

PRELÚDIO À EFETIVIDADE DAS AÇÕES COLETIVAS

– Tributo à professora Ada Pellegrini Grinover –

ADRIANO PERÁCIO DE PAULA

Advogado. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Presidente da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/MG. Associado do Brasilcon (Instituto Brasileiro de Política e Defesa do Consumidor). Professor de Direito Processual Civil
adrianopp@uol.com.br

LILLIAN JORGE SALGADO

*Advogada. Pós graduada *latu sensu* em Direito Empresarial pela IEC/PUC-MG. Membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/MG. Componente do Conselho Gestor do Fundo Estadual de Defesa do Consumidor de Minas Gerais. Presidente do Instituto de Defesa Coletiva.*
contato@liliansalgado.com.br

RESUMO: Este breve estudo trata da efetividade das ações coletivas, cuja viabilidade e alcance com a legislação vigente ainda não alcançou todo seu potencial. E dentre estas tantas possibilidades está a redução concreta das demandas judiciais, que seriam acobertadas pelas pretensões coletivas, com alcance e resultados legais, que outros meios de controle de volume das ações não obterão, haja vista as tantas alterações legislativas que nada refreiam o assoberbamento de trabalho imposto ao Poder Judiciário em todas as suas instâncias.

TEMÁRIO: 1) Introdução. 2) Das ações coletivas como meio de acesso à Justiça e forma de redução do volume de processos nos tribunais 3) Das potencialidades do manejo da legislação vigente nas ações coletivas. 4) Casuística sobre a efetividade da tutela coletiva dos consumidores. 5) Das conclusões.

1. INTRODUÇÃO

Em setembro de 2017, a Comissão de Defesa do Consumidor e a Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil de Minas Gerais (OAB/MG) realizaram um seminário por conta de mais um aniversário da promulgação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

O evento realizado em Belo Horizonte ainda contou com o apoio do Brasilcon (Instituto Brasileiro de Política e Defesa do Consumidor) e do Conselho Federal da OAB, e todos prestaram seu tributo à professora Ada Pellegrini Grinover, falecida em 13 de julho daquele ano de 2017.

Neste histórico seminário, o encerramento das atividades se deu com a presença e a alocação do professor Kazuo Watanabe, companheiro da homenageada de variados estudos, pesquisas e reflexões, como também foi outro dos tantos ilustres autores do anteprojeto do CDC. Recordou-se ali os sentimentos de Ada Pellegrini Grinover, se delineando a aflição e o desalento da professora quanto à insensibilidade do legislador brasileiro no tocante à necessidade de aperfeiçoamento do sistema das ações coletivas, assim como da forma de utilização destas ações e interpretação restritiva dada pelos tribunais.

O professor Kazuo Watanabe trouxe em suas meditações a lembrança de um dos últimos estudos que Ada Pellegrini Grinover produziu e publicou, e que foi denominado de *Réquiem para a reforma dos processos coletivos*.¹

Ali se reforçava a vanguarda que a legislação brasileira possui em relação aos ordenamentos estrangeiros, até mesmo como fonte de inspiração de muitos deles quando se trata das ações coletivas.² Narra as variadas tentativas de aperfeiçoamento do sistema, inclusive do recentemente promulgado Código de Processo Civil (CPC) pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, onde o art. 333 aprovado pelo Congresso Nacional, foi vetado pela Presidência da República.

Por fim, naquele estudo a professora Ada Pellegrini Grinover fez uma série de propostas sintetizadas nos seguintes pontos:

- 1) Complementar e esclarecer a definição dos direitos individuais homogêneos.
- 2) Reforçar a presunção legal da relevância social e jurídica da tutela coletiva.
- 3) Dar prioridade de processamento e julgamento às ações coletivas, com possibilidade de suspensão das ações individuais.

¹ Revista do Advogado nº 130, da Associação dos Advogados de São Paulo, agosto de 2016, p. 9/13.

² LEAL, Márcio Flávio Mafrá. *Ações coletivas: história, teoria e prática*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 183/187. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 26/27.

- 4) Explicitar a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas.
- 5) Retocar as regras de competência, para evitar a proliferação de ações decorrentes da competência concorrente.
- 6) Reforçar o incentivo à atuação das associações de defesa do consumidor.
- 7) Incluir capítulos regulando o procedimento da ação coletiva e os cadastros nacionais de processos coletivos e compromissos de ajustamento de conduta.
- 8) Reforçar a adaptabilidade do procedimento e a conciliação nas ações coletivas e cuidar do procedimento.
- 9) Reforçar a regulamentação das indenizações individuais.
- 10) Incluir a Defensoria Pública no rol dos legitimados, bem como a Advocacia Pública e as agências reguladoras na proteção dos consumidores.
- 11) Reforçar a coisa julgada *erga omnes* e os efeitos da sentença.
- 12) Preservar o CDC como fonte principal do microsistema de processos coletivos e regular a prescrição das pretensões coletivas e sua execução.³

Dentre estas proposições, algumas possuem caráter de recomendação de agir de todos nós, e outras dependem de atuação legislativa, mas *legem habemus* (temos a lei), e esta é o CDC e a Lei da Ação Civil Pública (LACP) e outras correlatas a permitir a plena e eficaz utilização das tutelas coletivas.

