outras duas, que têm um cunho mais coletivo e, por isso, serão tratadas no próximo subitem. Pois bem, no que diz respeito à primeira onda, tem-se como essencial a um acesso mínimo à justiça a assistência judiciária para o indivíduo hipossuficiente.

Isso ocorre em virtude do papel imprescindível que o advogado assume na relação partes-Judiciário, visto que é ele quem faz a ponte entre os fatos ocorridos e o entendimento do complexo legislativo e dos trâmites do processo. A ideia é fazer com que o advogado fique mais próximo da parte hipossuficiente, não só dentro como também fora dos tribunais, aconselhando-a e ajudando-a no acesso à justiça.

Vale lembrar o que já foi destacado em outro trabalho desta pesquisadora (VESCOVI, 2008), em que se fez menção aos comentários de Cappelletti e Bryant (1998) sobre a evolução histórica que se deu no mundo desde 1965 (com a chamada “guerra contra a pobreza”, ocorrida nos Estados Unidos com o *Office of Economic Opportunity*) até 1975 (com os modelos combinados que surgiram na Suécia e na Província Canadense de Quebec).

Em nível global, inclusive, o despertar do interesse em torno do acesso efetivo à justiça nos Estados Unidos começou com o *Office of Economic Opportunity* (OEO) e a chamada “guerra contra a pobreza”, em 1965, em que os serviços deveriam ser prestados por “escritórios de vizinhança”, atendidos por advogados pagos pelo governo e encarregados de promover os interesses dos pobres.

Os escritórios eram pequenos, localizados nas comunidades pobres, o que facilitava o contato e minimizava as barreiras de classe, e geridos por advogados instruídos a auxiliar e reivindicar, dentro e fora dos tribunais, os direitos dos economicamente desfavorecidos.

No desenrolar desse processo, foram constatadas as desvantagens do sistema, como a necessidade de apoio governamental para atividades de natureza política, que, muitas vezes, atuavam contra o próprio Estado. Devido a esse fato, os advogados americanos estiveram sob ataques políticos constantes, o que só veio a melhorar após a independência do *Legal Services Corporation*.

Outro empecilho à vitória desse método foi a impossibilidade de se manterem advogados em número suficiente para dar atendimento individual de qualidade a todos os pobres que tinham problemas jurídicos; não havia advogados suficientes para estender a assistência judiciária nem mesmo à classe média.

Posteriormente, com as revoluções burguesas do século XVIII e a Declaração dos Direitos do Homem em países como a França, o princípio da igualdade perante a lei tomou força, e a assistência judiciária foi inovada com o *securité sociale*, programa em que o custo dos honorários é suportado pelo Estado.

Já em 1972, países como a França, a Alemanha Ocidental, a Holanda, a Inglaterra e a Áustria implantaram o “sistema *judicare*”, em que os advogados particulares eram pagos pelo Estado. A França teve destaque, inovando com o *securité sociale*, voltado para pessoas com rendimento até US\$640 e com família de quatro membros. Antes o trabalho dos advogados era gratuito.

Todavia, tal sistema também apresentou desvantagens e foi muito criticado por desfazer a barreira do custo, mas fazer pouco para atacar outras barreiras, como, por exemplo, deixar a cargo dos pobres reconhecer as causas e procurar auxílio, não encorajando e não permitindo o auxílio profissional nesse aspecto. Ou seja, os “pobres” acabavam buscando o sistema apenas para solucionar questões relativas à família ou a crimes, deixando de lado matérias relativas a direitos, como o do consumidor, o trabalhista, entre outros. Esse sistema também tratava os pobres como indivíduos e não como classe, não oferecendo ações coletivas, por exemplo.

Ainda em 1972, houve avanços para a chamada primeira onda renovatória de Cappelletti e Bryant, quando o programa de assistência judiciária se transformou em lei na Suécia e a Alemanha aumentou a remuneração de advogados particulares por serviços jurídicos prestados aos pobres.

Já em 1974, nos Estados Unidos, foi estabelecida a *Legal Services Corporation*, que visava ampliar e preservar os progressos do extinto OEO, enquanto a Áustria e a Holanda revisitaram seus programas de assistência judiciária, remunerando os advogados mais adequadamente.

Em 1975, surgiram os famosos “modelos combinados” na Suécia e na Província Canadense de Quebec. Tais modelos ofereciam a possibilidade de as partes escolherem se seriam representadas por advogados servidores públicos ou particulares. Na Suécia, os advogados públicos mantinham-se por meio de honorários pagos pelo Estado em benefício aos indivíduos assistidos, o que também ocorria em Quebec, onde os escritórios de advocacia eram mantidos pelo governo.

Sobre o assunto, ressaltam Cappelletti e Bryant (1998, p. 35):

[...] sistema através do qual a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei. Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado. A finalidade do sistema *judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar a um advogado. O ideal é fazer uma distinção apenas em relação ao endereçamento da nota de honorários: o Estado, mas não o cliente, é quem a recebe.

Tratando ainda da inacessibilidade social, importantes são as palavras de Danielle Annoni:

O alto custo da inacessibilidade da justiça é, pois, mais grave, e vai além da simples dificuldade de acesso ao Poder Judiciário àqueles que não dispõem de recursos para custear as despesas processuais. Portanto, não se resolve com o benefício da assistência judiciária gratuita aos comprovadamente carentes, a constituição de advogado dativo, aos declaradamente pobres, a isenção de taxas e custas processuais, aos desassistidos. O problema da inacessibilidade da justiça passa pelo reconhecimento do direito de acesso à justiça como direito humano fundamental do ser humano, e por sua real efetivação (ANNONI, 2009, p. 118).

Ou seja, quando se fala em dificuldades econômicas, partes hipossuficientes e inacessibilidade da justiça, não é apenas da falta de informação e da necessidade de justiça gratuita e de defensores públicos que se está tratando, mas também da falta de acesso a uma decisão da justiça, da falta de formação cultural e histórica no senso de fortalecer esse direito e, também, do acesso ao direito material propriamente dito.

Apesar dessa pequena evolução, é possível visualizar que o acesso à justiça foi, de certa maneira, reconhecido, porém não foram criados muitos instrumentos para efetivá-lo realmente. Nesse mesmo pensamento, não se pode dizer que nesse período tenha havido uma preocupação com a expansão desse direito a todos. Isso porque tal período histórico foi marcado pelo pensamento liberal e individualista dos séculos XVIII e XIX, em cujo aspecto formal era possível perceber apenas que os indivíduos tinham direito ao acesso à justiça, mas tal acesso era limitado, pois em geral referia-se somente ao acesso ao Judiciário.

Mesmo assim, antes do surgimento da assistência judiciária gratuita/servidores públicos ou do serviço de advocacia particular pago pelo Estado, apenas os indivíduos que conseguiam bancar o seu processo judicial é que podiam exercer esse direito fundamental.

Apesar da introdução dos serviços de advocacia gratuita, ainda assim o acesso à justiça para os hipossuficientes não era satisfatório, já que tal encargo era geralmente atribuído aos advogados recém-formados ou em início de carreira, que

acabavam usando as partes pobres para experiência profissional e treinamento pessoal.

Esse contexto, antes de qualquer outro acontecimento, representa o pensamento individualista inicial, quando o acesso ficava limitado à possibilidade de as partes conseguirem um bom advogado ou um servidor público que representasse os seus interesses, ou, ainda, à necessidade de as partes terem um pré-entendimento da matéria, para que a causa fosse levada ao Judiciário.

Hoje, esses problemas ainda não estão resolvidos, nem mesmo parcialmente solucionados; ao contrário, ainda são problemas existentes, que continuam necessitando de estudos mais aprofundados no sentido de ampliar ainda mais o acesso à justiça ao cidadão-indivíduo.

Sobre o assunto lembram Cappelletti e Bryant (1998), quando tratam da primeira onda, que a excessiva ênfase nos direitos coletivos não pode fazer com que as pessoas releguem as causas de cunho individual a uma posição de menor importância, já que o aspecto individual também tem o seu lugar no sistema jurídico.

Afinal, se as partes não conseguirem sequer levar seu dilema ao Judiciário, não será possível que obtenham uma solução concreta e desejável para o seu problema. Desse mesmo modo, se a parte nem sequer tiver a noção de que está diante de um caso passível de resolução judicial, a situação ficará ainda mais complicada.

Assim sendo, destacam-se as limitações de um sistema que não respeita a primeira onda de acesso, podendo-se criar uma lista de deformidades que vão desde as limitações econômicas e socioculturais até a deficiência na educação jurídica dos cidadãos e o desconhecimento dos direitos individualmente concebidos, para assim visualizar tais interesses de maneira coletiva.

Michael Millemann comenta:

[...] depois de quatro anos na faculdade, três anos de faculdade de direito e diferentes períodos de prática de advocacia, alguns advogados ainda são incompetentes para ajudar os pobres. [Mas] toda essa suposição

desesperada quer nos dizer que os pobres são muito menos competentes para representarem a si próprios e não têm acesso fácil à obtenção de competências que os advogados têm (MILLEMANN, 2006, p. 45, tradução nossa).²¹

Nesse sentido, a acessibilidade pressupõe a existência de indivíduos (sujeitos de direitos) capazes de acionar o sistema sem nenhum obstáculo relacionado a renda/pagamento, ou, mesmo, sem o obstáculo cultural-pessoal de que trata Boaventura de Souza Santos. Para isso, precisam de informação e conhecimento sobre seus direitos, além de uma boa representação judicial (por meio do defensor público ou do advogado particular). Ademais, importante destacar a necessidade de um rápido e justo desfecho, por meio de um Judiciário capacitado a assegurar a efetividade de direitos não apenas individuais, mas também difusos e sociais.

Neste momento, é preciso também enfatizar a importância das ações individuais para o alcance desse objetivo. Hoje são aclamados os benefícios de ações coletivas, geralmente em detrimento de ações individuais. Contudo, é preciso saber que estas últimas também têm o seu espaço no direito.

2.1.2 No plano coletivo

É importante discutir, inicialmente, como e em que contexto surgiu a preocupação com um acesso metaindividual à justiça. Quando e como surgiu a necessidade da preocupação com o coletivo? Esse contexto pode ter surgido, sobretudo, após a revolução industrial, com a aglomeração de trabalhadores, contexto agravado posteriormente pela globalização.

Sobre globalização dispõe Boaventura de Souza Santos (2005, p. 47-48):

²¹ [...] after four years in college, three years of law school, and varying periods of law practice some lawyers are incompetent to help the poor [...] all this despairing assumption tell us is that the poor are far less competent to represent themselves, and do not have the readily available access to attaining competency that lawyers have.

A globalização neoliberal não se limitou a submeter cada vez mais interações ao mercado para não aumentar a taxa de exploração dos trabalhadores pela transformação da força de trabalho em um recurso global, evitando o surgimento de um mercado de trabalho global. A globalização neoliberal mostrou que a exploração está ligada a muitas outras formas de opressão que afetam as mulheres, as minorias étnicas, os povos indígenas, os camponeses, os desempregados, os trabalhadores do setor informal, os imigrantes legais e ilegais, as subclasses de guetos, os gays e lésbicas, e as crianças e jovens. Todas essas formas de poder criam exclusão. Não se pode atribuir a qualquer uma delas, em abstrato, nem às práticas que resistem a elas, qualquer prioridade quanto à alegação de que outro mundo é possível. Prioridades políticas são sempre situadas e conjunturas. Dependem das condições concretas de cada país em um dado momento histórico. Para responder a essas condições e suas flutuações, os movimentos e as organizações devem dar prioridade às articulações entre elas. Esta última análise explica a transformação gradual do mundo injusto em que vivemos, no qual só é possível uma melhoria por meio da reforma e dos mecanismos da democracia representativa (Tradução nossa).²²

No sentido de tentar proteger esses grupos mencionados (mulheres, minorias étnicas, povos indígenas, trabalhadores, entre outros) e também um número indeterminado de pessoas é que surgiram a segunda e terceira onda de acesso à justiça, que conferem continuidade às chamadas “ondas renovatórias”, sucessivas à que foi tratada no subitem anterior. Essas ondas também advêm de um estudo aprofundado e sistemático feito por Cappelletti e Bryant (1998) durante o chamado movimento de acesso à justiça, ou *access to justice movement*.

Apenas a título de esclarecimento, vale lembrar que esses autores trataram de elaborar várias etapas evolutivas para cada nível de graus de acesso, as quais denominaram “ondas”.

Com base nesse raciocínio, Renata Coelho Padilha Gera (2004) apontou que a teoria das ondas de acesso à justiça, proposta por Cappelletti e Bryant (1998), demonstra que a segunda onda avança em relação à primeira, no sentido de buscar

²² Neoliberal globalization did not limit itself to submitting ever more interactions to the market, not to raising the workers exploitation rate by transforming the labor force into a global resource while preventing the emergence of a global labor market. Neoliberal globalization showed that exploitation is linked with many other forms of oppression that affect women, ethnic minorities, indigenous peoples, peasants, the unemployed, workers of the informal sector, legal and illegal immigrants, ghetto subclasses, gays and lesbians, and children and he young. All these forms of power create exclusion. One cannot ascribe to any one of them, in abstract, nor to the practices that resist them, any priority as to the claim that another world is possible. Political priorities are always situated and conjunctures. They depend on the concrete conditions of each country at a given historical moment. To respond to such conditions and their fluctuations, the movements and organizations must give priority to the articulations among them. This ultimately explains the through the gradual transformation of the unjust world in with we live through reform and mechanisms of representative democracy.

a defesa dos interesses coletivos *lato sensu*; já a terceira onda cuida de eliminar “as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo”.

Como já apontado, Cappelletti e Bryant (1998) dividiram a evolução do acesso à justiça em três fases/ondas: 1) assistência judiciária aos economicamente desfavorecidos; 2) proteção jurídica dos interesses coletivos *lato sensu*; 3) utilização de meios alternativos de solução de conflitos.

No que diz respeito à primeira onda, destacou-se no item anterior deste trabalho que esta se faz essencial a um acesso mínimo à justiça com a assistência judiciária para os hipossuficientes. Isso ocorre devido ao papel imprescindível que o advogado desempenha na relação partes-Judiciário, visto que é ele quem faz a ponte entre os fatos ocorridos e o entendimento do complexo legislativo e dos trâmites do processo, conforme já tratado no item anterior.

A segunda onda renovatória visa à proteção jurídica dos interesses coletivos *lato sensu*. Ou seja, busca defender tais interesses, tendo em vista que o mundo globalizado carece de uma tutela para além dos direitos individuais simples.

Na busca do aprimoramento do acesso à justiça, a aludida onda ainda enfrenta problemas, tais como a falta de reconhecimento de grupos já existentes e a organização e fortalecimento de novos grupos, o precário nível de conhecimentos técnicos específicos e a falta de suporte material e pessoal por parte dos órgãos de defesa desses direitos, como o Ministério Público e as Agências Reguladoras, o que os torna ineficazes nessa luta e dificulta a defesa dos interesses coletivos *lato sensu*, como dispõe Renata Coelho Padilha Gera (2004).

Ainda sobre essa onda vale ressaltar que, no caso específico dos Estados Unidos da América, devido à ampliação da legitimação ativa, outrora individual, a necessidade de um legitimado que tivesse especialização técnica necessária para defender os interesses públicos foi o que acarretou o surgimento, por exemplo, da *Environmental Protection Agency* (EPA) naquele país.

A EPA nada mais é do que um órgão público de natureza coletiva para defender os interesses difusos. É apenas uma das inúmeras legitimadas a defender os direitos coletivos e difusos – como, por exemplo, as organizações não governamentais, os sindicatos, as associações, os partidos políticos –, advindas das legislações que ampliaram a possibilidade de participação no polo ativo de ações coletivas, difusas e de direitos individuais homogêneos.

A busca por soluções mistas para representação de interesses coletivos, individuais homogêneos e difusos da segunda onda trouxe à tona, sobretudo, a importância do acesso coletivo à justiça, de modo que, para que esse ocorresse, segundo destacaram Cappelletti e Bryant (1998, p. 67), seria imprescindível a combinação de

[...] recursos, tais como as ações coletivas, as sociedades de advogados de interesses públicos, a assessoria pública e o advogado público, que [poderiam] auxiliar a superar este problema e conduzir a reivindicação eficiente dos interesses difusos.

Danielle Annoni também destaca:

À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. Primeiramente, pelo reconhecimento dos direitos sociais ou de segunda geração, o que implicou a exigência por parte da sociedade civil de uma atuação positiva do Estado, não apenas no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais das comunidades, associações e governos, mas também, e principalmente, no sentido de garantir sua real efetivação (ANNONI, 2009, p. 112-113).

No caso do acesso à justiça, não foi diferente, já que, com a realidade de uma sociedade de massa mais complexa, surgiu também a necessidade de proteção dos direitos de massa coletivamente. Para garantir que esses direitos fossem realmente levados ao Judiciário, ouvidos e atendidos, o acesso à justiça passou a ser um direito humano fundamental, pois, sem a efetivação deste, não se teria a efetivação dos demais.

Faz-se necessária a posição positiva do Estado nessa efetivação, assim como a criação de mecanismos processuais de acesso coletivo, como as ações coletivas, a criação de associações, comunidades e governos. Esses instrumentos estão presentes na segunda onda de acesso à justiça.

A terceira onda, por sua vez, amplia a concepção de acesso, apontando a necessidade da utilização de meios alternativos para a solução de conflitos e da defesa dos interesses coletivos não dos pobres apenas, mas de todos os cidadãos.

Observa-se neste quesito que não basta garantir a assistência por meio de advogados, é preciso concentrar-se em outros mecanismos e instituições, pessoas e procedimentos, como, por exemplo, nos Juizados Especiais e na Ação Civil Pública, para processar e prevenir disputas nas sociedades modernas.

Dentro dessa perspectiva, autores como Renata Coelho Padilha Gera vão além, sugerindo a possibilidade de uma quarta onda de acesso à justiça, que consistiria

[...] na preocupação com a garantia de formação de juristas preocupados e sensíveis às questões sociais, detentores de sólida formação humanística, e sensíveis aos problemas à sua volta. Tem como missão formar o indivíduo com comprometimento político e social, dotado de senso crítico e sensível aos problemas do seu tempo, cabendo à educação ser atuante junto à comunidade. Art. 205, CF/88 [...] As Faculdades de Direito têm papel decisivo nesse processo de mudança, já que são responsáveis pela formação dos profissionais de Direito. Devem despertar em seus alunos o comprometimento social com a defesa dos direitos humanos fundamentais e com a construção da cidadania, em sintonia com as questões sociais de seu tempo, dando importância ao pluralismo social, político e jurídico (GERA, 2004, p. 66).

Percebe-se, então, que o acesso coletivo à justiça seria aquele que trata, principalmente, da segunda onda renovatória, qual seja, a da tutela dos interesses coletivos *lato sensu*.

Em outras palavras, vale dizer que o acesso coletivo à justiça visa não somente possibilitar que um conjunto de pessoas – determinado ou indeterminado – ou uma classe, categoria ou grupo adentrem o Judiciário (como aponta a concepção formal), mas também, principalmente, que aqueles legitimados tenham seu direito tutelado e seu interesse resguardado tal qual uma coletividade, da forma mais benéfica, célere e justa possível.

2.1.3 No direito estadunidense

No caso dos Estados Unidos da América, as características básicas do direito/garantia de acesso não são tão diferentes assim. Isso porque tal acesso deve ser visto também como um direito humano, base fundamental da resolução satisfatória de conflitos.²³

Não apenas no Brasil, mas também em outros países, como no caso específico dos Estados Unidos da América, o acesso à justiça se inter-relaciona com o direito processual, com as etapas procedimentais, visto que, para se obter um acesso em todos os sentidos como o direito humano requer, é necessário que esse seja célere, eficaz e, principalmente, beneficie as partes da melhor maneira possível.

Nesse sentido, observa-se que o acesso à justiça está intimamente ligado aos processos adjudicatórios, aos procedimentos públicos perante os tribunais e aos procedimentos particulares (por exemplo, a arbitragem). Esses procedimentos consomem tempo, energia e dinheiro em qualquer Estado-nação.

Por outro lado, a vantagem de tais assentamentos, além da resolução de litígios, é a melhoria das relações entre os demandantes, que gera compromisso de um com o

²³ A esse respeito, cabe destacar as palavras de Brenninkmeijer (2007, p. 1-2): The modern legal foundation for the right to access to justice can be found in international treaties such as the European Convention on Human Rights (Article 6) and the International Convention on Civil and Political Rights (Article 14). This codification of access to justice signifies that the right to court is a fundamental right much like freedom of speech and freedom of religion. However, as with so many human rights, there is a gap between the ideal of access and the reality of practice. Access to justice is based upon the basic principle that people should be able to rely on the correct application of law. However, is this principle true in every day life? If not, do individuals have recourse to formal avenues for achieving justice? Research shows that there are disadvantaged sectors of society who neither know the law and nor recognize its applicability to their own lives. On the other hand, there are also citizens with easy access to justice who are familiar with their own rights and who are able to use their rights effectively for their purposes in daily life. This is one striking inequality that must be addressed. Several problems with access to justice emerge from practice. The first is perhaps the most obvious: some citizens do not know their rights and cannot afford legal aid to advocate on their behalf. A second challenge is complexity of adjudication: legal proceedings are lengthy and costly. The third problem is fairness of access: when the people involved in legal proceedings are not voluntary participants, as in the case of criminal prosecutions. Each of these obstacles to access to justice requires its own solution [...]. Access to justice is closely linked to adjudicative procedures, public procedures before courts, and private procedures (for instance, arbitration). These procedures consume time, energy, and money. In recent years, there has been a tendency to settle cases by bypassing these procedures. The advantage of such settlements, beyond the resolution of legal disputes, is the improvement of relations among plaintiffs as they compromise with one another outside of court. This may be one route to improving the legal justice system as a whole.

outro fora dos tribunais. Esse pode ser um caminho para melhorar o sistema jurídico como um todo.

Ainda sobre o acesso à justiça no direito estadunidense, ressalte-se a concepção de Débora Rodhe:

Não são apenas os pobres que estão alijados do sistema atual. Milhões de americanos, incluindo os de renda moderada, sofrem uma não pouco abordada “miséria” porque as proteções legais que estão disponíveis, em princípio, são inacessíveis. [...] Mesmo com um gasto substancial de recursos, seria extremamente difícil verificar a quantidade de tempo que os praticantes relataram para o trabalho “pro bono” ou a qualidade da assistência que eles prestam. Do ponto de vista crítico, mesmo que os advogados contribuíssem com serviços mínimos de qualidade, o que é em grande parte incontrolável, tal fato não poderia resolver o problema da desigualdade no acesso à justiça. Pior ainda, tais mandatos podem desviar a atenção das maneiras mais produtivas de dar resposta às necessidades não satisfeitas. [...] outras formas de solução ou novas estratégias, como a simplificação dos procedimentos jurídicos, subsídios expandidos para programas contra a pobreza, são exemplos de melhoria do acesso. [Também nesse raciocínio se pode citar] maior assistência aos litigantes e menos restrições para a prestação de serviços jurídicos de rotina pelos advogados. Essas são preocupações sérias, mas elas não são tão conclusivas como os críticos sugerem [...] (Tradução nossa).²⁴

Vale mencionar que a *common law* não se desenvolveu exatamente da mesma maneira nas diferentes regiões geográficas do país, já que cada Estado tem soberania própria (sem prejuízo da aplicação das leis federais e das exigências impostas em nível nacional pela Constituição dos Estados Unidos).

É nesse aspecto que se começa a tratar do acesso à justiça, já que, via de regra, os Estados é que têm a competência para legislar, e é possível também aplicar regras federais a todos eles. Nesse caso, as peculiaridades e características de cada Estado podem também ser levadas em consideração pelo Legislativo e,

²⁴ It is not only the poor who are priced out of the current system. Millions of Americans, including those of moderate income, suffer untold misery because legal protections that are available in principle are inaccessible [...] Even with a substantial expenditure of resources, it would be extremely difficult to verify the amount of time that practitioners reported for pro bono work or the quality of assistance that they provided. From critics perspective, requiring attorneys to contribute minimal services of largely unverifiable quality cannot solve the problem of the unequal access to justice. Worse still, such mandates may divert attention from more productive ways of addressing unmet needs. Preferable strategies would include those proposed in earlier chapter, such as simplification of legal procedures, expanded subsidies for poverty law programs, greater assistance for pro litigants, and fewer restrictions on provision of routine legal services by non lawyers. These are significant concerns, but they are not nearly as conclusive as critics suggest. It is certainly true that some practitioners lack many of the skills necessary to serve those most in need of assistance.

consequentemente, pelo Judiciário, o que proporciona um acesso mais efetivo à justiça.

Assim como na Inglaterra, as decisões devem também seguir o raciocínio dos precedentes, mas sempre atentando para a melhor decisão possível ao caso concreto. Nesse sentido, destaca René David (1998) que os tribunais dos Estados não estão vinculados às suas próprias decisões, mas admitem desvios de jurisprudência com dificuldade. Ademais, há apenas um órgão que realiza o estudo sistemático da jurisprudência, que é o *American Law Institute*. Isso faz com que a jurisprudência se feche a uma única organização, o que pode ser prejudicial se houver algum erro na catalogação pelo referido órgão.

No que tange ao acesso à justiça no âmbito das instituições de ensino, observa o aludido autor que as universidades americanas ensinam seus alunos para a prática do direito, deixando de lado a pesquisa, o que pode também prejudicar o referido direito/garantia fundamental.

Antes mesmo de se falar em plano individual de acesso à justiça, já era perceptível o individualismo nos Estados Unidos da América no que diz respeito ao próprio reconhecimento dos direitos humanos, como no caso da fundação de uma sociedade igualitária e do firmamento do princípio da igualdade jurídica.

A formação de tal sociedade igualitária deu-se por ocasião da declaração de independência do aludido país e também do surgimento da *Bill of rights* e da própria Constituição estadunidense, que, como bem observou Tocqueville (1951), repudiou a organização aristocrática tradicional inglesa.

Afinal, desde o início do século XVII, tal colônia inglesa compunha-se de uma sociedade burguesa típica, um grupo organizado de cidadãos livres e iguais perante a lei, apenas diferenciados por sua riqueza material, exceto no Sul, onde marcante era a escravidão dos negros.

Na verdade, o estabelecimento do princípio da igualdade jurídica não significou o nivelamento econômico da sociedade estadunidense; ao contrário, tratou de colocar

acima de qualquer outra coisa a importância da livre circulação de bens em um mercado unificado e a busca incessante pelo dinheiro em cada indivíduo.

Abordando tal individualismo, Tocqueville (1951, p. 80) assinalou: “[...] a fortuna individual pode não ser hereditária, mas ela circula por lá com incrível rapidez, e a experiência ensina que é raro ver duas gerações recolherem seus favores”. Então a igualdade nada mais servia do que para garantir o pensamento da democracia individualista burguesa.

Também sobre o assunto são as palavras de Fábio Konder Comparato (2008, p. 102):

A igualdade essencial de condição jurídica do indivíduo foi bem marcada, desde o início da colonização, no acordo celebrado pelos peregrinos do Mayflower Compact, em 1620, [...] esse protodocumento da independência americana [...] ilustra de maneira singular a teoria do contrato social como fundamento de todas as instituições políticas, tal como foi exposta e desenvolvida, sucessivamente, por Tomas Hobbes, John Locke, Montesquieu e, sobretudo, Jean-Jacques Rousseau; ou seja, a idéia de que toda sociedade política autêntica é fruto de um acordo de vontades [...]. As duas outras grandes características culturais da sociedade norte-americana decorreram naturalmente dessa cidadania igualitária: a defesa das liberdades individuais e a submissão dos poderes governamentais ao consentimento popular (*government by consent*).

Ou seja, desde a independência americana e do surgimento da *Bill of rights*, os Estados Unidos da América pautaram o próprio estilo de vida e, conseqüentemente, os moldes da sociedade e do direito no plano do individualismo decorrente das leis do mercado e da busca do lucro.

