

“A QUARTIER LATIN teve o mérito de dar início a uma nova fase, na apresentação gráfica dos livros jurídicos, quebrando a frieza das capas neutras e trocando-as por edições artísticas. Seu pioneirismo impactou de tal forma o setor, que inúmeras Editoras seguiram seu modelo.”

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

“Entre os vários méritos da EDITORA QUARTIER LATIN, sobrepõe, para mim, o de que suas escolhas editoriais levam em conta muito mais a contribuição científica para o Direito do que, propriamente, o lucro empresarial, quase transformado em uma espécie de mantra da sociedade contemporânea. Se a publicação de manuais, cursos e quejandos cumpre função corriqueira do aprendizado jurídico, não devemos nos olvidar de que são as monografias acadêmicas – conquanto na contramão dos resultados puramente mercadológicos – que impedem a petrificação do pensamento jurídico, impulsionando-o à criação de uma sociedade mais igualitária e sólida e menos argentária e líquida, como tem se revelado, infelizmente, a nossa.”

NEWTON DE LUCCA

HELENA CAMPOS REFOSCO

Doutora em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP, 2017), aprovada com louvor. Bacharel em Direito (USP, 2004). Pesquisadora Visitante na Faculdade de Direito de Harvard (2015/2016). Juíza de Direito do Estado de São Paulo (2006–presente). Juíza Auxiliar do Ministro Ricardo Lewandowski no Supremo Tribunal Federal (2017–presente).

AÇÃO COLETIVA E DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

311.34
872
102

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, outono de 2018
quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

HELENA CAMPOS REFOSCO

Ação Coletiva e Democratização do Acesso à Justiça

São Paulo: Quartier Latin, 2018.

ISBN 85-7674-929-7

1. Acesso à Justiça. 2. Processo Coletivo. 3. Ações Coletivas.
4. Direitos Humanos. I. Título

Editor

Vinícius Vieira

Produção editorial

José Ubiratan Ferraz Bueno

Diagramação

Anderson dos Santos Pinto

Revisão gramatical

Ronaldo Santos Soares

Capa

Anderson dos Santos Pinto

Imagem de capa

OPÊRÁRIOS, 1933, óleo sobre tela, 150x205 cm, (P122),

Acervo Artístico-Cultural dos Palácios do Governo do Estado de São Paulo.

Os herdeiros da pintora são os titulares do domínio autoral e a reprodução foi autorizada por eles.

<<http://www.tarsiladoamaral.com.br>>

Fotografia da pintura

Domínio autoral e autorização para reprodução da fotografia da imagem de capa autorizada por

Romulo Fialdini/Tempo Composto

<<http://www.tempocomposto.com.br>>

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

Rua General Flores, 508

Bom Retiro – São Paulo

CEP 01129-010

Telefone: (11) 3222-2423

Email: quartierlatin@globo.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

SUMÁRIO

Agradecimentos.....	11
Lista de Abreviaturas e Siglas.....	13
Prefácio.....	17

Introdução, 29

Capítulo 1 Reforma do Judiciário, 37

1.1. Contexto Internacional.....	40
1.2. Contexto Nacional.....	53
1.3. A Reforma e o Acesso à Justiça.....	58
1.3.1. Acesso à Justiça: Definição e Características.....	67
1.3.1.1. Inclusão.....	76
1.3.1.2. Imparcialidade.....	82
1.3.1.3. Celeridade.....	86
1.3.1.4. Eficiência.....	91
1.3.1.5. Segurança Jurídica.....	96
1.4. Novo Marco Legal da Ação Coletiva.....	99

Capítulo 2 Avaliação da Reforma sob a Ótica do Acesso à Justiça, 113

2.1. Dificuldades Metodológicas.....	116
2.2. Pesquisas Seleccionadas.....	119
2.2.1. Relatórios “Justiça em Números”.....	119
2.2.2. “Panorama do Acesso à Justiça no Brasil – 2004 a 2009”.....	125

O Estudo de Caso 1 (EC1) analisa a litigiosidade repetitiva cuja tese jurídica diz respeito à inexigibilidade do pagamento de tarifa de assinatura residencial pela propriedade de linha telefônica. Nas ações individuais, o litigante eventual é o consumidor, que promove ação declaratória de inexigibilidade de valores contra o litigante habitual, a concessionária do Serviço Telefônico Fixo Comutado. Nas ações coletivas, a empresa mantém sua posição de litigante habitual, e é demandada por um substituto processual, que representa os litigantes eventuais.

O estudo visa à compreensão desta litigiosidade no Estado de São Paulo, tanto em nível federal quanto estadual. A litigiosidade repetitiva decorrente desta tese jurídica não foi objeto de nenhuma política de administração judiciária. Dúvidas processuais sobre (i) litispendência, (ii) conexão, (iii) continência, (iv) limites territoriais da coisa julgada e (v) pertinência da participação da Anatel nos processos, que resultaram em muitos recursos e deslocamentos de competência, impactaram negativamente o tramitar das ações coletivas.

A atuação do Poder Judiciário, por meio da interpretação formalista de textos legais, levou a um paradoxo: no EC1, o litigante habitual sustentou a natureza coletiva dos direitos individuais homogêneos envolvidos e pleiteou o cabimento exclusivo de ações coletivas. Essa conduta demonstra a degeneração da ação coletiva brasileira, dado que, como já foi exposto, a lógica subjacente à adoção legal desta ação é a de superar a vulnerabilidade do litigante eventual, no caso concreto, o consumidor.

A estrutura deste estudo de caso, assim como a dos demais, segue os cinco critérios expostos no capítulo 1 para a definição do efetivo acesso à Justiça. Dessa forma, os efeitos dos litígios individuais e coletivos serão analisados das óticas de inclusão, da imparcialidade, da celeridade, da eficiência e da segurança jurídica.

4.1. DESCRIÇÃO

No âmbito das telecomunicações, a litigiosidade repetitiva concentra-se principalmente na remuneração tarifária⁴⁴⁶, que aumentou de maneira

446 Watanabe *et al.*, "Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas".

exponencial após as privatizações⁴⁴⁷. A Lei Geral de Telecomunicações – LGT (Lei 9.472/1997) dispõe que compete à Anatel estabelecer a “estrutura tarifária para cada modalidade de serviço” (artigo 103). Expressiva litigiosidade repetitiva no setor decorreu da cobrança de assinatura básica, autorizada por meio de resoluções da Anatel⁴⁴⁸. O EC1 retrata esse fato.

O estudo deste caso pressupõe que se compreenda a mudança no setor de telecomunicações levada a efeito pela reforma do Estado dos anos 90, sob a liderança do então Presidente Fernando Henrique Cardoso⁴⁴⁹. Juridicamente, redesenhou-se a relação do Estado com a Economia nesta área, sobressaindo as mudanças trazidas pela Emenda Constitucional 8/1995⁴⁵⁰. Sob o paradigma do Estado-empresário e da antiga Telebrás havia uma notória demanda reprimida por serviços de telecomunicações, e a universalização dos serviços era nada mais do que uma quimera⁴⁵¹.

447 Luciano dos Santos Danni, “Análise do Efeito das Reformas Regulatórias e Privatização dos Serviços Públicos no Brasil – Eletricidade e Telefonía”, in *Regulação de Serviços Públicos e Controle Externo*, org. Brasil. Tribunal de Contas da União. (Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008).

448 Resoluções 42/04 e 85/98 da Anatel.

449 Ver: Dinorá Adelaide Musetti Grotti, “Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação”, in *Direito Administrativo Econômico*, org. Carlos Ari Sunfeld (São Paulo: Malheiros, 2000).

450 A emenda alterou o artigo 21, inciso XI, da Constituição, passando a dispor que compete à União “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”.

451 Como explica Diogo Rosenthal Coutinho, “nos países do mundo desenvolvido, as redes de infra-estrutura já estão totalmente ou quase totalmente construídas, seja pelo Estado (como na Europa), seja pelo mercado, com subsídios e incentivos estatais (como nos EUA). Neles, a regulação é geralmente orientada para a promoção da concorrência e a repartição dos benefícios com os consumidores, cuja quase totalidade é atendida pelo serviço público. A universalidade do serviço público ainda é, todavia, uma meta social distante em países em desenvolvimento, mormente naqueles de dimensões continentais e populosos como o Brasil. Esses países ainda não têm redes de infra-estrutura extensas e capilarizadas o suficiente para atingir áreas distantes dos grandes centros, pouco povoadas e/ou de baixa renda.” Diogo Rosenthal Coutinho, “A Universalização do Serviço Público para o Desenvolvimento como uma Tarefa da Regulação”, in *Regulação e Desenvolvimento*, org. Calixto Salomão Filho (São Paulo: Malheiros, 2002), 74. Quanto à meta de universalização das telecomunicações brasileiras antes das privatizações, diz Renato Ferreira que “estavam atravancadas a modernização do sistema e a universalização dos serviços, e não se enxergava um caminho pela atuação direta do Estado no setor.” Renato Soares Peres Ferreira, “A (In)adequação dos Mecanismos Regulatórios Setoriais aos Institutos Jurídicos de Índole Constitucional do Mercado e da Universalização de Serviços Públicos” (Dissertação, Universidade de Brasília, 2009), 131-32. Ver, ainda: *Ibidem*, 163-64.

As privatizações tinham por objetivo aumentar a competição no setor de telecomunicações e permitir a universalização dos serviços.⁴⁵² Consequentemente, foi instituída a regulação do setor, que ficou a cargo da Anatel. As agências reguladoras, encarregadas de disciplinar determinados setores econômicos, caracterizam-se, além da independência em relação ao Executivo, pelo exercício de poder normativo e por “desenvolverem uma tripla regulação: ‘a regulação dos monopólios’, a ‘regulação para a competição’ e a ‘regulação social’”⁴⁵³.

No caso brasileiro, o grande desafio foi encontrar o equilíbrio entre oferecer vantagens econômicas às empresas pela exploração do serviço público e, por outro lado, exigir contrapartidas, que necessariamente incluem investimentos na qualidade do serviço público ao lado de tarifas acessíveis⁴⁵⁴. Esse desafio é potencializado em um país com grandes níveis de desigualdade, como o Brasil, e mais ainda pela forma como se deu a privatização: destituída de uma estratégia clara para possibilitar a universalização e voltada a maximizar o valor de venda das estatais para proporcionar a estabilização econômica necessária ao sucesso do Plano Real⁴⁵⁵.

Os principais riscos inerentes à privatização são os de captura do regulador, de assimetria de informações entre regulador e regulado e de o regulador privilegiar a razão econômica em detrimento da razão social⁴⁵⁶.

452 Ferreira, “A (In)adequação dos Mecanismos Regulatórios Setoriais aos Institutos Jurídicos de Índole Constitucional do Mercado e da Universalização de Serviços Públicos”, 165. Calixto Salomão Filho, “Regulação, Desenvolvimento e Meio Ambiente”, in *Regulação e Desenvolvimento: Novos Temas*, org. Calixto Salomão Filho (São Paulo: Malheiros, 2012), 30. A LGT assim descreveu a meta de universalização, no artigo 79, §1º: “Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição socioeconômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público.”

453 Carlos Ari Sunfeld, “A Administração Pública na Era do Direito Global”, in *Direito Global*, org. Carlos Ari Sunfeld e Oscar Vilhena Vieira (São Paulo: Max Limonad, 1999), 162.

454 Coutinho, “A Universalização do Serviço Público para o Desenvolvimento como uma Tarefa da Regulação”, 69.

455 *Ibidem*, 70.

456 “A regulação que se desenvolveu para o Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), assim, consagrou tanto a *rationale* econômica, em prol da liberdade, da propriedade, do contrato e da defesa da concorrência, pela criação de um ambiente competitivo,

A eles soma-se a dificuldade de diálogo institucional entre a agência reguladora e a Administração direta, que pode provocar a intervenção do Poder Judiciário para solucionar discórdias.

Esta contextualização é importante porque ela se apresentou como componente essencial subjacente da litigiosidade repetitiva que é descrita no EC1.

Em 2003, o então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva discordou das previsões contratuais de reajustes tarifários pelo IGP-DI⁴⁵⁷ dos contratos de concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado/STFC por considerá-los abusivos. Coube ao Ministro das Comunicações informar ao presidente da Anatel que deveria haver a suspensão do reajuste até a celebração de novo acordo, mais justo e consentâneo com o interesse público, que tivesse como parâmetro o IPCA⁴⁵⁸. A Anatel discordou da orientação por entender claras as regras contratuais, e autorizou os reajustes. A questão acabou extrapolando o âmbito do mero aumento ou redução das tarifas, passando a abranger a legitimidade do regulador e a própria segurança da política regulatória de telecomunicações. A reação do Ministro das Comunicações acabou tornando-se um incentivo à judicialização da questão⁴⁵⁹. O tema também deu ensejo a

quanto a *rationale* não econômica, voltada especialmente para a universalização, por intermédio de políticas substantivas fixadas em metas de universalização. Houve momentos de prevalência de uma ou outra das racionalidades, mas é possível identificar o reflexo de ambas as lógicas, nas medidas adotadas em relação ao serviço." Ferreira, "A (In)adequação dos Mecanismos Regulatórios Setoriais aos Institutos Jurídicos de índole Constitucional do Mercado e da Universalização de Serviços Públicos", 174."genre": "Dissertação", "event-place": "Brasília", "abstract": "A presente dissertação investiga de que maneira a regulação setorial instituída no Brasil compatibilizou-se ou deixou de se compatibilizar com os institutos jurídicos de índole constitucional do mercado e da universalização de serviços públicos. Adotou, para isso, como estudo de caso, a regulação do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC

457 Trata-se do Índice Geral de Preços - Disponibilidade Interna (IGP-DI), calculado pela Fundação Getúlio Vargas.

458 Trata-se do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, calculado mensalmente pelo IBGE.

459 "Miro Teixeira discordou da decisão e chegou a dizer que a Anatel havia se rendido às empresas do setor. A partir daí, Teixeira passou a defender que a população, por meio de entidades organizadas da sociedade civil, questionassem o aumento na Justiça.", texto disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0211200420.htm>>, citado por Pereira Neto, Lancieri, e Adami, "O Diálogo Institucional das Agências Reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: uma Proposta de Sistematização", 151-52.

muitos projetos de lei que buscavam evitar as majorações excessivas das tarifas⁴⁶⁰. No relatório de atividades do Ministério das Comunicações, houve expressa menção crítica ao modelo tarifário, que dificultaria a universalização ao permitir "forte manipulação do item da assinatura, item esse que tem grande impacto na fatura mensal dos usuários de baixa renda"⁴⁶¹.

Assim, a partir de 2004, ocorreu um aumento exponencial de litigiosidade contestando a cobrança de tarifa de assinatura residencial pelas concessionárias do Serviço Telefônico Fixo Comutado. Relativamente aos consumidores do Estado de São Paulo, foram propostas milhares de ações individuais, muitas delas nos Juizados Especiais, bem como 26 coletivas.

A multiplicação das demandas causou um grande impacto na organização das serventias judiciais pelo expressivo aumento do volume de ações em trâmite. As coletivas não lograram reduzir a demanda individualizada nem congregar os interessados para que somassem forças em prol de uma decisão favorável. Dúvidas procedimentais diversas geraram a ineficácia da tutela coletiva para reduzir o contencioso individual, em especial pelas incertezas processuais sobre litispendência, competência e abrangência territorial das decisões e sentenças.

As ações coletivas foram propostas nas cidades de Bauru, São Carlos, Mauá, Catanduva, São Paulo (dez), Pinto Ferreira, Campinas (três), Distrito Federal, Dracena, Marília, Santo André (duas), São José dos Campos (três) e Sorocaba, com sete deferimentos de medidas liminares, que posteriormente foram suspensas; cinco dessas ações foram propostas perante a Justiça Federal⁴⁶². A discussão sobre a inclusão da Anatel no polo passivo da ação foi um complicador que gerou a remessa

460 "No âmbito do Poder Legislativo, a discussão do primeiro semestre de 2004 girou em torno de projeto de lei que propunha a extinção da assinatura básica da telefonia fixa para o fim de desonerar o assinante dos serviços. A posição da Anatel, já pela voz de seu novo presidente indicado pelo novo governo, foi contrária ao projeto por entender que isto inviabilizaria o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão." Márcio Iorio Aranha, "Democracia participativa e a agência reguladora de telecomunicações brasileira" (Seminário Internacional de Regulação de Serviços Públicos: Direito Comparado da Energia Elétrica e das Telecomunicações. In: Anais do I Seminário Internacional de Regulação de Serviços Públicos, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008).