Assim entendidas como aquelas, além do plano meramente científico, busca atender a interesses gerais e até indeterminados, resguardando o Estado Democrático de Direito pela possibilidade de seu alcance.⁴ Por isso neste estudo breve centraremos

³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Réquiem para a reforma das ações coletivas... op. cit.*, p. 12.

⁴ CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Ação civil pública*, Rio de Janeiro: Aide, 1989, p. 109. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 141.

nossas preocupações naquilo que se usou chamar de gargalo da efetividade das ações coletivas,⁵ pelo menos no que toca ao às ações coletivas em juízo.

Não importando o objeto da ação, tem-se que a indivisibilidade está no *bem da vida* em questão, e não na causa de pedir,⁶ embora na tutela dos interesses individuais homogêneos, a finalidade última da pretensão guarde cunho indenizatório.⁷

Porque a postura defensiva da jurisprudência brasileira quanto às ações coletivas – mas não em sua maioria – está revelar uma falta de sintonia com a realidade, assombroso despreparo até mesmo na compreensão e aplicação do que sejam estas ações coletivas; além de uma incongruência tão absurda, porque se perde a oportunidade em, de fato, buscar resolver o aflitivo e cruciante problema do excesso de serviço pelo volume de demandas individuais dirigidas ao Poder Judiciário, como ainda dar cobertura ao acesso à Justiça através destas ações coletivas.⁸

2. DAS AÇÕES COLETIVAS COMO MEIO DE ACESSO À JUSTIÇA E FORMA DE REDUÇÃO DO VOLUME DE PROCESSOS NOS TRIBUNAIS

2.1. É preciso advertir, antes de qualquer consideração, que o desconhecimento da realidade ou a postura evasiva com a intenção de propor reformas baseadas em meras intuições, no mais das vezes unilaterais, e habitualmente calcadas num empirismo primário, sempre levarão, com certeza, ao inevitável fracasso das mais variadas iniciativas.

Porque o que era imprestável, continuará imprestável como ocorria antes. Por isso, o verdadeiro, aberto e correto alinhamento com as causas e as consequências, principalmente, do assoberbamento do Poder Judiciário – aliás, um fenômeno globalizado e sobre o qual muitos ainda não se deram conta – impõe que se possa

⁵ SALGADO, Lillian Jorge. *As ações coletivas de consumo: presente futuro*, em “Direito do consumidor: presente e novas perspectivas”, coordenação: Alan de Matos Jorge, Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 11.

⁶ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 53.

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Comentado pelos autores do anteprojeto)*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 545.

⁸ MILARÉ, Édis. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 33.

reformular para o que é bom, mesmo que, a curto prazo, não se atinja o ideal.⁹ E assim, de modo rotineiramente sem maiores estudos, com formulações às vezes toscas, que não atacam as causas, mas somente as consequências do problema, nos vemos diante de reformas legislativas feitas seguidamente ao atropelo e sem resultado útil.

Não se exploram as potencialidades das ações coletivas, especialmente, no tocante ao seu alcance e à economia da atividade jurisdicional que seria pensada e aplicada no sentido da coletividade.

Basta tomarmos o que se pratica no Superior Tribunal de Justiça (STJ), onde o conjunto de recursos especiais recebidos pelo STJ e indicados pelos tribunais de justiça ou pelos tribunais regionais federais como recurso representativo da controvérsia – RRC na forma do § 1º do art. 1.036 do CPC, a fim de possibilitar a afetação dos processos pelo ministro do STJ ao rito dos recursos repetitivos.

Ao admitir o RRC, o tribunal de origem inicia o controle para sobrestamento de demais processos no estado ou na região em que está sendo discutida a mesma matéria.

Essa sistemática tem como objetivo concretizar os princípios da celeridade na tramitação de processos, da isonomia de tratamento às partes processuais e da segurança jurídica.¹⁰

2.2. Todavia, essa é uma forma equivocada de lidar com a questão de atingir as consequências e não a causa da crescente procura pela via judicial, apesar das iniciativas que reformaram a legislação da arbitragem, que criaram toda uma série de mecanismos legislativos e jurisprudenciais para se reduzir o alcance dos recursos aos tribunais superiores, mesmo ao custo da própria legalidade desta atuação, como também pelas vacilações próprias dos tribunais em formação colegiada.