Nesse sentido, o acesso à justiça, desde o início e até mesmo nos dias de hoje, é tratado por muitos no plano individual. É o que demonstra o autor Francesco Francioni (2007, p. 22):

No plano do direito internacional, como em qualquer outro sistema jurídico, o respeito e a proteção dos direitos humanos só podem ser garantidos pela disponibilidade de meios judiciais eficazes. Quando um direito é violado ou um dano é causado a alguém, o acesso à justiça é de fundamental importância para o indivíduo ferido e é um componente essencial do Estado de Direito (Tradução nossa).

Para conceituar o que seria tal acesso, o autor faz alusão ao ramo do direito internacional, demonstrando a todo momento sua clara preocupação individualista. Assim, observa que “[...] o acesso à justiça como um direito humano continua a ser problemático no direito internacional”, o que, vale ressaltar, também ocorre em outros ramos do direito.

E Francioni (2007, p. 22) complementa:

Primeiro, porque o acesso individual à justiça internacional continua a ser excepcional e baseado nas disposições específicas dos tratados, e não sobre os princípios gerais do direito internacional; segundo, porque mesmo quando esse direito é garantido por uma questão de obrigação decorrente do tratado, pode ocorrer o impedimento dessa efetivação por outras normas internacionais. Essas outras normas ou doutrinas do direito internacional podem efetivamente impedir o exercício de tal acesso, como no caso da imunidade soberana ou da revisão [*review ability*] do Conselho de Segurança das Nações Unidas, medidas que afetam diretamente os indivíduos. Além disso, mesmo o acesso aos recursos de jurisdição interna está sofrendo devido às restrições impostas por ameaças de segurança, como o terrorismo, à total proteção da liberdade e dos direitos humanos (Tradução nossa).²⁵

Sobre a teoria das ondas de evolução do acesso à justiça, trazida por Cappelletti e Bryant, também é possível visualizar com clareza, nos Estados Unidos da América, a primeira onda, decorrente não só do esboço histórico aqui traçado sobre os chamados escritórios de vizinhança (item 2.1.1) como também do pensamento individualista de muitos autores que tratam do assunto.

Vale dizer que a organização para as três primeiras sessões do livro dos referidos autores surgiu de uma "onda" metafórica correspondente, especificamente, ao desenvolvimento do acesso à justiça nos Estados Unidos. Ou seja, o que ocorreu no cenário estadunidense desencadeou o estudo de acesso à justiça realizado por Cappelletti e Bryant.

²⁵ In international law, as in any other legal system, respect and protection of human rights can be guaranteed only by the availability of effective judicial remedies. When a right is violated or damage is caused, access to justice is of fundamental importance for the injured individual and it is an essential component of the rule of law. Yet, access to justice as a human right remains problematic in international law. First, because individual access to international justice remains exceptional and based on specific treaty arrangements, rather than on general principles of international law; second, because even when such right is guaranteed as a matter of treaty obligation, other norms or doctrines of international law may effectively impede its exercise, as in the case of sovereign immunity or non reviewability of UN Security Council, measures directly affecting individuals. Further, even access to domestic legal remedies is suffering because of the constraints put by security threats, such as terrorism, on the full protection of freedom and human rights.

Nesse sentido, nos Estados Unidos da América a primeira onda iniciou-se em 1965, com o programa dos escritórios de vizinhança do *Office of Economic Opportunity*, envolvendo a reforma das instituições de distribuição dos serviços jurídicos para os economicamente desfavorecidos.

Pode-se citar a esse respeito a definição individualista de Rawls (2001, p. 43):

Cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável ao regime plenamente adequado de liberdades básicas iguais, esquema que é compatível com o mesmo esquema de liberdade para todos; e as desigualdades sociais e econômicas estão atendendo duas condições: primeiro, estão a ser anexadas aos escritórios e posições abertas a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; segundo, estão a ser o maior benefício para os membros menos favorecidos da sociedade (Tradução nossa).²⁶

A concepção de justiça de Rawls pressupõe, como ponto de partida, que todos estejam em condições semelhantes. Na verdade, essa definição vem sendo muito criticada e considerada utópica, pois é impossível colocar em condições exatamente iguais todos os indivíduos.

Do mesmo modo, a segunda e a terceira onda também se perpetuaram no cenário estadunidense, conforme destacado por Cappelletti e Bryant na obra *Access to justice and the welfare state: an introduction* (1979, p. 4-7).²⁷

²⁶ Each person has the same infeasible claim to fully adequate scheme of equal basic liberties, which scheme is compatible with the same scheme of liberties for all; and social and economic inequalities are to satisfy two conditions: first, they are to be attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity; and second, they are to be greatest benefit of the least-advantage members of society.

²⁷ The organizational scheme for the first three sessions of the conference grew out of a “wave” metaphor corresponding especially to access-to-justice developments in the United States. The first wave, beginning in 1965 with the Office of Economic Opportunity’s neighborhood law firm program, involved the reform of institutions for delivering legal services to the poor. The second wave sought to extend representation to “diffuse interests” such as those of consumers and environmentalists; it commenced in United States with the development of foundation-supported “public interest law firms” in 1970. The third wave followed in the 1970’s with a shift in focus to dispute-processing institutions in general, rather than simply on institutions of legal representation; less formal alternatives to courts and court procedures have emerged in bold relief as part of this new reform trend. The first question, raised explicitly by Professor Erhard Blankenburg of Berlin and Amsterdam in his paper for the conference, is whether this three-wave scheme corresponds to the situation on the European Continent [...]. American scholars and policy-makers, on the other hand, although they typically show little eagerness to learn from developments elsewhere, can especially profit from a familiarity with the situation in Europe. The difficulty of transplantation is no excuse for avoiding serious comparative study.

A segunda onda procurou estender a representação a "interesses difusos" – como os dos consumidores e ambientalistas – nos Estados Unidos, em 1970, com o desenvolvimento da fundação apoiada na "advocacia de interesse público".

Buscando também entender o que seria a justiça e, mais especificamente, o acesso coletivo à justiça, o Programa das Nações Unidas de Desenvolvimento destacou que é muito mais do que melhorar o acesso do indivíduo aos tribunais, ou garantir-lhe a representação legal, e deve ser definido de modo a assegurar que os resultados legais e judiciais sejam justos e equitativos.

Isso faz com que se perceba que, apesar de considerarem necessário garantir o acesso do indivíduo à justiça, os Estados Unidos não se limitam a essa concepção individualista; voltam-se também ao coletivo, ao social, ao transindividual.

Acerca da segunda onda de acesso à justiça nos Estados Unidos, Cappelletti e Bryant (1979, p. 11) comentam:

Na América do Norte e na Europa, foi tremenda a atividade nos últimos anos visando proporcionar mecanismos, tanto governamentais como privados, para proteger os interesses difusos de consumidores, ambientalistas e outros grupos tradicionalmente representados, ou subgrupos. Os esforços para representar os interesses do grupo dos economicamente desfavorecidos pertencem à mesma categoria. Além das inovações descritas por Hein Kötz e por Daviv e Louise Trubek em seus trabalhos para a sessão mencionada pelo autor, os participantes da conferência, como Gordon Borrie, o diretor-geral britânico, e Niels Enrenreich, o *ombudsman* dos consumidores da Dinamarca, relataram suas respectivas instituições. Já Brenda Byrne, o governador do Estado de Nova Jersey, explicou o funcionamento do Gabinete do Advogado Público, o qual adveio de sua administração pioneira. Enquanto *class actions* estadunidenses e empresas de interesse público não existem na Europa, outros métodos, como as ações dos consumidores do grupo em França e na Alemanha, apresentam finalidades similares e refletem a mesma tendência de representação e acesso à justiça aos interesses metaindividuais (Tradução nossa).²⁸

²⁸ In both North America and Europe there has been tremendous activity in recent years aimed at providing mechanisms, both governmental and private, to protect the diffuse interests of consumers, environmentalists, and other traditionally unrepresented or underrepresented groups. Efforts to represent group interests of poor people belong in the same category. In addition to the innovations described by Hein Kötz and by Daviv and Louise Trubek in their papers for this session, conference participants such as Gordon Borrie, the british Director-General of Fair Trading, and Niels Enrenreich, the consumer ombudsman of Denmark, reported on their respective institutions, and Brenda Byrne, the Governor of the State of New Jersey, explained the working of the Office of the Public Advocate, which his administration pioneered. While Americans-style *class actions* and public interest law firms do not exist in Europe, other methods such as consumer group actions in France and Germany serve similar purposes and reflect the same trend.

Dessa mesma forma, pode-se ressaltar, como dispõe o art. 5.º da Constituição brasileira, que a garantia à igualdade de todos perante a lei e a proteção do acesso à justiça também estão estabelecidas no art. 14 da Constituição Federal dos Estados Unidos.

Tal artigo dispõe:²⁹ “[...] nenhum Estado poderá privar pessoa alguma de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem poderá recusar a pessoa alguma, sob sua jurisdição, a igual proteção das leis”, o que significa dizer que a Constituição estadunidense se preocupou não apenas com o mero acesso formal à justiça, mas também com o acesso material.

A teoria da igualdade da proteção das leis vem expressa também na Emenda n.º 14, por meio do caso *Strauder versus West Virginia*,³⁰ cuja finalidade foi proteger os escravos que se tornavam livres, tentando impedir que contra eles houvesse alguma distinção ou preconceito em razão da cor ou do estado anterior de escravidão.

Quando tal Emenda garante a proteção à igualdade às pessoas de cor/ex-escravos, estende essa proteção às demais pessoas, como explica Thomas Cooley:

Todos, nos Estados Unidos, são protegidos pelas disposições dela, e a palavra pessoa é aceita como sobraçando a todos que aí residem, aos estrangeiros e às corporações. A garantia de proteção igual não deve ser entendida, não obstante, no sentido de que toda pessoa, no país, tem, precisamente, de possuir os mesmos direitos e privilégios que qualquer outra. A emenda visa a categorias de pessoas, e a proteção dada pela lei deverá considerar-se igual, se a todas as pessoas da mesma categoria ela tratar do mesmo modo, sob as mesmas circunstâncias e condições, tanto acerca dos privilégios conferidos como das obrigações impostas. A classificação deve basear-se em fundamentos razoáveis; ela não pode ser uma mera e arbitrária seleção. Deve por isso haver diferentes tribunais de apelação para reconhecerem o mesmo gênero de casos julgados em diferentes partes dos mesmos Estados. As avaliações locais, em se tratando de propriedade especialmente beneficiada, são válidas quando iguais para toda a classe beneficiada (COOLEY, 2002, p. 204).

Ou seja, mesmo havendo a proteção do acesso à justiça por meio da Constituição estadunidense e do princípio da igualdade nela respaldado, não significa dizer que todos terão o mesmo tratamento. Isso vai variar de acordo com categorias, classes e

²⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Constitution of the United States of America**. Chicago: University of Chicago Press, 2000.

³⁰ *Slaughter House Cases*, 16 Wall. 36; *Strauder versus West Virginia*, 100 U.S. 303.

agrupamentos de pessoas, classificadas por terem alguma semelhança entre si, não por um método arbitrário, mas por fundamentos razoáveis.

Os tribunais e julgamentos ocorridos em diferentes partes do Estado devem levar em conta essa “classificação” e agir de maneira igual para toda classe beneficiada, que deve ter acesso ao Judiciário e também à justiça material.

À segunda onda seguiu-se a terceira nos anos de 1970, também no contexto estadunidense, com uma mudança de foco: disputar as instituições de transformação em geral ao invés de simplesmente as instituições de representação legal. Como parte dessa nova tendência de reforma, surgiram em relevo alternativas menos formais para os tribunais e procedimentos judiciais.

A primeira questão, levantada explicitamente pelo professor de Berlim e Amsterdã, Erhard Blankenburg, em seu trabalho para a conferência, foi sobre se esse esquema de três ondas corresponderia à situação no continente europeu.

Mas os aludidos autores observaram que, nesse caso, o estudo se pautou no que ocorreu nos Estados Unidos.

Nesse caso, acadêmicos norte-americanos e julgadores políticos, embora mostrem, por um lado, pouca vontade de aprender com a evolução da população, podem lucrar familiarizando-se com a situação ocorrida também na Europa, e tal dificuldade de transplante não é desculpa para evitar o estudo comparativo sério.

Posto isso, passa-se ao próximo item deste capítulo, para entender melhor quais as peculiaridades do acesso à justiça no contexto jurídico brasileiro.

2.1.4 No direito brasileiro

No que diz respeito ao cenário brasileiro, aplicam-se também as características básicas traçadas no item 2.1, contudo a exposição será sobre como aconteceu o

movimento de acesso à justiça e como se formaram as conceituações hoje existentes no País.

Primeiramente, faz-se importante lembrar que o interesse dos pesquisadores brasileiros nesse tema, nos anos 1980, em nada esteve relacionado com o movimento começado na década anterior em diversos países do mundo, o *access-to-justice movement*, o qual, no plano acadêmico, havia justificado o *Florence Project*, coordenado por Mauro Capelletti e Bryant Garth.

No entanto, a análise das primeiras produções brasileiras revela que a principal questão, naquele momento, diferentemente do que acontecia nos demais países, sobretudo nos países centrais, não era a expansão do *welfare state* e a necessidade de se tornarem efetivos os novos direitos conquistados, principalmente a partir dos anos de 1960, pelas “minorias” étnicas e sexuais, mas a própria necessidade de se expandirem para o conjunto da população direitos básicos aos quais a maioria não tinha acesso em função tanto da tradição liberal-individualista do ordenamento jurídico brasileiro, como da histórica marginalização socioeconômica dos setores subalternizados e da exclusão político-jurídica provocada pelo regime pós-64.

Já que não existem referências ao *Florence Project* nas primeiras produções brasileiras sobre o tema -- uma versão resumida do texto de Cappelletti e Garth só foi publicada em português em 1988 --, é significativo que não conste desse projeto internacional um relatório sobre o Brasil.

Ressalte-se a ausência do Brasil no *Florence Project*, enquanto outros países da América Latina (como Chile, Colômbia, México e Uruguai) se fizeram representar, relatando as suas experiências no campo do acesso à justiça.

Aparentemente, observava-se uma falta de interesse dos pesquisadores brasileiros em relação ao tema na segunda metade dos anos de 1970, haja vista que o assunto só foi introduzido no cenário acadêmico e político do País no final dessa década, quando (e aqui não coincidentemente) se iniciou o processo de abertura política.

Somente no início dos anos de 1980 é que o Brasil despertou para essa temática, devido não ao movimento internacional de ampliação do acesso à justiça, mas internamente, graças ao processo de abertura política e, em particular, à emergência do movimento social que surgiu nessas circunstâncias.

Observa-se que o caso brasileiro não acompanhou o processo analisado por Cappelletti e Bryant a partir da metáfora das três “ondas” do *access-to-justice movement*. Durante os anos de 1980 o Brasil, em termos tanto da produção acadêmica como da mudança jurídica, não despertou para a questão do acesso à justiça por conta da crise do bem-estar social.

Diferentemente de como acontecia nos países centrais desenvolvidos, a preocupação com o acesso à justiça, tinha, no cenário brasileiro, outra conotação: a exclusão da grande maioria da população em relação aos direitos sociais básicos, entre os quais o direito à moradia e à saúde.

Dessa maneira, nos anos de 1980 desenvolveu-se, dentro dessa temática, um movimento acadêmico (jurídico e político) em torno do acesso à justiça, compreendendo fundamentalmente dois eixos principais: de um lado, as pesquisas sobre o acesso coletivo à justiça, que marcaram principalmente a primeira metade dessa década; de outro, as investigações sobre formas estatais e não estatais de resolução de conflitos individuais, em que ganharam espaço os novos mecanismos informais, tais como os então denominados Juizados Especiais de Pequenas Causas, introduzidos pelo Estado em meados da década de 1980.

Em qualquer dos dois eixos, no entanto, sobressaía a profunda influência de Boaventura de Sousa Santos, que se tornou conhecido da comunidade acadêmica em virtude da pesquisa que realizou nos anos de 1970, na favela do Jacarezinho.

Pelo menos no início dos anos de 1980, ao contrário do que vinha acontecendo nos países centrais, no caso brasileiro não se tratava de buscar procedimentos jurídicos mais simplificados e alternativas aos tribunais como meio de garantir o acesso à justiça e de diminuir as pressões resultantes de uma explosão de direitos que ainda não havia acontecido.

Opostamente, tratava-se fundamentalmente de analisar como os novos movimentos sociais e suas demandas por direitos coletivos e difusos (que ganharam impulso com as primeiras greves do final dos anos de 1970 e com o início da reorganização da sociedade civil que acompanhou o processo de abertura política) lidavam com um Poder Judiciário tradicionalmente estruturado para o processamento de direitos individuais.

Ou seja, o *welfare state* não estava presente naquele momento no Brasil, tornando absolutamente *fora de lugar* preocupações com experiências de conciliação e simplificação da formalidade da justiça, tal como ocorria nos países centrais, que, na esteira desse movimento, geraram, logo em seguida, o *alternative dispute resolution movement* nos Estados Unidos.

No entanto, a influência do pensamento marxista nas ciências sociais e dos trabalhos desenvolvidos por Boaventura de Sousa Santos (facilitada por sua estadia no Brasil no início dos anos de 1970) trouxe à tona o tema do *pluralismo jurídico*, que acabou, por sua vez, transplantado para as investigações que, indiretamente, se voltavam para o tema do acesso à justiça.

Todavia, nem os trabalhos de Boaventura de Sousa Santos (1980) nem as pesquisas empíricas desenvolvidas cuidavam de abordar explicitamente esse tema; abordavam, sim, os procedimentos estatais e não estatais de resolução de conflitos, provavelmente porque tomavam como um dado a própria inacessibilidade da justiça para os setores populares.

Mesmo assim, o tema do acesso à justiça emergiu no contexto brasileiro no final da década de 1970. A noção de pluralismo jurídico, que se contrapunha à imagem de uma sociedade homogeneizada pressuposta nas análises sobre direito estatal e ressaltava fraturas entre os seus segmentos, mostrava-se de fácil recepção em função da semelhança com as imagens de Brasil.

O direito de Pasárgada, de que trata a obra de Santos feita na favela do Jacarezinho, atesta não apenas a produção de uma nova ordem jurídica paralela ao

direito oficial (direito do asfalto), mas também a impossibilidade de os habitantes daquela comunidade, percebida como ilegal pelo direito oficial, buscarem soluções para seus conflitos no ordenamento jurídico e nas instâncias judiciais.

Em outros termos, a comunidade de Pasárgada remetia à associação de moradores a resolução de conflitos individuais por estar, de fato, impossibilitada de ter acesso à justiça estatal. Pode-se dizer então que, teoricamente, nas investigações brasileiras, se chegou ao tema do acesso à justiça a partir do tema do pluralismo jurídico.

Com os conflitos urbanos na Grande Recife e o movimento trabalhista e de massa brasileiro, inaugurou-se, no início dos anos de 1980, a preocupação com os direitos coletivos, centrando-se a discussão sobre o acesso à justiça metaindividual.

Diante da necessidade de responder às demandas sociais emergentes, coexistiam diferentes lógicas jurídicas dentro do próprio Poder Judiciário, lento e tecnicamente incapaz de resolver tais demandas na sociedade brasileira.

Voltava-se, naquele momento, principalmente para o potencial libertário, presente nas formas de organização local, e não para a necessidade de se processarem judicialmente os interesses difusos e coletivos que vinham na nova onda de mobilização.

Fundamentando-se nessas pesquisas, Joaquim Falcão (1991, p. 4) produziu um texto que se transformou numa referência obrigatória nesse campo de estudos. Preocupado com a democratização do Poder Judiciário, definiu o “[...] acesso à justiça como um mecanismo que pode ou não estar a favor da implementação da representação coletiva dos cidadãos, como aperfeiçoamento do ideal democrático”

Como a cultura jurídica dominante, de caráter liberal e individualista, não conseguia lidar com a nova situação emergente no Brasil do início dos anos de 1980, os novos conflitos coletivos, não podendo ser encaminhados ao Poder Judiciário, cujo acesso era negado às massas, eram remetidos a outras arenas, informais, paralelas e mesmo ilegais:

[...] o acesso das classes sociais majoritárias à Justiça é um dos aspectos necessários, a partir do qual se pode pensar numa base social e política que dê ao Judiciário a independência que procura [...]. Neste sentido, a contribuição do Judiciário à redemocratização implica não negar-se a lidar com os conflitos do padrão emergente. Ao contrário, implica reconhecê-los e tentar equacioná-los. Um passo, entre os muitos necessários, é admitir a possibilidade de representação coletiva (FALCÃO, 1991, p. 32).

A ampliação do acesso à justiça implicaria, portanto, não apenas a atualização do Poder Judiciário como também o aperfeiçoamento democrático dos processos decisórios do Poder Executivo, como apontado por Luciano Oliveira e Affonso Pereira (1988, p. 83):

[...] a democratização do aparato legal-estatal no Brasil de hoje está condicionada ao fortalecimento dos meios de acesso à justiça das demandas coletivas, demandas essas que dizem respeito a direitos de amplos segmentos da sociedade brasileira atual.

Mais especificamente, a preocupação dos brasileiros com a essa temática realmente tomou força em 1984, após uma pesquisa feita no Rio de Janeiro sobre o relacionamento entre associações de moradores – movimento que se encontrava então em processo de fortalecimento – e o Poder Judiciário. A preocupação fundamental nessa investigação eram os direitos difusos.

Em suma, todas as pesquisas nesse campo apontavam para o fato de que o Poder Judiciário não constituía a principal agência de resolução dos conflitos coletivos e difusos.

Feito esse pequeno esboço histórico, necessário abordar a questão do acesso à justiça no cenário brasileiro como um direito/garantia fundamental. Nesse aspecto, conforme já se destacou no item 2.2 deste trabalho, o direito/garantia fundamental do acesso à justiça vem sendo muito discutido no direito atual, em virtude da necessidade de ser observado pelos estudantes, pesquisadores, profissionais do direito em geral como uma forma de gerar celeridade aos trâmites dos processos, possibilitar que as partes obtenham a decisão do magistrado com a resolução do problema posto de forma mais justa e benéfica, dando fim à crise do direito material.

Isso porque é através do acesso à justiça que se pode obter a democracia plena, pois a justiça possibilita a efetiva cidadania e a proteção da dignidade da pessoa

humana, tornando-se um importante e imprescindível requisito para uma atuação coerente com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Posto isso, serão tratadas, no capítulo a seguir, as ações do ordenamento jurídico estadunidense que podem ser usadas na tutela dos direitos e interesses metaindividuais e, conseqüentemente, na defesa do acesso coletivo à justiça.

3 PAPEL DAS AÇÕES COLETIVAS OU *CLASS ACTIONS* ESTADUNIDENSES

É justamente no mesmo pensamento do capítulo anterior que é possível identificar o papel das ações coletivas ou *class actions*, ou seja, no pensamento do acesso coletivo à justiça, mais especificamente, no pensamento da segunda onda de acesso destacada por Cappelletti e Bryant (1997).

Isso porque as ações de classe ou *class actions* são instrumentos que possibilitam a ampliação do acesso por meio da participação de um grupo, classe ou categoria.

Na trilha do que expôs Rachel Mulheron (2004, p. 7),³¹ significa dizer que o acesso à justiça pode efetivar-se por meio de uma solução real via ações de classe para os queixosos com reivindicações tão pequenas que seria economicamente inviável se se tratasse de ações individuais. Ademais, no caso de ações individuais, estas talvez não tivessem a mesma força que tem uma ação coletiva.

Então, a *class action* ou a ação coletiva *lato sensu* pode ser considerada um instrumento processual usado para lidar eficazmente com os queixosos, quando as reivindicações tiverem uma dimensão tão significativa que justifiquem, de outro modo, a não-utilização de ações individuais, ou quando as “vítimas” forem numerosas (objetivos fundamentais de acesso à justiça e economia processual).

Partindo dessa premissa, nos itens subsequentes serão tratadas, separadamente, a origem das ações coletivas (*class actions*) estadunidenses bem como as conceituações a elas atribuídas, para depois se analisar quando são cabíveis e quais os interesses por elas protegidos. Desse modo, cabe responder à pergunta: Qual é o papel das ações coletivas ou *class actions* estadunidenses na efetivação do acesso coletivo à justiça?

³¹ Providing access to a real remedy for those plaintiffs with claims so small that they would be economically unviables to recover in individual actions, and to deal efficiently with those plaintiffs with claims large enough to otherwise justify individual actions and where such plaintiffs are numerous (that is, twin-pillared objectives of access to justice and judicial economy).

3.1 ORIGENS E CONCEITOS

A origem histórica das ações coletivas estadunidenses é bem recente, uma vez que tal instituto processual foi criado em meados dos anos de 1980. Aliás, a palavra correta não seria criado, mas, sim, incorporado ao código civil estadunidense, sob a influência do direito inglês.

Então, para buscar a verdadeira origem dessa ação, recorrer-se-á ao direito inglês, mais especificamente à Inglaterra do século XVI e XVII, conforme expõe Deborah Hensler (2000, p. 9-10):

No final dos anos 1990, o termo *class action* relacionava-se a tabaco, gel de silicone para implantes de mama bem como cupons de desconto para viagens aéreas, calça jeans e outros produtos oferecidos aos consumidores. Como resultado, pode-se imaginar que a ação coletiva é uma invenção recente do sistema de justiça civil americana. De fato, os Estados Unidos sempre tiveram uma maneira de fazer com que grupos de queixosos com problemas semelhantes pudessem unir-se contra o réu para entrar com uma ação única. Por muitos anos, os historiadores jurídicos atribuíram a origem da ação coletiva estadunidense à Inglaterra do século XVII. Para eles, as *class actions* nasceram como algo chamado “Lei da Paz”, que permitiu que vários demandantes ou demandados pudessem solucionar questões comuns em uma única ação judicial intentada nos tribunais de chancelaria. Geralmente, todos os demandantes tinham que estar fisicamente presentes no tribunal e se unir legalmente na ação. No entanto, quando o número deles era tão grande que se tornava impraticável obrigar a todos a comparecerem (física e juridicamente) diante do tribunal, a seara jurídica permitia que um representante apresentasse o caso para todos os demandantes potenciais, presentes ou ausentes. Os representantes foram obrigados a mostrar que refletiam adequadamente os interesses de todo o grupo, porque o julgamento implicaria uma decisão que seria imposta a todos os demandantes, independente de estarem ou não envolvidos realmente no processo. Sobre a verdadeira origem da *class action*, [destaca a aludida autora] o pensamento do professor Stephen Yeazell, quando contestou a versão da história jurídica inglesa, dizendo que os litígios em grupo surgiram sob múltiplas formas centenas de anos antes. [Para Deborah Hensler], o ponto fundamental do trabalho de Yeazell foi apontar que havia uma longa tradição na Inglaterra medieval, por parte não só de organizações formais como também de grupos de pessoas mais frouxamente associados, de apresentar queixa sobre danos de propriedade – comerciantes querendo manipular o mercado, oficiais da igreja perturbando a paz religiosa, famílias poderosas que intimidavam os júris –, entre outros tantos que buscavam uma audiência e remédios em instituições do governo. [...]. Os tribunais americanos incorporaram a noção de ação coletiva nos seus códigos de processo civil e, em 1833, ocorreu a primeira

provisão de tutela de interesses coletivos *lato sensu* pelos tribunais federais, que gerou a regra de equidade número 48 (Tradução nossa).³²

Tal regra permitia a ação coletiva por meio de representante quando as partes de um polo da ação fossem tão numerosas que seria inconveniente para a administração da justiça a possibilidade de inúmeras e idênticas ações individuais. Ou seja, não seria viável e seguro decidir um a um casos idênticos que envolvessem uma quantidade indeterminada ou muito numerosa de pessoas.

Dez anos depois, diante das tensões entre o norte e o sul dos Estados Unidos, no contexto pré-guerra civil, a Suprema Corte estadunidense considerou que as partes ausentes poderiam ser vinculadas a resultados de processos que estivessem ao abrigo da regra de equidade 48.