461 Watanabe *et al.*, "Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas".

462 *Ibidem*.

de autos para a Justiça Federal, sendo digno de nota o fato de que após considerável tramitação das ações coletivas o juízo federal entendeu que a Anatel não era parte legítima para figurar no polo passivo das ações.

As interpretações contraditórias sobre competência para o julgamento das ações culminaram no Conflito de Competência 47.731 – DF, perante o Superior Tribunal de Justiça. Esse incidente processual, conquanto tenha levado à suspensão das ações coletivas e individuais por um período de tempo, ao final não foi conhecido. Votos vencidos ponderaram os prejuízos decorrentes da desconsideração da natureza do conflito (litigiosidade de massa) e defenderam a reunião das ações para julgamento único⁴⁶³. A questão foi suscitada pelo Ministro Luiz Fux, que, em seu voto vencido, afirmou residir a conexão na necessidade de garantir a uniformidade das decisões e a coerência com as finalidades da ação coletiva. Este foi o posicionamento do Ministro Fux:

“A grande realidade é saber se podemos conviver com nossa função, tal como prevista na Constituição Federal, assistindo passivamente, chegarem aqui cem mil ações com decisões diferentes sobre a mesma matéria. Isso significa abdicar do dever de velar pela cláusula máxima consecutória da tutela da dignidade da pessoa humana, que é a igualdade. Sabemos que um dos fatores que levou o Poder Judiciário a um profundo descrédito perante a opinião pública foi a falta de sintonia nas decisões. [...] No meu modo de ver, a conexão é inegável. [...] Essas ações repetidas nos juizados especiais estão fazendo as vezes de ações coletivas de altíssima complexidade – vejam agora como estamos nos

463 “Uma das questões processuais mais importantes em todos esses processos disse respeito à competência. Originalmente, cinco dessas ações foram propostas perante a Justiça Federal e as 21 restantes perante a Justiça Estadual. Todavia, em virtude (i) das alegações de conexão de causas feitas pela ré e da avocação das causas pelo juízo da 32ª Vara Cível da Justiça Estadual de São Paulo, (ii) da manifestação de interesse da Anatel quanto aos casos, (iii) de liminar concedida nos autos de conflito de competência instaurado perante o Superior Tribunal de Justiça, (iv) do julgamento desse conflito de competência e (v) de declaração subsequente de incompetência pela 9ª Vara da Justiça Federal de São Paulo, tais processos foram, em muitos casos, encaminhados de um juízo para outro por até quatro vezes.” *Ibidem*, 64. Vale notar que para decidir sobre a conexão entre ações coletivas, o pedido mediato, ou seja, o bem da vida pretendido, é que deve nortear o julgador, ainda que o pedido imediato seja diverso. Paulo Henrique dos Santos Lucon *et al.*, “Interpretação do Pedido e da Causa de Pedir nas Demandas Coletivas (Conexão, Continência e Litispendência)”, in *Tutela Coletiva: 20 Anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos*, 15 Anos do Código de Defesa do Consumidor (São Paulo: Atlas, 2006).

deparando com essa dificuldade toda – nos juizados especiais, que não têm a menor competência para julgar tais causas. Na verdade, é um simulacro de uma ação individual. Esta é uma ação coletiva, que versa e que interessa a todos. Uma ação dessa tem gerado a repetição de inúmeras ações. [...] Diante desse panorama, reformulando meu voto, já que entendo que não podem permanecer nos juizados especiais, assento que a *ratio essendi* da conexão das ações coletivas é manter a uniformidade das decisões, do contrário, estaremos criando, com as ações coletivas, a possibilidade de decisões contraditórias, isto é, estamos indo na contramão da finalidade do instituto. Sugiro que todas as ações sejam reunidas no juízo federal para uma decisão única, porque, mesmo aquela primeira solução de grupos ficarem em locais diferentes, gera a possibilidade de essas decisões serem contraditórias nesses grupos. Essa é a complementação da minha sugestão de voto.”

A solução que prevaleceu, porém, foi formalista: o voto vencedor, da lavra do Ministro Teori Zavascki, explicitou que as dúvidas sobre conexão e competência para julgamentos coletivos não são aptas a justificar o conflito de competência, deixando de reconhecer a conexão por entendê-la tema estranho ao Conflito de Competência e indeferindo o pedido de suspensão das ações individuais até o julgamento das ações coletivas:

“Do sistema da tutela coletiva, disciplinado na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor – CDC, nomeadamente em seus arts. 103, III, combinado com os §§2º e 3º, e 104), resulta (a) que a ação individual pode ter curso independente da ação coletiva; (b) que a ação individual só se suspende por iniciativa do seu autor; e (c) que, não havendo pedido de suspensão, a ação individual não sofre efeito algum do resultado da ação coletiva, ainda que julgada procedente. Se a própria lei admite a convivência autônoma e harmônica das duas formas de tutela, fica afastada a possibilidade de decisões antagônicas e, portanto, o conflito.

Por outro lado, também a existência de várias ações coletivas a respeito da mesma questão jurídica não representa, por si só, a possibilidade de ocorrer decisões antagônicas envolvendo as mesmas pessoas. É que os substituídos processuais (= titulares do direito individual em benefício de quem se

pede tutela coletiva) não são, necessariamente, os mesmos em todas as ações.

O pedido de suspensão das ações individuais até o julgamento das ações coletivas, além de estranho aos limites do conflito de competência, não pode ser acolhido, não apenas pela autonomia de cada uma dessas demandas, mas também pela circunstância de que as ações individuais, na maioria dos casos, foram propostas por quem não figura como substituído processual em qualquer das ações coletivas.⁴⁶⁴

Não obstante a existência de ações coletivas, as ações individuais continuaram sendo propostas, em quantidade significativa: no Estado de São Paulo, tramitavam, no início de 2005, 95 mil ações individuais relativas ao tema⁴⁶⁵; o número total teria chegado a 130 mil feitos⁴⁶⁶. Uma das estratégias processuais do litigante habitual foi sustentar a inadmissibilidade das ações individuais e o cabimento exclusivo da litigância coletiva, pela natureza incindível da relação jurídica material. Essa argumentação não teve grande acolhida, pois justamente o entendimento que prevaleceu no Superior Tribunal de Justiça foi da divisibilidade das relações jurídicas entre os diversos usuários do serviço regulado. Não há nenhum relato de que a existência das ações coletivas tenha auxiliado, de qualquer maneira, na administração da litigiosidade individual. As demandas individuais repetitivas consumiram, nos Juizados Especiais Cíveis Centrais da cidade de São Paulo, cerca de 9,45% de sua capacidade⁴⁶⁷.

A existência de litispendência entre as demandas também foi aventada⁴⁶⁸, mas foi rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça:

464 Conflito de Competência 47.731-DF, Ministro Teori Albino Zavascki (Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça 2005).

465 Watanabe *et al.*, “Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas”, 74.

466 Kazuo Watanabe, “Relação entre Demanda Coletiva e Demandas Individuais”, *Revista de Processo*, Ano 31, 139 (setembro de 2006).

467 Watanabe *et al.*, “Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas”, 75.

468 “Foi referida, por vários dos atores envolvidos nesse contencioso, a existência de importantes dúvidas quanto à regulamentação legal incidente sobre o procedimento de mencionadas ações coletivas, dúvidas essas que disseram respeito, sobretudo, aos seguintes elementos: (i) necessidade de participação da agência de regulação nos processos, (ii) competência originária para análise das ações coletivas, (iii) existência de litispendência ou conexão entre as várias ações e possibilidade ou impossibilidade

“Ao contrário do que ocorre com os direitos transindividuais – que, por não terem titular determinado, são, necessariamente, tutelados em regime de substituição processual (em ação civil pública ou ação popular) –, os direitos individuais homogêneos podem ser tutelados tanto por ação coletiva (proposta por substituto processual), quanto por ação individual (proposta pelo próprio titular do direito). O sistema da tutela coletiva, disciplinado na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor – CDC), entretanto, evidencia que entre a ação coletiva e as ações individuais promovidas pelos próprios titulares desses direitos não há litispendência (CDC, art. 104) nem possibilidade de decisões antagônicas.”⁴⁶⁹

O Superior Tribunal de Justiça firmou seu entendimento final pelo cabimento da cobrança da tarifa no julgamento de ações individuais. Conforme crítica que será melhor desenvolvida no item 4.2.2, esse fato é problemático pela vulnerabilidade jurídica do consumidor individual em face das grandes corporações interessadas no resultado do litígio. Desses julgados resultou a Súmula 356/STJ, que preconiza ser “legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa”. Os precedentes que embasam a súmula são os Recursos Especiais 911.802/RS, 870.600/PB, 994.144/RS, 983.501/RS e 872.584/RS. Por fim, o entendimento sumulado foi cristalizado sob a Lei dos Recursos Repetitivos no Recurso Especial 1068944/PB, de 12.11.2008⁴⁷⁰.

de sua reunião em um mesmo juízo, (iv) possibilidade de suspensão ou mesmo reunião das ações individuais em um mesmo juízo, durante a pendência das ações coletivas e (v) determinação da abrangência (limites subjetivos da coisa julgada) em cada uma das ações coletivas”. *Ibidem*, 12.

469 Conflito de Competência 47.731-DF, Ministro Teori Albino Zavascki.

470 O acórdão foi assim ementado: “Administrativo. Processual Civil. Serviços de Telefonia. Demanda entre Usuário e Concessionária. Anatel. Interesse Jurídico. Litisconsórcio Passivo Necessário. Inexistência. Tarifa de Assinatura Mensal. Legitimidade da Cobrança. Súmula 356/STJ. 1. Pacificou-se a jurisprudência das Turmas da 1ª Seção do STJ no sentido de que, em demandas sobre a legitimidade da cobrança de tarifas por serviço de telefonia, movidas por usuário contra a concessionária, não se configura hipótese de litisconsórcio passivo necessário da Anatel, que, na condição de concedente do serviço público, não ostenta interesse jurídico qualificado a justificar sua presença na relação processual. 2. Conforme assentado na Súmula 356/STJ, ‘é legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa’. 3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.”

4.2. IMPLICAÇÕES PARA O ACESSO À JUSTIÇA

No EC1, não foi constatado o uso de nenhuma ferramenta de gestão processual para lidar com o contencioso coletivo e individual multitudinário. Uma dificuldade adicional foi a evidência de que a litigiosidade representava um desafio à política regulatória do setor, do que decorreu a dúvida sobre o cabimento da inclusão da Anatel no polo passivo da ação. Neste panorama, visa-se a compreender qual o legado, em termos de acesso à Justiça, das ações individuais ou coletivas estudadas no EC1.

4.2.1. INCLUSÃO

Ações coletivas seriam *a priori* mais aptas a produzir inclusão do que as ações individuais, já que mesmo quem não tem condições de pedir em juízo pode ser beneficiado pela procedência do pedido coletivo, nos termos do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor. Porém, o Superior Tribunal de Justiça⁴⁷¹ limitou a capacidade inclusiva das ações coletivas ao optar por aplicar restritivamente o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública⁴⁷².

Este artigo confunde os conceitos de (i) competência territorial, isto é, a medida da jurisdição do órgão julgador, que é definida com a distribuição da ação e que só pode ser alterada nas hipóteses descritas em lei e (ii) extensão subjetiva da coisa julgada, que diz respeito às pessoas que estarão vinculadas pelo resultado da ação judicial. É o que explica Daniela Gabbay, ao criticar a interpretação literal do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública:

“Quando se trata de coisa julgada coletiva, é importante atentar ainda para os efeitos práticos da alteração do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, que restringiu os efeitos *erga omnes* da sentença aos limites territoriais de competência do órgão prolator, trazendo à tona sérios riscos de contradições fáticas e jurídicas entre as decisões judiciais, principalmente no caso de indivisibilidade do objeto, sujeito a fracionamento para atingir apenas parte dos interessados, sem estender-se àqueles que estiverem espalhados fora do respectivo foro judicial.

471 Conflito de Competência 47.731-DF, Ministro Teori Albino Zavascki.

472 Ver: Daniela Monteiro Gabbay, “Ações Coletivas e Contencioso de Massa: o Caso da Assinatura Básica de Telefonia Fixa”, in *Estratégias Processuais na Advocacia Empresarial*, org. Carlos Alberto Carmona e Sidnei Amendoeira Junior (São Paulo: Saraiva, 2011), 143-44.

A partir da leitura do teor desse artigo, percebe-se que houve nítida confusão de critérios de definição de competência e limites subjetivos da coisa julgada: a falha está em não se diferenciar as pessoas que serão atingidas pelos efeitos da coisa julgada (efeitos subjetivos) e a competência territorial, pois qualquer sentença poderá ter eficácia para além de seu território [...].⁴⁷³

Note-se que embora seja possível o reconhecimento da conexão ou da continência entre ações coletivas, a utilidade dos institutos fica seriamente limitada pela interpretação literal do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, que restringe os efeitos da sentença à competência territorial do órgão prolator⁴⁷⁴. Conquanto não se negue que o entendimento adotado pelo Relator do acórdão no STJ é uma das leituras possíveis do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública (que o interpreta como aplicável apenas a direitos individuais homogêneos)⁴⁷⁵, é preciso ponderar interpretações

473 Ver: Daniela Monteiro Gabbay, “Ações Coletivas e Contencioso de Massa: o Caso da Assinatura Básica de Telefonia Fixa”, in *Estratégias Processuais na Advocacia Empresarial*, org. Carlos Alberto Carmona e Sidnei Amendoeira Junior (São Paulo: Saraiva, 2011), 132.

474 O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública em outra oportunidade, entendeu que limitações territoriais de órgão julgador de ação coletiva não seriam justificativa bastante para se autorizar a repositura de ação coletiva quando já julgada improcedente em outro ente da Federação e ainda que a improcedência da primeira ação tenha se fundado em insuficiência probatória (REsp 1.302.596-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 9/12/2015, DJe 1º/2/2016).

475 O relator foi o Ministro Teori Zavascki, que também em seu doutorado justificou a referida interpretação: “O sentido da limitação territorial contida no art. 16, antes referido, há de ser identificado por interpretação sistemática e histórica. Ausente do texto original da Lei 7.347/85, sua gênese foi a nova redação dada ao dispositivo pelo art. 2º da Lei 9.494, de 10/09/97. Essa Lei, por sua vez, tratou de matéria análoga no seu art. 2º-A, que assim dispôs: ‘A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa de direitos e interesses dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator’. Aqui, o desiderato normativo se expressa mais claramente. O que ele visa é limitar a eficácia subjetiva da sentença (e não da coisa julgada), o que implica, necessariamente, limitação do rol dos substituídos no processo (que se restringirá aos domiciliados no território da competência do juiz). Ora, entendida nesse ambiente, como se referindo à sentença (e não à coisa julgada), em ação para tutela coletiva de direitos subjetivos individuais (e não em ação civil pública para tutela de direitos transindividuais), a norma do art. 16 da Lei 7.347/85 produz algum sentido. É que, nesse caso, o objeto do litígio são direitos individuais e divisíveis, formados por uma pluralidade de relações jurídicas autônomas, que comportam tratamento separado, sem comprometimento de sua essência. Aqui sim é possível cindir a tutela jurisdicional por critério territorial, já que as relações jurídicas em causa admitem divisão segundo o domicílio dos respectivisti-

individualistas do artigo e da própria natureza dos direitos individuais homogêneos resultam no enfraquecimento da tutela coletiva desses direitos, com a conseqüente redução do acesso à Justiça⁴⁷⁶. Compromissos constitucionais primordiais justificariam a adoção da interpretação mais abrangente da lei⁴⁷⁷. Lesões de massa implicam a necessidade de uma tutela verdadeiramente coletiva dos direitos, isto é, centrada no que eles têm de coletivo, e não de individual.

Na sociedade de massas, a complementaridade entre os interesses individuais e os sociais deveria orientar os pensadores que interpretam a lei. Nesse sentido, a orientação adotada por Ada Pellegrini Grinover – que entende ser ineficaz o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, porque o artigo 103, III, do Código de Defesa do Consumidor seria o único aplicável aos direitos individuais homogêneos, bem como por força dos parâmetros previstos no artigo 93 do mesmo diploma legal⁴⁷⁸ – é preferível, porque decorre de interpretação sistemática e teleológica dos dispositivos. O entendimento já havia sido, inclusive, adotado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça em outras oportunidades⁴⁷⁹. O estudo

tulares, que são perfeitamente individualizados. Compreendida a limitação territorial da eficácia da sentença nos termos expostos, é possível conceber idêntica limitação à eficácia da respectiva coisa julgada. Nesse pressuposto, em interpretação sistemática e construtiva, pode-se afirmar, portanto, que a eficácia territorial da coisa julgada a que se refere o art. 16 da Lei 7.347/85 diz respeito apenas às sentenças proferidas em ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos, de que trata o art. 2º-A da Lei 9.494, de 1997 e não, propriamente, às sentenças que tratem de típicos direitos transindividuais.” Teori Albino Zavascki, “Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos” (Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005), 65.

