

DA CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS AO RECONHECIMENTO DA “PRESCRIÇÃO” DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: EQUÍVOCOS TEÓRICOS E O PRECEDENTE DOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS

Mateus Costa Pereira¹

Lucas Buri²

RESUMO: Os direitos coletivos e especialmente sua tutela em juízo, são cercados por construções inadequadas às suas finalidades, com base no ranço individualista que permeia o processo civil clássico. Defende-se, ab initio, a superação do vetusto dogma da summa divisio público-privado, inadequado à descrição do fenômeno jurídico, especialmente sob o viés dos direitos fundamentais, e, ao depois, a imprestabilidade da conceituação erigida no Código de Defesa do Consumidor à efetividade dos direitos coletivos. Por fim, foca-se na ponderação dos direitos individuais homogêneos, objetivando desmistificá-los, porquanto medida indispensável à sua correta abordagem; comprovando-se sua utilidade em análise de relevante precedente do STJ sobre o reconhecimento da prescrição sobre ação coletiva atinente aos expurgos inflacionários.

SUMÁRIO: Introdução. 1 - Da summa divisio direito público e privado... direito coletivo e individual. 2 - As categorias dos direitos coletivos. 2.1 - O critério tripartite adotado pelo CDC. 2.2 - Crítica à rígida classificação legal. 3 - Direitos transindividuais e direitos individuais. 3.1 - Noções Gerais. 3.2 - Direitos individuais homogêneos e ação material coletiva. 3.3 - Demandas pseudoindividuais. 3.4 - Tutela coletiva dos proprietários de poupança quanto aos expurgos inflacionários. Referências

¹ Mestre em Direito Processual pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Professor da graduação e pós-graduação da Universidade Católica de Pernambuco. Professor de Processo Civil e Processo Coletivo da Faculdade Boa Viagem – FBV. Advogado.

² Graduando em Bacharelado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.

INTRODUÇÃO

As demandas coletivas se configuram, hodiernamente, não só uma carência da sociedade, dita de massa e sustentável, mas, sobretudo, uma realidade. As ações coletivas se proliferam nos fóruns, notadamente pela atuação do *parquet*, reclamando um estudo detido, idôneo a potencializar a utilidade pragmática desse instituto. As ações coletivas nasceram para a efetividade.

Conquanto as falhas judiciais e a resistência de determinadas searas sociais – nomeadamente o Poder Público e as grandes empresas –, os quais tiveram êxito em pontuados retrocessos na regulação das ações coletivas, a disciplina legislativa brasileira, na espécie, é avançadíssima: tem potência para desfazer o abarrotamento do Judiciário; inibir condutas levianas arraigadas no proceder das grandes empresas (que reiteradas vezes, deliberadamente, lucram com ilícitos); e resolver mazelas que vulneram os direitos mais essenciais de parcelas ou, até mesmo, de toda a sociedade.

Neste trabalho, tentamos destrinchar o baralhamento de conceitos e equívocos conceituais, que ocorrem comumente na doutrina, na prática e, inclusive, na lei. Parte-se de abordagem teórica, imprescindível para a adequada compreensão e tratativa da matéria, com fito em aclarar as erronias cometidas diuturnamente nos bojos processuais, que, infortunadamente, abatem os valorosos escopos das ações coletivas; como há de se perceber, ainda, em análise de um emblemático caso concreto.

1. DA *SUMMA DIVISIO* DIREITO PÚBLICO E PRIVADO... DIREITO COLETIVO E INDIVIDUAL

Ao ensaiar os primeiros passos pelo universo jurídico, o acadêmico é introduzido sobre as famosas dicotomias jurídicas, quais sejam, em direito: positivo/natural, objetivo/subjetivo e público/privado. Segundo Nelson Saldanha, essa vocação para dualismos é própria do pensar ocidental;³ e, permita-se o acréscimo, sobre apresentar uma imagem inicial da “roseira”, oculta seus “espinhos”, agrilhoando o acadêmico a uma visão de mundo –

³ SALDANHA, Nelson. *Velha e nova ciência do direito: e outros estudos de teoria jurídica*. Recife: Editora Universitária, 1974, p. 140 e ss.

paradigma⁴ – que já deveria ter sido superado.⁵ Explique-se.