Nesse aspecto, há mais de 25 anos a fundamentação principal para as *class actions* federais estadunidenses pauta-se, sobretudo, na regra de equidade 38, segundo a qual, “[...] quando a questão é de interesse geral ou comum a muitas pessoas que representem uma classe tão numerosa a ponto de torná-la inviável para trazê-las todas ao Tribunal, uma ou mais podem demandar ou defender todas” (ESTADOS UNIDOS, 1932, 624-625, tradução nossa).

É possível, assim, a interposição de uma ação coletiva por intermédio de um representante adequado.

³² By the late 1990s, the term “class action” conjured up images of tobacco, silicone gel breast implant, and securities litigation, along with memories of discount coupons for air travel, blue jeans, and other products offered to consumers in settlements. As a result, some may imagine that the class action lawsuit is a recent invention of the American civil justice system. In fact, the United States has always provided a means for groups of plaintiffs with similar claims against a defendant to come together to bring a single lawsuit. For many years, legal historians placed the origin of *class actions* in seventeenth century England. In their telling, *class actions* were born as something called the “Bill of Peace” that enabled multiple plaintiffs or defendants to resolve common questions in a single legal action brought in the Courts of Chancery. Generally, all plaintiffs had to be physically present in court and legally joined together in the action. However, when the number of plaintiffs was so large that it was not practical to require them all to come forward (physically and legally), the courts allowed representative plaintiffs to present the case for all potential plaintiffs present or absent. The representative plaintiffs were required to show that they adequately reflect the interests of the entire group because the judgment would be binding on all plaintiffs, whether or not they were actually involved in the proceedings. Professor Stephen Yeazell challenged this version of English legal history, arguing instead that group litigation arose in multiple forms several hundred years earlier. For our purposes, the key teaching from Yeazell’s work is that there was a long tradition in medieval England of both formally organized and more loosely associated groups of individuals bringing complaints about communal harm – merchants manipulating the marketplace, church officials disturbing religious peace, powerful families intimidating juries – and being granted both a hearing and remedies by government institutions [...] Early American courts incorporated the notion of collective action in their codes of civil procedure. In 1833, the first provision for group litigation in federal courts was set forth as equity rule 48.

Martin Redish (2009, p. 6) dividiu o desenvolvimento histórico das ações coletivas estadunidenses em três etapas, todas anteriores às alterações de 1966:

[...] (1) a prática inglesa medieval e pós-medieval; (2) a prática estadunidense precoce, evidenciada nos escritos de direito de Joseph Story e nos primeiros regimentos de equidade (*equity rules*); (3) a versão de 1938 do art. 23 das Normas Federais de Processo Civil. Sobre a primeira etapa, ressalta a aceitação da ação coletiva por meio de um representante na Inglaterra medieval. Esta é compreensível quando colocada no contexto da paisagem social e política da época: a sociedade inglesa foi fundada em noções acerca da ação coletiva. Por necessidade – em aldeias agrárias – ou voluntariamente – nas cidades –, as pessoas em geral agiam como se fossem partes de grupos estabelecidos. Nas aldeias, a organização coletiva foi uma consequência natural da realidade da cultura e das obrigações decorrentes da condição de servo feudal. [Em tal contexto,] ressaltam-se os “Villeins”, que eram os ocupantes primários das aldeias. [Também nesse cenário], os grupos eram entidades judiciais naturais. Por volta do século XVII, o grupo/classe litigante foi confinado ao meio rural agrário. Aproximadamente nesse momento, dois novos tipos de grupos litigantes surgiram: as sociedades anônimas e as sociedades simples. [Sobre a segunda etapa,] a concepção de justice de Joseph Story guiou o uso americano da prática do artigo 23 das Normas Federais de Processo Civil até a alteração de 1966. [...] (Tradução nossa).³³

Sobre a terceira etapa, observa-se que a versão original do art. 23 traz à tona a já abordada Regra de Paz, ou *Bill of Peace*, de acordo com a qual as queixas individuais, por serem parecidas e extremamente numerosas, tornam viável a resolução da lide por meio da ação de classe.

Vale destacar que, apesar de muito mencionada, a Regra de Paz difere e muito do litígio em grupo, pois, diferentemente do tradicional *litigation group*, que é por natureza representativo, em relação à Regra de Paz cada queixa de interesses jurídicos é representada individualmente perante a corte.

Feito esse esboço histórico, observa-se que

³³ [...] three stages in group adjudication prior to the 1966 amendments: (1) medieval and post-medieval english practice; (2) early American practice as evidenced by the writings of Justice Joseph Story and the early Equity Rules; (3) the 1938 version of Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure [...] Acceptance of representative litigation in medieval England is understandable when placed in the context of the social and political landscape at the time. English society was grounded in notions of collective action. Whether by necessity in agrarian villages or voluntarily in the towns, individuals generally functioned as parts of established groups. In villages, collective organization was a natural consequence of the realities of the culture and obligations of “villeinage”. “Villeins” were the primary occupants in villages. [...] groups were natural litigation entities. By the seventeenth century, class group litigation was largely confined to rural agrarian settings Roughly at that point, two new types of litigation groups emerged: joint stock companies and friendly societies [...] Justice Joseph Story’s conception of representative litigation guided American use of practice roughly until 1966 amendment Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure. He noted several instances in which class adjudication was appropriate, including suits by members of a voluntary society or unincorporated body of proprietors on behalf of the entire organization [...].

[...] a natureza inerentemente coletiva dos direitos substantivos julgados em uma ação de classe tradicional estadunidense é muito mais do que uma mera singularidade histórica e tem enormes implicações para a teoria política e constitucional da *class action* moderna. Quando a natureza do direito subjetivo material do indivíduo requerente, que é objeto do litígio de grupo, é inerentemente coletiva, não tem como haver nenhuma garantia legítima, moral ou constitucional, do devido processo legal que assegure em tais contextos que o representante dos membros do grupo aja plenamente de acordo com os interesses da parte e proteja totalmente os direitos dos membros ausentes (REDISH, 2009, p. 6, tradução nossa).³⁴

Diante desse dilema e a fim de conhecer melhor a concepção das ações coletivas estadunidenses, pergunta-se: Qual é a conceituação existente para tal instituto processual? De onde veio essa nomenclatura e terminologia?

Não é preciso ser nenhum gênio para responder a tal pergunta. Basta saber o que significa ação bem como que o coletivo é usado para denominar algo que vai além do individual, algo transindividual ou também chamado metaindividual. Então, em uma concepção simplória, uma ação que é coletiva nada mais é do que uma ação que tem em um dos polos da lide um aglomerado de pessoas e não um indivíduo somente.

Sobre o assunto, é essencial interpretar as palavras de Rachel Mulheron (2004, p. 3)³⁵ ao conceituar as *class actions*:

As ações de classe estadunidenses nada mais são do que um procedimento legal que permite que as queixas ou as reivindicações de um número de pessoas contra o mesmo polo passivo sejam estabelecidas num único “processo”, ou seja, numa única ação processual.

³⁴ [...] the inherently collective nature of the substantive rights adjudicated in traditional class litigation is far more than a mere historical oddity. Indeed, it has enormous implications for the political and constitutional theory of the modern class action. When the nature of the individual claimant's substantive right that is subject of group litigation is inherently collective, there can be no legitimate moral or constitutional guarantee of due process can assure in such contexts is that those group members represent the group's interests fully and fairly protect the rights of the absent group members.

³⁵ [...] a legal procedure which enables the claims (or part of the claims) of a number of persons against the same defendant to be determined in the one suit. In a class action, one or more persons (representative plaintiff) may sue on his or her own behalf and on behalf of a number of other persons (the class) who have a claim to a remedy for the same or a similar alleged wrong to that alleged by the representative plaintiff, and who have claims that share questions of law or fact in common with those of representative plaintiff (common issues). Only the representative plaintiff is a party to the action. The class members are bound by the outcome of the litigation on the common issues, whether favourable or adverse to the class, although they do not, for the most part, take any active part in that litigation.

Em uma ação de classe, uma ou mais pessoas (o representante) podem reivindicar em seu próprio nome ou em nome de outras pessoas (a classe) que clamam por uma solução igual ou similar à questão alegada pelo demandante representativo, bem como alegar que as perguntas de direito ou de fato são comuns às do requerente (questões de interesse comum).

Apenas o representante dos recorrentes toma parte na ação. Os membros da classe limitam-se a aguardar o desfecho do contencioso sobre as questões comuns, seja ele favorável seja adverso à classe, e não têm, em sua maior parte, participação ativa nesse contencioso.

Apesar de todos esses esclarecimentos, ainda não é fácil entender o que são as *class actions*, já que, dependendo do sentido, podem assumir uma amplitude de significados não muito claros: ação coletiva, ação de grupos, procedimento representativo, ação de múltiplas partes, entre outros.

Como abordou Peter Cashman (2005, p. 3): “[...] a confusão é reflexo do fato de que diferentes termos são geralmente usados para descrever um procedimento igual ou similar, enquanto em outros contextos o mesmo termo é usado para descrever mecanismos processuais diversos” (Tradução nossa).³⁶

É daí que surge a confusão de significados. Não se tenta aqui uma única e fechada definição para o tema, mas apenas um esclarecimento sobre o sentido terminológico da expressão para este trabalho, como forma de delinear o estudo mais facilmente e, também, de tentar evitar ao máximo o surgimento de dúvidas.

Assim, com o objetivo de traçar a terminologia, ressaltam-se as palavras da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Carnie versus Esanda Finance Corporation*.³⁷

³⁶ [...] the confusion is reflection of the fact that different terms are often used to describe the same or similar procedures whereas in other contexts the same terms are used to describe different procedural mechanisms.

³⁷ The term class action is used in various senses. Sometimes it is employed as a generic term to comprehend any procedure which allows the claims of many individuals against the same defendant to be brought or conducted by a single representative. At other times, when the same interest stipulation was thought to preclude the application of the representative action procedure to actions for damages on the group that each individual's entitlement to damages would have to be independently assessed, the term *class actions* was employed to refer to an extension of the representative action to cover such actions. The remaining sense in which the term class action is used is by way of the reference to the class action procedures prescribed by the Federal Rules of Civil Procedure [...] **CLR** 398, [3]-[4]. Mason CJ, Deane and Dawson JJ, 1995.

Na verdade, como a própria Corte dos Estados Unidos afirma, o termo ação de classe é usado em vários sentidos. Às vezes é empregado genericamente para explicar qualquer procedimento que permita que as reivindicações de muitos indivíduos contra o mesmo arguido possam ser levadas ou conduzidas por um único representante. Outras vezes, quando o mesmo interesse foi estabelecido para precluir a aplicação do processo representativo às ações de indenização no grupo – em que o direito de cada indivíduo à indenização teria de ser avaliado de forma independente –, o termo “ações de classe” foi empregado com o significado de um alargamento da ação representativa para cobrir tais ações.

Outros sentidos com que a ação de classe estadunidense é utilizada aludem aos procedimentos de ação de classe previstos no Regimento Federal de Processo Civil dos Estados Unidos da América.

Mas, afinal, o que difere as *representative actions* da *class actions* e, por sua vez, da *multy-party action*?

Nesse sentido, baseando-se no livro *Class actions: the law of 50 states* (DICKERSON, 1997) – porque a ação é aplicada nos 50 Estados-membros estadunidenses –, Pedro da Silva Dinamarco (2001, p. 149) menciona que a “[...] regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure* autoriza o processamento de três espécies de *class action*, todas previstas em uma das três hipóteses da alínea (b)”.

A pergunta é aparentemente fácil de responder. Em um primeiro olhar, todas as *class actions* parecem ter um mesmo sentido: trata-se de uma ação coletiva. Mas existe, sim, uma diferenciação entre esses termos.

De um modo simplório, é possível afirmar que os norte-americanos, quando falam em *representative action*, querem tratar das ações advindas de regras procedimentais de vários estados, territórios e cortes federais. São as ações derivadas do *English Court of Chancery*, já tratadas anteriormente na parte histórica deste trabalho.

Já *multi-party actions*, essas são um termo genérico usado para descrever queixas de partes múltiplas, podendo ter ainda vários significados, diferentes, contudo, do

significado das ações coletivas e das ações representativas. Nos chamados procedimentos em grupo, ou ação em grupo (*group action*), tem-se um termo geral para descrever procedimentos que envolvem um número grande de pessoas em um dos polos da demanda.

Já o termo *class action*, aponta Peter Cashman (2005), é usado quando se quer fazer referência a procedimentos trazidos pelo Federal Court Act. Também pode ser usado em relação à ação de classe canadense. Todavia, nos Estados Unidos da América, *class action* refere-se a qualquer ação civil proposta sob a égide da regra 23 (Rule 23) do *Federal Rule of Civil Procedure* (FRCP) ou de outra regra processual que autorize uma ação a ser proposta por um representante ou, até mesmo, vários representantes adequados.

Também pode incluir a “ação de massa”, ou *mass action*, definida como qualquer ação civil diversa da ação de classe, em que é necessário que cem ou mais pessoas estejam em um dos polos processuais e tenham questões de direito ou de fato comuns.

Apontando uma definição moderna para o termo *class action*, Martin Redish (2009, p. 12) traça um paralelo entre a teoria da microdemocracia e a teoria da macrodemocracia:

Vale dizer que a ação de classe moderna pode ser paralelamente abordada com noções fundamentais do individualismo liberal que, por sua vez, são essenciais para a democracia liberal do pensamento moderno. Esse aspecto da teoria democrática, como já mencionado, pode ser adequadamente denominado microteoria democrática porque se centra na importância dos direitos individuais para a viabilidade de uma sociedade de democracia liberal. Mas a *class action* também tem sido empregada de uma maneira mais ampla, que ameaça noções básicas do pensamento democrático, relativas ao implícito, porém essencial, contrato de responsabilidade social que existe em uma sociedade democrática entre o povo e seu governo (Tradução nossa).³⁸

³⁸ To this point, I have considered the implications of the modern class action for foundational notions of liberal individualism that are essential to modern liberal democracy thought. This aspect of democratic theory, as I have noted, may appropriately be referred to as micro democratic theory because it focuses on the importance of the individual rights to the viability of a liberal democracy society. But the class action has also on occasion been employed in a manner that threatens broader based notions of democratic thought, concerning the implicit but essential social contract of accountability that exists in a democratic society between the populace and its government.

Para corroborar esse entendimento, necessário se faz citar as palavras de Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy acerca das *class actions* como mecanismo de participação popular e democracia:

Participação coletiva dá-se com a *class action*, que [...] permite que um ou mais membros de um grupo definido, com queixas ou responsabilidades similares, ajuízem ou respondam à ação em nome de todos os membros do grupo. A ação coletiva foi uma invenção das cortes de equidade da Inglaterra, utilizada quando pessoas afetadas por uma lei fossem tantas que seria impraticável trazê-las todas individualmente ao processo. As *class actions* são muito comuns em discussões de relações de consumo, de proteção ambiental, de direitos civis, de disputas entre acionistas de empresas (*corporate shareholders*). É uma forma de implementar disposição legal contra violadores institucionais, contra pessoas ou empresas que podem ser responsabilizadas por prejuízos causados a um grupo relativamente amplo de pessoas. Foram muito utilizadas nas lutas contra a doutrina do *separated but equal*, durante o processo de segregação racial da década de 1960 (GODOY, 2004, p. 21).

O acesso à justiça e a participação popular, através de um de seus membros, valeram-se do contexto da legitimidade coletiva de forma a possibilitar que as partes obtivessem a decisão do magistrado com a resolução do problema posto de forma mais justa e benéfica à classe. Desse assunto decorre a questão da representatividade adequada, que será tratada nos itens subsequentes.

3.2 CABIMENTO E INTERESSES PROTEGIDOS

Não é preciso grandes esforços para saber que as ações de classe estadunidenses ou *class actions* cabem para proteger os interesses metaindividuais das partes que as invocam. Mas a questão não é tão simples como parece, pelo menos não para os estudiosos do assunto.

Mas, afinal, que seriam interesses protegidos individuais homogêneos, coletivos e difusos? Quando é cabível esse tipo de ação no direito estadunidense?

Esse subitem visa responder a essa e a outras dúvidas que possam surgir sobre o assunto.

Respondendo à primeira indagação, destaca Linda Mullenix (2007, p. 510):

A terminologia do direito civil que denomina "direitos difusos" e "direitos individuais homogêneos" é alienígena nos países adeptos dos sistemas de *common law*. Nenhum termo como esse existe na legislação para descrever as ações coletivas nesses sistemas. Assim, tal vocabulário é difícil para os acadêmicos ou profissionais de sistemas de *common law* perceberem ou compreenderem os tipos de direitos nas ações coletivas. No entanto, embora os termos "direitos difusos" ou "direitos individuais homogêneos" não existam na *common law*, os conceitos que fundamentam esses rótulos têm analogia histórica e aplicação contemporânea no aludido sistema. [...] Assim, o direito de interesse público foca-se nos problemas sociais de âmbito nacional, tais como as violações de direitos civis, as condições de confinamento institucional (prisões e centros de saúde mental), as escolas segregadas e a habitação e também as preocupações ambientais. As categorias novas nas ações de classe deveriam ser funcionais e descrever os tipos de ações de classe. [...] As duas primeiras categorias [advindas da regra 23 b (1) e 23 b (2)] são essencialmente igualitárias e se destinam a fornecer uma medida cautelar ou de declaração de membros da classe com interesses homogêneos no litígio. Já as duas primeiras categorias das *class actions* estadunidenses [a da regra 23 (b) 3] são analiticamente muito semelhantes ao conceito difuso de ações coletivas nos países de direito civil (Tradução nossa).³⁹

Vale dizer então que a *class action* estadunidense abarca tanto os interesses difusos como os coletivos e individuais homogêneos, assim conhecidos no sistema de *civil law*.

Nesse sentido, Arnaldo Godoy aponta:

As *class actions* são muito comuns em discussões de relações de consumo, de proteção ambiental, de direitos civis, de disputas entre acionistas de empresa (*corporate shareholders*). São uma forma de implementar uma disposição legal contra violações institucionais, contra pessoas e empresas que podem ser responsabilizadas por prejuízos causados a um grupo relativamente amplo de pessoas. Foram muito utilizadas nas lutas contra a doutrina do *separated but equal*, durante o processo de desagregação racial de 1960 (GODOY, 2004, p. 21).

³⁹ The civil law terminology denominating "diffuse" and "homogeneous individual rights" is alien terminology for common law systems. No such terms exist in the common law to describe collective actions. Hence, such vocabulary is difficult for academics or practitioners in common law systems to grasp or understand as descriptive explanatory labels for collective actions. However, although the terms "diffuse rights" or "homogeneous individual rights" do not exist at common law, the concepts that underlay these labels have both historical analogues and contemporary application in common law systems. [...] Public interest law focused attention on social problems of national scope, such as civil rights violations, conditions of institutional confinement (such as prisons and mental health facilities), segregated schools and housing, and environmental concerns [...] the new *class actions* categories were intended to be functional, and to describe types of *class actions* [...] The first two categories are chiefly equitable in nature and intended to provide injunctive or declaratory relief to class members with homogeneous interests in the litigation [...] The first two categories of American *class actions* are analytically very similar to the concept of diffuse collective actions in civil law countries.

Assim, os interesses protegidos pelas *class actions* são os direitos de grupos com interesses comuns, inclusive pequenos grupos, como é o caso de consumidores, assim como grupos indefinidos, como ocorre com a tutela do meio ambiente, por exemplo.

Conforme afirma Linda Mullenix (2007, p. 514):

Todos os países de *common law* reconhecem, em seus estatutos de ação coletiva, normas e disposições, os direitos de grupos com interesses em comum na busca da tutela coletiva. Esses direitos incluem grupos com interesses comuns, como no caso da proteção contra danos ambientais, do direito do consumidor, da discriminação, dos direitos trabalhistas, dos direitos de privacidade de grupo e de negócios e títulos. Nos Estados Unidos, a jurisprudência tem permitido também a ação de classe interposta por pequenos grupos de consumidores individuais para ser agregada e autuada como ação de classe (Tradução nossa).⁴⁰

Sobre a segunda questão, importantes são as palavras de Luiz Eduardo Gunther:

[...] tanto no Direito norte-americano, quanto no sistema inglês, do qual se originaram as *class actions*, a processualística está diretamente relacionada com a tentativa de se observar uma economia processual quando do trato de direitos individuais comuns a uma gama numerosa de pessoas. Não há, na origem da *class action*, relação direta com tutela de direitos coletivos de titularidade indeterminada, como são fundamentais de terceira geração, por exemplo, o direito ao meio ambiente equilibrado. Percebe-se, ainda, que dentre os critérios de justiça passíveis de serem adotados pelo sistema americano, optou-se, por uma questão de política judiciária, pela ampliação das hipóteses de cabimento de ações coletivas, a fim de se evitar a multiplicação de ações individuais que tumultuariam as cortes daquele país (GUNTHER, 2008, p. 194).

Acerca desse cabimento, observa-se que, para se propor a ação de classe estadunidense, é preciso que sejam preenchidos os seguintes requisitos, todos dispostos na regra 23 do FRCP: 1) quantidade (numerosity); 2) aspectos comuns (commonality); 3) queixas tipicamente metaindividuais; 4) representação adequada da classe.

⁴⁰ All the common law countries, in their respective collective action statute, rules, and provisions, recognize the rights of groups with common interests to pursue collective relief. These rights include group-held common interests, as in protection against environmental harms, common nuisance claims, consumer protection, discrimination and employment claims, antitrust violations, group privacy rights, and business and securities claims. In the United States [...] class action jurisprudence has permitted individual consumer small claims to be aggregated and litigated as a class action [...].

Acerca do primeiro requisito, quantidade, significa dizer que a *class action* apenas pode ser proposta quando a classe for suficientemente numerosa. Mas como saber quando tal classe é suficientemente numerosa? É preciso que isso se comprove por meio de declarações, certificados do número aproximado de elementos componentes da classe, demonstrando ser tal ação a alternativa ideal ao caso.

Sobre o segundo item, aspectos comuns (*commonality*), é preciso demonstrar que há, pelo menos, uma questão de fato ou de direito comum à classe, por meio de documentos, declarações e certificados, o chamado *commonality requirement*.

O terceiro e o quarto requisitos também deverão ser comprovados por certificados: *typicality requirement* e *adequacy of representation requirement*. O terceiro deve comprovar que a tutela pleiteada pelas partes é tipicamente uma tutela transindividual, e o quarto precisa atestar que o representante escolhido é adequado (CASHMAN, 2005).

Além disso, é necessário salientar que a ação coletiva estadunidense será recebida apenas quando a Corte a convalidar. E, para que seja tida como válida, é preciso que se apresentem todas essas certificações.

Observa-se ainda que, no caso das *class actions* referentes à regra 23 (b) (3), versão estadunidense da ação civil pública brasileira para garantia dos interesses individuais homogêneos, é necessário que os pedidos ou as defesas dos representantes sejam idênticos ao da própria classe, o que corresponderia ao requisito de *commonality*, comprovado pelo *typicality requirement*.

A esse respeito, ressalta Pedro Dinamarco (2001 p. 133):

Geralmente esse requisito é testado em termos de falta de antagonismo entre a demanda ou a defesa dos representantes e os interesses dos membros da classe, numa visão não muito rígida. A jurisprudência norte-americana, particularmente no caso *Campbell vs. New Milford Board*, explica.

Vale dizer que, na jurisprudência *Campbell vs. New Milford Board*, a justiça estadunidense aceitou a comprovação desse requisito de maneira mais flexível, consentindo que os representantes da classe se baseassem apenas na mesma teoria jurídica ou no mesmo remédio legal.

3.3 LEGITIMAÇÃO E REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA: *STANDING E ADEQUACY OF REPRESENTATION*

Um dos aspectos mais interessantes da ação de classe estadunidense diz respeito ao instituto processual da representatividade adequada que pode ser contextualizada na seara da legitimação. Por isso, primeiramente se tratará do modo como ocorre a legitimação para, posteriormente, se falar do instituto da *adequacy of representation*.

Dessa forma, destaca-se que o sistema de legitimação pelo qual optaram os países de *common law*, principalmente os Estados Unidos, não utiliza os mesmos conceitos, conforme ocorre com os países de *civil law*. Isso porque o direito estadunidense criou raízes na jurisprudência que não abarcam os conceitos de legitimação (*standing*) prevalentes no sistema de *civil law*.

Sobre o assunto, aponta Linda Mullenix (2007, p. 514):

A legitimação na jurisprudência americana baseia-se na Constituição e é uma função da doutrina criada pela jurisprudência. Em grande medida, a jurisprudência norte-americana não aceita os conceitos de legitimação legal que são predominantes em todos os regimes de *civil law* e em alguns sistemas de *common law*. O que existe são requisitos permanentes para os representantes de demandas na ação de classe estadunidense, os quais, por sua vez, constituem um requisito subentendido para a certificação. Seria uma questão de admissibilidade: ausente um representante de classe que preencha os requisitos, uma ação de classe pode não ter prosseguimento e um tribunal não precisa avaliar os outros requisitos para a certificação da ação. A posição do representante de classe entrelaça-se com a regra expressa n.º 23 (a) (4), que dispõe sobre a exigência de um representante adequado. Por definição, um representante de classe que não tem a legitimidade necessária é um representante de classe inadequado. No âmbito específico das ações de classe, a legitimação exige apenas que o representante nomeado da classe satisfaça os mesmos requisitos de

representatividade exigidos para um caso individual. A jurisprudência americana acerca da legitimação requer que a parte tenha um real, atual e contraditório "caso ou controvérsia" [...] (Tradução nossa).⁴¹

Assim é impossível falar de legitimação nas ações de classe estadunidenses sem falar em representatividade adequada. Inicia-se então esse assunto, fazendo a seguinte indagação: Mas o que significa a representatividade adequada?

A esse respeito podem-se apontar as palavras de Ada Pellegrini Grinover e Petrônio Calmon:

A chamada "representatividade adequada" (*adequacy of representation*) constitui outro instrumento de controle para evitar os possíveis abusos cometidos no ajuizamento de processos coletivos. Oriundo do direito norte-americano, esse pré-requisito [diz] respeito à seriedade, credibilidade, capacidade técnica e até econômica do legitimado à ação coletiva [...] (GRINOVER; CALMON, 2007, p. 489).

Em outro momento, Ada Grinover e outros também ressaltam:

[...] a cláusula norte-americana tem fundamento constitucional e pretende exatamente conciliar as garantias do devido processo legal com técnicas peculiares às ações coletivas. A parte ideológica leva a juízo o interesse metaindividual, representando concretamente a classe, que terá exercido seus direitos processuais por meio de garantias da defesa e do contraditório asseguradas ao representante. O mecanismo baseia-se na concepção de que o esquema representativo é apto a garantir aos membros da categoria a melhor defesa judicial, a ponto de afirmar-se que, nesse caso, o julgado não atuaria propriamente *ultra partes*, nem significaria real exceção ao princípio da limitação subjetiva do julgado, mas configuraria antes um novo conceito de representação substancial e processual, aderente às novas exigências da sociedade (GRINOVER et al., 2005, p. 904-905).

Não havendo uma adequada representação,

[...] poderá ser determinada a intervenção de outro integrante da classe que seja moral e economicamente mais idôneo, havendo eventual sucessão

⁴¹ Standing in American jurisprudence is constitutionally based and a function of judicially-created doctrine. To a great extent, American jurisprudence does not embrace concepts of statutory standing that are prevalent throughout civil law regimes, and some other common law systems. Standing requirements for representative plaintiffs in American class litigation constitute an implicit threshold requirement for certification. Absent a class representative with constitutional standing, a class action may not proceed, and a court need not evaluate the other requirements for class action certification. However, the class representative's standing is intertwined with the explicit Rule 23 (a) (4) requirement for an adequate representative. By definition, a class representative who lacks the requisite standing is an inadequate class representative. In the specific context of *class actions*, standing simply requires that the named class representative meet the same standing requirements as a party in an individual case. In American standing jurisprudence, this requires that a party have a real, actual, and adversarial "case or controversy" with an opposing party.

processual, ou a classe poderá ainda ser dividida em subclasses, cada qual com seu representante. A fiscalização da representação adequada é tão importante que se faz durante todo o desenvolvimento do processo e, eventualmente, até após o trânsito em julgado (DINAMARCO, 2001, p. 135).