476 Para Didier Jr e Zaneti Jr, os dispositivos seriam inconstitucionais, ineficazes e irrazoáveis. Freddie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr, *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*, 10ª ed, vol. 4 (Salvador: JusPodivm, 2016), 413.

477 Oscar Vilhena Vieira ressalta a importância de a interpretação judicial se pautar em princípios constitucionais fundamentais e na argumentação racional. Oscar Vilhena Vieira, “Discricionariedade Judicial e Interpretação Constitucional”, in *Constituição Federal de 1988: Dez Anos (1988-1998)*, org. Antônio Carlos Mathias Coltro (São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999), 432.

478 A explicação completa das razões da ineficácia do referido artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, não apenas quanto a direitos individuais homogêneos mas também quanto a direitos coletivos, consta de: Grinover, Watanabe, e Nery Junior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, II-Processo Coletivo: 190-91.

479 Exemplar é o Conflito de Competência 26.842 – DF, em que o Superior Tribunal de Justiça adotou entendimento incompatível com o adotado no EC1 (STJ, CC 26.842 – DF, 2ª Seção, Relator Cesar Asfor Rocha, DJ 05/08/2002 p. 194).

de caso revela a significativa relevância da questão e o quanto a limitação advinda do artigo 2º da Lei 9.494/1997 pode significar em termos de inviabilizar a própria existência de processos coletivos estruturais.

Infelizmente, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o pedido liminar da ADIn 1.576, deixou de corrigir o equívoco legislativo. A leitura dos votos dos Ministros deixa entrever, porém, que alguns deles interpretaram a nova redação do artigo 16 em sentido mais amplo do que o que foi dado pelo Superior Tribunal de Justiça no EC1, aproximando-o do que dispõe o artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor. Da leitura dos votos dos Ministros Nelson Jobim (p. 180) e Carlos Velloso (p. 184), vê-se que o que se pretendia era vincular a eficácia subjetiva da decisão referente a danos de abrangência nacional ao Estado da Federação a que o juiz estivesse vinculado. A leitura do voto do Ministro Marco Aurélio (p. 138) não infirma essa conclusão. Apenas o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que alegou abusos na utilização da ação civil pública – a qual poderia servir indevidamente como uma ADIn regional, apta a esvaziar a competência do Supremo Tribunal Federal – pareceu defender que a correta interpretação do novo artigo fosse exatamente a dada pelo Superior Tribunal de Justiça no EC1⁴⁸⁰. Após a Medida Provisória 1.570/1997 ser convertida na Lei 9.494/1997, a ação foi julgada prejudicada pela ausência de aditamento à petição inicial⁴⁸¹. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, rejeitou a alegação de existência de repercussão geral no tema do alcance territorial da eficácia das decisões proferidas em ações coletivas, sob o argumento de que o debate é infraconstitucional⁴⁸².

Diante da interpretação literal adotada pelo Superior Tribunal de Justiça ao alcance subjetivo das ações coletivas, impõe-se a conclusão de que a capacidade inclusiva delas ficou muito reduzida. Esta interpretação incentiva a propositura das ações individuais e desestimula a união de

480 STF, ADIn-MC 1.576, Pleno, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ 16.4.1997.

481 STF, ADIn-MC 1.576, Pleno, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ 6.6.2003.

482 STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 885.451-CE, Rel. Ministra Rosa Weber, DJ 10 de novembro de 2015; STF, ARE nº 796.473, Rel. Min. Gilmar Mendes; STF, ARE 807.445/PE, Rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática, DJe 11.6.2014; STF, RE 468.140-Agr/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJe 26.9.2013; STF, ARE 694.468-Agr/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJe 18.12.2013.

esforços dos cidadãos em prol da causa. Assim, o Poder Judiciário reduziu ao mínimo possível o impacto da judicialização coletiva.

O EC1 também revela que, não obstante a previsão legal de publicação de edital em órgão oficial para fins de conhecimento de terceiros acerca da existência da ação coletiva⁴⁸³, a publicidade dada às ações coletivas não foi suficiente para que os interessados pudessem delas participar e se beneficiar quando ainda em trâmite. Contraditoriamente, às ações individuais foi dado o devido destaque: o estudo de caso revela que advogados envolvidos neste contencioso deram ampla publicidade às ações individuais, que foram veiculadas inclusive pelo rádio⁴⁸⁴. Esse fato chama a atenção para a diferença de incentivos financeiros entre as ações individuais, nas quais os honorários advocatícios são fixados em prol do vencedor a cada uma das causas ganhas, e as ações coletivas, nas quais não há parâmetros para a fixação dos honorários advocatícios e nem uma tradição clara de premiação dos advogados vitoriosos em ações coletivas por meio de honorários advocatícios substanciais.

Em termos de divulgação, no EC1, constatou-se a falta de dados sobre as ações coletivas até mesmo dentro das próprias organizações que estavam atuando no polo ativo⁴⁸⁵. Também não existiam cadastros oficiais que permitissem o conhecimento e a consulta das ações coletivas pelos eventuais interessados, o que dificulta a participação e o aproveitamento de seu resultado pelos interessados, além de contribuir para o ingresso multitudinário de ações individuais.

Deve-se ressaltar que atualmente já existe o Cadastro Nacional de Ações Coletivas, previsto na Resolução Conjunta 2/2011 do CNJ e do CNMP. Referido cadastro, porém, não tem sido alimentado com os dados que possibilitariam sua utilização a contento. A concretização do cadastro é fundamental não só para a melhor administração dos litígios, mas, também, para que o cidadão possa acompanhar as ações coletivas

de seu interesse e habilitar-se nelas, evitando assim a propositura desnecessária de ações judiciais individuais.

A adequada notificação aos interessados acerca da existência e do resultado da ação coletiva seria também fundamental para a realização do potencial inclusivo da ação coletiva. O anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo elaborado por Antonio Gidi, em seu artigo 5º, traz inovações compatíveis com o sistema nacional e que poderiam trazer benefícios em termos de inclusão, ao facilitar a ciência de todos os interessados acerca de informações importantes sobre a ação coletiva⁴⁸⁶. Não

486 Transcreve-se, pela importância do tema, o texto do anteprojeto: "Artigo 5. Na fase inicial do processo coletivo, o juiz promoverá, com o auxílio das partes, a melhor notificação possível para o grupo e seus membros, em face das circunstâncias do caso concreto (vide arts. 3.2, 14.6 e 16.1) 5.1 A notificação deverá ser econômica, eficiente e abrangente, direcionada a atingir o maior número possível de legitimados coletivos (vide art. 2) e membros do grupo. O Ministério Público, o Fundo dos Direitos de Grupo, as entidades e órgãos públicos relevantes, as associações nacionais e regionais mais representativas e uma pequena amostra dos membros do grupo facilmente identificáveis serão sempre notificados (vide arts. 5.10, 14.9 e 24.3). 5.2 O juiz utilizará todas as técnicas disponíveis para uma adequada notificação ao grupo, inclusive anúncios na imprensa e na Internet, em instrumentos de circulação compatível com a dimensão e o tipo do grupo. 5.3 A notificação e a identificação dos membros do grupo e entidades relevantes é de responsabilidade de ambas as partes e do juiz, mas, em princípio, será custeada pelo representante do grupo (vide art. 5.12). Quando a identificação ou a notificação for difícil e custosa para o representante e não para a parte contrária ao grupo, o juiz atribuirá tal função à parte contrária, que poderá ter o direito de ser ressarcida das suas despesas pelo representante do grupo (vide art. 5.13). 5.4 A notificação será transmitida em linguagem simples, clara e acessível em face das circunstâncias e deverá incluir, entre outras informações: 5.4.1 a definição do grupo; 5.4.2 a identificação do réu; 5.4.3 a identificação e a informação para contato do representante e do advogado do grupo; 5.4.7 o caráter vinculante da sentença coletiva e a possibilidade e o prazo para propositura de ação individual, se o membro tiver interesse em se excluir do grupo (vide art. 20.1); 5.4.8 cópia da petição inicial, da contestação e de documentos relevantes, selecionados pelo juiz com o auxílio das partes; 5.4.9 instruções sobre como obter mais informações sobre o processo coletivo; 5.4.10 qualquer outra informação relevante no caso concreto. 5.5 A notificação será enviada em nome do juiz. 5.6 O texto da notificação será redigido de forma neutra e imparcial. O juiz poderá atribuir tal função ao representante do grupo, sob fiscalização do réu e controle do juiz. 5.7 O juiz poderá reduzir ou dispensar a notificação individual dos membros do grupo, se ela for desproporcionalmente custosa ou se a propositura da ação coletiva tiver obtido notoriedade adequada. 5.8 O representante do grupo deverá manter os membros do grupo constantemente informados sobre os aspectos importantes do desenvolvimento da ação coletiva, sob pena de ser considerado inadequado. O juiz poderá promover a notificação formal de qualquer evento do processo, se estiver insatisfeito com a notificação periódica promovida pelo representante. 5.9 Os legitimados coletivos mais significativos a critério do juiz deverão e os que assim solicitarem poderão receber notificação dos atos importantes realizados no processo. 5.10 O juiz não promoverá a notificação, se a ação coletiva for manifestamente incabível ou infundada. 5.11 Para evitar prejuízo ao

483 Art. 94 do Código de Defesa do Consumidor: "Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor."

484 Watanabe *et al.*, "Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas", 76.

485 *Ibidem*, 11. O mesmo estudo apontou que nem o Ministério Público nem órgãos judiciários dispunham de dados para subsidiar uma pesquisa empírica a respeito do tema no Brasil: *Ibidem*, 24.

se pode concordar com o entendimento de ser impraticável a intimação pessoal⁴⁸⁷, que, conforme será visto no item 4.3, já existe nos Estados Unidos. Nesse sentido, consideram-se insuficientes as previsões do artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor⁴⁸⁸. O avanço tecnológico, com as facilidades de comunicação trazidas pela internet e pela existência do processo digital, além de diversos canais de relacionamento utilizados pelas grandes organizações burocráticas, também possibilita que a notificação seja individualizada em relação aos potenciais interessados no desfecho da ação coletiva. A ausência de notificação efetiva reduz a participação e o controle social sobre a demanda.

Finalmente, insta analisar o caso sob o ângulo substantivo do acesso à Justiça. Esta análise, conquanto extremamente complexa⁴⁸⁹, é especial-

rêu ou para poder dar uma informação mais completa ao grupo, o juiz poderá adiar a notificação ampla até ter convicção do cabimento e da boa-fé da ação coletiva, limitando a notificação, em um primeiro momento, aos legitimados coletivos mais significativos (vide art. 14.9). 5.12 O juiz poderá ordenar que as despesas com a notificação ampla e identificação dos membros do grupo sejam total ou parcialmente suportadas pelo réu, se houver probabilidade de sucesso da pretensão coletiva. 5.13 Se a parte contrária ao grupo envia correspondência aos membros do grupo ou mantém a publicação de periódicos ou brochuras ou um sítio na Internet, o juiz poderá ordenar a notificação através desse método, se houver probabilidade de sucesso da pretensão coletiva, de forma a notificar adequadamente o grupo sem aumentar substancial e desnecessariamente as despesas (vide arts. 5.3 e 5.12). 5.14 O juiz poderá ordenar a criação de um sítio na Internet, contendo informações importantes sobre o processo coletivo e sobre os fatos que levaram à sua propositura, com cópias da notificação, da petição inicial, da contestação e das principais peças, documentos e decisões do juiz. O sítio deverá ser atualizado frequentemente com o objetivo de informar os membros do grupo sobre o andamento do processo e poderá conter mensagens importantes para o grupo e seus membros, tais como a solicitação de informações ou provas e a divulgação de uma eventual proposta de acordo. O endereço eletrônico do sítio será amplamente divulgado. O juiz poderá ordenar que seja inserida uma conexão para referido sítio no sítio do representante do grupo, do interveniente e da parte contrária ao grupo."

487 Grinover, Watanabe, e Nery Junior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, II-Processo Coletivo:150.

488 Ver, a este respeito: "A publicidade deve ser efetiva, através de comunicação aos interessados identificáveis (ainda que em grupo), seja por via eletrônica (e-mail), seja por *pop ups* em páginas da internet de interesse da coletividade lesada, seja por lançamento de notícia nos modos de comunicação utilizados entre os condenados e os usuários de seus serviços (home banking, extratos bancários, contas de energia, telefone, etc)." in Gajardoni, "O Processo Coletivo Refém do Individualismo", 146.

489 Hensler *et al* relatam que uma análise do custo-benefício das *class actions* é tarefa árdua e é, por envolver tantas variáveis, uma questão razoavelmente aberta ao julgamento individual. Hensler *et al.*, *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, 466-67.

mente importante por conta de seis princípios constantes da Lei Geral de Telecomunicações (LGT) que têm aplicação no EC1 e que demandam do julgador uma análise mais aprofundada da realidade social do país e das relações contratuais no âmbito das telecomunicações: função social da propriedade, defesa do consumidor, manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, redução das desigualdades sociais, modicidade das tarifas e preços e vedação de discriminação⁴⁹⁰.

Ao analisar a questão, não se pode descartar a possibilidade de que nem ações individuais nem ações coletivas tenham sido inclusivas¹ o suficiente a ponto de reverter decisões administrativas que talvez estivessem excluindo os mais pobres do acesso ao serviço público de telefonia, pela adoção de um sistema de remuneração regressivo, que cobra dos pobres para subsidiar a utilização dos ricos, que utilizam mais pulsos.

No campo dos preços do serviço de telefonia, a tarifa de acesso pode ser uma explicação para a inacessibilidade do serviço público às camadas mais pobres da população, comprometendo o ideal de universalização sob o ponto de vista da demanda, e não mais da oferta⁴⁹¹. Isso é problemático porque a própria Lei 9.472/1997 dispõe, no artigo 5º, que "[n]a disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da [...] redução das desigualdades regionais e sociais".

Em seu voto vencido no REsp 1068944-PB, o Ministro Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça, expôs o entendimento de que a cobrança da assinatura básica seria "uma forma de discriminação ao contrário, ao cobrar de ricos e pobres o mesmo valor e a mesma quantidade de pulsos/minutos, como se fossem iguais", violando, no seu

490 Artigo 5º da LGT. Ver ainda: STJ, REsp 1068944-PB, Voto Vencido do Ministro Herman Benjamin, DJe 09/02/2009.

491 "No caso do setor de telefonia, verificou-se um aumento maior dos benefícios marginais de acesso para as faixas intermediárias de renda. Este fato, associado à estagnação nos níveis de acesso a partir do ano 2000, sinalizam que após superadas as barreiras relacionadas à falta de oferta, passam a ser relevantes as barreiras de demanda, associadas à falta de capacidade de pagamento da população mais pobre. Apesar do relevante crescimento da planta telefônica, superando as metas de universalização tanto no que se refere aos acessos individuais como aos de uso público, ainda persistem grandes desigualdades inter e intra-regionais no acesso aos serviços de telefonia." Danni, "Análise do Efeito das Reformas Regulatórias e Privatização dos Serviços Públicos no Brasil – Eletricidade e Telefonia".

entender, o art. 3º, da Lei Geral de Telecomunicações, porque, assim o fazendo, “inviabiliza o acesso de largas parcelas da população aos serviços de telefonia fixa residencial (inciso I) e discrimina ‘quanto às condições de acesso e fruição do serviço’ (inciso II)”⁴⁹². O Ministro concluiu ser ela “o cavalo-de-troia da exclusão digital”⁴⁹³. É interessante transcrever a conclusão do raciocínio desenvolvido por ele:

“Em síntese, conclui-se que a cobrança da assinatura básica: a) é ilegal, por não estar prevista e autorizada pela LGT, havendo *in casu* afronta ao princípio da legalidade por parte da Anatel ao prevê-la em Resolução; b) mesmo que ausente a desconformidade com a LGT, viola o art. 39, I, do CDC, ao obrigar o usuário a adquirir uma franquia de pulsos (a consumir), independentemente do uso efetivo, condicionando, assim, o fornecimento do serviço, sem justa causa, a limites quantitativos; c) infringe o CDC, pois constitui vantagem exagerada, uma vez que ‘ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence’ (art. 51, §1º, I), notadamente os princípios do amplo acesso ao serviço, da garantia de tarifas e preços razoáveis (art. 2º, I, da LGT) e da vedação da discriminação (art. 3º, III, da LGT); d) mostra-se excessivamente onerosa (art. 51, §1º, III, do CDC) ao impor o pagamento de quantia considerável (cerca de 10% do salário-mínimo só pela OFERTA do serviço, lembre-se!) ao assinante que utiliza pouco o serviço público; e e) importa desequilíbrio na relação contratual (art. 51, §1º, II, do CDC), já que, ao mesmo tempo que onera excessivamente o usuário, proporciona arrecadação extraordinária às concessionárias (cerca de treze bilhões de reais por ano, conforme consta da página eletrônica da Anatel).”⁴⁹⁴

Por outro lado, a transição do sistema de telecomunicações brasileiro de um modelo estatizado para outro privatizado envolve questões técnicas de relevo. Assegurar a viabilidade da atividade econômica do sistema privatizado também é um dos compromissos da regulação. Assim, deve-se levar em consideração que riscos empresariais foram assumidos pelas

empresas⁴⁹⁵, aos quais se somaram dificuldades tais como os encargos regulatórios⁴⁹⁶, a tensão entre os deveres de inovação e de universalização pela expansão da rede⁴⁹⁷ e a herança de uma estrutura obsoleta, que teve de ser modernizada⁴⁹⁸. Tais fatores não são desprezíveis e, progressivamente, a eles se juntaram os desafios referentes à substituição da telefonia fixa pela telefonia móvel e pela internet⁴⁹⁹.