⁹ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado da do direito material*, na Revista de Direito do Consumidor nº 2, março de 1992, p. 89. LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 138/139.

¹⁰ Trechos extraídos da página do sítio eletrônico (site) do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O juiz em geral é o avalista da compatibilidade entre o processo – instrumento de realização do direito – e a ordem constitucional a que serve. A correspondência entre o processo e a Constituição encontra no juiz o seu garantidor,¹¹ e aqui nestes casos temos mais um exemplo disso.

Entretanto, por exemplo, postura recentemente adotada pelo STJ deixa pairando uma perplexidade, porque em sessão de abril de 2011, após intensa discussão, a 2ª Seção do STJ, por maioria, fixou interpretação oficial do art. 798 do Código Civil, entendendo que o suicídio ocorrido no prazo de dois anos de vigência do contrato de seguro, por si só, não exime a seguradora da obrigação de pagar o capital segurado, a menos que ela provasse ter havido premeditação do segurado.

Ou seja, se interpretou o texto legal de forma sistemática, à luz da boa-fé objetiva, e se manteve orientação há muito conhecida pelas Súmulas 105 do Supremo Tribunal Federal (STF) e 61 do próprio STJ, editadas ainda no regime do Código Civil de 1916 (AgRg no Ag. nº 1.244.022/RS do STJ).

Contudo, apenas quatro anos depois, em abril de 2015, a mesma 2ª Seção do STJ voltou a debater esse assunto. E também por maioria, fixou novo entendimento de que o suicídio não constitui risco coberto durante os primeiros dois anos do contrato de seguro de vida. Desse modo, STJ passou a entender que o art. 798 do Código Civil adotou o critério objetivo temporal para afastar a dúvida da premeditação. Após o referido prazo, a seguradora será obrigada a indenizar qualquer suicídio (REsp nº 1.334.005/GO).

Como se vê, ainda que a temática objeto da afetação nos recursos escape ao temário aqui debatido, o essencial é que a alteração de jurisprudência nesse caso foi radical, e isso sem adentrar no mérito de qual das duas opções é a melhor interpretação.

Fato é que não se teve o cuidado com a forma de reabertura dessa discussão, porque o recurso foi simplesmente afetado à competência da 2ª Seção do STJ, e meses depois entrou em pauta. Tudo isso tendo em conta que o tribunal pode, em determinado

¹¹ FANTONI JÚNIOR, Neyton. *A tutela antecipada à luz da efetividade da CF e do prestígio da função jurisdicional*, na Revista de Processo nº 86, abril/junho 1997, p. 42.

momento, e no uso de seu soberano poder de opção e decisão, declarar que tais ou quais julgados não respondem mais às necessidades do momento presente.¹²

2.3. Tomemos ainda outros exemplos com alguns dos temas afetados pelo STJ, por exemplo, são matérias que poderiam ser objeto de ações coletivas como o **tema 766** que trata da legitimidade *ad causam* do Ministério Público para pleitear, em demandas contendo beneficiários individualizados, tratamento ou medicamento necessário ao tratamento de saúde desses pacientes (REsp nº 1.682.836/SP e REsp nº 1.681.690/SP, ambos da 1ª Seção do STJ e tendo como relator o Ministro Og Fernandes).

2.4. Acrescente-se ainda que os recursos repetitivos e a própria questão relativa aos casos com repercussão geral somente alcançam o viés de maior amplitude subjetiva, ou seja, terão um alcance coletivo quando os recursos chegarem aos tribunais superiores.

Já com as ações coletivas, este alcance se dá com o ajuizamento da ação e até mesmo com a possibilidade de medidas liminares de caráter cautelar ou como tutela urgente de evidência.

Além do cuidado a se ter com a repercussão geral, de modo que não se veja confirmada a opinião de ser um instituto com origem numa experiência fracassada, cujo fundamento reconhecido é a discricionariedade de trato do interesse individual, sob fundamento de um vago interesse geral, que não se sabe de quem é, nem que medida tem.

Entretanto, manter decisões judiciais com interpretação constitucional divergente afronta a força normativa da Constituição, e atenta contra o princípio da plena efetividade dessa norma constitucional.