Vale dizer, então, que a fiscalização da adequada representação, indispensável para atribuir legitimidade em determinados países, em sua maioria adeptos do sistema de *common law*, busca garantir um controle maior acerca da seriedade, credibilidade e capacidade técnica da legitimidade que irá representar um grupo, classe, categoria ou até mesmo um número indeterminado de pessoas.

A regra da representatividade adequada decorre da regra federal do Processo Civil estadunidense n.º 23 e é uma das primeiras que regem as ações de classe em cortes federais dos Estados Unidos. Segundo tal regramento, a *adequacy of representation* nada mais é do que um pré-requisito à proposta de uma *class action* para que esta possa ser recebida e julgada.

Tal regra federal coloca certos requisitos aos representantes da classe, ao conselho da classe e à corte, de modo a assegurar que os membros que não estiverem presentes estejam sendo adequadamente representados. Isso ocorre devido à natureza representativa da *class action*.

Os indivíduos que não estão presentes e que não participam ativamente no processo podem, no entanto, ser afetados pela decisão proferida à classe. Nesse aspecto, a representação adequada é o mais importante instituto processual para resguardar os interesses dos membros ausentes da classe.

Esse instituto tornou-se um “requisito de admissibilidade” da *class action* estadunidense a partir de 1940, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos fez o julgamento do caso *Hansberry vs. Lee* (ESTADOS UNIDOS, acesso em 26 nov. 2000) e enfatizou ser a representatividade adequada um pré-requisito para um julgamento coletivo.

Sobre tal julgamento, apontou Debra Lyn Basset (2006, acesso em 6 abr. 2009):

O foco principal da representação adequada envolve a proteção dos membros ausentes da classe – aqueles que não foram mencionados especificamente na ação, nem participaram ativamente do processo, mas que se enquadram no conceito de classe e assim estão supostamente vinculados ao julgamento da ação. Uma vez que uma ação de classe envolve indivíduos num julgamento em cujo processo eles não desempenham qualquer papel, uma representação adequada serve como um barômetro da equidade de fazê-lo, uma forma de colocar as partes em posição de “igualdade” no processo. A ideia primária de tal instituto processual reflete-se na capacidade de proporcionar maior acesso à justiça, em qualquer fase de uma ação de classe, e na capacidade de ataque colateralmente justo em um processo que, por atingir um grande número de pessoas, torna viável a representação delas. Apesar da necessidade de representação adequada para um julgamento da classe, o termo “adequação da representação” não é bem definido. Nem o próprio artigo 23, nem a jurisprudência estabelecem uma definição eficaz; todavia, a ideia advém do cuidado consciencioso e do foco de acesso à justiça material e formal. Isto é coerente com a gravidade da conclusão de que os indivíduos que não participam pessoalmente em uma ação judicial e não mantêm um advogado para representar seus interesses possam da mesma maneira ter o equivalente ao seu “dia no tribunal”, de tal ordem que, assim, poderão estar vinculados aos resultados da *class action* (Tradução nossa).⁴²

De acordo com a regra 43 (a) (4), os representantes da classe devem necessariamente estar aptos para representá-la adequadamente. Mas como saber se isso ocorre? Novamente, por meio da certificação perante a corte.

Sobre o assunto, comenta o autor William Rubenstein (2005, acesso em 3 set. 2009):

[...] trazendo uma ação de classe sob a regra federal número 23, seria necessário satisfazer os critérios do item 23 (a), que diz respeito à numerosidade impraticável da classe, fazendo juntar à causa comum de direito ou de fato reivindicações típicas e adequação da representação. Há também a necessidade de mantê-la mediante uma exigência da 23 (b), buscando decisões incoerentes, uma medida cautelar, ou provando uma questão predominante que faz da ação de classe uma forma superior de litígio. Teríamos, então, que certificar com sucesso a classe. Para provar a superioridade, consideram-se os desafios dos litígios individuais, qualquer litígio que já foi realizado, a conveniência de concentração do caso em um fórum e problemas de gestão em geral [...]. Como um caso com um grande

⁴² The primary focus of adequate representation involves protecting absent class members – those who were neither specifically named in the lawsuit nor actively participated in the litigation, but who come within the class definition and thus purportedly are bound by the class judgment. Since a class action seeks to hold to a judgment individuals who played no role in the underlying litigation, adequate representation serves as a barometer of the fairness of doing so. The primary of adequate representation is reflected in the ability to challenge adequacy of representation at any stage of a class action, and the ability to collaterally attack a class action judgment largely depends on whether the challenger’s interest were adequately represented in the first lawsuit. Despite the necessity of adequate representation to a binding class judgment, the term “adequacy of representation” is not well-defined. Neither Rule 23 itself nor case law provides an effective definition [...] adequate representation is unlikely simply to fall into place without thoughtful careful, conscientious effort and focus. This is consistent with gravity of concluding that individuals who did not personally participate in a lawsuit, and did not retain an attorney to represent their interests, nevertheless had the equivalent of their “day in court” such that they should be bound by that lawsuit’s result.

número de queixosos com pequenas causas (por exemplo, o caso da Microsoft sobre violação de direitos autorais) ou demandantes dispersos, tem-se um número de partes intimamente ligadas, reclamantes facilmente acopláveis [...] (Tradução nossa).⁴³

Apesar de ser um instituto processual cujo objetivo é resguardar os interesses daqueles que não puderam participar do processo, a representatividade adequada também acaba sendo muito criticada por colocar as partes à mercê dos representantes “adequados”.

Acerca do problema, destacam-se as palavras de Patrick Woolley (1997, acesso em 7 nov. 2009):

Ao contrário dos demandantes no contencioso ordinário, os membros da classe têm negado o direito de tomar decisões críticas sobre as próprias reivindicações, inclusive a mais importante de todas as decisões: se desejam exercer os seus direitos. Embora uma série de decisões da Suprema Corte, após *Hansberry*, coloque em dúvida a suposição convencional de que a representação adequada é a pedra fundamental do devido processo legal coletivo, a Suprema Corte dos Estados Unidos aplicou o golpe decisivo no caso *Phillips Petroleum Co. vs. Shutts*. *Shutts* não deixa dúvidas de que a representação adequada nem sempre satisfaz os requisitos do devido processo legal. Além desse ponto óbvio, porém, os tribunais e os comentaristas têm discordado sobre o significado da decisão e procurado uma nova interpretação a favor do instituto processual. Em particular, o debate acalorado tem sido sobre se todos os membros da classe que pedem indenização em dinheiro têm um direito constitucionalmente protegido de optar por não fazer parte de uma ação de classe – ou seja, fazer o chamado *opt out* (Tradução nossa).⁴⁴

⁴³ First considering the question of generally bringing a class action under FRCP 23, we would need to satisfy the 23a criteria of class numerosity making join the impractical, common question of law or fact, typical claims, and adequacy of representation. We would then need to maintain it through a 23b requirement, seeking either inconsistent judgments, injunctive relief, or proving a predominant issue which makes class action a superior form of litigation. We would then have to successfully certify the class. For proving superiority, you consider the challenges of individual litigation, any litigation that has already been undertaken, desirability of concentration of the case in one forum, and general management issues. [...] Joinder would not necessarily be impractical in this situation—unlike say a case with a huge number of plaintiffs with small claims (say the Microsoft copyright violation case) or scattered plaintiffs, we have a number of closely related, fairly easily joinable plaintiffs [...] In this way the adequacy of representation question might run into the *Falcon* problem (though not to quite the same degree)—however, hopefully we could use the fact that all the damages devolved upon the same action (the mine breaking and the negligence/recklessness that led thereto) we could overcome that objection. So it's unclear if we'd meet the 23a requirements, primarily on the issue of the possibility of joinder.

⁴⁴ Unlike plaintiffs in ordinary litigation, class members are denied the right to make critical decisions about their claims, including the most crucial of all decisions: whether to settle or pursue their claims. Although a number of Supreme Court decisions after *Hansberry* cast doubt on the conventional assumption that adequate representation is the touchstone of due process in class suits, the Supreme Court struck the decisive blow in *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*. *Shutts* leaves no doubt that adequate representation – without more – does not always satisfy the requirements of due process. Beyond this obvious point, though, courts and commentators have disagreed about the meaning of the decision. In particular, debate has raged over whether all class members seeking money damages have a constitutionally protected right to opt out of a class action.

Para entender melhor esse assunto, o próximo item deste capítulo abordará o *opt out* no que tange ao modo como ocorre e à influência que tem na representatividade adequada e no acesso à justiça via *class actions*.

3.3.1 O sistema do *Opt in* e do *Opt out*

Conforme exposto no item anterior, a representatividade adequada traz à tona a ideia de que qualquer membro do grupo pode ser, em princípio, o representante dos demais, desde que comprove ser um representante adequado dessa coletividade, grupo ou classe.

Surge, nesse caso, um problema crucial no tocante à extensão subjetiva da decisão proferida em uma ação de classe estadunidense: não sendo adequadamente representada, a parte não será abarcada pelos efeitos da decisão, pois o *due process of law* negará essa eficácia subjetiva ampla.

Para entender melhor a situação, convém transpor o pensamento de Thereza Alvim e outros (1995, p. 352):

Muitas vezes, senão sempre, alguém que foi tido como integrante em um *class action* pode vir a mover a sua ação, agora individualmente. Isso acarreta que, preliminarmente, nesse segundo processo, se haverá de estabelecer se houve ou se não houve coisa julgada para esse indivíduo, desde que tenha sido ausente. E isto se resolverá, à luz da indagação, em relação ao primeiro processo (o da *class action*), consistente em saber se nesse primeiro houve efetivo e pleno esforço na defesa deste, agora, litigante individual. Portanto, pode-se dizer que a admissão da ação individual [...] exige a solução da questão preliminar de ocorrência, ou não, da coisa julgada. Conforme seja a solução dada a essa questão – que normalmente se constituirá em preliminar – a ação individual virá, ou não virá, a ser admitida [...]. Em termos práticos, quer dizer que deverão ter sido vigorosa e tenazmente defendidos, ou seja, que toda a classe tenha tido esse tipo qualificado de proteção e de defesa [...]. É o caso em que um indivíduo representou a classe, adequadamente, até um dado momento em que obteve a satisfação dos interesses que a ele também diziam respeito. Ocorre que, por essa determinada decisão, esse indivíduo (representante) de nome Gaytan, sentiu-se satisfeito; por isso mesmo, não apelou.

Justamente com base no exemplo da autora, conclui-se que Gaytan não foi um representante adequado à classe por ter em vista apenas o próprio interesse e não o dos demais representados. Por isso, nesse caso, os efeitos da decisão da *class action* não impedirão que a parte que se achou injustiçada entre com uma ação individual.

Além disso, com o intuito de evitar que os efeitos da sentença da coisa julgada recaiam sobre todos os indivíduos de uma determinada classe (parte da demanda), estabeleceu-se o chamado sistema do *opt-out*, no qual a parte pode optar por não se envolver naquela ação de classe.

Antes de discutir como se dá o sistema do *opt-out*, é necessário esclarecer que, entre todos os países de *common law*, apenas os Estados Unidos da América apresentam um histórico e claro regime de *opt-out*, previsto na regra 23 (b) (3) do FRCP.

Importante destacar que, no caso do aludido país, não existe, via de regra, o procedimento de *opt-in* – movimento contrário, em que se opta por entrar em uma ação coletiva já em andamento –, conforme ocorre em países como a Inglaterra e em algumas províncias do Canadá.

Na Inglaterra, o regime efetivo é o de *opt-in* e não o de *opt-out*, como ocorre nos Estados Unidos. Na Austrália e em algumas províncias do Canadá, é possível que, em algumas situações específicas, membros da classe requisitem sua entrada no procedimento coletivo (*opt-in*), o que foi demonstrado por Linda Mullenix (2007, p. 531).

Todavia, Thomas Dickerson (1997, p. 121) afirma que é possível o *opt-in* em algumas situações estaduais:

A diferença prática entre os sistemas de *opt-out* e *opt-in* é que o tamanho da classe pode ser substancialmente reduzido quando os membros da classe potencial têm de devolver um formulário em que firmam o

consentimento de que irão optar por não participar da demanda (*opt-out*) à jurisdição do tribunal. Nesse sentido, a regra estadunidense número 23 das Normas Federais de Processo Civil prevê que, em ações pedindo indenização monetária, o aviso é para informar os membros da classe do seu direito de *opt-out* da ação. Nas ações de classe federais e estaduais que pleiteiam uma medida cautelar ou declaratória, a inclusão na classe pode ser obrigatória. Nesses casos, a notificação deve informar aos membros da classe que são parte da ação e não podem excluir-se, embora possam aparecer representados por seus próprios advogados individualmente. Algumas regras de ação de classe do Estado proíbem exclusões de ações que buscam medida cautelar ou declaratória. [No caso dos Estados, cada um deles tem um procedimento diferente para informar o *opt-out* ou até mesmo o *opt-in*]. É o caso do New Hampshire Consumer Protection Act (Ato de Proteção ao Consumidor do Estado de New Hampshire), em que é dada ao representante da classe demandante a opção de notificação por correio eletrônico ou via publicação. Se a notificação for por publicação, um aviso de *opt-in* é necessário [...] Tradução nossa].⁴⁵

Tendo em vista que o sistema do *opt-in* quase não é usado nos Estados Unidos da América e que o que vale é a regra federal do *opt-out*, este estudo focar-se-á neste último, a fim de entendê-lo mais profundamente. Para tanto, faz-se necessário destacar as palavras de Linda Mullenix (2007, p. 512):

A alteração da regra federal 23, em 2003, proporcionou aos membros da classe duas oportunidades diferentes de *opt-out*: uma, após a certificação da classe; outra, quando o assentamento da classe fosse negociado, mas antes da aprovação do tribunal. Essa alteração foi promulgada a fim de dar aos membros da *class action* uma segunda oportunidade de se excluírem da ação coletiva depois de terem sido cientificados do anúncio dos termos de uma solução de classe proposta, bem como a capacidade de avaliar a adequação dos termos para eles mesmos. Na jurisprudência estadunidense de ação de classe, a capacidade de optar por uma ação de classe que pugna por uma reparação de dano é considerada como uma exigência do processo legal devido (*due process of law*). A Suprema Corte dos Estados Unidos determinou que pessoas que não optarem por se excluir da ação de classe estão concordando com a jurisdição do tribunal e serão afetadas pelo julgamento posterior. Então, o julgamento da ação de classe estadunidense afetará todos os membros que não fizeram o *opt-out* (ou seja, que não pediram para ser retirados do polo positivo daquela ação), mas não terá efeitos sobre os membros que o fizeram. Não existe nenhuma disposição atual para a regra de *opt-out* das duas categorias do art. 23 (b) (1) e (b) (2)

⁴⁵ The practical difference between opt-out and opt-in notices is that the class size can be substantially reduced when potential class members must return a form indicating consent to the jurisdiction of the court. Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure provides that in actions seeking monetary damages, the notice is to inform class members of their right to opt-out of the action. In federal and state *class actions* seeking injunctive or declaratory relief, inclusion in the class may be mandatory. In these cases, the notice should inform the class members that they are part of the action and cannot exclude themselves, although they may appear by their own individual attorneys. A few state class action rules prohibit exclusions from actions seeking declaratory or injunctive relief [...] Under the New Hampshire Consumer Protection Act, the plaintiff class representative is given a choice of giving notice by mail or by publication. If the notice is by publication, an opt-in notice is required. However, if notice is by mail, an opt-out is permissible.

[que dizem respeito à medida cautelar e declaratória mencionada anteriormente por Dickerson] (Tradução nossa).⁴⁶

O único dilema do sistema do *opt-out* é o custo das notificações/publicações para cada membro da classe, que pode chegar a ser alto. Trata-se de um procedimento não apenas dispendioso, mas também árduo, visto que, no caso da notificação por correio, é preciso identificar os membros da classe e descobrir seus endereços, além de imprimir, endereçar, envelopar e depois enviar ao correio.

No caso da notificação por publicação, paga-se pela publicação em um determinado veículo de circulação assim como pelos custos adicionais de informação de dados. Na prática, geralmente são os representantes da classe e os grandes escritórios de advocacia que patrocinam essas notificações. Todavia, existem alguns Estados que contribuem com algum valor para os custos desse procedimento. Nesse caso, é preciso que os representantes demonstrem o mérito da ação e a probabilidade de causa do dano.

3.3.2 Efetividade do acesso à justiça ante a representatividade adequada

Inicialmente, é importante abordar o princípio da efetividade dos direitos e garantias fundamentais para, posteriormente, tratar da efetivação do acesso à justiça por meio da representatividade adequada das *class actions* estadunidenses. Vale ressaltar as palavras de Menelick de Carvalho Neto (1997, p. 474) a respeito do paradigma do Estado Democrático de Direito, no qual se evidencia a preocupação com a questão da efetividade:

⁴⁶ A Rule 23 amendment in 2003 provided such class members two different opportunities to opt-out: once after certification of the class, and a second opportunity when a class settlement has been negotiated, but prior to approval of the court. This amendment was promulgated in order to give class members a second opportunity to exclude themselves from the class after the class members have been provided notice of the terms of a proposed class settlement, and the ability to assess the fairness of those terms to class members. In American class action jurisprudence, the ability to opt-out of a damage class action is considered to be a requirement of procedural due process. The United States Supreme Court has determined that persons who do not elect to exclude themselves from a damage class action thereby consent to the court's jurisdiction. A class judgment is binding on all class members who do not opt-out of the class, but is not binding in those class members who do. There is no current rule provision for opting-out of the two mandatory categories (the Rule 23 (b) (1) and (b) (2) categories).

[...] acreditamos que o Judiciário ocupe um papel central na árdua tarefa de promover não somente a segurança jurídica, mas a crença no próprio direito, na justiça, [...] os supostos da atividade de interpretação de todos os operadores jurídicos, do legislador ao destinatário da norma, são de maior relevância para a implementação de um ordenamento, o que nos remete para a tematização das gramáticas subjacentes às práticas sociais instauradas [...]. Os textos são objeto da atividade de interpretação e não o seu sujeito.

Novas características aplicam-se então ao direito, como a interpretação, indo da hermenêutica até a importância da ética, do social, do contexto, inclusive cultural, em que se vive. Essa nova “fase do direito” pode ser chamada de Estado Democrático de Direito.

Desse modo, alerta o autor:

[...] no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto. Para tanto é fundamental que o julgador saiba que a própria composição estrutural do ordenamento jurídico é mais complexa que a de um mero conjunto hierarquizado de regras em que acreditava o positivismo jurídico: ordenamento de regras, ou seja, de normas aplicáveis à maneira do tudo ou nada, porque capazes de regular as suas próprias condições de aplicação na medida em que portadoras daquela estrutura descrita por Kelsen como a estrutura mesma da norma jurídica: “Se é A, deve ser B” (CARVALHO NETO, 1997, p. 482).

Nesse contexto, surge a preocupação com a efetividade dos direitos constitucionais, ou seja, com a aplicação real e efetiva desses direitos, conforme aponta Alexandre de Castro Coura (2004, p. 403-404):

As discussões contemporâneas acerca da garantia e efetividade dos direitos fundamentais vinculam-se à questão da legitimidade das decisões jurisdicionais. Afinal, no Estado Democrático de Direito, o exercício da tarefa de julgar deve promover não apenas segurança jurídica, mas também Justiça, numa perspectiva democrática, que considere a óptica dos próprios afetados pela decisão. Nesse contexto, não se pode negar que o teor do provimento jurisdicional dependerá da interpretação de textos normativos e de casos discursivamente (re)construídos [...].

A efetividade do acesso à justiça pela participação popular através de um de seus membros estaria apoiada no contexto da legitimidade coletiva de forma a possibilitar que as partes obtivessem a decisão do magistrado com a resolução do problema posto de forma mais justa e benéfica à classe.

É essa a proposta da representatividade adequada tratada nos itens anteriores. Apenas a título de recapitulação: por meio dessa os legitimados à propositura da ação de classe – particulares e pessoas físicas – podem tutelar basicamente variadas hipóteses, ou seja, o cabimento da *class action* é extenso, tal qual o de uma ação civil pública brasileira.

Assim, uma pessoa física, ou um ente particular, tem nos Estados Unidos, por meio das *class actions*, uma forma de poder tutelar tanto o seu direito como o de muitos, desde que seja um representante adequado da classe ou grupo. Para tanto, faz-se necessário preencher alguns requisitos (já abordados nos itens anteriores), quais sejam, seriedade, credibilidade, capacidade técnica e até mesmo econômica.

Isso mostra que, apesar de haver uma abertura do processo coletivo a vários entes, a escolha do representante adequado não é feita de qualquer maneira; há a preocupação, com o acesso à justiça material, de possibilitar que aquele grupo, classe ou coletividade obtenham a decisão mais benéfica, justa e célere com a entrega de seu direito material.

Tanto é que, havendo fraude, conluio ou má-fé por parte do representante adequado, o juiz fará a apuração, podendo até não haver coisa julgada daquela decisão desfavorável à classe, grupo ou categoria (os indivíduos que compõem a classe poderão, inclusive, propor posteriormente uma nova ação individual se quiserem).

Assim, o acesso à justiça e a participação popular possibilitariam que as partes obtivessem a decisão do magistrado com a resolução do problema posto de forma mais justa e benéfica à classe. Não obtendo, a classe jamais seria prejudicada, desde que comprovasse que aquele representante não agiu de acordo com os interesses do grupo.

Esse pensamento é defendido por Enrique Vescovi (1999, p. 172-173):

Outra solução é admitir a legitimidade de um particular – afetado pela situação – para atuar em nome de todo um grupo. Significa reconhecer uma ação, por exemplo, de um consumidor em defesa do interesse difuso de todos os consumidores na mesma situação, ou de um indivíduo em defesa do meio ambiente contra a poluição que prejudica o interesse não só individual como também público. Tal situação exige uma reestruturação dos conceitos tradicionais de ação e reivindicação dos titulares. Ao lado desse instituto está a ação de classe estadunidense, ou seja, a *class action*, interposta por um particular ou mais em uma determinada situação em defesa de todos os que estão na mesma circunstância de direito ou de fato (Tradução nossa).⁴⁷

Ou seja, conforme aponta o autor uruguaio, a *class action* estadunidense, por meio do instituto processual da representatividade adequada, possibilita e reconhece a participação popular por meio da legitimação de um particular afetado pela situação, o qual atuará como representante de todo um grupo, contribuindo para a efetividade do direito/garantia fundamental do acesso à justiça.

Isso refletiria na efetivação do direito/garantia fundamental do acesso à justiça duplamente, possibilitando a) maior acesso ao Judiciário, por permitir a atuação do ente particular e da pessoa física; b) uma representação adequada, por envolver a atuação de uma pessoa que tenha seriedade, credibilidade e capacidade técnica, o que deverá resultar numa decisão mais justa e benéfica à classe.

⁴⁷ La otra solución consiste en admitir la legitimación de un particular – afectado por la situación – para actuar en “representación” de todo un grupo [...]. Es decir reconocer una acción, por ejemplo, de un consumidor, en defensa del interés difuso de todos los consumidores en idéntica situación, o de un particular en defensa del medio ambiente, contra quien produce una polución en el mismo, perjudicando el interés general, incluido el suyo. Como dijimos, esto requiere una reestructuración de los conceptos tradicionales de la acción y los titulares de la pretensión [...]. Al lado de esta institución se desarrolla la de las “*class actions*”, es decir las acciones de clase, intentadas por un particular en una cierta situación en defensa de todos los que se encuentran en la misma.

4 PAPEL DAS AÇÕES COLETIVAS BRASILEIRAS

Busca-se neste item fazer uma síntese a respeito dos instrumentos metaindividuais existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Esses instrumentos objetivam tutelar os direitos coletivos e suas características e podem ser usados na defesa dos interesses metaindividuais e como mecanismos de acesso coletivo à justiça.

Primeiramente, será abordado o núcleo fundamental das normas destinadas à tutela de ações coletivas brasileiras, também chamado de “microsistema”, dentro do qual se destacam a Constituição Federal (art. 5, incisos XXXV e LXX, e art. 114 e 129), a Lei de Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85), a Lei de Ação Popular (Lei n.º 4.717/65), o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), além de instrumentos especializados do processo trabalhista (art. 842 e 872 da Consolidação das Leis Trabalhistas) e outras leis específicas, entre as quais a Lei n.º 8.069/90, que compreende o Estatuto da Criança e do Adolescente, e a Lei n.º 6.766/79, que dispõe sobre os loteamentos. Posteriormente, tratar-se-á especificamente da Ação Civil Pública, criada pela Lei n.º 7.347/85 e recepcionada qualificadamente pela Constituição Federal de 1988.

4.1 ORIGENS E CONCEITOS

Ao estudar as *class actions*, observou-se que as ações coletivas obtiveram força, principalmente no contexto pós-revolução industrial, diante da necessidade da tutela em massa por parte do Judiciário. O surgimento dos conflitos, envolvendo associações de trabalhadores, grupos e comunidades, fez surgir também a necessidade de uma ação que abarcasse muito mais do que a tutela de apenas um indivíduo.

Todavia, isso não ocorreu no Brasil. Apesar de esse novo contexto também ter emergido no País, foram fundamentalmente os grandes professores, pensadores do

direito e profissionais da área que implantaram os mecanismos processuais de tutela dos direitos coletivos.

Sobre o assunto, apontam-se as palavras de Márcio Mafra Leal (1984, p. 184):

[...] o papel dos grupos intermediários foi decisivo para o desenvolvimento da ação coletiva e, contemporaneamente, os movimentos sociais das minorias étnicas, mulheres, consumidores e ambientalistas [...]. Na verdade, o que aconteceu no Brasil foi uma “revolução” de professores e profissionais de direito que, estudando autores estrangeiros, principalmente italianos, passaram a reivindicar um tratamento processual no Brasil de conflitos metaindividuais, embora socialmente não houvesse manifestações e pressões visíveis para tal, por falta de consciência político-jurídica de grupos, pela debilidade organizacional da sociedade civil brasileira e pela repressão política vivida no país durante pelo menos duas décadas.

Assim, no caso brasileiro, não foi o movimento social que trouxe à tona a necessidade de implantação das ações coletivas, mas um grupo de professores, estudiosos e profissionais do direito profundamente influenciados pelo direito italiano.

A primeira dessas ações foi inicialmente tratada na Constituição Federal de 1946, quando se abordou a chamada representação de inconstitucionalidade, hoje conhecida como ação direta de inconstitucionalidade e ação de constitucionalidade. Essa ação, por visar ao interesse público de muitos, ter um representante e gerar efeitos *erga omnes*, pode ser considerada a primeira ação coletiva brasileira.

A Constituição de 1946 também reintroduziu a “ação popular”, como se constata nas palavras de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes:

[...] a Constituição da República de 1934 dispôs, no art. 113, que qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios. Era a chamada “ação popular”, que, em seguida, seria suprimida pela Carta de 1937, mas reintroduzida em 1946, para se manter, a partir de então, em todas as Constituições até os dias de hoje. Todavia, a ação popular ganhou amplitude significativamente maior apenas com a sua regulamentação, que veio a ocorrer em 1965, com a edição da Lei 4.717, de 29 de junho (MENDES, 2002, p. 192).

Logo após, em 1950, leis extravagantes foram promulgadas, como é o caso da Lei n.º 1.134, prevendo a possibilidade do ajuizamento da ação por entidades e organizações para defender direitos coletivos, como aponta Pedro Dinamarco:

[...] às associações de classe existentes na data de publicação desta lei, sem nenhum caráter político, fundada nos termos do Código Civil e enquadrada nos dispositivos constitucionais, que congreguem funcionários ou empregados de empresas industriais da União, administradas ou não por elas, dos Estados, Municípios e das entidades autárquicas, de modo geral, é facultada a representação coletiva ou individual de seus associados perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária (DINAMARCO, 2001, p. 36).

Nesse mesmo sentido, logo depois, em 1963, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – Lei n.º 4.215/63 – também estabelecia a possibilidade de a entidade ser a representante, em juízo e fora dele, dos interesses dos advogados que participavam dessa classe.