É de se ver, ainda, que a correção das distorções da estrutura tarifária brasileira – tarifas locais desproporcionalmente baixas e tarifas de longa distância desproporcionalmente altas, que subsidiavam as ligações locais – foi considerada condição essencial para o sucesso do sistema privatizado⁵⁰⁰.

Ainda que ponderadas todas essas circunstâncias, o Ministro Herman Benjamin considerou que a cobrança da assinatura básica

492 Ministro Herman Benjamin, Voto Vencido no Recurso Especial 1068944-PB (STJ 2 de setembro de 2009).

493 *Ibidem*.

494 *Ibidem*.

495 Ana Novaes, “Privatização do Setor de Telecomunicações no Brasil”, *A Privatização no Brasil: o Caso dos Serviços de Utilidade Pública. OCDE/BNDES*, 2000.

496 Exemplo disso são as incertezas sobre a reversão do patrimônio.

497 O diretor de regulamentação da Oi, Carlos Eduardo Monteiro, exemplifica um dos ônus da universalização: a atual planta de orelhões, que tem quase um milhão de aparelhos ainda em serviço, que precisam ser mantidos a um custo alto, mas têm pouca utilidade. “Concessão de telefonia ficará insustentável em cinco anos, diz Oi”, *TeleSíntese*, 22 de setembro de 2015, <<http://www.telesintese.com.br/concessao-de-telefonia-ficara-insustentavel-em-cinco-anos-diz-oi/>>.

498 O mesmo Carlos Eduardo Monteiro, citado na nota de rodapé acima, durante o 29º Seminário Internacional ABDTIC, afirmou que “passamos de 2,4 milhões de assinantes na fila de espera para telefone, que a taxa de habilitação custaria hoje, em valor reajustado pela Selic, R\$ 5.300, para uma penetração de 70% dos domicílios com telefone fixo, maior que na China, África do Sul e Índia. E, quando fala por cem habitantes, o Brasil tem 22 a cada 100. Se usar estes indicadores, não resta dúvida de que universalização deu certo” (disponível em <<http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&inford=41307&sid=8&tpl=printerview>>, acesso em 25 de abril de 2016). O seu discurso ilustra a complexidade da mensuração do sucesso da universalização e, de modo geral, de todo o projeto de privatização.

499 Segundo relatório do IPEA, 45,6% dos domicílios pesquisados não contam com o serviço de telefonia fixa, e desta porcentagem 59,4% afirmaram que a comunicação via aparelho móvel (celular) substituiu o telefone fixo. Por outro lado, 20,2% afirmaram não ter condições financeiras de pagar pelo serviço. Ver: Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, “Sistema de Indicadores de Percepção Social (Sips): Serviços de Telecomunicações”, 12 (Brasília, 13 de março de 2014), <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140313_sips_telecomunicacoes.pdf>.

500 Novaes, “Privatização do Setor de Telecomunicações no Brasil”, 152. A autora acrescenta que o valor das tarifas levava em consideração também objetivos alheios ao sistema de telecomunicações, como a redução da inflação. *Ibidem*, 161.

constitui “um perverso e regressivo subsídio em favor dos mais ricos”⁵⁰¹, e que a Anatel poderia garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato por outros meios que não ampliassem a desigualdade⁵⁰². Em sentido semelhante, Coutinho ressalta que a diferenciação de tarifas conforme o poder econômico do cidadão (tarifação redistributiva) existe em outros países e deve ser objeto de atenção em países desiguais como o Brasil⁵⁰³.

Ante as desigualdades econômicas e sociais do Brasil, muito deve ser feito na área para a concretização de um ideal de inclusão. Conforme o IPEA, em 9,1% dos domicílios brasileiros não há utilização de nenhum serviço de telecomunicação (telefonia fixa, móvel, banda larga e TV por assinatura) e, especificamente quanto à telefonia fixa, 20,2% dos domicílios afirmaram não ter condições financeiras de pagar pelo serviço, perpetuando-se um quadro de exclusão⁵⁰⁴.

501 STJ, REsp 1068944-PB, Voto Vencido do Ministro Herman Benjamin, DJe 09/02/2009. Ver ainda Guilherme Ferreira da Cruz, “A Ilegalidade da Abusiva Tarifa de Assinatura Mensal do Serviço de Telefonia Fixa e o Consequente Direito à Repetição do Indébito”, *Revista de Direito do Consumidor* 55 (julho de 2005).

502 “O certo é que a Anatel e as concessionárias não estão sujeitas, por laço umbilical cuja remoção significará a morte da atividade econômica, a um modelo tarifário no qual quem não consome ou não quer consumir, por não ter condições financeiras, subsidia a tarifa daqueles que, podendo consumir e pagar, pagam menos em razão desse dreno de recursos das camadas menos aquinhoadas. A Anatel, após os necessários estudos técnicos, bem poderá entender que, para simultaneamente manter o equilíbrio econômico-financeiro e ajustar a política tarifária com base na justiça social, cabe aumentar a tarifa do minuto da telefonia fixa, das ligações interurbanas ou internacionais, ou ainda promover outra medida econômico-financeira de compensação.” Ministro Herman Benjamin, STJ, REsp 1068944-PB, Voto Vencido do Ministro Herman Benjamin, DJe 09/02/2009.

503 Coutinho, “A Universalização do Serviço Público para o Desenvolvimento como uma Tarefa da Regulação”, 75. O mesmo autor alerta para a complexa discussão jurídica que a implementação desta ideia provoca. *Ibidem*, 83.

504 Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, “SIPS 2014 – Sistema de Indicadores de Percepção Social: Serviços de Telecomunicações”, 10. Ver ainda, sobre o desafio da universalização das telecomunicações, a crítica de Carlos Eduardo Vieira de Carvalho à incompatibilidade da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97) ao texto constitucional. Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, *Regulação de Serviços Públicos na Perspectiva da Constituição Econômica Brasileira* (Belo Horizonte: Del Rey, 2007), 98-100.

4.2.2. IMPARCIALIDADE

Em termos de imparcialidade, pode-se apontar que, embora o resultado substantivo tenha sido semelhante em julgados individuais e coletivos, a ação coletiva deixou de propiciar a soma de esforços dos litigantes eventuais e de equiparar seu poder de persuasão ao do litigante habitual. A leitura do caso comporta a interpretação de que existe resistência no próprio Judiciário ao fortalecimento da ação coletiva. Isto porque, em consequência do entendimento literal adotado pelo STJ à luz do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, a ação coletiva passou a implicar riscos menores aos litigantes habituais, bem como a congregar menor quantidade de litigantes eventuais.

Comparada com a litigância individual multitudinária, que exige dispêndio de recursos significativos, a ação coletiva enfraquecida é uma opção atraente para o litigante habitual. Não surpreende, por isso, que ele tenha defendido a vedação da propositura de ações individuais e o cabimento exclusivo da litigância coletiva no EC1.

Adotada a interpretação do Superior Tribunal de Justiça que leva à ação coletiva enfraquecida, a *class action* que Galanter defendeu passa a ser preferível à ação individual, mesmo com todas as vantagens que a litigiosidade repetitiva individualizada permite ao litigante habitual gozar. Assim, o litigante habitual sustentou a tese, defendida por Kazuo Watanabe, de que as ações individuais não seriam cabíveis em razão da natureza incindível da relação jurídica substancial. Para Watanabe,

“[...] qualquer demanda judicial, seja coletiva ou individual, que tenha por objeto a impugnação da estrutura tarifária fixada pelo Estado no exercício do seu poder regulatório, somente poderá veicular pretensão global, que beneficie todos os usuários, de modo uniforme e isonômico, uma vez que a estrutura tarifária, como visto, deve ter natureza unitária para todas as partes que figuram no contrato de concessão e nos contratos de prestação de serviços de telefonia. Uma ação coletiva seria mais apropriada para essa finalidade. As ações individuais, acaso fossem admissíveis, e não o são, devem ser decididas de modo global, atingindo todos os usuários, em razão da natureza incindível da relação jurídica substancial.”⁵⁰⁵

505 Watanabe, “Relação entre Demanda Coletiva e Demandas Individuais”, 134.

Trata-se de tese da “ação pseudoindividual”, cujo reconhecimento implica a extinção da ação sem resolução do mérito⁵⁰⁶. Embora essa tese tenha plausibilidade, ela leva à triste constatação de que a ação coletiva brasileira é uma versão degenerada do que se espera de uma legítima ação coletiva e precisa de urgente reformulação. Ora, se a ação coletiva passa a ser a opção preferível para o litigante habitual, conclui-se que as vantagens estruturais do litigante habitual nesse tipo de litígio são ainda maiores do que as já significativas vantagens estratégicas de que ele usufrui na litigiosidade individual.

É bom reforçar que a tese das ações pseudoindividuais não é necessariamente contrária aos interesses dos litigantes eventuais. Como pontuou o Ministro Luiz Fux, ações individuais podem servir como simulacros de complexas ações coletivas⁵⁰⁷, mascarando a profundidade do conflito, ao passo que a ação coletiva tende a favorecer a tomada de decisão judicial da forma mais informada possível, o que passa pela junção de forças e informações dos litigantes eventuais. O que causa preocupação em termos de garantia de acesso à Justiça é a adoção dessa tese de forma conjugada com entendimentos que albergam (i) a limitada eficácia territorial da ação coletiva e (ii) a restrita legitimação para a propositura da ação coletiva.

Não obstante tudo o que foi dito sobre o enfraquecimento da ação coletiva no caso concreto, a ação individual não é a melhor forma de assegurar a paridade de forças entre os litigantes. O EC1 permite aprofundar o tema por meio, mais uma vez, do voto vencido do Ministro Herman Benjamin no Recurso Especial 911.802-RS⁵⁰⁸ – um dos acórdãos que, ao afirmar a legalidade da assinatura básica de telefonia fixa, embasou a súmula 356 do Superior Tribunal de Justiça. Nele, o Ministro Herman Benjamin teceu importantes observações sobre a impropriedade de solucionar conflitos coletivos pela via da ação individual formadora de precedente, que tem por notas características a pujança do litigante habitual e sua maior capacidade de formação de jurisprudência favorável. O

506 No âmbito dos juizados especiais cíveis, Leslie Ferraz também defende a tese da extinção das ações pseudoindividuais. Ver: Ferraz, “Acesso à Justiça e Processamento de Demandas de Telefonia: o Dilema dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil”, 196.

507 Voto Vencido no Conflito de Competência 47.731-DF, Ministro Luiz Fux (Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça 2005).

508 REsp 911.802-RS, Relator: Ministro José Delgado, Julgamento: 24/10/2007, Órgão Julgador: 1ª Seção, DJe 01/09/2008

Ministro denominou essa situação de “perplexidade político-processual”, *verbis*:

“[...] escolheu-se exatamente uma ação individual, de uma contratante do Rio Grande do Sul, triplamente vulnerável na acepção do modelo constitucional welfarista de 1988 – consumidora, pobre e negra –, para se fixar o precedente uniformizador, mesmo sabendo-se da existência de várias ações civis públicas, sobre a mesma matéria, que tramitam pelo País afora. Ou seja, inverteu-se a lógica do processo civil coletivo: em vez de a ação civil pública fazer coisa julgada *erga omnes*, é a ação individual que, por um expediente interno do Tribunal, de natureza pragmática, de fato transforma-se, em consequência da eficácia uniformizadora da decisão colegiada, em instrumento de solução de conflitos coletivos e massificados.

Não se resiste aqui à tentativa de apontar o paradoxo. Enquanto o ordenamento jurídico nacional nega ao consumidor-indivíduo, sujeito vulnerável, legitimação para a propositura de ação civil pública (Lei 7347/1985 e CDC), o STJ, pela porta dos fundos, aceita que uma demanda individual – ambiente jurídico-processual mais favorável à prevalência dos interesses do sujeito hiperpoderoso (*in casu* o fornecedor de serviço de telefonia) – venha a cumprir o papel de ação civil pública às avessas, pois o provimento em favor da empresa servirá para matar na origem milhares de demandas assemelhadas – individuais e coletivas.”

O Ministro foi claro quanto à importância da litigância estratégica desenvolvida pelo litigante habitual e das vantagens que ele obteve em razão de a Corte ter selecionado uma ação individual – de uma consumidora triplamente vulnerável – para firmar um precedente que afetou milhares de consumidores (os “litigantes-sombra”):

“Em síntese, a vitória das empresas de telefonia, que hoje se prenuncia, não é exclusivamente de mérito; é, antes de tudo, o sucesso de uma estratégia judicial, legal na forma, mas que, na substância, arranha o precioso princípio do acesso à justiça, uma vez que, intencionalmente ou não, inviabiliza o debate judicial e o efetivo contraditório, rasgando a *ratio essendi* do sistema de processo civil coletivo em vigor (Lei 7.347/85 e CDC).”

As palavras do Ministro, para além do caso concreto, adaptam-se perfeitamente à crítica que está sendo desenvolvida nesta tese quanto ao trajeto traçado pela Reforma do Judiciário, que, sem resolver nenhuma das mazelas do processo coletivo, fortaleceu o sistema de precedentes formados em ações individuais de modo a praticamente substituir o processo coletivo no que tange à litigância envolvendo demandas repetitivas.

Por fim, a utilização de argumentos *ad terrorem* pelo litigante habitual tampouco passou despercebida pelo Ministro Herman Benjamin:

“De todo o exposto, percebe-se que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão não serve à defesa da assinatura básica. Pelo contrário, abre as portas da discussão do tema sem que se possa apontar, como óbice à incursão jurisdicional, o argumento *ad terrorem* de risco de colapso na prestação do serviço ou impossibilidade do cumprimento das obrigações pelas empresas.”

O raciocínio desenvolvido pelo Ministro ecoa o artigo de Galanter já citado⁵⁰⁹. Ao que ele disse é possível acrescentar que a litigiosidade individual multitudinária também leva ao fortalecimento dos laços do Judiciário com o litigante habitual, como ilustra a seguinte passagem de estudo empírico sobre a litigiosidade de que trata o EC1, ilustrando a cooperação entre o Poder Judiciário e o litigante habitual:

“Em razão disso, foi verificada junto à Telesp, pela própria administração dos Juizados, a possibilidade de dispensar-se a juntada, numeração e autuação em ficha de suas milhares de contrarrazões de recurso repetitivas, ficando os documentos respectivos disponíveis para consulta no sítio da empresa e em arquivo na Corregedoria de Justiça.”⁵¹⁰

No EC1, nem a litigiosidade individual nem a coletiva lograram evitar a concretização das vantagens estratégicas do litigante habitual.