Ao requisito da repercussão geral se reconhece existir ampla abertura para subjetividade para sua definição, especialmente porque se parte de um conceito

¹² MELO, Gustavo de Medeiros. *A superação do precedente no novo CPC*, no jornal Valor Econômico, 06/08/2015, p. E02. PUIG BRUTAU, José. *A jurisprudência como fonte do direito*, tradução: Lenine Nequete, Porto Alegre: Coleção Ajuris 5, 1977, p. 235.

indeterminado e vago que é este da repercussão geral. Que tem como referência tratar questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, e que ultrapassem os limites do simples direito subjetivo das partes no processo.¹³

Repercussão geral é, em termos gerais, a relevância somada à transcendência da questão debatida. Em outras palavras, esta questão deve ser relevante por qualquer daqueles pontos, bastando a identificação de apenas um deles, além de transcender o mero interesse subjetivo das partes do caso em concreto.¹⁴ O que demonstra um problema, uma vez que a identificação da questão matriz ao qual se pretende atribuir força vinculante se fará por “amostragem”,¹⁵ quando esta mesma questão vier repetida por inteiro em grande quantidade de recursos. Daí porque não há como negar, ainda assim, o elevado grau de subjetivismo na interpretação da norma jurídica que visa ao enquadramento da repercussão geral.¹⁶

Por isso os critérios devem ser claros, precisos e devidamente motivados, buscando prevalecer orientações de cunho objetivo para que, ao final de todo julgamento, seja fixada uma tese jurídica na qual se fundamenta a decisão.

Enfim, se deve sopesar que na criação de um precedente, dali em diante a sua observância compulsória se imporá para as ações futuras que contenham a mesma matéria debatida. Daí devem as razões de decidir prever essa repercussão prática, buscando levar em conta os debates, as alternativas que estão postas e até mesmo as fundamentações divergentes.¹⁷

¹³ PINTO, José Augusto Rodrigues. *O pressuposto da repercussão geral no recurso extraordinário*, na Revista LTR, volume 69, nº 1, janeiro de 2005, p. 47. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 297.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 37/38.

¹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos*, na Revista Dialética de Direito Processual, 2005, volume 27, nº 4, p. 53.

¹⁶ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *O anteprojeto de lei sobre a repercussão geral dos recursos extraordinários*, na Revista de Processo nº 129, novembro de 2005, p. 112. BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, vol. V, 2014, p. 256.

¹⁷ PUIG BRUTAU, José. *A jurisprudência como fonte do direito*, tradução: Lenine Nequete, Porto Alegre: Coleção Ajuris 5, 1977, p. 180/181. TUCCI, José Roberto Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 175/178.

Para se aplicar a repercussão geral, temos a exigência legal do § 11 do art. 1.035 do CPC, porém **a repercussão geral se dará somente em caso de análise de recurso extraordinário**, não podendo a lei processual estender esta atribuição a outros institutos.

Mas a providência se impõe, também, nos demais casos. Isto porque, como assinalado, o que vincula efetivamente os demais juízos e tribunais é a *ratio decidendi*. Daí ser imprescindível que ela, como tese de julgamento, fique inequívoca para quem tenha de aplicá-la aos demais casos como uma regra geral, cuja hipótese de aplicação se mantém invariável.¹⁸

Ainda importante salientar que, mesmo a lei estabelecendo expressamente acerca da irrecorribilidade da decisão que não conheça do recurso extraordinário, por ausência de identificação da repercussão geral, certo é que a decisão será passível de ser impugnada por embargos de declaração.¹⁹

O Regimento Interno do STF (art. 326) também dá como irrecorrível a decisão que dá pela inexistência da repercussão geral, ato que seria extensivo em seus efeitos a todos os recursos sobre idêntica questão. Dispensável recordar da ilegalidade deste dispositivo, porque não pode um Regimento Interno suprimir a garantia fundamental dos recursos, por mais importante que seja este Regimento Interno.

Porque não se pode buscar a solução deste problema com outra ilegalidade do Regimento Interno do STF (§§ 1º e 2º do art. 324) que, para dar celeridade aos recursos com repercussão geral, admite como válida a manifestação pelo silêncio dos ministros que não se manifestarem no prazo de 20 (vinte) dias no chamado “plenário virtual”.²⁰

¹⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*, na revista eletrônica Consultor Jurídico, 28 de outubro de 2016, p. 22/23.

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, 52ª ed., Rio de Janeiro: Gen Forense, vol. I, 2011, p. 687. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória... op. cit.*, p. 299/303. NASCIMENTO, Bruno Dantas. *Repercussão geral*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 304.

²⁰ PASSOS, Hugo Assis. *Repercussão geral da questão constitucional e o meio eletrônico de julgamento: os poderes do relator no Supremo Tribunal Federal*, Florianópolis: Habitus, 2018, p. 35.