Posteriormente, com a Lei n.º 4.717/65, adveio a “ação popular”, que também tinha um cunho metaindividual. Apesar de presente na Constituição Federal de 1946, tal ação só veio a tomar força após a promulgação da supracitada lei, quando a doutrina passou a dar importância ao estudo dos direitos coletivos, como apontou Mendes (2002).

Todavia, a revolução do processo civil brasileiro, no que diz respeito às ações coletivas, fortificou-se realmente após a década de 1970, quando doutrinadores brasileiros, como, por exemplo, Ada Pellegrini Grinover, Waldemar Mariz Júnior e Barbosa Moreira, elaboraram as primeiras obras sobre o assunto.

Estabelecida a nova necessidade de uma coisa julgada que abarcasse grupos, classes, categorias e até mesmo uma quantidade indeterminada de pessoas, foi promulgada, em 1981, a Lei n.º 6.938, uma ação para ressarcimento de danos ao meio ambiente, que tinha como legitimado o Ministério Público.

No mesmo ano, a Lei Orgânica do Ministério Público – Lei n.º 40/81 – trouxe à baila a denominada “Ação Civil Pública”, que se estendia a todos os casos da esfera civil e, portanto, não necessariamente serviria à tutela dos direitos coletivos. Ou seja, não

dizia respeito à Ação Civil Pública para tutela dos interesses coletivos nos moldes como ocorre atualmente. Esta surgiu logo após 1985, com a Lei da Ação Civil Pública, conforme ressalta Márcio Mafra Leal (1998, p. 184):

Dos estudos levados a efeito em São Paulo, surgiram dois projetos de lei: o Projeto Bierrenbach, de autoria dos professores Cândido Dinamarco, Ada Grinover, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz (PL 3.034/84) e, em seguida, o Projeto do Poder Executivo, que encampou a proposta do Ministério Público de São Paulo (PL 4.984/85 na Câmara e 20/85 no Senado), que resultou na Lei de Ação Civil Pública (7.347/85). Essa lei, saudada com grande entusiasmo, previa a tutela somente de interesses e direitos difusos, ou seja, os direitos individuais sob tratamento processual coletivo não foram contemplados. As matérias também estavam limitadas à proteção ao ambiente, ao consumidor e ao patrimônio cultural. Elegiam-se os adequados representantes, em uma fórmula mista contando com entidades públicas e associações civis.

A Ação Civil Pública foi certamente um marco, pois até hoje é uma das ferramentas mais importantes do direito brasileiro na tutela dos direitos metaindividuais. Juntamente com ela, a promulgação da Constituição Federal de 1988 traduziu os novos valores sociais e a nítida importância dada à proteção dos interesses coletivos em vários dispositivos normativos, como é o caso da possibilidade de ampliação das limitações da Ação Civil Pública a todo e qualquer interesse coletivo ou difuso.

Sobre o assunto, destaca Aurélio Bastos:

A Constituição Brasileira de 5.10.88, em posição inovadora no contexto jurídico internacional, introduziu significativas contribuições para a proteção processual, não apenas de direitos individuais, mas, especialmente, de direitos substantivos coletivos e difusos. Nenhuma das constituições modernas que sucederam tais períodos autoritários do pós-guerra foram tão suficientemente ousadas e precavidas na fixação de mecanismos processuais destinados à proteção de interesses em conflito que envolvessem grupos ou setores organizados da sociedade, mas, que pela sua natureza, não são titulados por grupos organizados para a manutenção de seus padrões de qualidade ou eficiência (BASTOS, 1998, p. 11).

Também sobre o assunto são as palavras de Aluísio Mendes:

A nova Constituição trouxe, basicamente, dois dispositivos prevendo em geral a tutela coletiva, independentemente, portanto, da espécie de ação. No art. 5.º, inciso XXI, a legitimação é conferida às entidades associativas, quando expressamente autorizadas, para representar seus filiados, judicial ou extrajudicialmente. O art. 8.º, por sua vez, dentro de arcabouço semelhante, estatui que cabe ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas. De modo mais específico, foram mantidas, elevadas ou criadas,

respectivamente, em patamar constitucional, as ações populares, nos termos do art 5.º, LXIX. Em relação à ação popular, a ampliação do objeto, já consagrada na legislação ordinária, foi incorporada ao texto constitucional, ao ser reconhecido o direito de qualquer cidadão para propor ação popular que vise 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 ônus de sucumbência. Por fim, determinou o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que o Congresso Nacional, no prazo de cento e vinte dias, contados da promulgação da Constituição, elaborasse o Código de Defesa do Consumidor (MENDES, 2002, p. 196).

Dando continuidade às inovações jurídicas, também na década de 1980 duas leis foram promulgadas com a finalidade de criar ainda mais meios de tutelar os direitos coletivos: a que trata dos direitos dos portadores de deficiência (Lei n.º 7.853/89) e a que criou a ação coletiva indenizatória dos investidores do mercado imobiliário (Lei n.º 7.913/89).

Na década de 1990, ressalte-se a promulgação da Lei n.º 8.069/90, que visa proteger os direitos da criança e do adolescente na seara individual e na relativa aos direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos. São legitimados à propositura dessa ação, novamente em sua maioria, entes públicos (Ministério Público, União, Municípios, Estados e Distrito Federal) e associações legalmente constituídas há pelo menos um ano.

Por fim, importante ressaltar o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, que, além de ter modificado a Lei de Ação Civil Pública, trouxe os conceitos e características dos direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, e de legitimação, entre outras peculiaridades referentes aos mecanismos de tutela desses direitos.

Sobre esse aspecto Mendes (2002, p. 198) comenta:

O Código de Defesa do Consumidor passou a representar o modelo estrutural para as ações coletivas no Brasil, na medida em que encontra aplicabilidade não apenas para os processos relacionados com a proteção do consumidor em juízo, mas também, em geral, para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, por determinação expressa do art. 21, da Lei 7.347/85, acrescentado em razão do art. 117, da Lei 8.078/90. Regulou, assim, o Código de Defesa do Consumidor os aspectos mais importantes da tutela jurisdicional coletiva, desde a problemática da competência e da legitimação até a execução, passando

pela coisa julgada e seus efeitos, além da questão da litispendência e das, não menos importantes, definições conceituais pertinentes aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Importante lembrar que, após o surgimento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), outros institutos e leis foram promulgados (por exemplo, as leis de n.º 8.437/92, 8.625/93, 8.884/94 e 9.494/97), mas nenhum até hoje mudou substancialmente as regras desse Código. Portanto, esse será o marco final da evolução histórica das ações coletivas no Brasil para esta pesquisa.

É com base nessas definições que se abordarão as conceituações existentes no Brasil para o que se chama de “ações coletivas” brasileiras. Antes, todavia, é preciso estabelecer uma adequada conceituação de direito coletivo (individuais homogêneos, coletivos e difusos).

Os direitos e interesses metaindividuais podem ser classificados, em espécie/tipo, como coletivos, difusos ou individuais homogêneos. Tal afirmação é auferida das palavras de Carlos Henrique Bezerra Leite (2001), quando diz que os interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos são espécies do gênero “interesses metaindividuais”.

Nesse raciocínio, passa-se a tratar cada uma dessas espécies separadamente, de modo a identificar as peculiaridades e características dos direitos/interesses metaindividuais.

Buscando entender melhor o que seriam os direitos individuais homogêneos, convém resgatar o disposto no art. 81, inciso III, da Lei n.º 8.078/90 (WATANABE, 1993), também conhecida como Código de Defesa do Consumidor. O Código dispõe que os direitos individuais homogêneos são os de origem comum.

Mas o que seria essa origem comum? Teori Zavascki (2008, p. 41) afirma que, para entender melhor o que são direitos individuais homogêneos, é preciso buscar no Código de Processo Civil, art. 46, seu significado: “[...] são direitos derivados do mesmo fundamento de fato ou de direito, ou que tenham, entre si, relação de afinidade por um ponto comum de fato ou de direito (incisos III e IV)”.

Em outras palavras, a ligação que existe com outros sujeitos decorre da circunstância de serem titulares individuais de direitos com uma origem comum, devendo ficar clara essa homogeneidade.

Dessa mesma maneira, por serem direitos que titulares individuais possuem, podem ser satisfeitos de forma individualizada, sem afetar os demais titulares. Por isso, alguns casos poderão ser chamados também de divisíveis, e tal divisibilidade depende de um requisito: a disponibilidade.

Conforme afirma Bruna Lyra,

[...] torna-se importante diferenciar os interesses individuais homogêneos disponíveis e os interesses individuais homogêneos indisponíveis. Para isso é preciso entender que a premissa básica que se tem destes direitos ou interesses é o caráter de divisibilidade do objeto; contudo não se pode afirmar que o mesmo será sempre disponível. Indisponível significa o bem que, embora privado, é regido por normas de ordem pública. Refere-se à qualidade do direito ou do bem de que não se pode dispor, ou seja, alienar ou transferir de um patrimônio a outro. O interesse disponível parte de uma relação só de direito privado. Disponível diz-se o bem cujo titular pode livremente dele dispor (LYRA, 2004, p. 30).

No caso de indisponibilidade do bem, tem o Ministério Público legitimação ativa para agir em nome dos titulares desses direitos. É o caso, por exemplo, das questões atinentes aos direitos dos consumidores, como, por exemplo, o direito dos adquirentes a abatimento proporcional ao preço pago na aquisição de mercadoria viciada (art. 18 do Código de Defesa do Consumidor).

É dizer, a tutela em juízo pode ser promovida tanto por titulares lesados, em demandas individuais e particulares, como por ação coletiva, em regime de substituição processual, em que entrará, principalmente, a atuação do Ministério Público.

Nem sempre esse conceito é facilmente percebido diante de um caso concreto. Como diz Antônio Gidi (1991, p. 20), tudo dependerá das circunstâncias de fato, visto que “[...] há situações em que os direitos tuteláveis se apresentam como

transindividuais ou como individuais homogêneos, ou ainda em forma cumulada de ambos, tudo a depender das circunstâncias de fato”.

Resumidamente, pode-se falar que, em relação aos direitos individuais homogêneos, a) há uma pluralidade de titulares, porém a pluralidade nos direitos individuais homogêneos não é somente de sujeitos, mas também do objeto material – que é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas, com titularidade própria; b) são transformados em estruturas moleculares para facilitar o acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais.

Para melhor entender o que seriam os direitos coletivos, convém resgatar o disposto no art. 81, inciso II, da Lei n.º 8.078/90, ou Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (WATANABE, 1993). O artigo dispõe que direitos coletivos são aqueles decorrentes de uma relação jurídica-base, ou seja, são direitos de uma classe, grupo ou categoria.

Segundo Teori Zavascki (2008, p. 41), são “[...] subjetivamente transindividuais (sem titular individualmente determinado, com a superação do interesse individual – afetam os integrantes da entidade em razão da associação em torno de um objetivo comum) e materialmente indivisíveis.

O que é múltipla é sua titularidade, havendo, porém, uma única espécie de direito. Ou seja, são interesses ou direitos coletivos os transindividuais de natureza indivisível, referentes ao homem socialmente vinculado a grupos, classes ou categorias.

Para visualizar melhor a questão, basta lembrar o caso do art. 94 da Constituição Federal, que trata do direito da classe dos advogados de ter um representante na composição dos tribunais, havendo para tanto uma determinação relativa preestabelecida, ou seja, uma ligação entre os titulares decorrente de uma relação jurídica-base (que seria o próprio Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil).

Dito isso, convém definir quando o direito/interesse é de classe, categoria ou grupo. Sobre o assunto afirma Bruna Lyra:

[...] os interesses coletivos de classe tratam dos interesses que possuem cada uma das divisões de um conjunto, tendo um sentido mais amplo que a categoria. Já os interesses coletivos de categoria referem-se à organização política, social, cultural e econômica entre pessoas jurídicas vinculadas, significando, assim, cada uma das classes. De outra maneira, os interesses coletivos de grupo tratam de um conjunto de objetos de reunião de coisas, há neste interesse um certo número de pessoas reunidas. Este interesse leva à formação do grupo como entidade autônoma (LYRA, 2004, p. 29).

Ou seja, como também aponta Carlos Henrique Bezerra Leite (2001), grupo dá a ideia de algo menor do que categoria, e esta, por sua vez, de algo ainda menor do que a classe.

Os direitos difusos estão previstos no art. 81, inciso I, da Lei n.º 8.078/90 (WATANABE, 1993) e podem ser considerados como direitos pertencentes a uma quantidade indeterminada de pessoas. É o caso, por exemplo, do direito a um meio ambiente saudável, conforme dispõe o art. 225 da Constituição da República.

A esse respeito alerta Ronaldo Lima Santos:

A existência de bens que, num primeiro momento, apresentam-se como não pertencentes a ninguém, por não terem um dono ou titular determinado, sempre se verificou ao longo da história do homem [...]. Por outro lado, admitia-se também igualmente a presença de objetos e lugares cuja fruição não era restrita à esfera de um titular exclusivo, uma vez que deles todos faziam uso (*res communes*) e reconheciam a necessidade de sua proteção. Até mesmo em sociedades primitivas as coisas comuns (*res universitatis*) mereciam tutela e respeito, tal como acontecia em relação aos objetos sagrados (*res sacrae*), às áreas reservadas às festividades e aos jogos comunitários, etc. Afinal, em qual época histórica o ser humano não desejou viver numa sociedade com ambiente agradável, respeito às coisas e áreas comuns, preservação da saúde de seus membros? (SANTOS, 2008, p. 60-61).

Na tentativa de conceituar essa espécie de direito, dispõe Márcio Mafra Leal:

Os novos direitos sociais difusos [...] decorrem de desdobramentos e especificações dos direitos previstos nas primeiras constituições liberais e sociais deste século, estas últimas primordialmente voltadas à proteção da classe trabalhadora, mas, basicamente, sob o aspecto econômico. A igualdade das maiorias, proposta pelos direitos difusos, ultrapassa critérios patrimoniais, assim como a nova concepção de direito à vida, voltado para seus aspectos qualitativos, também se desvincula de qualquer noção econômica de seu gozo [...]. Os direitos difusos têm conteúdo não-patrimonial e tratam de dois aspectos fundamentais: qualidade de vida e uma concepção de igualdade vista como direito à integração, baseada em

aspectos participativos nas várias esferas da vida social (LEAL, 1998, p. 102-103).

Isso nos leva ao raciocínio de que os direitos difusos não podem ser satisfeitos ou lesados senão em forma que afete todos os titulares possíveis, não se fazendo necessária a existência de uma prévia relação jurídica-base. E, ainda, são direitos pertencentes a uma quantidade indeterminada de pessoas, sendo impossível delimitar o alcance e a abrangência deles com exatidão. Vale dizer também que os titulares e o objeto são objetivamente indivisíveis (o bem almejado não pode ser dividido em quotas).

Não é possível proclamar um direito à educação ou a um meio ambiente sadio, por exemplo, a apenas um só indivíduo, visto que os demais não poderiam ser excluídos do benefício, a não ser que todos os outros também o fossem. Ora, não se trata de um direito individual, como os direitos de obrigação e propriedade, que são também insuscetíveis de renúncia e transação por esse mesmo motivo.

Dito isso, serão agora abordadas as conceituações sobre “ação coletiva” propriamente dita para o direito brasileiro.

Segundo esclarece Aluísio de Castro Mendes (2002, p. 25-26):

A ação, sob o ponto de vista do estudo da teoria geral do processo, representa o direito que as pessoas têm de exigir do Estado a prestação jurisdicional [...]. De modo mais específico, a palavra ação é empregada à veiculação de determinados procedimentos, como, por exemplo, na ação civil pública, ação popular, ação possessória etc. Como ação coletiva, é utilizada em contraposição às ações individuais, mas com um sentido peculiar, que pode ser encontrado a partir da existência de uma pluralidade de pessoas, que são as titulares dos interesses em litígio, substituídas, no processo, pela parte dita ideológica [...]. O fenômeno, conhecido como litisconsórcio, seja ativo, passivo ou misto, é típico do processo individual, na medida em que significa a mera cumulação de demandas singulares [...]. Mas, diante da massificação moderna, na qual os conflitos e as questões jurídicas e fáticas envolvem milhares ou milhões de pessoas, clara é a incapacidade do fenômeno litisconsorcial para a efetivação de prestação jurisdicional no âmbito coletivo [...]. A ação coletiva pode, portanto, ser definida, sob o prisma do direito brasileiro, como o direito apto a ser legítima e autonomamente exercido por pessoas naturais, jurídicas ou formais, conforme previsão legal, de modo extraordinário, a fim de exigir a prestação jurisdicional, com o objetivo de tutelar interesses coletivos, assim entendidos os difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos.

Ou seja, a ação coletiva brasileira nada mais é do que um mecanismo processual que permite o acesso coletivo à justiça por meio de um representante adequado da “coletividade”, na maioria das vezes, por meio de um representante público (caso do Ministério Público, por exemplo).

Há também quem considere que a ação coletiva brasileira se apresenta sob duas espécies: a usada para a tutela dos direitos difusos; a usada para a tutela de direitos individuais que recebem, porém, tratamento processual coletivo. Sobre o assunto, são válidas palavras de Márcio Mafra Leal:

Na ação coletiva no Brasil, portanto, cresceu-se um *plus* à legitimidade para agir, uma legitimidade especial, expressa no atendimento, dependendo do caso, de uma dentre as três hipóteses dos incisos do art. 81 da Lei 8.078/90. Trata-se de uma condição da ação que se qualificou: a ação ou não será coletiva (v.g. quando a associação está em defesa de direito dos associados, ou na defesa de direito próprio enquanto pessoa jurídica); ou não será a ação coletiva conhecida, por faltar legitimidade do autor [...] (LEAL, 1998, p. 102-103).

Assim, dependendo do direito a ser tutelado (individual homogêneo, coletivo ou difuso), haveria uma espécie de ação correspondente; num caso específico, a parte poderia necessitar de uma ação que protegesse direitos difusos, individuais homogêneos ou coletivos.

Nesse sentido apontam Ada Grinover e Petrônio Calmon:

A tutela processual dos interesses coletivos tem base constitucional no sistema jurídico brasileiro. A Ação Civil Pública está prevista no art. 129, inciso III, da Constituição Federal. Também os incisos LXX e LXXI, do art. 5.º, da Constituição, dão *status* constitucional ao Mandado de Segurança Coletivo e à Ação Popular, que podem veicular interesses dessa mesma espécie. A Lei n.º 7.347/85, conhecida por Lei da Ação Civil Pública, e as disposições processuais do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) formam um sistema integrado de disciplina do processo voltado à proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Há várias outras leis, para setores específicos, que trazem disposições específicas de proteção a interesses coletivos [...] (GRINOVER; CALMON, 2007, p. 337).

Devido justamente à quantidade de leis e ações coletivas existentes no Brasil, no próximo tópico será feito um apanhado geral sobre cada um desses mecanismos processuais (Ação Popular, Mandado de Segurança Coletivo, entre outros), de modo

a entender melhor quando essas ações são cabíveis e quais os interesses que protegem. Depois disso, o estudo se aprofundará, mais especificamente, na Ação Civil Pública, por ser de grande utilização no sistema jurídico brasileiro pelas entidades públicas e, também, de extrema importância à tutela dos interesses metaindividuais.

4.2 CABIMENTO E INTERESSES PROTEGIDOS

Como se disse, serão agora analisados os instrumentos processuais brasileiros em relação ao cabimento e aos interesses que protegem. Deve-se, no entanto, ressaltar que a Ação Civil Pública merecerá um tratamento especial no tópico 4.3, devido à sua importância e grande utilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

A Ação Popular já havia sido mencionada na Constituição do Império, porém com caráter penal. Logo após, a Constituição Federal de 1934 dispôs sobre essa ação, apenas como forma de proteger o patrimônio público, conforme se pode perceber em seu art. 113: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação de atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”.

Para Vescovi (2008), todavia, tal dispositivo não foi regulamentado nem resistiu ao ímpeto autoritário da Constituição de 1934. Assim, a Ação Popular foi restaurada apenas na Constituição Federal de 1946, dispondo também sobre a proteção do patrimônio das autarquias e sociedades de economia mista. Todavia, a regulamentação legal do dispositivo só ocorreu vinte anos depois.

Finalmente, em 1965, foi publicada a Lei n.º 4.717 que regulou a matéria. Depois a Ação Popular só foi prevista na Constituição Federal de 1988, agora, por sua vez, com um alcance maior, como a proteção do meio ambiente e da moralidade administrativa, por exemplo.

Segundo dispõe a supracitada lei, são legitimados ativos dessa ação quaisquer cidadãos, independente do domicílio eleitoral, e é irrelevante que pertençam à comunidade onde ocorreu o ato lesivo. Ademais, ela pode ser aplicada quando se visa anular ato lesivo ao patrimônio público ou a entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Importante destacar, acerca do referido instrumento processual coletivo, que o órgão ministerial e os cidadãos podem prosseguir na ação mesmo quando o autor originário desistir ou der causa à extinção. Ou seja, houve uma preocupação por parte do legislador em dar um fim a essa causa para declarar a nulidade do ato lesivo.

A ação coletiva foi introduzida pelo Código de Defesa do Consumidor, no art. 81, e adveio da necessidade de se tutelarem os interesses e direitos de massa, a mesma massa que se formou com a globalização e o avanço econômico e tecnológico.

Conforme aponta o Código de Defesa do Consumidor, essa ação tem como legitimados ativos o Ministério Público, a União, os Estados e Municípios, o Distrito Federal, as entidades e órgãos da administração pública direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, desde que destinados à proteção dos direitos e interesses protegidos pelo Código, as associações legalmente constituídas há um ano que tenham os referidos fins. Pode ser aplicada em defesa de interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores.

O Mandado de Segurança Coletivo, por sua vez, foi previsto na Constituição de 1988, em seu art. 5.º, inciso LXX, que somente ampliou o elenco dos legitimados à propositura da ação mandamental tradicional de cunho individual. Ou seja, o Mandado de Segurança Coletivo nada mais é do que o antigo e tão conhecido Mandado de Segurança Individual, porém com vestes de cunho metaindividual, objetivando a proteção de direito líquido e certo não amparado por *habeas-data* ou *habeas-corporis* quando o responsável pela ilegalidade for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de suas atribuições no Poder Público.

Para a propositura do aludido *mandamus*, são legitimados ativos os Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional e as organizações sindicais, entidades de classe ou associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa de seus membros ou associados.

O Dissídio Coletivo está previsto no art. 114, § 2.º, da Constituição Federal de 1988 e tem como legitimados ativos o Ministério Público, os sindicatos patronal e profissional, além das empresas.

Esse mecanismo processual é usado para solucionar interesses coletivos abstratos mediante a criação de normas que vão vigorar no âmbito das categorias profissionais e econômicas, exceto nos casos meramente declaratórios ou jurídicos, como o dissídio coletivo de greve, conforme a aludida legislação.

Ainda se podem destacar os instrumentos específicos do Direito Processual do Trabalho, como é o caso da Ação de Cumprimento e do Dissídio Individual Plúrimo (respectivamente os arts. 872 e 842 da Consolidação das Leis Trabalhistas).

A primeira tem por fim dar cumprimento à sentença normativa (interesse individual homogêneo – a matéria é restrita ao conteúdo da sentença normativa). Os legitimados ativos para a sua propositura são os sindicatos profissionais ou de empregados.

O segundo, por sua vez, é utilizado para viabilizar o litisconsórcio facultativo ativo, previsto no art. 46, inciso IV, do Código de Processo Civil, no processo trabalhista, e tem a finalidade de defender os direitos individuais. Trata-se, na verdade, de uma ação de direitos individuais que tem, porém, como legitimados ativos, uma pluralidade de empregados.

No próximo item deste trabalho, tratar-se-á especificamente da Ação Civil Pública, destacada por ser importante para a tutela dos direitos coletivos no Brasil e, também, por ser a que mais se aproxima do instituto das *class actions* estadunidenses no que diz respeito aos interesses tutelados, o que facilitará ainda mais a comparação pretendida nesta dissertação.

4.3 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A Ação Civil Pública foi criada pela Lei n.º 7.347/85, advinda originariamente do projeto de lei n.º 3.034/84, desenvolvido por Ada Grinover, Kazuo Watanabe, Waldemar Mariz Júnior e Cândido Rangel Dinamarco e encaminhado à Câmara dos Deputados.

Após algumas modificações por parte do Ministério Público, a Lei da Ação Civil Pública foi promulgada e, pouco depois, recepcionada qualificadamente pela Constituição Federal de 1988.

Apesar de muitos acreditarem que o direito brasileiro sofreu apenas a influência do direito romano, as ações coletivas foram resultado de estudos sobre a *class action* anglo-saxã.

Sobre a aludida lei, observa Oswaldo Bertogna Júnior (2006, 10-11):

Embora inspirada na *class action* norte-americana e na Lei Royer francesa, a nossa lei da ação civil pública brasileira tem características próprias, mais adequadas à realidade brasileira, especialmente em relação à legitimidade. São grandiosos os méritos da Lei 7.347/85 face aos limites inicialmente propostos [...].

Ou seja, apesar de se fazer referência constante à Europa continental no direito brasileiro e de se destacar uma forte tendência lusitana no estudo jurídico, no que diz respeito às ações coletivas observa-se, até mesmo no Brasil, uma grande aproximação com o direito anglo-saxão, por meio, por exemplo, da criação dos juizados especiais e da observância das *class actions*.

Cândido Rangel Dinamarco, inclusive, aponta:

[...] esta afinação com o sistema processual da *common law* possibilita que nosso sistema processual possa desvencilhar-se dos rigores de vetustas regras herdadas dos romanos, em si mesmas responsáveis pela segurança

do processo, mas que em certa medida impedem a agilidade que se pretende na preparação e outorga da tutela jurisdicional. O legislador moderno, comprometido com o método que se qualifica como processo civil de resultados, opta por ousar prudentemente, renunciando a exigências que retardam a tutela e permitindo soluções e condutas que, sem criarem grandes riscos de males prováveis, concorram para maior aderência do processo à realidade econômica dos conflitos e dos litigantes, com maior aptidão, abreviar a penosa duração dos litígios (DINAMARCO, 2002, p. 733).

No sentido de prudência e efetividade do processo, ressalte-se que a Ação Civil Pública acaba por guardar uma relação direta com a democratização do acesso à justiça, por possibilitar a diminuição dos processos similares, economia processual, economia judicial, entre tantos outros benefícios que serão apontados mais adiante.

Tal ação ganhou maior amplitude com o surgimento da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), quando passou a poder tutelar também interesses individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, inciso III), além de ter sido considerada aplicável à defesa do consumidor.

Este trabalho não entrará na infrutífera e pouco prática discussão sobre a sinonímia entre “interesses” e “direitos”, primeiramente porque há renomados autores, como Kazuo Watanabe (2000), que consideram que esses termos são equivalentes, enquanto outros, como Hugo Filardi (2006), acreditam que o interesse está em uma escala antecedente à dos direitos (direitos seriam interesses que adquiriram relevância jurídica).

A opção aqui é pela posição do Kazuo Watanabe: sejam interesses ou direitos, ou como se quiser denominar, estando na definição do art. 81 do Código dos Direitos do Consumidor como uma das três espécies existentes, serão coletivamente tuteláveis. Ou seja, importa dizer que, no tocante à Ação Civil Pública, quaisquer desses “interesses ou direitos” são tuteláveis: sejam individuais homogêneos, coletivos *stricto sensu* ou difusos.

No que diz respeito à terminologia, a Ação Civil Pública é tida por muitos como um pleonismo, visto que a denominação acaba redundante ante o raciocínio de que qualquer ação, no sentido técnico, é sempre pública. Contudo, a expressão deveu-

se ao fato histórico de essa ação versar sobre matéria exclusivamente privada, mas ser promovida por órgão do Poder Público (o Ministério Público).