4.2.3. CELERIDADE

Em termos de celeridade, as ações coletivas, seja pelas múltiplas dúvidas suscitadas no curso do seu processamento, seja porque seu julgamento não foi priorizado, tramitaram muito mais lentamente do que as ações individuais. A prioridade na tramitação da ação coletiva é inerente à lógica do instituto, como forma de estimular os interessados a aguardar o resultado de uma ação que naturalmente será mais complexa do que a individual. A concessão de prioridade a determinados feitos não é desconhecida no processo brasileiro e, desde o novo Código de Processo Civil, pode ser deferida às ações coletivas relativas a processos repetitivos por analogia ao artigo 980 e ao §4º do artigo 1.037, que estabelece a preferência no julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*. *De lege ferenda*, o ideal é que regra idêntica fosse editada para estabelecer, em todas as instâncias, a prioridade na tramitação das ações coletivas perante às demais ações. A prioridade se aplicaria a todos os atos do processo, e não apenas à prolação de sentença ou acórdão, conforme a regra relativa à ordem cronológica de julgamento prevista no artigo 12, inciso VII, do novo Código de Processo Civil.

Não é demais ressaltar que a precedência no julgamento das ações coletivas poderia ser, num sistema como o brasileiro – em que é comum litigar independentemente do pagamento de custas judiciais e contratar honorários advocatícios contingentes – um dos poucos incentivos para o indivíduo aguardar o resultado da ação coletiva.

Uma opção para garantir mais celeridade às ações coletivas seria a criação de varas especializadas, com competência territorial ampliada para além de uma única comarca, já que isto evitaria que casos mais simples fossem priorizados em razão de escolhas pragmáticas ligadas à produtividade quantitativa do juiz. Esta opção traria como vantagem adicional a maior familiaridade e sofisticação do julgador e do corpo técnico, e se justificaria à vista das complexidades e particularidades dos processos coletivos⁵¹¹. Seria possível assim incrementar a eficiência no

509 Marc Galanter, “Why the ‘Haves’ Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change”, *Law & Society Review* 9, nº 1 (1974), 11.

510 Watanabe *et al.*, “Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas”, 75-76.

511 Neste sentido, o Projeto de Lei do Senado nº 472/2013 estimula a criação de tais varas, facultando a propositura de ação civil pública em vara especializada quando possuir jurisdição sobre o local do dano.

julgar em decorrência da concentração da estrutura necessária para o processamento das ações, incluindo a estrutura administrativa federal ou estadual, que geralmente se situa nas principais cidades do Estado⁵¹².

No estudo de caso, constatou-se que a propositura das ações coletivas deixou de influenciar positivamente a celeridade do Judiciário na medida em que não desestimulou o ingresso de ações individuais. Isto significa que a tramitação de ações judiciais no Judiciário paulista foi mais lenta após a expansão do acervo provocada pelo ingresso das ações repetitivas estudadas no EC1, e que não se logrou fazer um uso produtivo das ações coletivas como forma de administrar a litigiosidade repetitiva.

A dúvida sobre a inclusão da Anatel no polo passivo da ação foi um complicador relevante na tramitação das ações coletivas. A sua manifestação de interesse no feito levou à instauração de conflito de competência no Superior Tribunal de Justiça, suspensão das ações coletivas, remessa delas para a Justiça Federal e, posteriormente, retorno delas à Justiça Estadual, quando o juízo federal entendeu que a Anatel não era parte legítima para figurar no polo passivo das ações⁵¹³.

Prevaleceu, ao final, o entendimento de que, em se tratando de ação judicial entre particulares, não havia razão que justificasse a participação da Anatel. Porém, a questão não está pacificada. Posteriormente o Superior Tribunal de Justiça, por maioria, veio a decidir que a participação da Anatel nas ações coletivas era devida, mas não nas individuais, estabelecendo a diferença com base na presença do consumidor final no polo ativo da ação⁵¹⁴. Não obstante todos os precedentes firmados segundo as questões postas pelo EC1, não é possível antever qual seria o

posicionamento do Superior Tribunal de Justiça caso uma litigiosidade semelhante se repetisse. Vale notar que eventual repetição não chegaria a ser surpreendente, dadas as dificuldades inerentes a conciliar os interesses divergentes dos consumidores e do setor regulado⁵¹⁵.

Como o órgão regulador dispõe de elementos técnicos e jurídicos relevantes para o deslinde da ação coletiva, e como eventualmente a decisão que vier a ser tomada o impelirá a rever ou adequar a regulação, seria importante que seus argumentos fossem ponderados à luz do contraditório. Sobretudo nas ações coletivas cujo pano de fundo é regulatório, seria relevante a participação do órgão regulador, porque contar com suas contribuições garante maior qualidade e participação ao debate público que se trava na ação coletiva. Confere-se, assim, maior legitimidade à decisão que vier a ser proferida, além de propiciar um ambiente mais favorável a um eventual acordo que abranja a revisão das normas do setor⁵¹⁶. Mais uma vez, o caso revela a necessidade de desenvolvimento legislativo e jurisprudencial da matéria, firmando-se como indispensável a presença do órgão regulador em um dos polos das ações coletivas relativas a temas de competência das agências reguladoras.

O aprimoramento do controle judicial da legislação produzida em decorrência do poder normativo exercido pelos órgãos reguladores é parte de uma configuração institucional que visa a atender a exigências democráticas ínsitas ao Estado Democrático de Direito⁵¹⁷. O espaço da ação judicial é um espaço de debate jurídico público⁵¹⁸, e o controle juris-

512 No mesmo sentido: "As Inter-Relações entre o Processo Administrativo e o Judicial sob a Perspectiva da Segurança Jurídica no Plano da Concorrência Econômica e da Eficácia da Regulação Pública", 306.

513 Para que se tenha a dimensão da tramitação errante das ações coletivas, ver: Watanabe *et al.*, "Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas", 64-65.

514 Ver EDcl no AgRg no Ag 1195826/GO, Ministra Eliana Calmon (Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça 2010), em cuja ementa consta: "1. Nas demandas coletivas ajuizadas contra prestadoras de serviços de telecomunicação, em que se discute a tarifação de serviços, com base em regramento da Anatel, reconhece-se a legitimidade passiva desta agência como litisconsorte necessário, bem como firma a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito. 2. Inaplicabilidade do posicionamento firmado em julgamento sob o rito do art. 543-C do CPC (REsp 1.068.944/PB), em razão da divergência com o suporte fático do precedente (demandas entre usuários e as operadoras de telefonia)."

515 A análise dos fatos de Márcio Iório Aranha é de que "o ambiente de regulação do setor de telecomunicações e, em especial, do de telefonia, gera uma polarização natural entre propostas de diminuição dos custos evidentes dos serviços de telefonia impostos sobre seus consumidores, de um lado, e de interesses de manutenção do equilíbrio das relações contratuais, de otimização de lucros e de expansão das empresas do setor." Aranha, "Democracia Participativa e a Agência Reguladora de Telecomunicações Brasileira".

516 Um ponto de vista diferente é perfilhado por Héctor Valverde Santana, "A Ilegalidade da Cobrança da Tarifa de Assinatura Básica de Telefonia Fixa", *Revista Jurídica da Presidência* 9, nº 84 (2007): 116-30.

517 Jean-Paul Cabral Veiga da Rocha leciona que a democracia deliberativa, de que trata Jürgen Habermas, "reconhece como democrático o papel do controle de constitucionalidade numa sociedade complexa". Jean-Paul Veiga da Rocha, "A Capacidade Normativa de Conjuntura no Direito Econômico: o Déficit Democrático da Regulação Financeira" (Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 2004).

518 Tanto é assim que novos instrumentos, que facilitam o debate público, vêm sendo paulatinamente incorporados à nossa legislação processual. Exemplos disso são as audiências públicas e a figura do *amicus curiae*.

dicional é garantia inafastável do cidadão. Aumenta-se assim o controle democrático sobre a capacidade normativa das agências reguladoras.⁵¹⁹

Infelizmente, prevaleceu, no Conflito de Competência 47.731-DF, o entendimento de que a tramitação das ações coletivas em nada influenciava a das ações individuais, por se entender que o curso delas seria independente. Assim, a suspensão da ação individual só se daria por iniciativa de seu autor e, na falta de pedido de suspensão, a “ação individual não sofre efeito algum do resultado da ação coletiva, ainda que julgada procedente”⁵²⁰.

Por fim, o EC1 revela uma intensa e improdutiva movimentação de ações coletivas de um foro para outro, reiteradas vezes, sem nenhum resultado concreto de direito material. O EC1 também faz observar que, após mais de 30 anos de existência, a Lei da Ação Civil Pública ainda contém lacunas jurisprudenciais inadmissíveis, tais como a ausência de clareza sobre o cabimento da inclusão do órgão regulador num dos polos da demanda⁵²¹. A tramitação das ações coletivas foi errante, e seus resultados ficaram aquém do esperado: quando o Superior Tribunal de Justiça formou os precedentes que afirmaram a legalidade da cobrança

da tarifa pela assinatura de linha telefônica fixa, os quais passaram a orientar a jurisprudência brasileira, as ações coletivas ainda tramitavam na primeira instância⁵²².

4.2.4. EFICIÊNCIA

Ineficiências intrínsecas à numerosidade das ações individuais ficaram evidenciadas de forma marcante no EC1: a dispersão de uma única tese judicial em milhares de ações resultou na dificuldade de tramitação de outras ações judiciais, porque os juízos ficaram sobrecarregados.

Mais do que isso, ficou evidenciado que, em um contexto de litigiosidade multitudinária, o Poder Judiciário pode tender ao conservadorismo, reduzindo-se as chances de promoção de mudanças sociais por meio dos tribunais⁵²³. O estudo de caso permite relacionar diretamente as ineficiências decorrentes da litigiosidade repetitiva à própria concepção da improcedência liminar do pedido⁵²⁴, inicialmente consagrada no artigo 285-A do CPC/1973⁵²⁵, que atualmente corresponde, com algumas modificações, ao artigo 332 do CPC/2015. O estudo de caso chama a atenção para a importância de se refletir sobre quais são os incentivos do sistema para que o julgador assuma determinada postura perante a ação individual e a ação coletiva.

Diante de uma litigiosidade repetitiva multitudinária e da carga de processos a ela associada, se o juiz não estiver *a priori* convencido da importância da causa, é preciso reconhecer que existe um incentivo a julgar improcedentes as pretensões de mudança do *status quo*. Ao legislador cabe, enquanto “arquiteto de escolhas”, levar em conta as predisposições acarretadas por incentivos institucionais para que o debate judicial globalmente considerado venha a ser o melhor possível⁵²⁶. O impacto deste

519 Sobre o debate, ver: Veiga da Rocha, “A Capacidade Normativa de Conjuntura no Direito Econômico: o Déficit Democrático da Regulação Financeira”.

520 Conflito de Competência 47.731-DF, Ministro Teori Albino Zavascki.

521 Sabe-se que o STJ decidiu, sob o rito dos recursos repetitivos, que a Anatel não tem legitimidade para figurar na ação judicial coletiva: “Ora, no caso em exame, ninguém contesta que a relação de direito material posta em juízo é, exclusivamente, a que se estabeleceu, por força de um vínculo contratual, entre a concessionária e o usuário do serviço de telefonia. A Anatel não faz parte nem do contrato e nem, portanto, da relação jurídica dele decorrente. Assim, a Anatel, porque não ostentasequere a condição para se legitimar como parte, não pode ser litisconsorte, nem facultativo e muito menos necessário. Aliás, na petição inicial, nada é pedido em relação a ela, nenhuma pretensão é deduzida contra ela. A sentença, conseqüentemente, não a beneficiará e nem a prejudicará. Não merece guarida, à toda evidência, a tese sustentada pela recorrente, segundo a qual a condição litisconsorte necessária decorre da competência (= poder) normativa ou reguladora dos serviços de telefonia e, especialmente, da estrutura tarifária correspondente. Para que essa afirmação pudesse ser verdadeira seria indispensável afirmar que o exercício do poder normativo ou controlador ou de polícia ou de concedente de serviços públicos, pelos entes estatais, transforma tais entes em partes em todas as relações de direito material estabelecidas pelos destinatários das normas por eles editadas, ou pelas entidades por eles fiscalizadas ou pelas empresas titulares de concessões ou autorizações por eles expedidas.” (STJ, REsp 1068944 / PB, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 09/02/2009). No entanto, a conclusão é aplicável apenas ao caso concreto, não a futuras ondas de litigiosidade que vierem a envolver políticas regulatórias.

522 Watanabe *et al.*, “Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas”, 73.

523 Ver o artigo já citado de Marc Galanter, “Why the ‘Haves’ Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change”, *Law & Society Review* 9, nº 1 (1974): 121.

524 Watanabe *et al.*, “Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas”.

525 “Art. 285-A do Código de Processo Civil/1972: Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.”

526 A expressão utilizada, “arquiteto de escolhas”, é tradução livre de “choice architect”, usada por Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness* (Yale University Press, 2008).

conservadorismo faz-se sentir, sobretudo, no direito do consumidor: como a sociedade moderna baseia suas relações contratuais em contratos de adesão, estes tendem a ser mantidos, em favor das grandes organizações.

As ações coletivas não permitiram incrementos em termos de eficiência, porque não desestimularam o ingresso multitudinário de ações individuais. Não se logrou, desta forma, economizar recursos públicos escassos por meio da concentração da litigância em poucas ações coletivas. Pelo contrário, a tramitação das próprias ações coletivas foi ineficiente, dadas as sucessivas remessas de autos para diversos juízos. As incertezas sobre competência, conexão e abrangência dos julgamentos nas ações coletivas geraram incidentes contínuos, que demandaram recursos das empresas, do Judiciário e dos particulares. Conclui-se, portanto, que não se realizou um dos principais objetivos do processo coletivo, “evitar o ajuizamento de milhares de ações individuais repetitivas, economizando, com isso, importantes recursos públicos e particulares (nesse último caso, tanto de consumidores quanto de fornecedores)”⁵²⁷.

De mais a mais, nas ações individuais relativas a questões regulatórias, em que as partes litigam individualmente sobre direitos de natureza coletiva, a dispersão das discussões tende a dificultar o debate organizado, entendido como aquele em que a maior amplitude possível de reflexões seja ponderada e em que se compreenda exatamente quantas pessoas são afetadas e qual o alcance das decisões.

4.2.5. SEGURANÇA JURÍDICA

Nem as ações coletivas, tampouco as ações individuais, foram capazes de proporcionar segurança jurídica e previsibilidade no curso da litigiosidade estudada no EC1. Justamente diante da importância basilar da segurança jurídica, o Ministro Luiz Fux queria ver reconhecida a conexão das ações coletivas relativas ao caso, para manter a uniformidade das decisões e evitar a possibilidade de que estas fossem contraditórias. Para o Ministro, decidir diferentemente implicaria contrariar a finalidade do instituto:

“A grande realidade é saber se podemos conviver com nossa função, tal como prevista na Constituição Federal, assistindo

passivamente, chegarem aqui cem mil ações com decisões diferentes sobre a mesma matéria. Isso significa abdicar do dever de velar pela cláusula máxima consecutória da tutela da dignidade da pessoa humana, que é a igualdade. Sabemos que um dos fatores que levou o Poder Judiciário a um profundo descrédito perante a opinião pública foi a falta de sintonia nas decisões.”⁵²⁸

O voto do Ministro Fux foi vencido pelo do Ministro Zavascki, que entendeu que o conflito de competência somente seria admissível se as ações coletivas dissessem respeito a direitos transindividuais, caso em que não seria admissível a prolação de decisões antagônicas; tratando-se de direitos individuais homogêneos, porém, haveria convivência harmônica entre a tutela individual e a coletiva e, mesmo entre ações coletivas, o conflito seria improvável pela limitação territorial própria da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos. Além de prestigiar a segurança jurídica e a isonomia, o reconhecimento da conexão entre as ações coletivas permitiria que o juízo competente tivesse acesso ao maior número possível de argumentos dos legitimados, possibilitando o exaurimento da matéria e a congregação de saberes que a ação coletiva visa prestigiar. A reunião dos processos para julgamento conjunto agrega os argumentos contidos nas várias ações, o que facilita a defesa dos interesses coletivos, sem prejuízo ao contraditório. Outrossim, a existência de decisões divergentes em ações coletivas tem uma abrangência e, possivelmente, um efeito nocivo maior do que em ações individuais, dado o número de atingidos pelas decisões.

Sob o ponto de vista procedimental, as ações individuais produziram menos insegurança jurídica do que as ações coletivas. Isto porque, além das dúvidas sobre competência, conexão, litispendência, outras incertezas permearam o procedimento de tramitação das 26 ações coletivas. Relembre-se, neste sentido, a já citada indefinição sobre a legitimidade da Anatel para figurar no polo passivo das ações coletivas, que acarretou idas e vindas de processos da Justiça Estadual para a Federal e vice-versa e repetição de atos processuais.