Sibarismo jurídico que empresta legitimidade a ato judicial nulo de origem, onde a contumácia substitui uma decisão judicial que não prescinde de certos protocolos e formalidades, porque a falta de manifestação expressa do juiz a respeito de determinada questão, e sua correspondente fundamentação ao decidir, são normas pétreas.

Com efeito, decisões em repercussão geral assim elaboradas, não precisam, igualmente, serem observadas, porque são inválidas como ato jurídico judicial, e assim podem ser reconhecidas em qualquer instância até mesmo de ofício.

2.5. Dentre as recentes novidades do legislador, e se mostra pouco apta a servir para reduzir o volume de processos individuais nos tribunais, o CPC criou a partir do art. 976 o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, que padece de defeito congênito irreparável.

Antes de tudo, é preciso que se afirme que o incidente como posto, ampliando o revogado procedimento da uniformização de jurisprudência é, ao lado de outros dispositivos do novo CPC com igual defeito, também e, evidentemente, uma **norma inconstitucional**.

Há uma nítida concorrência legiferante e uma inconstitucional descentralização da função normativa do Poder Judiciário,²¹ somente cometida ao STF por regra expressa da Constituição da República, que não admite interpretação extensiva. Assim como, igualmente, se viola o direito de ação, a independência funcional dos magistrados, o princípio do juiz natural e da separação dos poderes.²²

E se algum processo estiver em tramitação, mesmo na primeira instância, verificada sua similitude com algum incidente instaurado de demandas repetitivas, deve

²¹ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito e processo do trabalho*, Belo Horizonte: Del Rey; 1994, p. 299. TALAMINI, Eduardo. *Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou “devagar com o andor porque o santo é de barro”)*, em Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis, coordenação: Nelson Nery Jr e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 162.

²² ABOUD, Georges. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Inconstitucionalidades no IRDR e os riscos ao sistema decisório*, na Revista de Processo nº 240, fevereiro de 2015, p. 230/237. NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil – novo CPC – Lei 13.105/2015*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.966.

se dar a suspensão de sua tramitação (inciso IV do art. 313 do CPC), independente de requerimento de qualquer das partes.

Ademais, esta é **outra inconstitucionalidade**, pois encontrando o feito na instância de origem, haveria supressão de instância e se romperia com a liberdade de consciência e de julgamento do juiz,²³ diante da avocação daquele processo pelo tribunal para instauração do IRDR.

Em vista do que foi exposto, **toda e qualquer decisão tomada nestes incidentes é originariamente nula**, podendo ser reconhecida a qualquer tempo e instância, até mesmo de ofício, diante da notória inconstitucionalidade e contra qual decisão se deve resistir, tanto pelo uso regular dos recursos ou do mandado de segurança, como pela justificável desobediência.

Porque a tirania travestida de ilegalidade perpetrada por qualquer dos poderes constituídos, em vez de ser ato de autoridade, é abuso ou ato de força, traduzindo-se, por isso, em violação ao direito e à justiça.

Desse modo, a resistência que se faça a esta tirania, não o é à autoridade, mas, simplesmente, à própria injustiça, abuso e ilegalidade, razão pela qual é plenamente lícita, correta e legítima.²⁴

Com efeito, temos que quaisquer destes institutos não se coaduna com a política judiciária de redução de ações e recursos, sobretudo por um grave defeito que é o fato de serem pouco democráticas tais iniciativas, nunca se esquecendo que o Poder do qual é dotado o Judiciário emana do povo e em seu nome é exercido (parágrafo único do art. 1º da Constituição da República). E somente por uma via democrática como é esta na

²³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos*, no Temas de direito processual: 9ª (nona) série, São Paulo: Saraiva, 2007. p. 311. YOSHIKAWA. Eduardo Henrique de Oliveira. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. Comentários aos arts. 930 a 941 do PL 8.046/2010*, na Revista de Processo nº 206, abril de 2012, p. 245. GONÇALVES, Marcelo Barbi. *O incidente de resolução de demandas repetitivas e a magistratura deitada*, na Revista de Processo nº 222, agosto de 2013, p. 227.

²⁴ PAUPÉRIO, Arthur Machado. *O direito político de resistência*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 18 e 261.

qual transitam as ações coletivas que poderá se realizar em verdadeira e dinâmica a evolução que tanto se objetiva.

Assim posto, tanto pela origem das ações coletivas e até mesmo pelo viés da eficácia daqueles institutos antes referidos – a RRC, a repercussão geral e o IRDR dentre outros, lembra a antiga providência de catar piolho da cabeça dos filhos com as mãos, iniciativa pouco prática se comparada à possibilidade de lançar mão de outros métodos mais hábeis e com melhor resultado – que ficam a dever pela possibilidade de uso ampliado, mais eficiente, célere e com menor custo – e que se constata nas ações coletivas.