Clóvis Beznos esclarece:

A ação civil pública, alçada a nível constitucional, com a ampliação da legitimação ativa do Ministério Público, quanto à defesa de todo e qualquer interesse difuso, e de todo interesse coletivo de cunho social e indisponível, transformou tal ação em remédio de amplo espectro, e em instrumento de grande eficácia, para a defesa de interesses relevantes albergados pelo Ordenamento, antes desprotegidos pela ordem constitucional anterior (BEZNOS, 1989, p. 45-46).

Também afirma Márcio Mafra Leal:

A ação civil pública foi concebida inicialmente como a ação em que o Ministério Público fosse o autor no campo cível, em um paralelo com a ação penal pública. Ou seja, não havia exatamente uma coincidência entre os conceitos de ação civil pública e de ação coletiva. Assim, ações como a de interdição de incapazes ou a *actio civilis ex delicto* eram consideradas “ações civis públicas”, mas, apesar do interesse público que lhes subjaz, não eram coletivas, no sentido de defesa dos interesses ou direitos de um grupo ou de uma comunidade determinada. Há uma certa polêmica [...] a respeito da utilização do nome ação civil pública e ação coletiva. Para uns, a primeira teria o nome ação civil pública quando o autor fosse o Ministério Público, enquanto a outra seria das associações civis. Para outros, a “ação civil pública” seria aquela proposta com base na Lei 7.347/85, que previa originalmente a ACDD, e a “ação coletiva” seria aquela fundamentada no Código de Defesa do Consumidor”. Partindo-se da primeira diferenciação, relativa ao autor coletivo, a ação civil pública pode ser proposta por uma associação ou pelo Ministério Público indistintamente. Do ponto de vista objetivo, a ação possuirá a mesma estrutura processual e terá os mesmos efeitos se proposta com base na Lei de Ação Civil Pública ou no Código do Consumidor (LEAL, 1998, p. 188).

Atualmente, porém, a uso da expressão perdeu totalmente o sentido, já que os titulares das ações coletivas podem ser outros que não o Ministério Público, caso, por exemplo, das associações civis.

No que diz respeito a tal legitimação, a referida ação tem como legitimados ativos o Ministério Público, a União, os Estados e Municípios, as autarquias, as fundações, as sociedades de economia mista constituídas há pelo menos um ano, que tenham as finalidades previstas no art. 5.º, inciso II, da Lei da Ação Civil Pública, e sejam a principal ação de defesa dos interesses e direitos coletivos do sistema brasileiro.

Ada Grinover lembra também que, acerca dos direitos individuais homogêneos – não previstos na Lei da Ação Civil Pública – é possível, sim, a utilização da ação prevista no Código de Defesa do Consumidor, nos arts. 91 a 100, também chamada de Ação Civil Pública:

Entre as ações civis públicas em defesa de direitos individuais homogêneos, a ação prevista nos arts. 91 a 100 do CDC, destinada à reparação dos danos individualmente sofridos, foi denominada “ação de classe brasileira” por encontrar seu precedente nas *class actions for damages* do sistema norte-americano. Mas, enquanto nos Estados Unidos da América a experiência a respeito das ações já conta com 34 anos, no Brasil, a ação indenizatória dos arts. 91 e segs. do CDC ainda não passou da sentença condenatória genérica, constituindo uma incógnita a aplicação prática das normas atinentes aos processos de liquidação dos danos devidos às vítimas ou seus sucessores, sobretudo no campo dos prejuízos decorrentes do vício do produto (GRINOVER, 2000, p. 3).

Acerca do cabimento, a Lei pode ser aplicada em casos de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo por infração da ordem econômica e da economia popular e da ordem urbanística.

Ou seja, a Lei da Ação Civil Pública instituiu uma nova forma de tutela dos interesses transindividuais difusos. É ela a chamada ação ideológica destinada à defesa do social e da sociedade, como aponta José Luís de Moraes (1996, p. 198-199):

É ela, a ação ideológica, alargada em seus limites, o remédio processual atualmente em vigor no Brasil, que melhor evidencia a diferenciação que se estabelece para a proteção dos interesses transindividuais, destinando-se à defesa e à proteção da Sociedade, e não do Estado enquanto poder público. É uma ação de natureza condenatória a ser promovida no foro do local onde ocorrer o dano (Lei 7.347/85, arts. 2.º e 4.º) que tem por finalidade a defesa do meio ambiente [...]. A Lei 7.347/85 instituiu duas possibilidades visando, sobretudo, à recuperação do bem objeto do interesse transindividual. Tanto a pecúnia quanto a reconstituição têm esse objetivo, posto que, dado o caráter deste tipo de interesse, apenas a sua restituição ao *status quo ante* é condizente com a pretensão maior de vê-los preservados, não se podendo admitir seu trato à semelhança do interesse individual, quando a compra da possibilidade de atingi-lo é uma marca indelével.

Vale dizer então que a Ação Civil Pública tem como objetivo a reconstituição de bens lesados transindividuais, ou a imposição de uma obrigação de fazer/não fazer.

Geralmente ambas ocorrem por meio de uma condenação a um pagamento em dinheiro, que será revertido a um fundo público.

Esses bens lesados são transcritos no próprio bojo da Lei de Ação Civil Pública, nos arts. 2.º e 4.º:

[...] o conjunto de elementos da natureza – terra, água, ar, flora e fauna – ou criações humanas essenciais à vida de todos os seres e ao bem-estar do homem na comunidade, do consumidor, ou seja, de todo aquele – pessoa física ou jurídica, ou mesmo coletividade de pessoas ainda que indetermináveis – que se utiliza de produtos, atividades ou serviços de outrem, como destinatário final do bem e dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico que constituem o patrimônio cultural da humanidade (BRASIL, 1985, p. 4312).

Todos esses direitos metaindividuais são tuteláveis pela Ação Civil Pública por pertencerem a toda uma coletividade. Por serem, portanto, difusos, a sentença condenatória proferida na referida ação ideológica deverá ser revertida a esse fundo público destinado à proteção desses direitos.

Partindo dessa premissa, será discutido o próximo tópico com vistas a observar os legitimados à propositura da Ação Civil Pública brasileira, para, posteriormente, entender como a efetividade e o acesso à justiça são afetados por essa legitimação.

4.3.1 Legitimação e representatividade adequada

Inicialmente, destaca-se que o instituto processual da legitimidade é uma condição da ação por ser um requisito essencial para se auferir a titularidade não apenas do autor, como também do réu a fim de que possam estar presentes em uma demanda judicial.

Nesse sentido são as palavras de Luiz Rodrigues Wambier:

[...] autor e réu devem ser partes legítimas. Isso quer dizer que, quanto ao primeiro, deve haver ligação entre ele e o objeto do direito afirmado em juízo. O autor, para que tenha legitimidade, em princípio deve ser o titular da

situação jurídica afirmada em juízo (art. 6.º do CPC) Quanto ao réu, é preciso que exista relação de sujeição diante da pretensão do autor (WAMBIER, 2005, p. 140).

No que diz respeito às ações coletivas, objeto de análise desta dissertação, relevante é o estudo da legitimação apenas ativa. Afinal, objetiva-se abordar a escolha do legislador dos titulares à propositura da Ação Civil Pública visando à defesa dos direitos/interesses metaindividuais.

Diante disso, é importante esclarecer a conceituação do termo “legitimação ativa” escolhida para este trabalho. Uma definição precisa seria de que a legitimidade é a titularidade do direito de ação, ou seja, a parte legítima é o titular previsto em lei para propor uma determinada ação pleiteando certa prestação jurisdicional.

Sobre o assunto, aponta Leonardo Greco (2003, p. 40):

[...] a garantia constitucional do amplo acesso à tutela jurisdicional efetiva confere esse direito a todo aquele que alegue ser titular do direito material em que a demanda se fundamenta e apresente ao juiz o mínimo de provas necessárias para demonstrar a possibilidade de efetivamente deter essa titularidade.

Ou seja, o legitimado é o titular do direito material que busca a prestação jurisdicional por meio da ação judicial. Por isso, a legitimidade também é uma das condições da ação, que, juntamente com os pressupostos processuais, serve para prevenir demandas infundadas e temerárias, como observa Giuseppe Chiovenda (1976).

No caso das ações de cunho coletivo, a definição para o termo “legitimidade” sofre ainda uma pequena ressalva. Não basta ao legitimado ser o titular do direito material; deve haver ainda uma similaridade entre os jurisdicionados afetados ou afetáveis pelo fato ou ato jurídico por meio do qual se reclama uma providência judicial. Isso porque, no caso das ações coletivas, muitos são os legitimados – principalmente públicos – à tutela do direito metaindividual. É, pois, necessária uma legitimação autônoma e não extraordinária (substituição processual) para a comprovação da titularidade.

Vale destacar aqui a classificação da doutrina sobre legitimidade ordinária e legitimidade extraordinária. O legitimado ordinário é aquele que age em nome próprio, com a finalidade de proteger seus próprios direitos, enquanto o legitimado extraordinário, ou substituto processual, atua em nome próprio na defesa de direito alheio.

Assim observam Nelson Nery e Rosa Nery:

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 o 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. Não poderia ser admitida ação judicial proposta pelos “prejudicados da poluição”, pelos “consumidores da energia elétrica” enquanto classe ou grupos de pessoas. A legitimidade para defesa dos direitos difusos ou coletivos em juízo não é extraordinária (substituição processual), mas sim legitimação autônoma para a condução do processo (*selbständige Prozebführungsbefugnis*): a lei elegeu alguém para defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo (NERY JUNIOR; NERY, 2001, p. 1.885-1.886).

É exatamente isso o que ocorre no Brasil: os legitimados a propor a ação coletiva acabam não se encaixando nem na legitimidade ordinária nem na legitimidade extraordinária. Na primeira, porque não seriam titulares da ação coletiva ou difusa (a legitimidade ordinária é apenas aceita no caso dos direitos individuais homogêneos, já que nessa situação o titular do direito pode defender seu interesse em juízo individualmente); na segunda, porque seria impossível identificar cada um dos titulares tutelados.

O oposto ocorre nos países de *common law*, que, como vimos, têm como legitimados à propositura das *class actions* não aqueles autorizados por lei de forma taxativa (como ocorre no Brasil), mas qualquer cidadão, desde que comprove ser um representante adequado.

Por isso, vale fazer aqui um pequeno cotejo acerca da legitimação mista, pública e privada. Entre os legitimados a propor uma ação coletiva *lato sensu* podem estar tanto entes particulares (regra nos Estados Unidos e caso excepcional no Brasil, por estarem presentes em pouquíssimas hipóteses, como, por exemplo, na ação popular), como entes públicos (regra geral, visto que na maioria das ações

brasileiras o ente público é quem detém esse poder-dever, caso, por exemplo, do Ministério Público nas Ações Civis Públicas).

Sendo assim, destaca-se que o sistema de legitimação pelo qual o Brasil optou é o misto, por possibilitar que tanto a pessoa física (mesmo que restritamente por meio da ação popular) como entes privados e públicos (Ação Civil Pública, Mandado de Segurança Coletivo, Ação Coletiva do Código de Defesa do Consumidor) possam defender uma tutela metaindividual.

Destacam Ada Pellegrini Grinover e Petrônio Calmon (2007, p. 332-337):

Chegamos às novas tendências em tema de legitimação ativa. Aqui, a escolha é feita entre duas opções: i) atribuir a legitimação exclusivamente à pessoa física e/ou a associações, privilegiando a legitimação privada; ou ii) ampliar os esquemas da legitimação. Distribuída entre pessoa física e/ou associações, em conjunto com órgãos públicos (Ministério Público, Ombudsman ou Defensor do Povo, outros órgãos especializados), neste caso temos a legitimação mista (independente e autônoma). Atribuem a titularidade da ação coletiva exclusivamente a pessoa física e/ou entes privados Alemanha, França, Itália, Japão e Suíça. Na França, quer no direito posto, quer nos projetos de lei, a legitimação é exclusiva das associações “agrées”. No Japão, as associações de consumidores submetem-se à aprovação prévia do Primeiro Ministro. Na Itália, alguns projetos de lei dispensam as associações de habilitação. Todos os outros países elegem a legitimação mista, quer no direito vigente, quer nos projetos de lei. Em alguns desses países – como Brasil, Israel e Portugal, além do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América – são atribuídos poderes a órgãos públicos para fiscalizarem o processo – quando não forem parte – e, às vezes, para assumirem a titularidade da ação em hipóteses de desistência infundada, de abandono da demanda, ou até mesmo para promoverem a execução da sentença (sobretudo quando se trata do Ministério Público ou do Ombudsman ou Defensor do Povo).

Ou seja, com exceção da Alemanha, França, Itália, Japão e Suíça – que adotam o sistema de legitimação privado – todos os outros países adotam o sistema de legitimação misto, inclusive, em tese, o Brasil – apesar de este utilizar-se um pouco do sistema de legitimação privado.

No que diz respeito à questão da legitimidade privada nas ações de cunho metaindividual, deve-se destacar o instituto processual da representatividade adequada (*adequacy of representation*). Cumpre salientar, de pronto, que tal instituto não existe no ordenamento jurídico brasileiro nem nos países de *civil law*, com exceção do Uruguai, Argentina e Paraguai.

Vale dizer então que esse item (*adequacy of representation*), indispensável para comprovar a legitimidade privada em determinados países, em sua maioria adeptos do sistema de *common law*, busca garantir um controle maior acerca da seriedade, credibilidade, capacidade técnica daquele legitimado que irá representar um grupo, classe, categoria ou até mesmo um número indeterminado de pessoas.

No que diz respeito à legitimidade na Ação Civil Pública, válidas são as palavras de Oswaldo Bertogna Júnior (2006, p. 8):

Com efeito, foi a partir da promulgação da Lei 7.347/85 que o rol dos legitimados para a propositura de ações coletivas foi sensivelmente ampliado. Conforme redação do art. 5º da Lei 7.347/85, a ação civil pública – incluindo cautelares – poderá ser proposta pelo Ministério Público, pelos entes políticos da federação, inclusive pelos seus órgãos da administração indireta, e pelas associações.

Isso porque, no caso da Ação Civil Pública, os legitimados pela Lei para a propositura dessa ação são o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, as autarquias, as fundações, as sociedades de economia mista ou associações constituídas há pelo menos um ano. Mas não são apenas esses. O Código de Defesa do Consumidor ampliou esse rol, acrescentando ainda entidades e órgãos da administração pública, mesmo que sem personalidade jurídica, que tenham como finalidade a defesa dos direitos metaindividuais.

Devido a esse extenso rol de legitimados, alguns autores, como Barbosa Moreira, afirmam também que as ações coletivas têm uma legitimidade concorrente ou disjuntiva. Referem-se eles ao fato de que todos os titulares concorrem de forma igual quando do momento da propositura da ação; um legitimado não depende da anuência de outra parte igualmente legítima.

Sobre tais titulares à propositura da Ação Civil Pública destacam-se as atuações do Ministério Público, das associações, da administração indireta, de entes despersonalizados, partidos políticos e sindicatos, dos quais se passa a tratar a partir de agora.

O primeiro a ser abordado será o Ministério Público, devido à atuação de destaque que vem tendo entre os legalmente legitimados (apenas no estado de São Paulo, mais de 90% das ações civis públicas são interpostas pelo Ministério Público) (LENZA, 2005). Esse fato torna visível a participação maior do ente público ante o privado, contrariando a ideia originária das ações de classe inglês-estadunidenses de uma democracia participativa.

Rodolfo Mancuso assim se posiciona sobre a questão dos poucos legitimados privados legalmente existentes:

[...] sintoma claro de fragilidade de nossa democracia, na medida em que revela o grau incipiente de organização da chamada sociedade civil, a grave crise nacional da educação, da baixa consciência dos cidadãos quanto aos seus direitos mais elementares, o sentimento generalizado de impotência diante da impunidade [...] (MANCUSO, 2004, p. 202).

Ainda no que tange à legitimação do Ministério Público, aponta Pedro Dinamarco (2001) certa extensão da legitimidade ativa do órgão, haja vista que, nas situações em que o Ministério não atua como autor da ação, deve necessariamente manifestar-se na ação coletiva como *custus legis*, sob pena de nulidade.

Isso remonta ao fato de que o Ministério Público pode atuar em uma ação coletiva de três maneiras: a) como parte (legitimação ordinária); b) como fiscal da lei; c) como auxiliar da parte. Nas hipóteses “b” e “c”, só é possível a atuação do órgão ministerial se este não for autor da ação coletiva (exceto nos casos de litisconsórcio entre membros de ministérios públicos diversos ou de atuação conjunta desses membros), como aponta Hugo Mazzilli (2005).

Tome-se como exemplo a situação em que se constata a atuação conjunta entre o Ministério Público Estadual e o Ministério Público Federal, hipótese admitida tanto pelo Código de Defesa do Consumidor como pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mesmo que haja divergência doutrinária quanto ao desrespeito ao pacto federativo.

Não fossem bastantes tamanhas possibilidades de atuação do referido órgão, importante lembrar que, no caso de desistência infundada da ação por uma

associação legitimada, incumbirá discricionariamente (MANCUSO, 2004) ao Ministério Público ou a outro legalmente legitimado o prosseguimento da Ação Civil Pública em andamento, conforme dispõe o art. 5.º, § 3.º, da Lei 7.347/85.

Acerca da desistência da Ação Civil Pública por parte do Ministério Público, este trabalho adota a postura de que esse órgão pode, sim, desistir, mesmo estando abarcado pelo princípio da indisponibilidade do interesse público. Explica-se: já que é facultado ao Ministério Público propor ou não a Ação Civil Pública, assim como lhe é dada a possibilidade de prosseguir ou não em caso de desistência da parte legitimada, também lhe é possível desistir da ação que propôs.

Nesse sentido, vale lembrar que o Ministério Público pode atuar na Ação Civil Pública em defesa tanto dos interesses coletivos e difusos (Constituição Federal, art. 129, inciso III) quanto dos direitos individuais homogêneos, mesmo que não haja previsão constitucional para esta última hipótese.

Nesse caso, caberia uma interpretação extensiva da Constituição Federal de 1988 em conformidade com o raciocínio do Código de Defesa do Consumidor e do art. 6.º da Lei Complementar n.º 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público).

Esse é também o pensamento do aludido autor:

[...] quando os interesses forem individuais homogêneos (CDC, art. 81, I; LC 75/95, art. 6º, XII), e isso sem embargo de aquela espécie de interesse metaindividual não constar no texto do art. 129, III da CF: é que sua tutela pela Parquet é favorecida pelo art. 129, IX, da CF, que libera a instituição para o exercício “de outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade”. Segundo nos parece, essa compatibilidade exsurdirá in concreto, quando presente a nota adicional da indisponibilidade do interesse (CF, art. 127, final), que por sua vez decorre de sua relevância social, já que, de outro modo, isto é, quando o interesse seja puramente individual, ainda que concernente a um acúmulo de indivíduos, o manejo poderá ser feito pelas figuras litisconsorciais, observada a intervenção do advogado, para o atendimento do pressuposto processual da capacidade postulatória (CF, art. 133, e art. 36 do CPC) (MANCUSO, 2004, p. 165).

Não restam mais dúvidas de que é possível ao Ministério Público atuar também em defesa dos interesses individuais homogêneos por meio da Ação Civil Pública, haja vista não apenas o raciocínio exposto por Rodolfo de Camargo Mancuso como

também a Lei Complementar n.º 75/95, o Código de Direitos do Consumidor e parte da orientação doutrinária.

Assim trata Hugo Filardi:

O escopo da tutela coletiva abrange os chamados interesses individuais homogêneos é assegurar a eficácia da tutela jurisdicional, proporcionando a distribuição de justiça para todos os jurisdicionados interessados através da preservação do *substantive due processo of law* e da isonomia dos litigantes. Por se tratar de interesses apenas socialmente coletivos, a defesa dos interesses individuais homogêneos visa transformar indivíduos em jurisdicionados e impedir que a diferença de êxito de demandas da mesma matéria motivada contribua para o descrédito do judiciário perante a sociedade civil (FILARDI, 2006, p. 29).

Destaca-se, todavia, a posição oposta de Pedro Dinamarco (2001), que alerta para o fato de que apenas os interesses individuais homogêneos indisponíveis seriam passíveis de tutela pelo órgão ministerial. Isso porque, em outros casos que não esse, estaria o Ministério Público interferindo em uma esfera destinada apenas aos lesados.

Posto isso, passa-se a analisar o segundo legitimado à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos: as associações. Apesar de legalmente legitimadas à propositura da Ação Civil Pública, as associações precisam cumprir uma série de requisitos para que possam atuar como parte autora. São esses a constituição há pelo menos um ano nos termos da lei civil e a inclusão entre suas finalidades institucionais da proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ao patrimônio artístico, estético, histórico e paisagístico. Assim aponta a Lei n.º 7.347/85.

Acerca do primeiro requisito, a associação comprovará que está há pelo menos um ano constituída por meio do seu estatuto, que deverá estar registrado no Registro Civil de Pessoas Jurídicas também há pelo menos um ano. Existem autores, porém, como Luiz Manoel Gomes Júnior (2005, p. 189), que acreditam ser possível a dispensa desse requisito em algumas situações:

[...] questões envolvendo matéria relacionada com a saúde da população, remédios danosos ou sem efeitos comprovados; b) quantidade considerável de beneficiados, de modo a justificar a tutela coletiva, sob pena de ser

necessário o ajuizamento de quantidade elevada de ações individuais; c) danos de bagatela, pois o custo para o ajuizamento das demandas individuais não justificaria o benefício isoladamente considerado; d) direitos pertencentes a pessoas com pouco acesso ao sistema judiciário (instrução deficiente ou dificuldade de acesso [...]).

Desse modo, é possível que o magistrado, percebendo que a associação não foi constituída há pelo menos um ano, dispense esse requisito quando se deparar com uma das hipóteses tratadas pelo aludido autor. Isso é válido não apenas para as ações coletivas, mas também para todo o microssistema coletivo, portanto, também para as Ações Cíveis Públicas.

Sobre o segundo requisito, as associações precisam agir com pertinência temática para obter a legitimação, ou seja, a tutela que pleitearem por meio da ação coletiva deve estar diretamente relacionada com os objetivos da criação originária da associação, pois os associados devem possuir titularidade no que concerne ao direito a proteção.

Tais requisitos têm por finalidade garantir maior segurança jurídica e a certeza de que a associação está atuando de modo a beneficiar aqueles que representa. Na verdade, o legislador conferiu ao julgador o comando para analisar se os requisitos impostos foram preenchidos sem nenhuma discricionariedade.

Seguindo a mesma linha de raciocínio da análise do primeiro legitimado aqui tratado (o Ministério Público) acerca da natureza jurídica da legitimidade, tem-se que as associações terão legitimidade coletiva ordinária para representar interesse próprio quando no caso de defesa dos interesses difusos e coletivos.

Todavia, no que diz respeito aos interesses homogêneos, segundo Rodolfo de Camargo Mancuso (2004), tal legitimação teria natureza de substituição processual, pois as associações estariam substituindo os indivíduos, verdadeiros titulares dos interesses contidos na Ação Cível Pública.

O terceiro legitimado a propor a Ação Cível Pública para tutelar os direitos e interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos da categoria são os

sindicatos, conforme apontado no inciso III do art. 8.º da Constituição Federal. Isso porque também têm natureza jurídica de associação.

Se têm natureza jurídica de associação, os sindicatos também só podem atuar na defesa dos interesses da categoria, mas não necessariamente de toda ela (podem também agir na defesa de apenas alguns sindicalizados), já que é possível que atue na defesa dos interesses individuais, como empregou o legislador.

Da mesma maneira, aplica-se aos sindicatos tudo aquilo que se aplica às associações, conforme anteriormente abordado, inclusive a questão de terem sido constituídos há pelo menos um ano (salvo as mesmas exceções: manifesto interesse social em face da dimensão do dano ou do bem jurídico protegido).

O quarto legitimado a propor a Ação Civil Pública seriam os partidos políticos, conforme aponta a Lei n.º 7.347/85. Diferentemente do que ocorre com as associações, os partidos políticos têm em sua criação originária (Lei Orgânica n.º 5.682/71) a intenção de “[...] assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e defender os direitos fundamentais, definidos na Constituição” (BRASIL, 1971, p. 3).

Ou seja, cumpre aos partidos políticos a defesa de interesses externos (democracia, defesa dos direitos fundamentais e da Constituição, entre outros) que não sejam diretamente os dos seus associados. Por isso, não é necessário que um partido político legitimado tenha que comprovar a pertinência temática no momento da interposição da ação, conforme ocorre com as associações.

Dessa maneira, os partidos políticos são legitimados a defender os interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, conforme dispõe a Lei n.º 7.347/85, mesmo que tais interesses não correspondam aos interesses dos que são a eles filiados.

Por fim, os últimos legitimados à Ação Civil Pública a serem aqui tratados são os entes despersonalizados, também trazidos pelo art. 82, inciso III, do Código de

Defesa do Consumidor, os quais também fazem parte do microsistema e, portanto, podem ser transpostos e usados no ajuizamento da Ação Civil Pública.

Não fosse o bastante, Rodolfo de Camargo Mancuso (2004, p. 189) observa:

[...] possibilidade ainda é possível diante de duas considerações: a) a natureza da tutela aos interesses metaindividuais conduz, de per si, a uma legitimação... difusa, de modo que pareceria incoerente um excessivo rigor formal na constituição de grupos ou associações que pretendam ser portadores de tais interesses em juízo; b) corolariamente, segue-se a desvalia da exigência da personalidade jurídica como pressuposto da capacidade processual em tema de interesses difusos.

Vale dizer então, segundo Mancuso, que a inexigibilidade de personalidade jurídica da pessoa jurídica serve àqueles não apenas de natureza pública, como também de natureza privada. Assim sendo, as associações privadas também estariam incluídas nos entes despersonalizados.

Contudo, em raciocínio oposto, autores como Luiz Manoel Gomes Júnior (2005) observam que o inciso III do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor se restringe aos entes despersonalizados que tenham natureza jurídica de direito público, ou seja, os entes de natureza jurídica privada estariam fora desse rol.

Dito isso, no item seguinte, passa-se a considerar a questão da legitimidade em relação ao acesso coletivo à justiça.

4.3.2 Efetividade do acesso à justiça ante a legitimação

Cuida esta parte de analisar como a legitimação nas Ações Cíveis Públicas contribui (ou não) para a efetividade do acesso à justiça no Brasil. Nesse caso, deve-se salientar novamente que as ações coletivas brasileiras, diferentemente do restante do ordenamento jurídico deste País, tiveram uma forte influência anglo-saxã.

A tutela coletiva, especialmente por meio da Ação Civil Pública como mecanismo para tal, tem grande influência na democratização do direito fundamental de acesso à justiça por possibilitar o direito de ação com maior economia judicial e diminuição de ajuizamento de ações similares.

No que tange ao quesito segurança jurídica, a Ação Civil Pública, assim como outras ações coletivas, proporciona maior controle das decisões e respeito aos princípios da igualdade e da isonomia para que não haja decisões conflitantes em casos semelhantes e para que partes de diversos patamares econômicos, jurídicos e técnicos estejam no mesmo patamar judicial.

A tentativa de uma ampliação democrática também ocorreu quando a Constituição de 1943 dispôs sobre a Ação Popular, mecanismo que possibilitou a participação dos cidadãos que se deparavam com atos lesivos contra a União, os Estados e Municípios, como dizia o aludido texto legal.

Pelo prisma da democracia participativa, a Ação Civil Pública também demonstra ser um instrumento eficaz de controle das instituições estatais, como aponta Oswaldo Júnior (2006, p. 30):

Sob o prisma da democracia participativa, onde todos devem ter respeitados seus direitos fundamentais e a possibilidade de questionar e influir nas decisões governamentais, a Ação Civil Pública, calcada na legitimidade [...] e provimentos jurisdicionais aproveitáveis aos tutelados, mostra-se um eficaz instrumento na distribuição da justiça e na retomada do respeito e confiança dos indivíduos nas instituições estatais. Com a explosão do sistema capitalista da sociedade de massa e os conseqüentes conflitos de interesse, encontram-se cada vez mais disparidades sociais, que infelizmente tendem a refletir negativamente com mais facilidade nos processos individuais. Portanto, a tutela coletiva desponta como um meio justo de solução destes conflitos, e o Poder Constituinte originário a consagrou também com a previsão dos institutos do mandado de segurança coletivo e do mandado de injunção coletivo.