O potencial da ação coletiva para produzir decisões que afetem igualmente todos os litigantes não foi confirmado no estudo de caso,

527 Watanabe *et al.*, “Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas”, 13.

528 Voto Vencido no Conflito de Competência 47.731-DF, Ministro Luiz Fux.

pois, no ano de 2007, quando as ações individuais que se tornaram os precedentes da jurisprudência brasileira já estavam sendo julgadas pelo STJ⁵²⁹, as ações coletivas ainda tramitavam na primeira instância⁵³⁰. Assim, não havendo prioridade na tramitação das ações coletivas nem suspensão das ações individuais, o papel de produzir segurança jurídica não coube à litigância coletiva, mas sim à individual, que findou por gerar a súmula que pacificou o entendimento do Poder Judiciário sobre o tema.

Também é grave a dubiedade sobre o alcance subjetivo do julgado, problema já exposto acima. O legado da litigiosidade estudada no EC1, tal como cristalizado no Conflito de Competência 47.731-DF, é de difícil aplicação futura. Esse entendimento felizmente foi rejeitado quando do julgamento proferido no Recurso Especial 1.243.887/PR, de 19.10.2011, em julgamento representativo de controvérsia sob o rito dos recursos repetitivos, em cuja ementa constou:

“A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC).”⁵³¹

O aresto afastou a aplicação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública e, tendo sido julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, espera-se que promova a uniformização da jurisprudência nacional quanto ao tema, rejeitando-se de forma definitiva um entendimento que nega aos interesses metaindividuais a sua legítima extensão. Assim constou do voto vencedor:

“Tal interpretação, uma vez mais, esvazia a utilidade prática da ação coletiva, mesmo porque, cuidando-se de dano de escala nacional ou regional, a ação somente pode ser proposta na capital dos Estados ou no Distrito Federal (art. 93, inciso II,

CDC). Assim, a prosperar a tese do recorrente, o efeito *erga omnes* próprio da sentença estaria restrito às capitais, excluindo todos os demais potencialmente beneficiários da decisão.

A bem da verdade, o art. 16 da LACP baralha conceitos heterogêneos – como coisa julgada e competência territorial – e induz a interpretação, para os mais apressados, no sentido de que os ‘efeitos’ ou a ‘eficácia’ da sentença podem ser limitados territorialmente, quando se sabe, a mais não poder, que coisa julgada – a despeito da atecnia do art. 467 do CPC – não é ‘efeito’ ou ‘eficácia’ da sentença, mas qualidade que a ela se agrega de modo a torná-la ‘imutável e indiscutível’.

É certo também que a competência territorial limita o exercício da jurisdição e não os efeitos ou a eficácia da sentença, os quais, como é de conhecimento comum, correlacionam-se com os ‘limites da lide e das questões decididas’ (art. 468, CPC) e com as que o poderiam ter sido (art. 474, CPC) – *tantum judicatum, quantum disputatum vel disputari debebat*.

A apontada limitação territorial dos efeitos da sentença não ocorre nem no processo singular, e também, com mais razão, não pode ocorrer no processo coletivo, sob pena de desnaturação desse salutar mecanismo de solução plural das lides.

A prosperar tese contrária, um contrato declarado nulo pela justiça estadual de São Paulo, por exemplo, poderia ser considerado válido no Paraná; a sentença que determina a reintegração de posse de um imóvel que se estende a território de mais de uma unidade federativa (art. 107, CPC) não teria eficácia em relação a parte dele; ou uma sentença de divórcio proferida em Brasília poderia não valer para o judiciário mineiro, de modo que ali as partes pudessem ser consideradas ainda casadas, soluções, todas elas, teratológicas.

A questão principal, portanto, é de alcance objetivo (‘o que’ se decidiu) e subjetivo (em relação ‘a quem’ se decidiu), mas não de competência territorial.

Pode-se afirmar, com propriedade, que determinada sentença atinge ou não esses ou aqueles sujeitos (alcance subjetivo), ou que atinge ou não essa ou aquela questão fático-jurídica (alcance objetivo), mas é errôneo cogitar-se de sentença cujos efeitos não são verificados, a depender do território analisado.”

529 Veja-se, nesse sentido, o REsp 911.802-RS, Rel. Min. José Delgado, DJ 24/10/2007.

530 Watanabe *et al.*, “Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas”, 73.

531 Corte Especial do STJ, Recurso Especial 1.243.887-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2011.

Nota-se uma evolução em termos de segurança jurídica quando se compara o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no EC1 com o adotado no Recurso Especial 1.243.887-PR.

4.3. PERSPECTIVA COMPARADA

Conforme foi exposto no capítulo 3, passa-se agora a comparações pontuais com o sistema da *class action*, utilizando-se um caso real da jurisprudência estadunidense como paradigma.

Em termos de perspectiva comparada, a *class action Selnick v. Sacramento Cable*, objeto de um estudo de caso detalhado pelo *Institute for Civil Justice*, guarda semelhanças com o presente caso⁵³². A semelhança entre os casos diz respeito tanto às partes (consumidores *versus* empresas que prestam serviços regulados de telecomunicações) quanto ao objeto das ações (tarifas).

Em síntese, a empresa *Sacramento Cable Television* atendia aproximadamente 209.000 assinantes por mês entre 1992 e 1994, prestando-lhes o serviço de televisão a cabo. Em 1993, a empresa instituiu uma política administrativa de cobrar U\$ 5,00 pelo atraso no pagamento da conta mensal. Depois de reclamações dos consumidores, o regulador de telecomunicações local (*Sacramento Metropolitan Cable Television Commission*) instaurou uma investigação a respeito das tarifas de atraso. Durante esta investigação, Mark Anderson, advogado especializado em *class actions* relativas à proteção do consumidor, estudou o assunto e concluiu que a cobrança era ilegal. Após identificar e contatar um membro da coletividade atingida, que concordou em ser representante da classe, o advogado ingressou com a *class action*, pretendendo tanto o ressarcimento dos valores pagos a título de tarifa pelo atraso quanto a condenação da ré a se abster de cobrar tarifas ilegais pelo atraso no pagamento das contas.

A base legal da ação foi o dispositivo do Código Civil da Califórnia que previa a admissibilidade de cobranças referentes a danos estimados, decorrentes de inadimplemento de contrato, somente se fosse impossível ou muito difícil estipular os danos efetivos. A discordância das partes residia, sobretudo, na dúvida sobre se a *Sacramento Cable* tinha feito um esforço razoável para calcular os danos efetivos ao estipular o valor de

multa pelo atraso. Enquanto a ré confirmava, os autores negavam, e alegavam ter uma testemunha que poderia falar sobre a intenção e o efeito prático da instituição das tarifas: o aumento das receitas. Três meses após a propositura da ação, a empresa mudou sua prática comercial e passou a conceder um período de gratuidade maior para os consumidores em atraso, não sendo possível afirmar se esta mudança de postura decorreu da *class action*, da investigação pelo regulador ou de alguma outra motivação.

Após a certificação da classe, a notificação de seus membros coube à empresa ré, que arcou com o seu custo e transmitiu pela televisão anúncios da notificação. Antes do julgamento, as partes firmaram um acordo para a compensação dos lesados, no valor de um milhão e quinhentos mil dólares. Não houve acordo sobre a proibição da cobrança porque durante o curso da ação uma nova lei, que teve o apoio da *California Cable Television Association*, foi aprovada, permitindo às empresas cobrar tarifas de até U\$ 4,75. A notificação do acordo coube à ré, que enviou a notícia nas faturas mensais dos usuários e pela imprensa. O limite de compensação de cada usuário individual foi fixado em U\$ 50,00, bastando ao usuário contatar o administrador com uma declaração do número de vezes que foi cobrado indevidamente, sem necessidade de comprovação. No acordo ao final homologado, a representante da classe teve uma recompensa de U\$ 2.500,00 e 7.629 pedidos de membros da classe foram atendidos, totalizando U\$ 271.450,00. Os custos e honorários do advogado da autora renderam o pagamento de U\$ 58.101,00 e U\$ 457.000,00, respectivamente. Para a administração do fundo, incluindo impostos, foram destinados U\$ 66.353,00. O valor que sobrou, de U\$ 669.466,00, foi doado a uma universidade por determinação judicial, pois a lei californiana determina que o tribunal decida sobre a destinação dos valores remanescentes.

Comparando-se os casos, muitas diferenças podem ser apontadas entre eles. Uma primeira diferença diz respeito ao fato de *Selnick v. Sacramento Cable* haver produzido resultados práticos de forma rápida, atingindo-se o ideal de pacificação global. No EC1, diferentemente, verificou-se longa tramitação de ações individuais e coletivas, e não se pode afirmar que foi alcançada a paz global – ainda em 2016 havia ações referentes ao caso em tramitação, embora já houvesse precedente consolidado sobre o tema⁵³³.

532 Hensler et al., *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, 211-23.

533 Ver, por exemplo: STJ, Reclamação nº 31.329-PB, Relatora Ministra Assusete Magalhães, DJ 18/04/2016.

O EC1 e o estudo realizado a partir de *Selnick v. Sacramento Cable* tratam de ações coletivas referentes a pequenas causas (*small claims class action*). A maior qualidade desse tipo de ação residiria na interrupção do comportamento danoso e na prevenção de novos danos (*deterrence*)⁵³⁴. No EC1, não é possível afirmar que tenha ocorrido prevenção ou dissuasão, já que as poucas liminares deferidas aos autores foram prontamente reformadas pela instância superior. A prevenção em *Selnick v. Sacramento Cable* foi mais efetiva, embora, como se viu, uma lei posterior veio a permitir a cobrança de um valor próximo do que foi impugnado na *class action*.

Interessa a este trabalho, porém, apontar diferenças de desenho institucional que levaram aos resultados constatados. Embora as principais divergências entre os sistemas jurídicos já tenham sido brevemente tratadas no capítulo anterior, neste capítulo o que se pretende é salientar as repercussões práticas dos contrastantes desenhos institucionais.

4.3.1. NOTIFICAÇÃO

Uma primeira divergência que se nota ao se comparar o estudo de *Selnick v. Sacramento Cable* ao EC1 diz respeito à abrangência do sistema de notificação estadunidense em relação ao brasileiro: enquanto, como se viu pela descrição, em *Selnick v. Sacramento Cable* a notificação foi ampla e permitiu a habilitação de muitos interessados na repartição dos ganhos, no caso brasileiro o que se constatou foi que as ações individuais foram mais noticiadas do que as coletivas, estimulando-se a propositura de milhares de ações individuais. Dessa diferença decorre ser a *class action* mais inclusiva do que a ação coletiva brasileira. Um bom sistema de notificação permite não apenas congrega os interessados para um debate judicial de maior qualidade, mas, também, em caso de vitória, a distribuição adequada dos fundos disponíveis.

Já se tratou brevemente do sistema de notificação das *class actions* no capítulo 3, em que se demonstrou sua amplitude. Deve-se reconhecer, porém, que o modelo estadunidense não é uma panaceia e tem sido criticado pelo custo da notificação individual dos membros da classe. Além disso, pode haver dificuldades na implementação prática do dever de notificação. Para garantir o potencial inclusivo da notificação, é pre-

ciso que esforços redobrados sejam direcionados aos grupos excluídos, seja quanto à forma de divulgação, seja quanto à redação da notificação. Pessoas que estejam presas ou que vivam em comunidades pobres devem ser especialmente levadas em consideração no processo de notificação, pois são justamente os que menos tendem a se beneficiar do resultado de um litígio coletivo que lhes seja favorável⁵³⁵. Os outros Poderes devem colaborar para que o processo de notificação seja da maior transparência e lisura, disponibilizando o auxílio de órgãos públicos que tenham contato com a coletividade interessada no desfecho do processo coletivo. Notificações aleatórias devem ser aceitas quando ficar demonstrado de forma inequívoca a inviabilidade da notificação pessoal.

4.3.2. HONORÁRIOS CONTINGENTES

Selnick v. Sacramento Cable ilustra bem os incentivos institucionais para que advogados sofisticados sejam atraídos a patrocinar ações coletivas em prol de litigantes eventuais: eles possibilitam ao advogado auferir honorários advocatícios compatíveis com os que ele receberia de clientes dotados de grande poder econômico, por meio do sistema conhecido como “honorários contingentes” (*contingency fees*), a respeito do qual se discorreu no capítulo 3. Como lá se afirmou, os honorários contingentes recaem sobre o fundo comum, formado pela soma dos valores devidos à coletividade, que posteriormente será distribuído pelo gestor. As *class actions* relativas a direitos individuais homogêneos, ao lado de uma feição voltada à obtenção de bens de interesse público, são movidas por ganhos privados⁵³⁶, e neles reside o incentivo aos melhores advogados, o que é essencial para o sucesso do sistema da *class action*.

São notórias as críticas a casos estadunidenses nos quais advogados negociam acordos milionários e recebem uma porcentagem alta deste valor (por volta de um terço) a título de honorários, ao passo que seus clientes auferem indenizações irrisórias. De fato, podem ocorrer conflitos de interesse entre o advogado e as partes que ele representa, já que o advogado negocia em nome próprio e da coletividade, que é seu cliente, o recebimento de um valor total que será repartido entre eles. Por outro

535 Kenneth R. Feinberg, “Democratization of Mass Litigation: Empowering the Beneficiaries”, *Columbia Journal of Law and Social Problems* 45 (2012 de 2011): 481.

536 Hensler et al., *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, 7.

534 Yeazell, *Civil Procedure*, 331.

lado, essas críticas podem envolver comparações indevidas. O valor correto a ser comparado é o do montante recebido pelos indivíduos e o dos danos por eles sofridos, e apenas quando estes montantes forem muito discrepantes é que se está de fato diante de um problema. Comparações que envolvam, de um lado, indenizações individuais e, de outro, o valor dos honorários, utilizam parâmetros equivocados. Além disso, frequentemente tais comparações não computam o valor do efeito dissuasório que decorre da condenação de réus que se engajaram em práticas socialmente prejudiciais. Dissuasão (*deterrence*) é, possivelmente, mais importante do que compensação enquanto forma de regulação do mercado e não é quantificável individualmente⁵³⁷.

O sistema estadunidense de fixação de honorários pode servir de inspiração para o aprimoramento do sistema brasileiro. No Brasil, a regra é de que o perdedor da ação arca com ônus sucumbenciais, exceto na ação civil pública, em que o autor, em princípio, não arca com tais ônus, salvo se a ação for proposta por associação civil que agir de má-fé. Havendo acordo, porém, não há regra específica a respeito. No entanto, como a conciliação deve ser estimulada inclusive na ação coletiva, o sistema dos honorários contingentes poderia ser adotado no Brasil. Neste caso, o ideal seria que os honorários recaíssem sobre os valores efetivamente desembolsados em prol dos lesados, porque assim haveria incentivos para que fossem tomadas todas as medidas para a efetiva reparação, evitando-se as armadilhas que podem levar à colusão, como no caso da empresa que concorda com honorários mais substanciais aos advogados do autor e que, em troca disso, recebe a garantia de que fundos não reclamados retornam à própria empresa. Este tipo de disposição tende a não beneficiar o interesse público, e pode ser coibido pela forma de calibrar os incentivos. É claro que os advogados terão pressa para recolher seus proventos, mas ao menos parte do valor deve aguardar a confirmação de desembolso em favor da classe. Entretanto, os honorários, que devem ser generosos a ponto de atrair os mais brilhantes advogados para causas de interesse público, deveriam recair sobre o fundo comum sempre que houver a possibilidade de que os valores não venham a ser reclamados e

não houver possibilidade de distribuição dos fundos sem a participação pessoal dos lesados, como nos casos de prejuízos de pequeno valor.

Em sentido semelhante, caso acordos que preveem pagamentos em cupons (*vouchers*) fossem admissíveis – a regra deveria ser a clara excepcionalidade deste tipo de acordo –, os honorários deveriam recair sobre cupons resgatados, e não sobre os disponibilizados, para que os advogados tivessem incentivos a refletir se o recebimento dos cupons seria, no caso concreto, de interesse da coletividade, ou se seria apenas uma forma de vinculá-la novamente a uma organização que lhe lesou anteriormente⁵³⁸.

Por fim, advogados e peritos que formulassem objeções e contribuições aos acordos deveriam ser contemplados com remuneração quando sua participação fosse relevante para que o acordo ou a sentença fossem mais justos.