3. DAS POTENCIALIDADES DO MANEJO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE NAS AÇÕES COLETIVAS

3.1. É preciso advertir, que estas propostas revelam o desconhecimento da realidade ou a postura evasiva com a intenção de propor reformas baseadas em meras intuições, no mais das vezes, unilaterais, e habitualmente calcadas num empirismo primário, sempre levarão, com certeza, ao inevitável fracasso das mais variadas iniciativas.

Preciso ainda se ter em conta que é permitido por meio das ações coletivas que se façam requerimentos de tutelas provisórias de urgência e de evidência. E especialmente nas ações coletivas, tais pedidos feitos ao início ou no curso do processo de natureza coletiva, visam combater o efeito pernicioso do tempo, inerente ao mecanismo processual,²⁵ a confirmar o princípio da celeridade e da efetividade processual e de forma categórica pela natureza plúrima das ações coletivas.

Aparentemente alguns valores constitucionais se conflitariam, de um lado, estes da efetividade da tutela e da celeridade processual, e de outro lado, os do contraditório e da ampla defesa. Mas a necessidade de servir-se do processo para obter a satisfação de um direito, não pode se reverter em dano de quem não pode ter o seu direito satisfeito, a

²⁵ ASSIS, Araken de. *Antecipação de tutela*, em “Aspectos polêmicos da antecipação de tutela”, coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 19. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Novo Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 306/311.

não ser através do processo.²⁶ Particularmente quando pela própria natureza da pretensão coletiva, se verifica a necessidade da concessão da tutela provisória de maneira antecipada.

E quando se tratar de matéria de consumo a pretensão e a prestação jurisdicional há de observar a recomendação de *dar, tanto que possível, tudo, exata e praticamente aquilo que alguém tenha direito em conseguir.*²⁷

Vale dizer, o processo se presta para fazer atuar a vontade da lei, para conceder tudo aquilo que espontaneamente deveria ter sido dado, e deixou de sê-lo, ainda que em sede de antecipação de tutela provisória

Com efeito, deve o juiz proceder em qualquer processo – mas particularmente nas ações de consumo, por se tratarem de questões envolvendo matéria de ordem pública e de interesse social – tomado de um sentido de cognição ampla, ou mesmo de uma cognição adequada a cada caso, para assim prestar a jurisdição devida; tornando dessa forma a justiça mais rente à realidade social, fazendo atuar a lei através do processo, para que este mesmo processo se detenha apenas diante de alguma impossibilidade de fato.²⁸

Em outras palavras, quando se tratar de matéria de consumo trazida à juízo, **efetivamente** se dará por esta decisão tudo aquilo e exatamente aquilo que se possa conceder (art. 6º, VI, do CDC), até mesmo independente de pedido neste sentido.²⁹ Todavia, regularmente se verifica a ausência de pedidos de antecipação de tutela, e ainda menos a atuação *ex officio* do juiz nestas situações, e que é permitida legalmente.

²⁶ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Inovações no Código de Processo Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 7. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 147. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 46/47.

²⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, tradução. de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1965, vol. I, p. 46.

²⁸ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, 2ª ed., Campinas: CEBEPEJ/Bookseller, 2000, p. 64. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições...*, *op. cit.*, vol. I, p. 48.

²⁹ PAULA, Adriano Perácio de. *Direito processual do consumo – do processo civil nas relações de consumo*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 188/189.

No CPC ainda encontramos o disposto no inciso X do art. 139, a estabelecer como **dever do juiz nestas ações individuais que, ao se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, haverá de officiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados** a que se referem o art. 5º da LACPL e o art. 82 do CDC, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

3.2. Já no tocante à fase de execução de sentença, as mesmas possibilidades postas ao cidadão na demanda individual também são extensivas às ações coletivas, inclusive no que toca à execução provisória da sentença que pode ser promovida por cada pessoa da mesma forma que se promove a execução definitiva (*caput* do art. 520 do CPC).

Se ao recurso pendente for dado provimento, e reformar a sentença executada provisoriamente, as partes devem ser restituídas não somente ao *status quo ante*, como se deve proceder à *restitutio in integrum* (restituição por inteiro). Não se podendo retornar completamente à situação passada, haverá a conversão em perdas e danos, até mesmo de ordem imaterial (danos morais), também quanto a terceiros que se vejam atingidos pelo ato de reforma da sentença, e tudo independente de culpa *lato sensu*, pois é o desfazimento do título é que leva à responsabilidade,³⁰ que é de natureza objetiva, portanto, ou seja, independe de culpa.