É esse também o pensamento de Mauro Cappelletti e Garth Bryant (1998, p. 49):

[...] a concepção tradicional de processo civil não dá lugar à defesa dos direitos difusos pelos particulares. Desde há muito, entende-se que o processo é uma contenda entre duas partes, acerca de seus próprios direitos. Os direitos de um grupo determinado da população ou de algum setor social não eram levados em consideração.

Assim, é possível perceber que a Ação Civil Pública trouxe uma nova forma de visualização do processo, outrora apenas individual e agora metaindividual, criando, também, a possibilidade da abertura do acesso à justiça e da participação democrática (por meio da legitimação privada, como na Ação Popular) por representação (por meio dos legitimados públicos).

Todavia, o que aqui se destaca é justamente a pouca oportunidade para que o legitimado privado atue, principalmente na legitimação do indivíduo em nome da classe para a defesa dos interesses coletivos *lato sensu*. A diferença é grande: quando se fala em direitos e interesses individuais, o Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, de pronto confere legitimidade ao indivíduo na persecução judicial individual.

Por outro lado, quando o assunto se refere aos interesses ou direitos coletivos, a situação é totalmente diversa, porque o coletivo reflete uma problemática que tem dimensão social e pode afetar as partes, individualmente, ou uma coletividade, grupo ou categoria. Por isso, como se viu no item anterior, o legislador conferiu legitimação a inúmeros entes públicos, que acabam detendo a maioria das ações em juízo.

Por exemplo, numa questão atinente ao meio ambiente – ou seja, um direito difuso, respaldado no art. 225 da Constituição Federal – que pode afetar a saúde de toda uma população e ainda mais a dos moradores mais próximos de uma fábrica poluidora, é impossível fracionar o objeto do litígio, ou seja, há uma indivisibilidade do objeto.

E não apenas a indivisibilidade do objeto, mas há também uma transindividualidade objetiva, conforme observada por Aluísio Mendes (2001, p. 254): “[...] a lesão ou ameaça de lesão, na espécie, não afeta apenas uma única pessoa e a providência judicial, por outro lado, não poderá ser dirigida, igualmente, somente para uma única pessoa ou parte da coletividade, grupo, classe ou categoria”. Em outras palavras, vale dizer que a ação exemplificada tem um caráter coletivo inerente.

Surge daí a seguinte indagação: O caráter coletivo e a indivisibilidade do objeto seriam motivação suficiente para afastar o direito de ação e o direito de acesso do indivíduo de ver resguardados os seus direitos e os direitos de uma coletividade?

Sobre o assunto, pronuncia-se Mendes:

[...] a limitação infraconstitucional da legitimação, com fulcro no art. 5º da Lei 7.347/85 ou do art. 82 da Lei 8.078/90, estaria apta para excluir os indivíduos ameaçados ou lesados do direito de ação? A resposta parece ser negativa, diante do comando constitucional, inscrito principalmente nos princípios da inafastabilidade da prestação jurisdicional e do devido processo legal. A ação ajuizada pelo indivíduo, ainda que voltada para defesa do seu direito à tranquilidade ou à sua saúde, refletirá em toda a coletividade, porque demandará solução uniforme, na medida em que não se pode conceber, por exemplo, em termos concretos, que a limitação ou não do barulho, bem como a manutenção ou não das atividades da indústria, produza efeitos apenas em relação ao autor individual. A impossibilidade lógica de fracionamento do objeto, em tais hipóteses, enseja inclusive a dificuldade de diferenciação entre tutela coletiva e individual, demandando, dessa forma, solução comum, ainda que a iniciativa tenha sido individual. E, assim sendo, o melhor talvez fosse não a denegação pura e simples da admissibilidade de ações propostas por cidadão ou cidadãos, até porque ela já existe, em certas hipóteses, em razão do alargamento do objeto da ação popular, alcançando o próprio meio ambiente, mas a ampliação definitiva do rol de legitimados (MENDES, 2001, p. 256).

Significa dizer que a melhor solução para o problema da legitimação nas ações coletivas brasileiras, em especial a Ação Civil Pública, seria o alargamento do rol de legitimados com a inclusão do cidadão já apto a ajuizar a ação popular. Conseqüentemente, isso refletiria também uma solução uniforme para toda a coletividade diretamente ligada à ameaça de direito ou lesão.

A tutela dos direitos coletivos não pode e não deve ser de uso quase exclusivo dos entes públicos (é pouco expressiva a atividade das associações nesse sentido), como ocorre hoje no Brasil, conforme já exemplificado neste capítulo quando se falou que 90% das Ações Cíveis Públicas são propostas pelo Ministério Público (LENZA, 2005, p. 197).

Observe-se que não se está aqui firmando um posicionamento contra a atuação do Ministério Público, mas, sim, um posicionamento a favor também da atuação do ente privado, seja ele uma associação seja apenas um cidadão, que não necessitaria aguardar uma atuação do Ministério Público, dos sindicatos, dos entes públicos, das

associações ou dos partidos políticos para ver seu direito coletivo tutelado pelo Judiciário.

O direito é coletivo. Por isso mesmo, pertence a todos, e não exclusivamente a um órgão ou ente que o represente. Ou seja, a legitimação, no caso de um direito coletivo, seria o que Barbosa Moreira (2002) chamou de “legitimação concorrente e disjuntiva”, e grupos intermediários – como o próprio Ministério Público – não podem servir como “portadores” desses interesses.

Um segundo argumento seria aquele fundado no novo cenário jurídico de um modelo de democracia não mais representativa, mas sim participativa, que envolvesse diretamente os cidadãos e não apenas seus representantes eleitos.

Vale destacar as palavras de Rodolfo Mancuso:

[...] não há falar em instância ou órgão que os devesse representar em termos de exclusividade [...] estamos hoje a caminho de superar a concepção de democracia representativa, para ascendermos à chamada “democracia participativa”, onde a existência de representantes eleitos não exclui a participação dos cidadãos em geral, isoladamente ou em grupos. A gestão da coisa pública é, significativamente, umas *res publica*, de modo que todos os integrantes da comunidade têm título para dela participarem. Acresce a essa tendência a constatação dos reiterados desmandos e arbitrariedades na gestão da coisa pública, que vêm levando os indivíduos a descreverem da eficácia do modelo político-institucional estabelecido. Daí a propensão popular, cada vez mais justificada, à participação direta na gestão da coisa pública. Não há, portanto, [como] falar em “usurpação” ou “intromissão indevida”, quando se leva em conta que cada indivíduo, na condição de destinatário e credor da boa gestão dos negócios públicos, tem título originário para dela participar ativamente. Concede-se que nessa participação podem ocorrer abusos, nos casos em que a ostensiva defesa de interesses gerais possa esconder abusos, nos casos em que a ostensiva defesa de interesses gerais possa esconder, porventura, mesquinhos interesses individuais; em tais hipóteses, o Direito há de fornecer os meios para se coibir esses desvios. O inaceitável é que, a pretexto de “resguardar” a “boa ordem da Administração”, se reprima a participação desses legítimos titulares do direito público subjetivo à proba e eficiente gestão da coisa pública (MANCUSO, 1997, p. 110).

Observe-se então que, por meio da democracia participativa e da ideia de tornar ainda mais eficientes os direitos e garantias fundamentais, é possível visualizar, no Brasil, uma ampliação do rol dos legitimados à Ação Civil Pública no sentido de autorizar a participação popular por meio de representante adequado.

A democracia participativa ainda se faz insuficiente no âmbito não apenas político – no qual os anseios populares não conseguem ser totalmente transmitidos e protegidos por seus representantes – mas também no jurídico – em que os cidadãos não conseguem representar seus próprios direitos no âmbito coletivo, por exemplo. Uma alternativa para ambos os casos seria a maior participação da sociedade civil.

Sobre o assunto destaca ainda Mancuso (1997, p. 112):

Efetivamente, os esquemas político-institucionais baseados em estruturas antigas, de tipo liberal-individualista, não se adaptam bem às novas exigências da ordem coletiva. Aqueles esquemas visavam, justamente, o contrário do reclamado pelos tempos que correm, visto que pretendiam evitar a formação de núcleos coletivos entre o Estado e o cidadão. Fomentou-se a “ordem individual”, porque o indivíduo isolado é fraco e mais facilmente dominado [...]. De todo exsurge, em última análise, que não é a tutela dos interesses difusos por meio de órgãos intermediários o que viria afrontar o sistema representativo, institucionalmente estabelecido; ao contrário, é este sistema que teme perder o prestígio e as vantagens que vêm do monopólio de representação da vontade popular. O caso, porém, como dito, é de adaptação às novas realidades, mesmo porque a formação de grupos sociais é inevitável [...].

No âmbito jurídico, mesmo que seja uma tarefa árdua tornar a “democracia participativa” possível e real, principalmente num país com tantas dificuldades como o Brasil, este trabalho se posiciona no mesmo sentido do pensamento do aludido autor: cumpre ao direito fornecer os meios para coibir os desvios dos representantes. Isso porque não é possível admitir a exclusão dos cidadãos como sujeitos legitimados de um direito que a eles também pertence e ao mesmo tempo conferir maior efetividade ao acesso à justiça.

Sobre a proteção do acesso como direito fundamental e a dificuldade de proteger esses direitos, Norberto Bobbio aponta:

[...] o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político [...]. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas, sim, qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (BOBBIO, 1992, p. 25).

Ou seja, na realidade atual, o principal problema jurídico não é declarar direitos, mas, sim, proteger os que foram antes declarados. Entre esses direitos também se

encontra o de acesso à justiça, que, no contexto coletivo, conseguiu ser ampliado por meio das ações coletivas, mas ainda pode tornar-se ainda mais efetivo.

A ampliação do rol dos legitimados à Ação Civil Pública seria certamente um grande avanço nesse sentido. Não se descarta aqui também a necessidade de uma comprovação da representatividade adequada pelo cidadão, assim como ocorre nos Estados Unidos, de modo a proporcionar maior segurança jurídica à coletividade representada assim como evitar demandas temerárias e representantes não aceitos pelo grupo.

O capítulo seguinte trata de analisar melhor a questão da representatividade adequada estadunidense e a legitimação coletiva brasileira como mecanismos de acesso coletivo à justiça e ampliação desse acesso no Brasil.

5 REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA ESTADUNIDENSE *VERSUS* LEGITIMAÇÃO ATIVA BRASILEIRA: COMPARAÇÃO ENTRE ESSES MECANISMOS DE ACESSO COLETIVO À JUSTIÇA

Neste capítulo, objetiva-se fazer uma síntese da ideia principal já tratada em outras partes deste trabalho de dissertação, buscando deixar ainda mais evidente a discrepância entre a legitimação ativa brasileira na Ação Civil Pública e a representatividade adequada estadunidense das *class actions*, como mecanismos de acesso coletivo à justiça.

Primeiramente, será feito um cotejo entre a legitimação ativa nas *class actions* estadunidenses e a legitimação ativa na Ação Civil Pública brasileira, de modo a estabelecer as principais semelhanças e diferenças entre esses institutos processuais.

Posteriormente, tratar-se-á especificamente da adoção do instituto processual da representatividade adequada estadunidense como meio de ampliação do acesso à justiça no direito brasileiro, visando entender como tal instituto poderia contribuir, no Brasil, para a ampliação do acesso à justiça por meio da abertura do rol de legitimados ativos à propositura da Ação Civil Pública, porém com grande controle sobre a adequada representatividade dos novos membros particulares.

Por fim, cuidar-se-á de identificar qual a técnica processual e o procedimento adequado na efetivação dos direitos fundamentais metaindividuais no sentido de contribuir ainda mais para a ampliação do acesso à justiça no novo paradigma do Estado Democrático de Direito.

5.1 LEGITIMAÇÃO ATIVA: *CLASS ACTIONS* ESTADUNIDENSES *VERSUS* AÇÃO CIVIL PÚBLICA BRASILEIRA

Neste item, objetiva-se realizar um cotejo entre a legitimação ativa da Ação Civil Pública e a legitimação ativa advinda da representatividade adequada estadunidense, para, no item posterior, analisar qual delas promove a maior ampliação do acesso à justiça.

Não se pretende aqui tratar novamente do que já foi abordado nos capítulos anteriores, quando ambos os assuntos foram estudados, mas de colocar, de modo mais evidente, os pontos semelhantes e os pontos opostos entre um e outro instituto processual.

Como visto no capítulo anterior, a legitimação na Ação Civil Pública é, sobretudo, pública, isso porque, apesar da existência da hipótese de legitimação privada, esta é muito limitada, se comparada com o rol de entes públicos legitimados, nos termos do art. 5.º da Lei n.º 7.347/85.

Conforme já salientado no capítulo anterior, esse artigo esclarece que têm legitimidade para propor a ação principal e cautelar a) o Ministério Público; b) a Defensoria Pública; c) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; d) as autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista; e) as associações (constituídas há mais de um ano com finalidades institucionais relacionadas à tutela pleiteada por meio das ações civis públicas).

Desse modo, os legitimados ativos coletivos compreendem três entidades: as públicas, as não-governamentais e os indivíduos (quando agrupados e com direito subjetivo em circunstâncias parecidas/semelhantes ou iguais. No caso brasileiro, essa legitimação não seria nem ordinária, nem extraordinária, mas, sim, autônoma; o caráter extraordinário permanece, assim como uma substituição processual diferenciada.

No caso estadunidense, é possível que o indivíduo lesado se represente e represente a classe (o instituto processual da representatividade adequada vista no capítulo 3 desta dissertação. Nesse caso, a legitimação será ordinária, no tocante ao representante da classe, que também representa seu próprio interesse. Por outro lado, será extraordinária (por meio da substituição processual) com relação aos membros representados da classe.

Assim, pode-se fazer o seguinte cotejo:

Ação Civil Pública Brasileira	Class Actions Estadunidenses
Legitimação Autônoma (<i>selbständige Prozessführungsbefugnis</i>)	Representante: Legitimação Ordinária Representados: Legitimação Extraordinária.

Quadro 1: Cotejo entre Ação Civil Pública brasileira e *class actions* estadunidenses

Analisar-se-ão agora os principais legitimados à propositura da ação no Brasil e nos Estados Unidos da América, fazendo uma pequena comparação entre ambos os países com base no que já foi tratado nos capítulos anteriores, de modo a deixar ainda mais evidente a questão da atuação da legitimidade particular.

No caso do Ministério Público, já se sabe que é um dos legitimados à propositura da Ação Civil Pública no Brasil, conforme dispõe o art. 5.º da Lei n.º 7347/85. Nesse tocante, como já foi explicitado, o Ministério Público pode atuar tanto na Ação Civil Pública, em defesa dos interesses coletivos e difusos (Constituição Federal, art. 129, inciso III), como nos casos de direitos individuais homogêneos, por meio da interpretação extensiva da Constituição Federal em conformidade com o raciocínio do Código de Defesa do Consumidor e a posterior Lei Complementar n.º 75/1993, art. 6.º (Lei Orgânica do Ministério Público).

Esse órgão tem grande importância na defesa dos direitos coletivos *lato sensu* no Brasil, já que, na maioria das vezes, é ele o propositor de grande parte das ações civis públicas. Mas a atuação desse órgão não constitui uma exclusividade do sistema jurídico brasileiro.

Nos Estados Unidos também há uma entidade governamental semelhante à que chamamos de Ministério Público: o denominado *Public Attorney General* (ou Procurador-Geral). Este também pode ajuizar *class actions* na defesa de interesses públicos e nem sequer precisa comprovar o requisito da representatividade adequada, por se presumir ser o órgão público um representante adequado. Como diz Miller (1979, p. 680): “[...] quando o procurador geral assume o controle do processo, a adequação da representatividade da classe deixa de ser assunto relevante”.⁴⁸

Ainda no que tange à atuação do *public attorney general*, autores como Márcio Mafra Leal (1998, p. 128) advertem sobre a relação política implicada no cargo. Isso porque, nos Estados Unidos e no modelo europeu, a investidura no cargo ocorre por meio da aprovação do Poder Executivo ou de outros meios políticos, o que muitas vezes compromete a independência do órgão perante grandes grupos econômicos, indústrias e demais entidades. Senão vejamos:

A legitimação das entidades públicas, neste caso, decorre: I) da constatação empírica de ineficácia da ordem jurídica em situações específicas (v.g. em casos de danos coletivos de pequena monta). O cumprimento dessas normas passa a ser uma questão de ordem pública e interesse social. Nesse caso, o importante é a atuação da ordem jurídica e, em segundo plano, a representatividade do autor em relação aos interesses de um grupo [...]. Portanto, a legitimação é justificada também pela teoria institucional ou objetivista. II) além dessa causa, de matriz sociológica, há um argumento jurídico, [...] considera-se o direito material, apesar de individual, indisponível e de ordem pública [...].

Nesse caso, o autor traz à tona a teoria institucional ou objetivista para justificar a legitimação do Ministério Público e dos entes públicos em geral à defesa dos direitos, principalmente difusos, que iriam impor ao Estado a intervenção no caso de violação. Sem esses entes, a população estaria fadada a aguardar a implementação de uma política pública sem nenhuma garantia.

No que diz respeito à legitimação das associações e organizações no Brasil, percebeu-se no capítulo anterior que são elas as únicas entidades privadas

⁴⁸ [...] when the Attorney General assumes control of the suit, adequacy of class representation is no longer at issue.

legalmente autorizadas a atuar na Ação Civil Pública; todavia, ainda assim existem algumas discussões no tocante a: a) serem constituídas há pelo menos um ano, nos termos da lei civil; b) terem entre suas finalidades institucionais a proteção do meio ambiente, do consumidor, da ordem econômica, da livre concorrência, do patrimônio artístico, estético, histórico e paisagístico. Assim aponta a Lei n.º 7.347/85.

Tais requisitos têm por finalidade garantir maior segurança jurídica e certeza de que a associação está atuando de modo a beneficiar aqueles que representa. Na verdade, o legislador, ao impor esses requisitos, conferiu ao julgador o comando de analisar se eles foram preenchidos sem qualquer discricionariedade.

Como visto, porém, é possível que o magistrado, percebendo que a associação não foi constituída há, no mínimo, um ano, dispense esse requisito quando se deparar com uma dessas hipóteses: a) houver número considerável de beneficiados, o que acarretaria muitas ações individuais; b) existirem questões relacionadas à saúde; c) o custo de inúmeras ações individuais compensar a proposição da Ação Civil Pública; d) a questão for o acesso à justiça. Mesmo assim, a atuação das associações no Brasil é extremamente pequena.

No caso dos Estados Unidos da América, as associações de interesse público/social também são legitimadas à propositura das ações coletivas (*class actions*). São as chamadas *Non-governmental organizations* (NGOs) – ou Organizações Não Governamentais (ONGs) – que se incluem no modelo chamado de *organizational private attorney general*.

Tais associações representam a democratização da defesa dos interesses coletivos **pela** possibilidade de que outras esferas, que não a pública, possam participar não apenas defendendo direitos comuns, mas também trazendo ao Judiciário questões de relevância social.

E não é apenas isso, mas também o esgotamento da ideia de que a administração pública, os partidos políticos, o Ministério Público e demais entidades públicas, sozinhos, consigam tutelar os direitos fundamentais com liberdade, independência e sem gastos públicos, o que não é a realidade.

Nos Estados Unidos observou-se que, diante da atuação crescente das associações na defesa dos direitos coletivos *lato sensu*, a sociedade civil passou também a ser mais atuante, a se organizar e a se estruturar, assumindo uma participação muito mais ativa nesse contexto (ORMOND, 1995, p. 77).

Assim destaca Mancuso (2004, p. 36):

Nos Estados Unidos, várias associações dessa natureza se destacaram ao longo das últimas décadas, na promoção de interesses públicos não-estatais, utilizando-se largamente das ações coletivas como instrumento de atuação e cumprimento de direitos conquistados nos movimentos sociais das últimas décadas e positivados nos sucessivos *Civil Rights Acts* desde 1964.

Por outro lado, afirma Leal (1998, p. 132):

No Brasil, ainda é incipiente a organização da sociedade civil em associações de interesses difusos e coletivos, ou seja, que tenham uma agenda de atuação judicial para o cumprimento de direitos difusos ou de direitos individuais sob a forma coletiva.

Em ambos os países, as associações poderão propor a ação coletiva representando apenas os associados (a sentença terá efeitos apenas para estes e não para todos os lesionados) ou todos os que sofreram o dano (aí, sim, a ação fará a coisa julgada abranger toda a coletividade)

Importante, por conseguinte, é a análise da legitimação do indivíduo lesionado à propositura das ações coletivas no Brasil e nos Estados Unidos. Como já visto no capítulo anterior, no que diz respeito às Ações Civis Públicas brasileiras, o indivíduo, por si só, não é legalmente legitimado a propor esse tipo de ação.

Essa hipótese somente é possível no microsistema do processo coletivo brasileiro, por meio da Ação Popular, ou seja, a Ação Civil Pública não admite essa possibilidade, limitando ainda mais a participação da população civil na defesa de direitos coletivos.

O oposto ocorre nos Estados Unidos da América e nos modelos baseados no direito anglo-americano. Nesse país, como já abordado no terceiro capítulo desta dissertação, o autor coletivo é, em regra, um indivíduo lesionado que propõe uma ação individual, mas que pede ao tribunal um certificado (*certification*) a fim de representar a classe.

Nesse caso, deferido o pedido pelo tribunal, a ação que antes era individual passa a ser processada como coletiva, o indivíduo torna-se o representante adequado da classe (embora precise comprovar que é adequado realmente) e a sentença surtirá efeitos para toda a classe representada – que poderá, no início ou ao final do processo, optar por não mais ser parte representada (*opt out*).

Como já apontado anteriormente, para ser representante adequado da classe é necessário que o indivíduo cumpra com sete requisitos (LEAL, 1998, p. 134):

[...] existência de uma classe identificável e a pertinência do indivíduo como membro da classe. Outros quatro requisitos estão enumerados na Regra 23 (a) do Código Federal de Processo Civil: impraticabilidade da formação do litisconsórcio, comunhão de questões de fato e de direito (*commonality*) entre os membros da classe, identificação das pretensões do representante e do representado (*typicality*) e adequada representação da classe pelo autor da ação. O sétimo requisito é o de que a ação se encaixe em uma das alíneas do item (b) da mesma Regra 23. Na autorização (*certification*), o tribunal decide quem compõe a classe e quais pontos formarão coisa julgada coletiva [...].

É nesse ponto que tem destaque o instituto processual da representatividade adequada, que surge como uma forma de garantir não apenas a participação democrática da população civil por meio de um representante, mas também a segurança jurídica, quando examina a boa-fé, a competência técnica e a experiência profissional do representante adequado.

O quadro comparativo abaixo contribui para se entender melhor as diferenças e semelhanças entre o sistema de legitimação da Ação Civil Pública brasileira e as *class actions* estadunidenses.

LEGITIMADOS ATIVOS	AÇÃO CIVIL PÚBLICA	CLASS ACTION
Entes públicos (Ministério Público e demais entidades da administração pública).	São legitimados. Os entes públicos, principalmente o Ministério Público, têm forte atuação, inquestionável aptidão e independência política na propositura dessas ações.	São legitimados. Têm autoridade para propor ações coletivas e nem sequer precisam comprovar sua adequada representação. Questiona-se a independência política.
Organizações e Associações Privadas.	São legitimadas. Apesar da autorização legal, há restrições e não é expressiva a sua atuação no cenário brasileiro.	São legitimadas. Nos Estados Unidos, a participação de associações e ONGs é grande. Utilizam-se largamente das ações coletivas (<i>class actions</i>).
Indivíduo como autor coletivo.	Não é legitimado. O indivíduo não está autorizado a propor uma Ação Civil Pública para defender seus direitos e os direitos de “outros” (classe, grupos, categorias, coletividade).	É legitimado. Em regra, é o indivíduo que propõe uma ação individual e pugna para que seja considerado representante adequado e para que a ação seja processada coletivamente.

Quadro 2: Comparação entre o sistema de legitimação da Ação Civil Pública brasileira e as *Class Actions* estadunidenses.

5.2 ADOÇÃO DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA ESTADUNIDENSE COMO MEIO DE AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO BRASILEIRO

Interessa aqui relacionar o instituto da representatividade adequada das ações de classe estadunidenses à ampliação do acesso à justiça formal e material, na tentativa de demonstrar que o modelo dos Estados Unidos da América é mais efetivo nesse sentido do que o brasileiro.

Primeiro, faz-se necessário relembrar que a América Latina tem toda uma diferença de formação histórica e cultural em relação aos Estados Unidos da América. Não se propõe neste trabalho igualar um ao outro.

Sobre essa formação, conhece-se a árdua tarefa de libertação e construção do contexto latino-americano, sobre a qual se destacam as palavras de Daniel Maurício Cavalcante de Aragão (2004, p. 211):

[...] América colonizada pelos portugueses e espanhóis recebeu o discurso da modernidade, do europeu com pretensão de universalidade. O outro, o índio, o negro escravo e, posteriormente, o latino-americano eram vistos sob a ótica europeia como sendo bons selvagens, domesticados para aceitar a verdade trazida pelos europeus. Na segunda metade do século XX [...] diversas foram as contribuições de intelectuais latino-americanos e mesmo de estrangeiros na busca de conhecer o ser que representa o Outro, aquele que, partindo de sua realidade, constrói uma subjetividade marcada pela libertação.

Com base no que foi dito pelo autor, observa-se que a tentativa de “europeização” da América Latina vem de longa data, desde a colonização. Posteriormente, também ocorreu a tentativa de “venda” do *american way of life*, porém, a partir de meados do século XX, esse contexto começou a mudar, pois a América Latina iniciou a sua luta pela libertação e pela construção de sua própria identidade.

Não se objetiva neste trabalho afirmar que o Brasil tem uma formação histórica e cultural adequada para a implementação das ideias aqui propostas, nem se pretende apontar quais as formas de implementação dessas ideias no Brasil, que possui um contexto social muito diverso do estadunidense (esses assuntos ensejariam um novo trabalho, mais aprofundado e baseado até mesmo em pesquisas sociológicas, antropológicas e jurídicas, de que não cuida esta dissertação).

Os países sul-americanos, certamente, necessitavam (e necessitam ainda) caminhar com suas “próprias pernas” não só no cenário social e cultural, mas também no jurídico. Todavia, isso não significa dizer que deve a América Latina “fechar-se” para o que ocorre em outras partes do mundo; ao contrário, necessita ficar sempre atenta para evoluir-se e aprimorar-se.

Assim aponta Antonio Carlos Wolkmer (2004, p. 32):

[...] a edificação de um pensamento crítico latino-americano não implica a total negação ou a ruptura radical com outras formas de conhecimento herdadas do iluminismo e produzidas pela modernidade européia, mas um processo dialético de assimilação, transposição e reinvenção.

No contexto jurídico da América do Sul, ressalta-se, por sua vez, a luta problemática pela eficácia e efetivação dos direitos e garantias fundamentais, no sentido de que se deve

[...] assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja [...] tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário [...] investe os poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos [...] (SARLET, 2008, p. 286).

Nesse sentido, o papel da efetividade do acesso à justiça no cenário brasileiro também se torna importante, e novas pesquisas surgem na tentativa de aprimorar o Judiciário na efetivação dos direitos e garantias fundamentais. É este o caso deste trabalho: tentar aprimorar o acesso à justiça por meio da ampliação do rol de legitimados ativos à Ação Civil Pública brasileira.

Esse raciocínio de ampliação baseia-se na ideia de que nem todos os países que optaram pelo sistema misto cumprem efetivamente com a finalidade desse sistema. Isso porque, apesar de terem, em tese, legitimados particulares e públicos à propositura das suas ações coletivas, dão pouco espaço aos primeiros e ainda menos às pessoas físicas.

É isso, exatamente, o que ocorre no Brasil. Apesar de o sistema de legitimação adotado no País ser o misto, a única grande ação coletiva que tem como legitimada a pessoa física é a Ação Popular. Nas demais ações metaindividuais, os entes privados podem até atuar como legitimados ativos, todavia, ainda é escassa essa atuação.