4.3.3. ALCANCE SUBJETIVO DA COISA JULGADA NA AÇÃO COLETIVA

O sistema de honorários contingentes é alavancado pelo sistema *opt-out* (sistema de autoexclusão), que eleva o número de pessoas representadas e que indiretamente contribuem para o montante dos honorários: ao congregar mais pessoas substituídas pelo representante de coletividade, maior será o valor da indenização global, sobre o qual recairão os honorários devidos aos advogados que patrocinam a causa⁵³⁹.

A adoção do sistema de autoexclusão fortalece imensamente a ação coletiva ao ampliar o alcance subjetivo da coisa julgada a uma maior quantidade de lesados por determinado ato. Este sistema deveria ser seriamente considerado no Brasil, pois por meio dele é possível atingir a paz global de forma eficiente – o que atende ao interesse público (ao facilitar reparações de lesões, desincentivar comportamentos lesivos de

537 As ideias constantes deste parágrafo foram desenvolvidas nas aulas do Professor William Rubenstein em Harvard e também em conversas com Gustavo Ribeiro. Agradeço a ambos pelo aprofundamento na matéria.

538 O problema de acordos envolvendo cupons é que estes se destinam à utilização justamente perante a empresa causadora do dano, o que pode ser contrário ao interesse dos lesados. Ao utilizar como parâmetro os cupons resgatados, visa-se criar incentivos aos advogados para que só aceitem acordos envolvendo cupons se acreditarem que os prejudicados terão efetivo interesse em fazer uso da indenização por meio dos cupons. Ver: Hensler *et al.*, *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, 491.

539 Hensler *et al.*, *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, 15.

grandes organizações burocráticas e fazer com que prevaleça na sociedade a sensação de que existe um sistema efetivo de justiça) e também ao interesse das próprias empresas, como o presente caso demonstra. As empresas beneficiam-se do uso das *class actions* para resolver de maneira eficiente situações de litigiosidade repetitiva, que foi justamente o que o litigante habitual do EC1 pretendeu alcançar ao defender o descabimento das ações individuais⁵⁴⁰.

O principal sistema que contrasta com o *opt-out* é o *opt-in* (sistema de autoinclusão). Nos Estados Unidos, antes da reforma legislativa de 1966, as *FRCP* facultavam aos litigantes a autoinclusão nas *spurious class action*, com as quais as atuais ações da regra 23(b)(3) se assemelham⁵⁴¹. Contrapondo-se ao sistema de autoexclusão, o sistema de autoinclusão é aquele por meio do qual o interessado vincula-se ao resultado da ação coletiva se expressamente vier a nela se habilitar.

O sistema de autoinclusão pode ser considerado adequado quando há determinadas condições presentes, tais como coletividades pequenas com membros identificáveis, que possam compartilhar informações, e desde que o montante pedido não seja inexpressivo. Porém, demandar uma atitude ativa – de autoinclusão – para que cada membro da coletividade seja reparado por um comportamento ilícito acarreta um problema relevante: o da baixa efetividade do processo coletivo. As pessoas têm, frequentemente, uma inclinação a adotar atitudes que envolvam menos obstáculos (nas palavras de Thaler e Sunstein, *path of least resistance*)⁵⁴², deixando assim de se beneficiar do processo coletivo.

Segundo Thaler e Sunstein, muitos indivíduos optam por caminhos que envolvam menos esforço, por uma tendência à inércia e à manutenção do *status quo* (*status quo bias*), ainda que cientes de que há alternativas melhores. Eles explicam que, diante de diversas possibilidades, opções padrão (“uma opção que vá se concretizar se a pessoa responsável pela escolha não fizer nada”) tendencialmente serão selecionadas, mesmo diante de opções melhores, enfatizando que “essas tendências de compor-

tamento passivo serão reforçadas se a opção padrão vier com uma sugestão explícita ou implícita que ela representa o normal ou o recomendado”⁵⁴³.

Além dessa tendência natural das pessoas à inércia, também a falta de familiaridade com procedimentos legais pode ser desestimulante para a autoinclusão⁵⁴⁴. Evidentemente, os menos dotados de recursos financeiros e educacionais serão mais prejudicados pela sua dificuldade de habilitação no processo.

Noutro vértice, as críticas ao sistema de autoexclusão apontam para a falta de controle da atuação dos advogados pelos interessados, para o risco de colusão e de que o tamanho da coletividade interessada pressione as empresas à realização de acordos desvantajosos, que sufoquem sua atividade empresarial, para reduzir sua exposição financeira. Alguns países adotam soluções que combinam os sistemas de autoinclusão e de autoexclusão, de forma que este último sirva para casos residuais, que envolvam danos individuais de pequena monta⁵⁴⁵. Esta é uma opção interessante, mas, sob a ótica deste trabalho – de que o processo coletivo, desde que aprimorado, pode congrega as forças dos litigantes eventuais, estimular o debate público e produzir melhores resultados em termos materiais – o sistema de autoexclusão seria preferível na generalidade dos casos.

É indispensável, porém, para o adequado funcionamento do sistema de autoexclusão, que haja demonstração de efetivos esforços para dar ciência aos interessados, que os custos da autoexclusão sejam baixos, que o procedimento para autoexcluir-se seja simples e, por fim, que haja controle rigoroso de representatividade adequada, cabendo ao juiz escrutinar cuidadosamente a capacidade técnica e econômica daqueles que se propõem a representar a classe, e que deverão fazê-lo com competência, seriedade e credibilidade. O exercício do direito à autoexclusão tem uma função preventiva, e no sistema da *class action* pode fazer ruir acordos cujos benefícios são discutíveis. A perspectiva de obtenção de paz global para réus que respondem a

540 *Ibidem*, 4-5.

541 *Ibidem*, 14.

542 Thaler e Sunstein, *Nudge*.

543 Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness* (Yale University Press, 2008), p. 96.

544 Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, e Linda Mullenix, *Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma Análise de Direito Comparado*, 2ª ed (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011), 240.

545 Seria o caso de Dinamarca, Noruega, Suécia e Israel. *Ibidem*.

litígios repetitivos de caráter nacional é profundamente atrativa; porém, se um número considerável de pessoas exercer o direito à exclusão, o acordo deixa de implicar a paz global almejada, servindo como incentivo para que os termos do acordo sejam aprimorados⁵⁴⁶.

Vale ressaltar que esse sistema já foi adotado em países de tradição jurídica similar à brasileira, como Portugal⁵⁴⁷. No Brasil, tanto o sistema de autoexclusão quanto o de autoinclusão foram descartados, adotando-se o sistema da coisa julgada *secundum eventum litis*, que serve apenas para beneficiar os membros do grupo. Para Ada Pellegrini Grinover, a justificativa desta escolha reside nas dificuldades inerentes ao acesso à Justiça de grandes coletividades: falta de informação a respeito dos direitos, dificuldades de comunicação, distância e precariedade dos meios de transporte e barreiras para a contratação de advogado⁵⁴⁸.

Pode-se responder a tais objeções da seguinte forma:

- (i) nosso sistema atual padece de grave inoperância;
- (ii) essas ressalvas também seriam aplicáveis aos Estados Unidos, onde o sistema de notificação tem funcionado a contento;
- (iii) como salvaguarda da coletividade, há a previsão de fiscalização da ação coletiva pelo Ministério Público;
- (iv) o sistema de autoexclusão, feitas as reformulações necessárias, tais como as referentes à notificação ampla do processo coletivo e ao controle rigoroso da representatividade adequada, poderia garantir maior eficiência na solução das lides.

Fato inelutável é que a solução brasileira carrega consigo inconvenientes que dificultam sobremaneira o acesso à Justiça, como se viu ao longo do capítulo 2 e também do presente estudo de caso.

Uma das desvantagens da solução brasileira reside no desestímulo à participação das pessoas no processo, o que reduz a qualidade do debate público na ação coletiva. Nas precisas palavras de Zavascki:

“De certo modo, a lei até desestimula a intervenção de litisconsortes, na medida em que lhes impõe um risco, não existente para quem não participa do processo: o risco de sofrer os efeitos da coisa julgada decorrente da sentença de improcedência da ação coletiva (art. 103, §2º). Relativamente aos demais interessados, que não aderirem ao processo, o efeito da coisa julgada somente se fará sentir se o pedido for julgado procedente (art. 103, III).”⁵⁴⁹

Há um problema de desenho institucional na ação coletiva brasileira: o atual produz incentivos indesejáveis de comportamento, por estimular o efeito carona (*free riding*) em vez de efetiva participação dos interessados. Esta questão reclama reforma legislativa para aprimoramento do sistema.

4.3.4. APERFEIÇOAMENTO REGULATÓRIO

A postura deferente para com o regulador adotada pelo Superior Tribunal de Justiça foi prudente, mas não chegou a provocar nenhuma espécie de revisão ou de aprimoramento da política regulatória. Nos Estados Unidos, após a judicialização da questão por meio da *class action*, a regulação da questão acabou sendo revista.

Ações judiciais devem servir para melhorar o funcionamento do mercado, cumprindo assim uma importante função regulatória⁵⁵⁰, inclusive sob a ótica do próprio regulador, que enfrenta limitações no exercício de seus poderes. Nos casos em que o objeto do processo é o descumprimento da regulação, o regulador tende a apoiar a ação coletiva, já que sua própria capacidade de fazer cumprir a regulação é limitada econômica e politicamente⁵⁵¹.

Além disso, em estudo sobre *class actions*, representantes de empresas estadunidenses afirmaram que, quando a litigiosidade é meritória, ela os leva a repensar e aprimorar práticas empresariais⁵⁵².

A possibilidade de criação de um espaço institucional de debate e a submissão dos atos administrativos das empresas e das agências reguladoras a testes de razoabilidade e proporcionalidade – sobretudo à vista

546 Hensler et al., *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, 109.

547 Trata-se da Lei da Ação Popular Portuguesa (Lei 83/1995). Ver Rodolfo de Camargo Mancuso, “A Concomitância de Ações Coletivas, Entre Si, e em Face das Ações Individuais”, in *Processo Coletivo: do Surgimento à Atualidade*, org. Ada Pellegrini Grinover et al. (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014), 152.

548 Grinover, Watanabe, e Mullenix, *Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma Análise de Direito Comparado*, 240-41.

549 Zavascki, “Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos”, 176.

550 Hensler et al., *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, 50.

551 *Ibidem*, 4.

552 *Ibidem*, 119.

de sua motivação, mas sem substituição de seu julgamento técnico – deve fazer parte de um processo de maturação institucional de cuja falta o espaço jurídico brasileiro ainda se ressentem⁵⁵³.

4.3.5. FASE DE EFETIVAÇÃO DO JULGADO

Por força do que dispõe o artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor, a sentença da ação coletiva brasileira geralmente é proferida com tal grau de generalidade que as liquidações individuais acabam tornando-se indispensáveis. Consequentemente, muito do que se alcança em termos de eficiência e inclusão na fase de conhecimento, se perde na execução, sobretudo quando os valores envolvidos não são significativos.

Um modelo que se contrapõe ao da sentença genérica é o utilizado em *Selnick v. Sacramento Cable*, que ilustra a técnica da indenização global a ser repartida entre os beneficiários.

Como em *Selnick v. Sacramento Cable* os valores envolvidos não eram expressivos, a indenização global foi a forma utilizada para cumprimento do acordo, após a homologação pelo juiz. Essa técnica é interessante porque evita o alto custo de se liquidar individualmente, centavo a centavo, o valor do acordo ou da condenação. Além disso, esta técnica fortalece a posição do grupo, porque (i) ao garantir a paz global, estimula a empresa a aceitar acordos que beneficiam os membros do grupo e (ii) evita que a perspectiva de estímulo à propositura de uma multiplicidade de ações ou liquidações individuais incline o julgador, já assoberbado, em favor da improcedência, como forma de desestímulo aos litígios – hipótese que encontra eco no EC1, como se disse acima, quando se tratou da gênese da improcedência liminar⁵⁵⁴.

4.4. CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE O CASO

Ao longo deste estudo de caso, pode-se constatar que as ações coletivas deixaram de cumprir seu papel de ampliação do acesso à Justiça

553 Pereira Neto, Lancieri, e Adami, “O Diálogo Institucional das Agências Reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: uma Proposta de Sistematização”, 174-75.

554 A existência da *fluid recovery* no direito brasileiro (artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor) não evita este efeito possível da repetição da litigiosidade, ainda que possa servir ao fim de garantir que haja algum grau de indenização na ausência de habilitações de interessados de forma compatível com o dano.

e que persistem grandes inseguranças quanto a procedimentos básicos que dizem respeito às ações coletivas.

Embora já se tenha exposto o porquê de não ser a litigiosidade individualizada, a princípio, o caminho legal mais profluo para a mudança social, nem sempre ela deixa de produzir resultados práticos em prol de uma coletividade. Um exemplo recente de produção de resultado coletivo pela multiplicação da litigiosidade individualizada pode ser visto nos casos de desistência de aquisição de imóvel, que acabou produzindo um ambiente favorável a um acordo coletivo para facilitar distratos na área imobiliária⁵⁵⁵. No EC1, porém, a litigiosidade individualizada, não obstante a proporção que tomou, não parece ter produzido ganhos institucionais relevantes.

Uma discussão interessante que o EC1 evoca, devido às suas repetidas dúvidas sobre competência, é sobre a conveniência de concentração nos tribunais superiores das lides de caráter nacional, ou sobre a possibilidade de avocação. A questão foi expressamente suscitada pelo Ministro Teori Zavascky e pelo Ministro Castro Meira⁵⁵⁶, assim como pelo Ministro Nelson Jobim quando do julgamento da supracitada ADIn 1.576, na parte em que tratou da nova redação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública⁵⁵⁷.

No curso da Reforma do Judiciário, foi discutida a possibilidade de modificação do artigo 105 da Constituição Federal, §§2º e 3º, para

555 É sempre difícil avaliar a qualidade de um acordo coletivo. Segundo reportagem jornalística, para “uma autoridade do governo que participou da elaboração das regras, o acordo procura evitar o ‘risco sistêmico’ na incorporação imobiliária, porque a crise econômica e o desemprego levaram a uma enxurrada de pedidos de distrato. A preocupação maior, disse, é que os distratos gerem insolvência de tal magnitude que prejudique os consumidores que querem continuar com o imóvel.” (“Acordo cria regras para desistência de imóvel”, O Globo, 27 de abril de 2016, <<http://oglobo.globo.com/economia/acordo-cria-regras-para-desistencia-de-imovel-19174591>>.)

556 Conflito de Competência 47.731-DF, Ministro Teori Albino Zavascki. No Conflito de Competência nº 47.731 - DF o Ministro Castro Meira, ao tratar da possibilidade de decisões contraditórias no contexto de litigiosidade repetitiva, afirmou que “essa situação tem que ser entregue ao legislador, que poderá resolvê-la pela advocatária.” Também o Ministro Teori, no mesmo julgamento, afirmou que o instrumento da avocação, se existisse, permitiria concentrar o julgamento de múltiplos processos a respeito da mesma questão jurídica perante um mesmo órgão jurisdicional.

557 Disse o Ministro: “Quando relator da fracassada Revisão constitucional [...] propusemos exatamente a competência dos órgãos superiores, considerando o âmbito territorial de sua jurisdição” (STF, Adin 1.576, 181).

atribuir ao Superior Tribunal de Justiça a competência para definir o foro em determinadas ações coletivas, bem como para restringir o alcance territorial das decisões, considerando-se a magnitude da lesão⁵⁵⁸.

A emenda que concedia ao Superior Tribunal de Justiça a atribuição de julgar originariamente as ações populares e as ações públicas civis foi justificada pelo Deputado Vicente Arruda sob a alegação de que o juiz não pode “julgar extraterritorialmente. Ele concede uma liminar e obriga todo o país a obedecer sua liminar”⁵⁵⁹. Na realidade, o discurso do Deputado repete o equívoco que consta do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, já esclarecido acima.

Contudo, à época da aprovação da EC 45/2004, havia muita resistência à advocatória, que foi instrumento integrante da EC 7/1977, conhecida como “Pacote de Abril”⁵⁶⁰. No curso das discussões parlamentares, foi suscitada a questão de que as instâncias superiores do Judiciário podem ser excessivamente influenciadas pelo governo, em razão da indicação pelo Executivo⁵⁶¹, e da maior facilidade de cooptação de um grupo menor de

ministros de tribunais superiores do que de um grupo maior de juízes de primeiro grau⁵⁶². A advocatória foi considerada por alguns parlamentares como antidemocrática, da mesma forma que o incidente de inconstitucionalidade, que foi a ela equiparado nas discussões. O Deputado José Roberto Batochio assim se manifestou:

“No mesmo berço autoritário da arguição de relevância nasceram a advocatória e o efeito vinculante. Mediante a advocatória, entregava-se ao Supremo Tribunal Federal a faculdade de atrair para seu julgamento causas processadas perante quaisquer juízes ou tribunais. De um só golpe feria-se a independência da Magistratura, o princípio do juiz natural e a garantia dos jurisdicionados. O pacote de abril transformara o Supremo em um tribunal de exceção que, para ‘prevenir imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas’, poderia suspender os efeitos de qualquer decisão judicial proferida no país ou avocar o respectivo processo.”⁵⁶³

558 Regina Maria Groba Bandeira, “Destaque dos pontos mais relevantes da Reforma do Judiciário – PEC 358, de 2005”, fevereiro de 2010, <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/3161>>.