E havendo condenação em dinheiro, permite o art. 495 do CPC a hipoteca judiciária, ainda que a condenação seja genérica e ilíquida, como ainda possa estar pendente recurso com qualquer efeito, ou em fase de execução provisória.³¹

³⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil – teoria geral e princípios fundamentais*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 365. DIDIER JÚNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. BRAGA, Paulo Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*, 6ª ed., Salvador: Juspodium, volume V, 2014, p. 203. ALMEIDA, Felipe Cunha de. *Comentários a respeito da responsabilidade civil do credor na execução provisória*, na Revista Jurídica Síntese nº 446, dezembro de 2014, p. 74.

³¹ PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, volume 6, 2000, p. 137/138. NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil – novo CPC... op. cit.*, p. 1.170/1.171.

Inova este art. 495 do CPC ao desburocratizar o ato de averbação da hipoteca judiciária, bastando a apresentação da sentença em cópia, independente de ordem judicial expressa. Mas, com o dever imposto à parte de informar no processo tal averbação, de modo que seja dado a conhecer à parte adversária que foi condenada pela sentença da constituição formal da hipoteca.

Ocorrendo a reforma parcial da sentença que determinou o pagamento, o § 5º ainda terá aplicação. Ou seja, a hipoteca judiciária continua válida, a não ser que a alteração tenha reduzido o montante da condenação a valores significativamente menores se comparada com a avaliação do bem hipotecado.

3.3. Quanto à fase de execução definitiva, igualmente importante destacar a falta de utilização, por exemplo, do protesto da sentença coletiva condenatória, como permite o art. 517 do CPC, em que pese não se tratar de nenhuma inovação de procedimento, pois sempre foi permitida tal possibilidade.

Inova-se tão somente quando, agora e expressamente, se regulamenta esta situação na legislação processual, impondo a condição de que o prazo para pagamento já tenha se esgotado, e já tenha se dado o trânsito em julgado.

Portanto, não importa nem mesmo que o pagamento tenha se operado parcialmente, pois quanto à dívida remanescente, será possível o protesto. Devendo se destacar, igualmente, que o protesto pode ser lavrado ao lado da hipoteca judiciária prevista no art. 495 do CPC, assim como pode ser anotado à margem do protesto que o executado ajuizou ação rescisória (§ 3º). Inere-se ainda da disposição legal (§ 2º do art. 495 do CPC) que não é qualquer sentença condenatória, desde que não cumprida pelo devedor, que dá ensejo ao protesto, **sendo necessária que se trate de decisão com obrigação de pagar quantia.**³²

4. CASUÍSTICA SOBRE A EFETIVIDADE DA TUTELA COLETIVA DOS CONSUMIDORES

³² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução: jurisprudência, penhoras e aplicação societária. Questões que serão afetadas pelo novo CPC projetado*, na Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, nº 55, julho/agosto de 2013, p. 8.

4.1. Universalizar a jurisdição é dotá-la da maior abrangência possível. As reformas realizadas na legislação processual civil buscam justamente esse resultado. A lógica é ampliar o acesso à justiça, permitindo o tratamento isonômico dos jurisdicionados, ao mesmo tempo em que se reduz a morosidade da prestação jurisdicional, garantindo a efetividade dos direitos subjetivos tutelados.

Especificamente no que atine à legitimidade ativa das associações - tema que, neste trabalho, se pretende analisar – o que se vê é que a tutela coletiva foi por muito tempo nitidamente deturpada pelas decisões judiciais que passaram a exigir requisitos (não previstos em lei) para a propositura da ação civil coletiva pelas associações, bem como se pretenderam a limitar a decisão proferida pelo juízo nessas ações.

Dessa forma, verifica-se que as associações possuem a faculdade de atuar em juízo na posição jurídica de substitutas processuais, nos casos de violação à direitos difusos, coletivos *stricto sensu*, ou individuais homogêneos, por força normativa do microsistema processual coletivo brasileiro (art. 5º da LACP – Lei da Ação Civil Pública e ao art. 82 do CDC), ou podem atuar na posição jurídica de representantes processuais de determinados sujeitos individuais que expressamente lhe conferiram poderes para defende-los em juízo, por força normativa da Constituição Federal (art. 5º, inciso XXI).³³

4.2. Temos o *leading case* que se deu no julgamento do RE nº 573.232/SC e que importa ser destacado. Em face das distinções apontadas no tópico anterior, as ações coletivas de consumo começaram a ser confundidas com ações de representação pelos tribunais brasileiros, sendo, por corolário, extintas ou tendo suas decisões limitadas apenas aos associados que autorizaram o ajuizamento da ação de conhecimento.

Tal equívoco se potencializou com o julgamento do RE nº 573.232/SC, pelo plenário do STF, em sede de repercussão geral.