Nesse sentido, o acesso à justiça acaba prejudicado pela falta de participação dos entes privados. Estes acabam deixando a responsabilidade de tutelar os direitos metaindividuais a cargo dos entes públicos, que, por sua vez, também apresentam problemas. Senão vejamos:

São outras as regras referentes à legitimidade, aos procedimentos e aos institutos jurídicos. Apesar de várias iniciativas adotadas por alguns países, pode-se identificar as principais características [...]: 1) Dificuldade dos órgãos institucionais em assumir inteiramente a defesa coletiva dos direitos de maneira eficaz, tais como, o Ministério Público e Agências Reguladoras. Falta-lhes por vezes os conhecimentos técnicos específicos de outras áreas ou suporte material e pessoal. 2) Percepção de que para a defesa é imprescindível que haja o reconhecimento de grupos já existentes, bem como a organização e o fortalecimento de novos grupos (GERA, 2004, p. 66).

Ou seja, os órgãos públicos, apesar de serem um dos poucos entes que atuam na defesa dos direitos metaindividuais com amparo legal de legitimação em quase todas as grandes ações coletivas, ainda enfrentam problemas nessa luta. São estes os problemas apontados pela autora: o precário nível de conhecimentos técnicos específicos e a falta de suporte material e pessoal dos órgãos de defesa desses direitos. Isso acaba tornando-os também ineficazes nessa luta, dificultando a defesa dos interesses coletivos *lato sensu*.

Surgem então outros dois problemas referentes ao acesso coletivo à justiça: a) Como possibilitar a melhor tutela dos direitos e garantias metaindividuais? b) Ampliando-se a legitimidade aos entes privados e às pessoas físicas, ampliar-se-ia também a possibilidade de acesso à justiça?

Buscando responder a essas perguntas e tentando aprimorar ainda mais o “sistema metaindividual brasileiro”, há que se mencionar a representatividade adequada estadunidense. Ora, como já visto no item anterior, esse instituto processual busca, sobretudo, possibilitar que entes particulares e pessoas físicas possam defender o interesse de uma classe, grupo ou categoria por meio das ações coletivas, também denominadas *class actions*.

Conforme dispõe David Clark (2002, p. 400) e já bastante frisado neste trabalho, tal ação é um instrumento mediante o qual um ou mais membros de uma classe ou

grupo podem ajuizar uma ação em nome de toda a classe ou grupo. Essa espécie de ação adveio das cortes de equidade inglesas, nos casos em que pessoas afetadas por uma lei eram tantas que seria inviável trazê-las uma a uma ao processo.

Godoy (2004, p. 21-22) complementa esse raciocínio explicando que as *class actions*

[...] são muito comuns em discussões de relações de consumo, de proteção ambiental, de direitos civis, de disputas entre acionistas de empresas (*corporate shareholders*). É uma forma de implementar disposição legal contra violadores institucionais, contra pessoas e empresas que podem ser responsabilizadas por prejuízos causados a um grupo relativamente amplo de pessoas. Foram muito utilizadas nas lutas contra a doutrina do *separated but equal*, durante o processo de desagregação racial na década de 1960. A classe é determinada por um mínimo de 25 membros, unidos por questões comuns, com pedido adequado a representar para a classe como um todo, com interesses primários em recomposição financeira e material.

Pode-se perceber que os legitimados à propositura dessa ação – particulares e pessoas físicas, além de entes públicos – podem tutelar basicamente em variadas hipóteses, ou seja, o cabimento da *class action* é extenso, tal qual a de uma ação civil pública brasileira.

Ou seja, uma pessoa física ou um ente particular têm, nos Estados Unidos, por meio das *class actions*, uma forma de poder tutelar não só o seu direito como o direito de muitos, desde que sejam o representante adequado daquela classe ou grupo. Para tanto, faz-se necessário que preencham alguns requisitos (já abordados no item anterior desta dissertação), quais sejam: seriedade, credibilidade, capacidade técnica e até mesmo econômica.

Isso demonstra que, apesar de haver uma abertura do processo coletivo a vários entes, a escolha do representante adequado não é feita de qualquer forma; há uma preocupação com o acesso à justiça material, que é a de possibilitar que aquele grupo, classe ou coletividade obtenha a decisão mais benéfica, justa e célere com a entrega de seu direito material (acesso à justiça no sentido material e não apenas formal). Tanto é que, havendo qualquer fraude, conluio ou má-fé do representante

adequado, o juiz fará a apuração, podendo, inclusive, não haver coisa julgada daquela decisão desfavorável à classe, grupo ou categoria.

Percebe-se, com isso, que a preocupação com o acesso à justiça e com a participação popular através de um de seus membros adentra o contexto da legitimidade coletiva de forma a possibilitar que as partes obtenham a decisão do magistrado com a resolução do problema posto de forma mais justa e benéfica à classe. Esse pensamento é defendido por Enrique Vescovi (1999, p. 172-173).

Conforme aponta o autor uruguaio, a representatividade adequada da *class action* estadunidense possibilita e reconhece a participação popular através da legitimação de um particular afetado pela situação – que atuará como representante de todo um grupo.

Isso se refletirá duplamente no acesso à justiça: a) possibilitará maior acesso ao Judiciário, por permitir a atuação do ente particular e da pessoa física; b) permitirá que essa atuação seja feita por um representante adequado, que possua seriedade, credibilidade, capacidade técnica, o que contribuirá para que haja uma decisão mais justa.

Todavia, no que se refere às ações coletivas brasileiras, tal participação não ocorre, conforme se pode extrair das palavras de Márcio Flávio Mafra Leal (1998, p. 200-201):

O modelo brasileiro optou por uma solução mista entre os sistemas do *public attorney general* e do *organizational private attorney general*, isto é, a representação mediante entidades públicas e de associações (art. 5 da Lei 7.347/85 e art. 82 do CDC), sem que haja algum prevailecimento ou tratamento preferencial entre quaisquer dos legitimados.

Por essa razão, na aplicação do ordenamento jurídico brasileiro perante um caso concreto, o magistrado não poderia admitir a representatividade da classe à sociedade civil por um de seus integrantes, assim como não poderia controlar a representação de nenhum dos legitimados dispostos no microssistema de legislação coletiva brasileira. É justamente isso o que as *class actions* estadunidenses proporcionam.

Desse modo, defende-se a aplicação desse instituto de modo a possibilitar uma abertura do processo coletivo no Brasil e, conseqüentemente, do acesso coletivo à justiça, da defesa dos direitos e garantias fundamentais, da democracia e, de maneira mais ampla, da própria efetividade da Constituição. Isso por meio da participação dos cidadãos como legitimados à propositura da Ação Civil Pública tal qual adequados representantes (que necessitam comprovar os mesmos requisitos dos representantes das *class actions*: seriedade, credibilidade, capacidade técnica e até mesmo econômica).

Com o intuito de viabilizar ainda mais tal abertura, destaca-se ainda a necessidade da introdução do *amicus curiae* e das audiências públicas, no mesmo raciocínio de Américo Bedê Freire Júnior (2005, p. 98):

[...] é preciso [...] viabilizar uma abertura no processo coletivo, a fim de que toda a sociedade que, de fato, é alcançada pelos efeitos da decisão possa participar ativamente das decisões do processo coletivo. Como exemplo dessa abertura do procedimento, vislumbra-se plenamente compatível com as ações coletivas a introdução de figuras como o *amicus curiae* e a realização pelo Judiciário de audiências públicas. Isto é importante a fim de viabilizar que o juiz, ao analisar a questão coletiva, não seja seduzido por parte da realidade transportada aos autos, mas possa sopesar as questões postas, ouvindo um maior número de opiniões das pessoas que também serão alcançadas pela decisão no processo coletivo. As peculiaridades do processo coletivo precisam sensibilizar o legislador e os operadores jurídicos para que haja um correto tratamento das questões que visam, sobretudo, viabilizar o acesso à justiça.

Todavia há autores, como Martin Redish (2009, p. 21), que consideram que a *class action* estadunidense se transformou num foco de discussão política, em chantagem judicial, apesar de concordarem que esse mecanismo ainda deve ser considerado como um provedor da efetividade dos direitos e das políticas públicas. Visto na perspectiva de um norte-americano, isso demonstra a realidade também daquele país, onde juízes e procuradores são indicados politicamente e acabam sem ter a independência necessária às suas funções.

Redish observa também que a *class action* não foi criada com o objetivo de “fazer justiça”, ou “distribuir saúde e direitos”, ou cumprir com o papel democrático. Nada disso, o objetivo da criação desse mecanismo foi, simplesmente, o de elaborar um

prodecimento para facilitar as leis substantivas preexistentes, diminuir o acúmulo de processos individuais e dar uma resposta de um Judiciário ativo e eficiente à sociedade.

Ocorre que, mesmo não estando pautada no objetivo de gerar efetividade dos direitos e participação democrática, a *class action*, na opinião desta pesquisadora, acabou, sim, por contribuir também para estas finalidades: gerar maior justiça social e democracia, ao possibilitar que cidadãos comuns ingressem com uma ação de classe, evitando o acúmulo dessa função nas mãos dos entes públicos e privados (Associações e ONGs).

Dessa maneira, talvez a sociedade civil brasileira se organize e se estruture para agir em defesa de direitos coletivos, passando a ser mais atuante, tendo uma participação muito mais ativa nesse contexto, trazendo também, além da ampliação do acesso material e formal à justiça, uma democracia participativa, e não apenas uma democracia representativa, ao contexto do Estado Democrático.

Essas considerações são importantes para que se evidencie serem esses instrumentos essenciais tanto para outros países como para o Brasil. Isso porque se trata de uma abertura que visa à proteção de interesses e direitos metaindividuais, por meio de uma tutela mais próxima da coletividade e da participação popular, o que se reflete justamente na abertura do acesso à justiça ao coletivo – e no aprimoramento desse acesso.

5.3 TÉCNICA PROCESSUAL E PROCEDIMENTO ADEQUADO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS FUNDAMENTAIS

Também com o intuito de ampliar o acesso coletivo à justiça, este item traz à tona a questão da técnica processual e o procedimento adequado na efetivação dos direitos fundamentais metaindividuais, na tentativa de demonstrar que o apego exagerado ao formalismo não pode colocar em posição de inferioridade a

celeridade, a efetividade, a economia processual, a instrumentalidade substancial e o acesso à justiça. Essa postura não pode mais ser admitida no paradigma atual do direito.

Sobre o assunto, necessário apontar as palavras de José Roberto dos Santos Bedaque (2006, p. 148):

Rapidez não é o único componente da idéia de efetividade do processo. O método estatal destinado a possibilitar a eliminação das crises verificadas no plano substancial deve, na medida do possível, permitir às partes a reprodução exata daquela realidade e a utilização de todos os meios colocados à sua disposição. Por isso, a correção de equívocos deve ser sempre admitida, desde que não conflite com os valores expressamente tutelados pelo legislador processual. Como o sistema processual brasileiro é informado pelas idéias da conservação da economia, não há razão para impedir à parte a eliminação de vícios ou imperfeições do ato praticado, se esse comportamento não acarretar demora injustificada do processo. Esta conclusão procura conferir instrumentalidade substancial ao processo. As regras técnicas relacionadas a esse método de trabalho destinam-se tão-só a possibilitar seu desenvolvimento ordenado, sem retrocessos indevidos. A preclusão constitui um desses mecanismos. Sua aplicação, todavia, não pode descaracterizar o instrumento, tornando-o meio sem fim, o que encerra verdadeiro paradoxo.

Como se pode auferir da observação do escritor, sempre que possível, deve-se ponderar de forma a preferir o acesso à justiça, a instrumentalidade substancial das formas, a economia processual e a técnica adequada ante o formalismo das ações tanto individuais quanto metaindividuais.

Nesse aspecto, não proporcionando a efetividade do acesso à justiça nem a garantia do cumprimento dos direitos coletivos, considerar a representatividade adequada estadunidense como uma proposta de democratização da tutela coletiva (com a possibilidade do *opt-out* e a necessidade de certificação do representante da classe) pode ser uma solução à ausência de legitimação privada no Brasil.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, pode-se afirmar que o acesso à justiça não pode ser visto apenas sob o enfoque individual, já que a sociedade está inserida em um ambiente de constantes conflitos de massa, exigindo uma “tutela em massa” do Judiciário.

Destacou-se que tal acesso está intimamente ligado às ações coletivas. Estas, por sua vez, são instrumentos eficazes e necessários à tutela dos interesses e direitos metaindividuais e, principalmente, dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Para entender melhor o que é direito fundamental, foram apontadas as “ondas renovatórias” como movimentos de aprimoração do direito de acesso à justiça. Dentro desse aspecto, a dissertação visou apontar caminhos que proporcionassem uma efetividade maior desse direito no âmbito das ações coletivas brasileiras.

Apresentaram-se, por sua vez, as características básicas e a evolução do conceito de acesso à justiça no âmbito nacional e estadunidense, no plano individual e coletivo, e salientou-se o acesso à justiça como direito humano e fundamental bem como mecanismo básico de proteção dos direitos fundamentais. Constatou-se que o acesso à justiça no Estado Democrático tem significado de justiça social, e não de mera garantia do direito de petição, com relevância tanto para o indivíduo como para a coletividade (variação entre acesso à justiça formal e acesso à justiça material).

Demonstrou-se ainda que a concepção de acesso à justiça não apresenta grandes variações no Brasil nem nos Estados Unidos, apesar de esse direito fundamental ter tido uma evolução diversa em ambos os cenários. Também se observou que o acesso à justiça ainda padece de problemas na sua efetivação, principalmente na seara da legitimação coletiva.

Para tanto, tentou-se trazer a experiência de outro país, no caso os Estados Unidos da América, a fim de analisar como pode ser tratada a questão da legitimidade coletiva de uma forma mais benéfica à sociedade, à realidade do País, aplicando-se da melhor forma possível a Constituição Brasileira.

Por isso, discorreu-se sobre a metodologia de comparação de sistemas jurídicos e a possibilidade de comparação entre *civil law* e *common Law*; salientou-se a origem, os traços e as características marcantes do sistema romano-germânico bem como do sistema anglo-saxão, trazendo, posteriormente, o cotejo entre esses sistemas. Ficou clara a possibilidade de comparação entre sistemas tão diversos.

Nesse sentido, observou-se que ignorar o sistema tido por muitos estudiosos como alienígena pode colocar em risco o direito fundamental, tanto individual quanto coletivo, de acesso à justiça. Por outro lado, observou-se também que há uma discrepância entre a realidade estadunidense e a brasileira, tão diferente e contrastante, visto que a cultura, a economia, o desenvolvimento histórico, político e ético do Brasil não são iguais aos dos Estados Unidos da América. Isso, por sua vez, não implica dizer que não se possa analisar e até mesmo implantar, de forma adequada à realidade brasileira, um instituto de origem estadunidense.

Verificou-se que a ação coletiva ou *class action* estadunidense tem como papel ser um mecanismo de garantia dos direitos humanos, fundamentais e sociais. Tratou-se do conceito dessa ação, da sua evolução no cenário estadunidense, dos interesses protegidos, das regras de cabimento, legitimação e representatividade adequada e do *opt in* e *opt out*, discutindo-se a efetividade do acesso à justiça nesse sentido, chegando-se à conclusão de que o instituto processual da representatividade adequada previsto no sistema jurídico estadunidense das *class actions* traz a possibilidade de a sociedade civil, por meio de um de seus integrantes, representar a classe, e, ainda, de tal representante poder ser controlado pelo representado.

A mesma análise foi feita no que diz respeito às ações coletivas brasileiras: abordou-se o conceito dessa ação, sua evolução no cenário brasileiro, os interesses que protege e as regras de cabimento. Nesse ponto, optou-se por limitar o estudo apenas às Ações Cíveis Públicas, por serem elas as ações coletivas mais próximas

das *class actions* estudadas. Acerca das Ações Cíveis Públicas, destacou-se como ocorre a legitimação e a representatividade adequada e concluiu-se que apenas os entes públicos legitimados têm participação ativa na interposição dessas ações, enquanto os legitimados privados pouco atuam nessa seara.

Ou seja, discorreu-se sobre a efetividade do acesso à justiça ante a legitimação no Brasil como meio garantidor dos demais direitos fundamentais. Além disso, demonstraram-se problemas acerca da utilização maciça da legitimação pública no País e da pouca atuação dos entes privados legalmente legitimados.

Tendo como fundamento principalmente o que foi dito nos capítulos anteriores, traçaram-se as diferenças e semelhanças entre a ação coletiva brasileira e a ação estadunidense, no que diz respeito à legitimação como meio de efetivação do acesso, observando que o país que consegue proporcionar um acesso mais efetivo é os Estados Unidos da América.

Ao final, ao comparar o sistema estadunidense da representatividade adequada com o sistema em vigor no Estado Brasileiro, observou-se que no Brasil há propensão para se utilizar em larga escala a legitimidade pública nas ações coletivas, o que se constitui num empecilho à maior efetividade do acesso à justiça e compromete a efetividade dos demais direitos fundamentais.

Assim, buscando responder à questão proposta nesta dissertação – *A representatividade adequada no sistema da class action estadunidense pode ser utilizada no ordenamento jurídico brasileiro para ampliar o direito fundamental de acesso à justiça?* –, chegou-se à seguinte conclusão: apesar de o sistema estadunidense da *class action* e o instituto processual da representatividade adequada não serem fórmulas perfeitas e infalíveis, ainda parecem ser o caminho mais acertado a possibilitar maior acesso à justiça.

Desse modo, poderia e deveria ser ampliado o rol de legitimados às Ações Cíveis Públicas no sistema brasileiro, o que contribuiria para tornar mais efetivo o acesso à justiça formal e material e a democracia participativa. Impõe-se para tanto a necessidade de uma comprovação da representatividade adequada pelo cidadão,

assim como ocorre nos Estados Unidos, de modo a conferir maior segurança jurídica à coletividade representada bem como evitar demandas temerárias e representantes não aceitos pelo grupo.

A tutela dos direitos coletivos não pode e não deve ser de uso quase exclusivo (haja vista a pouca atividade das associações nesse sentido) dos entes públicos, como ocorre hoje no Brasil, onde 90% das Ações Cíveis Públicas são propostas pelo Ministério Público.

Mesmo considerando que seja uma tarefa árdua tornar possível e real essa forma de “democracia participativa”, ainda mais em um país com tantas dificuldades como o Brasil, este trabalho posiciona-se no pensamento de que cumprirá ao direito fornecer os meios para coibir os desvios dos representantes.

Não nos parece razoável admitir a exclusão dos cidadãos como legitimados de um direito que a eles também pertence pelo simples fato de o sistema não conseguir criar formas de pôr em prática algo que proporcionasse maior efetividade do acesso à justiça. Não se espera aqui propor uma ideia única e absoluta sobre o assunto, mas apenas que este trabalho permita a contínua reflexão e discussão do tema.

7 REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Introdução ao direito comparado**. Coimbra: Almedina, 1998.
- ALVIM, Theresa et al. **Código do consumidor comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- ANONNI, Danielle. **Direitos humanos e acesso à justiça no direito internacional: responsabilidade internacional do Estado**. Curitiba: Juruá, 2009.
- ARAGÃO, Daniel Maurício Cavalcante de Aragão. Subjetividade do outro, processo de libertação e construção de direitos no contexto latino-americano. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Direitos humanos e filosofia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 211-228.
- BASSET, Debra Lyn. The defendant's obligation to ensure adequate representation in class action. **UMKC Law Review**, Cambridge, n. 512, 2005-2006. Disponível em: <www.heinonline.org>. Acesso em: 6 abr. 2009.
- BASTOS, Aurélio W. **Constituição e proteção dos direitos coletivos no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 1.
- BERTOINA JÚNIOR, Oswaldo. Ação civil pública - Legitimidade: principais aspectos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 134, p. 7-26, abr. 2006.
- BEZNOS, Clóvis. **Ações populares e ação coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.
- BRASIL. Lei Orgânica n.º 5.682, de 21 de julho de 1971. Dispõe sobre filiação partidária em caso de incorporação de partidos políticos, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 de julho de 1971. Seção 2, p. 3.
- _____. Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Vetado) e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 25 de julho de 1985. Seção 1, p. 10649.
- _____. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado, 1988.
- BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo**. São Paulo: Atlas, 2007.
- BRENNINKMEIJER, Alex. **Access to justice: bridging the gap between principle and practice**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro, BRYANT, Garth. **Access to justice and the welfare state: an introduction.** Firenze: European University Institute, 1979.

_____. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Fabris, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado.** Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, v. 3, p. 481-486, 1997.

CASHMAN, Peter. **Class action: law and practice.** Riverwood: The Federation Press, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Forense, 1976.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2008.

COOLEY, Thomas. **Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América.** Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002.

COURA, Alexandre de Castro. Interpretação e aplicação dos direitos fundamentais: uma disputa de paradigmas... In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 403-446.

CLARK, David. **Introduction to the law of the United States.** Norwell: Kluwer, 2002.

DANTAS, Ivo. **Direito constitucional comparado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DICKERSON, Thomas. **Class actions: the law of 50 states.** Nova York: Law Journal Seminars, 1997.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública.** São Paulo: Saraiva, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno.** São Paulo: Malheiros, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously.** Cambridge: Harvard University Press, 1978.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law.** Cambridge: Harvard University Press, 1988.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal equity rule 38 class.** Michigan: Michigan Law Review Association, 1932.

_____. **The Constitution of the United States of America.** Chicago: University of Chicago Press, 2000.

_____. Supreme court. **Case 311: Hansberry vs. Lee.** Disponível em: <<http://supreme.justia.com>> Acesso em: 26 nov. 2009

- FALCÃO, Joaquim. Cultura jurídica e democracia: a favor da democratização do judiciário. In: LAMOUNIER, Bolivar et al. **Direito, cidadania e participação**. São Paulo: Tao, 1991. p. 29-75.
- FILARDI, Hugo. Ação civil pública e acesso à justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 134, p. 27-47, abr. 2006.
- FRANCIONI, Francesco. **Access to justice as a human right**. New York: Oxford University Press, 2007.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GERA, Renata Coelho Padilha. Interesses individuais homogêneos na perspectiva das “ondas” de acesso à justiça. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Coord.). **Direitos metaindividuais**. São Paulo: LTr, 2004. p. 53-75.
- GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GLENDON, Mary Ann; GORDON, Michael; CAROZZA, Paolo. **Comparative legal traditions**. Saint Paul: West Group, 1999.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. São Paulo: Manole, 2004.
- GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de direito processual civil coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GRECO, Leonardo. **A teoria da ação no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984.
- _____. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. **Revista Forense**: Rio de Janeiro, v. 352, p. 3-14, dez. 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petrônio (Org.). **Direito processual comparado**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GUNTHER, Luiz Eduardo. **Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial**. Curitiba: Juruá, 2008.
- GUTTERIDGE, Harold Cooke. **Comparative law: an introduction to the comparative method of legal study and research**. Cambridge: AT The University Press, 1946.
- HENSLER, Deborah. **Class action dilemmas: pursuing public goals for private gain**. Santa Monica: RAND Institute for Civil Justice, 2000.
- HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. **The common law**. New York: Oxford University Press Inc., 1993.
- HUGHES, Graham. Common law systems. In: MORRISON, Allan B. (Coord.). **Fundamentals of American law**. New York: Oxford University Press, 1998. p. 9-25
- LEAL, Márcio Flávio Mafrá. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual - legitimação do Ministério Público.** São Paulo: LTr, 2001.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LYRA, Bruna. Os direitos metaindividuais analisados sob a ótica dos direitos fundamentais. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Coord.). **Direitos metaindividuais.** São Paulo: LTr, 2004. P. 24-36.

MAGRUDER, Allan B. **John Marshall.** Boston: Houghton, Mifflin and Company, 1998.

MAITLAND, Frederic. **Why the history of English law is not written.** Cambridge: HAL Fisher, 1911.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Ação civil pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** São Paulo: Saraiva, 2005.

MEHROTRA, Santosh. Democracy, decentralization and access to basic services: an elaboration on sens capability approach. In: COMIN, Flavio; QZILBASH, Mozaffar; ALKIRE, Sabina. **The capability approach: concepts, measures and applications.** New York: Cambridge University Press, 2008. p. 385-420.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MILLEMANN, Michael. **Teaching legal research and writing with actual legal work: extending clinical education into the first year.** Maryland: Maryland University Press, 2006.

MILLER, Artur. **Of Frankenstein monsters and shining knights: myth, reality and the "class action problem".** Cambridge: Harvard Law Review, 1979.

MORAIS, José Luiz de Bolsan. **Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORÊZ, Francielli. **Introdução ao direito islâmico: evolução histórica, aspectos dogmáticos e elementos de inserção social.** Curitiba: Juruá, 2008.

MORRISON, Allan B. **Fundamentals of American law.** New York: Oxford University Press Inc., 1998.

MULHERON, Rachel. **The class action in common law legal systems: a comparative perspective.** Oxford: Hart Publishing, 2004.

MULLENIX, Linda. New trending in standing and res judicata in collective suits. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petrônio (Org.). **Direito processual comparado.** Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 500- 534.

- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- OLIVEIRA, Luciano; PEREIRA, Affonso. **Conflitos coletivos e acesso à justiça**. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 1988.
- ORDOÑEZ, Jaime. Administración de justicia, gobernabilidad y derechos humanos em América Latina. In: BURELLI, Alirio Abreu et al. **Estúdios básicos de derechos humanos**. São José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. p. 341-353.
- ORMOND, Thomas. Access to justice for environmental NGOs in the European Union. In: _____. **Environmental rights: law, litigation & access to justice**. London: Camaron May, 1995. p. 60-82.
- PLATA, José Guillermo Vallarta. **Introducción al estudio del derecho constitucional comparado**. México: Porrúa, 1998.
- RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. São Paulo: Renovar, 2005.
- RAWLS, John. **Justice as fairness**. Cambridge: Harvard University, 2001.
- REDISH, Martin. **Wholesale justice: constitutional democracy and the problem of the class action lawsuit**. Stanford: Stanford University Press, 2009.
- REIS, Gustavo Augusto Soares dos. A importância da defensoria pública em um estado democrático e social de direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 72, p. 230-240, 2008.
- RODHE, Debora L. **Access to justice**. New York: Oxford University Press, 2004.
- RUBESTEIN, William. **Understanding the class action fairness act of 2005**. Harvard University Press, 2005. Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/faculty/directory/index.html?id=499>>. Acesso em: 3 set. 2009.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (Org.). **Sociologia e direito**. São Paulo: Pioneira, 1980. p. 107-117.
- _____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: _____. (Org.). **Reconhecer para libertar os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003 p. 429-460.
- _____. **Law and globalization from below: towards a cosmopolitan legality**. New York: Cambridge University Press, 2005.
- SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**. São Paulo: LTR, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. São Paulo: Landy, 2006.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SPAETH, Harold; SMITH, Edward. **The constitution of the United States**. New York: Harper Collins, 1991.

TOCQUEVILLE, Alex de. **De la démocratie en Amérique**. Paris: Librairie de Médicis, 1951. p. 80.

UNIVERSITY OF WASHINGTON. School of Law. **Black's law dictionary**. 8th ed. Washington, 2009.

VESCOVI, Enrique. La participación de la sociedad civil en el processo: la defensa del interés colectivo y difuso. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). **Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 157-182.

VESCOVI, Thaiz da Silva. O moderno sistema de acesso coletivo à justiça. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS VIOLÊNCIA E POBREZA, 2., 2008, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro: Rede Sirius, 2008. p. 234-267.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil law e common law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128-135.

_____. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. São Paulo: Saraiva, 1993.

WOLKMER, Antônio Carlos. Fundamentos da crítica no pensamento político e jurídico latino-americano. In: _____. (Org.). **Direitos humanos e filosofia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 1-47.

WOOLLEY, Patrick. Rethinking the adequacy of adequate representation. **Texas Law Review**, Texas, v. 75, n. 571, 1996-1997. Disponível em: <<http://www.heinonline.org>>. Acesso em: 7 nov. 2009.

ZAVASCKI, Teori. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