559 “Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão Especial, destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992, que ‘Introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário’ e apensadas. (Estrutura do Poder Judiciário). Atas da 34ª Reunião, de 27 de outubro de 1999; 35ª, de 28 de outubro de 1999; 36ª, de 3 de novembro de 1999; 37ª, de 4 de novembro de 1999; 38ª, de 9 de novembro de 1999; 39ª, de 10 de novembro de 1999; 40ª, de 11 de novembro de 1999 e 41ª, de 18 de novembro de 1999. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, p. 56425.

560 A representação advocatória foi prevista na Emenda Constitucional 7/1977, que estabeleceu que competia ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar “as causas processadas perante quaisquer juízes ou Tribunais, cuja advocação deferir a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido”. Foi criada por sugestão da Comissão de Ministros do Supremo Tribunal Federal que elaborou o Diagnóstico para a Reforma do Poder Judiciário, e, durante os anos em que esteve em vigor, foi poucas vezes acolhida (Ver: Lenz, Carlos Eduardo Thompson Flores. A advocação de causas pelo STF: a advocatória. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181677/000421284.pdf?sequence=3>>. Acesso: 21 maio 2014), tendo sido suprimida como competência do Supremo Tribunal Federal pela Constituição de 1988.

561 Deputado Fernando Coruja: “Temos um problema de difícil solução: a influência política na indicação pelo Executivo. Essa é uma questão que o mundo não resolveu. Há sempre uma preocupação – aqui já levantada pelo Deputado Vicente Arruda e compartilhada por todos – quanto à influência dos outros Poderes sobre o Judiciário.

No Brasil, temos uma história remota, recente e de larga influência do Executivo no Poder Judiciário. É uma influência forte – a história está cheia de exemplos – que possibilita que leis inconstitucionais sejam declaradas constitucionais, leis constitucionais sejam declaradas inconstitucionais, por influência do poder político do Executivo. [...] É preciso aumentar a influência do Legislativo, porque o poder emana do povo.” O Deputado Aloysio Nunes Ferreira contestou: [...] o Supremo Tribunal Federal é composto de pessoas que já estão – digamos – no ápice da sua vida profissional, têm uma experiência diversificada do mundo, são pessoas prudentes. Portanto, não há no Supremo Tribunal Federal, a ideia de partidarismo que muitas pessoas, nesse quadro de niilismo, que grassa na opinião pública brasileira, atribuem aí.” “Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Discussão: Proposta de Emenda à Constituição 96, de 1992. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 20 nov. 1999, [artigo 102], 288890.”

562 Deputado Miro Teixeira: “Celso Bandeira de Mello escreve: ‘Além disso, cooptar um círculo restrito de magistrados é tarefa possível. Conquistar todos (ou a maioria deles) para teses do agrado do Governo é impossível. Compreende-se, então, o desejo do Executivo de fortalecer ao máximo a influência de um pequeno grupo, ensejando-lhe antecipar o sentido das soluções a serem dadas por toda a magistratura. Eis o inconveniente terrível das súmulas vinculantes. (Reforma em favor de quem? Folha de São Paulo).’” “Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Continuação da votação, em primeiro turno, da Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 26 de janeiro de 2000, 3592.”

563 “Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão Especial, destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992, que ‘Introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário’ e apensadas. (Estrutura do Poder Judiciário). Atas da 34ª Reunião, de 27 de outubro de 1999; 35ª, de 28 de outubro de 1999; 36ª, de 3 de novembro de 1999; 37ª, de 4 de novembro de 1999; 38ª, de 9 de novembro de 1999; 39ª, de 10 de novembro de 1999; 40ª, de 11 de novembro de 1999 e 41ª, de 18 de novembro de 1999. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 56287-56533”.

No mesmo sentido, o Deputado Nelson Pellegrino, ao tratar do incidente de inconstitucionalidade, sustentou:

“Esse projeto, de certa forma, traz à lembrança uma página já virada da história do Brasil – o período do regime autoritário – quando a figura da advocatária, trazida para o sistema constitucional brasileiro por pacote, permitia à ditadura militar avocar processos de seus interesses, suprimindo o juízo natural e qualquer perspectiva de construção de jurisprudência de base e de respeito à tradição constitucional brasileira. [...] os entes que representam os interesses do Governo têm legitimidade ativa para propor essa ação. Portanto, não procede a ideia de que esse será um instrumento de aprimoramento do sistema constitucional brasileiro, uma vez que não será qualquer cidadão ou entidade que poderá propor este incidente.”⁵⁶⁴

Redargui o Deputado Bonifácio de Andrada que “no momento em que as forças partidárias [...] se dispõem a anexar, para iniciativa dessa providência judicial, os partidos políticos e a OAB [...] há uma extraordinária democratização desse dispositivo”, ao que, seguindo o debate, o Deputado José Roberto Batochio respondeu: “duplo grau de jurisdição é uma garantia individual assegurada no nosso Texto Magno [e] o princípio do juiz natural também é princípio assegurado no corpo permanente da nossa Constituição”⁵⁶⁵.

⁵⁶⁴ *Ibidem*.

⁵⁶⁵ *Ibidem*, 56415. Destaque do Deputado Miro Teixeira – Justificação: “Referido destaque visa à exclusão do incidente de inconstitucionalidade. Tal dispositivo permite que questões, consideradas relevantes, sejam arrancadas do exame pelo juiz singular, competente para a matéria, e levadas à análise do Supremo. É a chamada ‘advocatária’, cujo uso serviu aos regimes militares por não terem estes compromissos com a Democracia. Trata-se de grave afronta ao duplo grau de jurisdição e ao princípio do juiz natural, constituindo infringência à cláusula pétrea, nos termos do artigo 60 da Constituição, não podendo, portanto, ser objeto de deliberação por este Poder.” O Deputado José Roberto Batochio também requereu destaque dos mesmos dispositivos que introduziam o incidente de inconstitucionalidade na Constituição, e justificou da seguinte forma: “O Dispositivo destacado objetiva restaurar a figura antidemocrática da advocatária, que fere o princípio do juiz natural e a independência da magistratura, concentrando potencialmente nos tribunais superiores a competência para o julgamento de toda e qualquer questão.” “Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Continuação da votação, em primeiro turno, da Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 3521.”

Ao final da reforma, prevaleceu o ponto de vista de que a advocatária não era a melhor solução para os problemas da ação coletiva brasileira. Aos argumentos já citados somou-se a percepção de alguns parlamentares de que o tramitar das ações em diversos graus permite o amadurecimento das questões e que soluções aforem desde a base do Poder Judiciário⁵⁶⁶. Pesou, ainda, contra a transferência de competência originária, a notória sobrecarga dos tribunais superiores, que poderia tornar mais lenta a instrução dos processos.

Uma solução interessante, que poderia ser transportada para o sistema de processos coletivos, é a aplicável ao IRDR: mediante provocação adequada, ações coletivas poderiam ser centralizadas em instância superior. Esta solução é compatível com a possibilidade, que já existe hoje, de levar à instância superior uma determinada causa mediante o uso de ações objetivas. Ao se propor a criação de mecanismo que possibilite a centralização de ações coletivas em instância superior, supera-se em parte o receio, já expresso por parlamentares, contrário à atribuição de poderes exagerados ao juiz de primeiro grau, na medida em que as instâncias superiores do Poder Judiciário julgam de forma colegiada. Porém, ainda que se criem novos mecanismos para centralizar em instâncias superiores determinados processos coletivos, essa solução, sozinha, não resolveria outros problemas relacionados ao tempo de tramitação e à insegurança que cercam as ações coletivas.

O importante é refletir sobre como evitar a repetição de episódios de litigiosidade como o retratado no EC1. O estudo de caso permite concluir que as incertezas processuais sobre as ações coletivas não só geram delongas na sua tramitação; elas inviabilizam sua utilidade e razão de ser. Pode-se afirmar mais ainda: episódios de litigiosidade como o retratado no EC1 – de grave ineficiência do sistema de resolução de conflitos coletivos – corrompem a legitimidade do Poder Judiciário e, sendo ele integrante do poder estatal, a de todo o sistema político⁵⁶⁷.

⁵⁶⁶ “Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. Continuação da votação, em primeiro turno, da Proposta de Emenda à Constituição 96-A, de 1992. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 3522.”

⁵⁶⁷ Ver, a este respeito: Fiss, *Um Novo Processo Civil: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*, 114.

Para José Eduardo Faria, a “crescente estratificação da moderna sociedade de classes”⁵⁶⁸ tem um papel fundamental no redesenho da legitimidade estatal. Nas palavras de Faria:

“Por trás da ideia de legitimidade, como se vê, está a necessidade de cada sistema político de institucionalizar formas e procedimentos capazes de regular, disciplinar e reprimir conflitos. As funções específicas de seu ordenamento jurídico consistem assim quer na resolução de antagonismos e tensões entre indivíduos, grupos e classes, quer na tentativa de ordenação racional das vidas pública e privada – o que se dá mediante um intrincado processo de prevenção e desarme dos conflitos desagregadores da ordem estabelecida. Essa prevenção e esse desarme são obtidos por meio da legislação, dos múltiplos acordos normativos de caráter contratual, da jurisprudência cautelar e das decisões judiciais.”⁵⁶⁹

O Poder Judiciário, ao chancelar interpretações da lei que inviabilizam a solução coletiva de conflitos, nega as evidências de desigualdades estruturais em termos de acesso à Justiça, erodindo sua própria legitimidade enquanto órgão estatal direcionado à solução de conflitos. Assim como o questionamento judicial da legalidade da cobrança da tarifa básica de telefonia gerou um quadro de litigiosidade repetitiva expressiva, outros episódios semelhantes podem se repetir: o setor de telecomunicações, a exemplo de outros setores regulados, é dinâmico. Além disso, é próprio da regulação albergar interesses contrastantes, que podem contrapor até mesmo a agência reguladora e o Poder Executivo, como aconteceu no EC1. Imprescindível, portanto, refletir sobre as sugestões legislativas que o caso evoca, que é o que se fará a seguir.

4.4.1. SUGESTÕES LEGISLATIVAS

Tendo em mente o convite de David Kennedy ao pensamento pragmático em Direitos Humanos⁵⁷⁰, este trabalho não estaria com-

pleto sem apresentar, de forma didática, os pontos que representam as mudanças legislativas sugeridas ao longo do capítulo, e sem considerar quais seriam as prováveis resistências legislativas que um novo projeto de lei relativo ao processo coletivo enfrentaria, bem como quais seriam os pontos em que concessões deveriam ser feitas, inclusive de antemão – uma vez que, de posse dos documentos legislativos relacionados ao Projeto de Lei 5.139/2009, já se pode antever quais as contemporizações necessárias para a aprovação de um projeto que pretenda reformular o processo coletivo brasileiro.

Assim, o EC1, sobretudo após a perspectiva comparada levada a efeito no item 4.3, ilumina diversos pontos em que o aprimoramento legislativo se faz possível. Recapitulando os pontos mencionados ao longo do capítulo, temos que as sugestões legislativas compreendem o estabelecimento de:

- (i) critérios claros e abrangentes de competência e de extensão da coisa julgada (conforme visto no item 4.2.1);
- (ii) sistema de notificação efetivo que contemple, sempre que possível, a intimação pessoal dos interessados (conforme visto no item 4.2.1);
- (iii) prioridade na tramitação das ações coletivas (conforme visto no item 4.2.3);
- (iv) participação do órgão regulador nas ações coletivas (conforme visto no item 4.2.3);
- (v) varas especializadas no julgamento de ações coletivas (conforme visto no item 4.2.3);
- (vi) sistema de honorários contingentes, que devem corresponder a uma porcentagem do valor total da condenação ou do acordo (conforme visto no item 4.3.2);
- (vii) sistema de autoexclusão das demandas coletivas (conforme visto no item 4.3.3);
- (viii) controle da representatividade adequada (conforme visto no item 4.3.3);

568 José Eduardo Faria, “A Crise Constitucional e a Restauração da Legitimidade”, *Revista de Ciência Política*, 1985, 27. Para o autor, “Historicamente, portanto, o moderno problema da legitimação do poder está associado a múltiplas formas de organização política da sociedade de classe e aos diferentes modos de obtenção do consenso em torno de seus respectivos procedimentos decisórios.” *Ibidem*, 29.

569 Faria, “A Crise Constitucional e a Restauração da Legitimidade”, 27.

570 David Kennedy, “The International Human Rights Movement: Part of the Problem?”, *Harvard Human Rights Journal* 15 (2002): 101-125.

- (ix) técnica da indenização global, a ser repartida entre os beneficiários, quando essa opção for indicada para o caso (conforme visto no item 4.3.5);
- (x) técnicas de centralização de ações coletivas em instâncias superiores (conforme visto no item 4.4).

Em alguns pontos, as modificações legislativas propostas remetem a disposições do Projeto de Lei 5.139/2009 – integrante do pacote infraconstitucional da Reforma do Judiciário e rejeitado pelo Poder Legislativo pelas razões vistas no capítulo 1 desta tese. Considerando as evidências documentadas referentes ao histórico da tramitação do Projeto de Lei 5.139/2009, um novo projeto que apresentasse as disposições acima sugeridas, sem contrabalancear as vantagens conferidas ao processo coletivo com algum tipo de ônus aos legitimados, não seria aprovado.

Recapitulando o que se viu, a rejeição do Projeto deveu-se, sobretudo, ao tratamento excessivamente desigual dado às partes, com destaque para custos de litigar e poderes processuais.

Assim, no tocante a custos de litigar, é preciso ponderar que o Projeto manteve intacta a estrutura da lei atual, que se resume, grosso modo, a estimular o ingresso da ação coletiva mediante isenção de custas iniciais e de ônus sucumbenciais, salvo na hipótese de má-fé⁵⁷¹. Esse é um sistema em que os incentivos são pequenos e os riscos também o são – e esse sistema, como já se explicou, não tem atraído, em regra, os melhores advogados em prol das causas da coletividade.

O sistema federal estadunidense de *class actions* poderia servir de inspiração para o aprimoramento da lei brasileira neste quesito: o sistema impõe ônus e custos aos legitimados coletivos, mas os remunera adequadamente caso tenham sucesso na demanda. O uso do sistema de Justiça tem custo e é justo o anseio parlamentar de que aquele que litiga

arque com esse custo, bem como remunerar aquele que venceu a demanda e teve gastos ao litigar.

No sistema estadunidense, o próprio reconhecimento da representatividade adequada é precedido da prova de capacidade econômica dos representantes da classe ou de seus advogados para arcar com os riscos da demanda, e com todos os seus custos, incluindo perícias complexas. Por isso, a despeito das desigualdades estruturais e das violações sistemáticas de direitos que vitimizam determinados grupos no Brasil, é razoável entender que a sugestão legislativa (viii) deve ter a amplitude de determinar ao juiz que perquirir sobre a capacidade financeira dos representantes e a seriedade do pleito, relegando-se a casos excepcionais a isenção de custas e honorários advocatícios – apenas quando comprovada a relevância da demanda e a impossibilidade financeira tanto dos representantes do grupo lesado quanto de seus advogados.

O Projeto de Lei 5.139/2009 integrou o pacote de leis processuais civis da Reforma do Judiciário, mas foi rejeitado, precipuamente, pela forma desigual com que tratou os direitos das partes. As sugestões legislativas feitas à luz do estudo de caso não poderiam ignorar as ponderações do Poder Legislativo sobre o tema. Nesse sentido, constata-se que houve convergência com as críticas do legislador ao Projeto apresentado no curso da reforma. As sugestões formuladas vão ao encontro do sentimento dos parlamentares, conforme exposto naquela ocasião.

571 O artigo 18 da Lei da Ação Civil Pública dispõe que: “Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais”. O Projeto de Lei 5.139/2009 dispunha, em seu artigo 55, §2º, que: “Os legitimados coletivos não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados em honorários de advogado, custas e demais despesas processuais salvo comprovada má-fé”.