³³ ZUFELATO, Camilo. *Atuação das associações no processo coletivo e tentativa de desfazimento de um grave mal-entendido na jurisprudência do STF e STJ: ainda o tema dos limites subjetivos da coisa julgada*, na Revista de Processo, São Paulo, v. 42, n. 269, 2017, p. 347/386.

A lide julgada pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 573.232/SC originou-se de uma ação ordinária, ajuizada pela ACMP (Associação Catarinense do Ministério Público) contra a União Federal. A referida Associação atuou como representante processual dos promotores juntando, na petição inicial, as autorizações de seus associados para o ajuizamento da ação de conhecimento, buscando a complementação da gratificação eleitoral dos membros do Ministério Público.

Julgado procedente o pedido, a sentença passou a ser utilizada como título executivo judicial por terceiros, não autorizadores da ação de conhecimento. Contra essas execuções de terceiros, a União Federal interpôs recurso extraordinário, o RE nº 573.232/SC, alegando a violação aos artigos 5º, XXI e XXXVI e 8º, III, da Constituição da República, argumentando que a sentença somente poderia ser executada pelos filiados que haviam autorizado o ajuizamento da ação de conhecimento.

Nesse sentido, decidiu o STF, em sede de repercussão geral, que a associação, defendendo interesses de seus associados como representante processual, deveria juntar na demanda inaugural a ata de assembleia específica autorizando o ajuizamento da ação, ou a autorização expressa de cada associado para esse fim. Dessa forma, somente os associados autorizadores da ação de conhecimento teriam legitimidade para a execução da sentença.

Em decorrência de uma interpretação equivocada do precedente fixado pelo STF no RE nº 573.232/SC, vários tribunais brasileiros, incluindo o STJ, passaram a extinguir as ações coletivas, exigindo autorização assemblear para ações civis públicas para a defesa de direitos e interesses coletivos e difusos.

Em maio de 2017, o STF, ao apreciar o RE nº 612.430/PR – tema 499, em sede de repercussão geral, por maioria, desproveu o recurso extraordinário, declarando a constitucionalidade do art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997.

A tese então foi fixada no seguinte sentido:

A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento

anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento.³⁴

Verifica-se que o plenário do STF fixou tese minimalista, a uma por entender ser óbvia a desnecessidade de autorização dos associados nas ações civis coletivas, e a duas pela necessidade dos precedentes, fixados pelos tribunais, se aterem às circunstâncias fáticas que motivaram a sua criação.

Tal polêmica foi, enfim, pacificada com o julgamento dos embargos interpostos pelos *amicus curiae*, em que o relator entendeu pela necessidade de esclarecer que **a tese firmada não se aplica às ações civis públicas.**

Portanto, para que haja a efetividade das ações coletivas, além da evolução da legislação, faz-se imprescindível a correta atuação dos magistrados, o adequado peticionamento das partes no manejo do processo coletivo, a fim de que os instrumentos da tutela plúrima, sejam ou não matéria de consumo, alcancem seus objetivos que é proporcionar o acesso à Justiça a todos os lesados, seguindo o espírito do processo coletivo: **TUTELA UM, TUTELA MUITOS!**

5. DAS CONCLUSÕES

Um tributo menor como o destas reflexões, se faz bom e adequado tão somente à sua destinatária, a permanente professora de nós todos seus caudatários, Ada Pellegrini Grinover.

A lacuna jamais será preenchida e seu trabalho nunca será completado como elas mesmo previu em forma de um poema denominado "E a morte virá..." escrito em 2014,³⁵ e que nessa ocasião transcrevemos em sua homenagem:

*"E a morte virá e me tocará o ombro
e me olhará nos olhos
e me dirá vamos.*

³⁴ Tema 499 no RE nº 612.043, relator Ministro Marco Aurélio de Mello.

³⁵ VASCONCELOS, Ronaldo. *Tributo à professora Ada Pellegrini Grinover: jurisdição, perspectivas e justiça consensual*, em revista eletrônica Migalhas de 25 de agosto de 2017.

*E eu a seguirei sem medo
e deixarei a página dobrada
o texto iniciado no computador
e o livro aberto para não perder a página.
E irei embora assim
tranquilamente
sem olhar para trás
como se fosse retornar a qualquer momento
para terminar a frase não concluída
para entregar o trabalho não acabado
para arrumar a desordem nos meus papéis
para ler o livro de suspense apenas começado
para selar a carta deixada aberta
sobre as fantasias da minha imaginação
E a minha ausência esvoaçará
impregnando as paredes e os objetos
nos cômodos que viveram comigo
tanto tempo da minha vida".*

Vida eterna à ADA PELLEGRINI GRINOVER!!!