No que respeita à dualidade positivo/natural, sabe-se que uma das maiores utopias da ciência jurídica foi a existência de um direito natural, a ponto de Tobias Barreto considerar seus caudatários figuras anacrônicas e teimosas;⁶ sem embargo, ainda que não se compartilhe da visão crítica do mestre, consigne-se, em novo diálogo com Nelson Saldanha, que, hoje em dia, a discussão acerca da existência de um direito superior e anterior à ordem jurídica se encontra esvaziada.⁷ Quanto ao direito objetivo/subjetivo, cediço que há direitos cuja titularidade não pertence a um sujeito determinado, senão o oposto, e cujo objeto não permite fracionamento. Todavia, por força de um ranço individualista que inviabilizaria a adequação dessa realidade aos conceitos tradicionais, os direitos coletivos seriam, inicialmente, rotulados de meros “interesses”.⁸ Por último, sobre a dicotomia público/privado, as críticas se alongam nas linhas que seguem.

Sabe-se que a divisão do direito em dois grandes quadrantes, um público e outro privado – melhor dizer, a semente do tema⁹ –, remonta ao Direito Romano. Sucede que, conforme anotado por Poletti, ao tempo

⁴ Sobre paradigmas, adotamos o conceito de Edgar Morin: “princípios ocultos que governam a nossa visão das coisas e do mundo sem que disso tenhamos consciência”. MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 4. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2003, p. 15

⁵ Na censura de Miaille: “Esta classificação constitui aquilo que os professores de direito continuam a chamar, com o gosto do arcaísmo que convém, uma «summa divisio». Ela é mesmo de tal modo importante que não há nunca nas introduções ao direito, ocasião de a pôr verdadeiramente em causa. Não é que ela não seja objecto de críticas, como veremos mais adiante, mas surge na sua implicidade última como de tal modo evidente, de tal modo «natural», que ninguém se aventura a fazer-lhe uma crítica radical”. MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p. 151.

⁶ De sua época Tobias Barreto já se rebelava contra a doutrina dum direito natural. Admitia, no entanto, a existência de leis naturais que não se confundiriam à ilusão do direito natural. Vejamos a crítica: “E’ preciso uma vez por todas acabar com semelhantes antigalhas. O direito é uma obra do homem, ao mesmo tempo uma causa e um effeito do desenvolvimento humano. A historia do direito é uma das formas da historia da civilização. “Os teimosos theoristas de um *direito natural* são figuras anchronicas, estão fora de seu tempo. Se elles possuissem ideias mais claras sobre a historia do *tal direito*, não se arrojariam á tê-lo, ainda hoje, na conta de uma lei suprema, preexistente á humanidade e ao planeta que ella habita”. BARRETO, Tobias. *Questões vigentes de filosofia e de direito*. Pernambuco: Liv. Fluminense, 1888, p. 132-133.

⁷ SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 200.

⁸ GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 17.

⁹ SALDANHA, Nelson, op. cit., p. 140.

dos romanos, não é possível dissertar o Estado no sentido moderno da palavra.¹⁰ Nessa esteira, impende registrar que a forma como a partição em comento é tratada na atualidade descende do renascimento jurídico e, nele, da recepção do Direito Romano.¹¹ Anote-se, pois, que um cuidado metodológico torna o tema impraticável fora da perspectiva do Estado moderno e a sua vocação centralizadora.¹² Devemos a Kelsen a identificação desse resgate histórico, tributando ao fenômeno da recepção do Direito Romano a revisitação do tema.

A *summa divisio* clássica foi retomada ao tempo do Estado Absolutista e dele sofreu maiores influxos; naquela época, o Estado era encarado na pessoa do Rei, o qual fazia as leis, mas a elas não se submetia. Impende registrar que essa divisão pressupõe outra, ainda anterior, entre a Sociedade e o Estado. Não é difícil compreender porque um dos maiores críticos da *summa divisio* público e privado fora Kelsen, o qual, censurando a ideologia a ela subjacente, defendia que todo direito era público, haja vista que, para ele, Estado e Direito se confundiam.¹³ Em Kelsen, todo direito teria *origem* e *validade* pública, dado que todo ele encontra princípio e eficiência no poder estatal.¹⁴ Na esteira do normativismo jurídico, o Direito seria uma pirâmide jurídica escalonada de normas, sem que fosse possível apartá-lo nos referidos quadrantes. Inclusive, o maior crítico também foi o responsável em identificar que esse resgate histórico da distinção devia ser tributado à recepção do direito romano.¹⁵

De toda sorte, a *summa divisio* tradicional ainda ganha maior referência no Estado Liberal, dado que se acentua a separação entre o Estado e a

¹⁰ POLETTI, Ronaldo. *Introdução ao direito*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 251.

¹¹ “Temos de qualquer modo um ponto de contacto entre o “republicismo” romano e o estatismo com que o direito da época moderna européia começou, e este está ligado à retomada da distinção em causa”. SALDANHA, Nelson, op. cit., p. 145.

¹² SALDANHA, Nelson, op. cit., p. 145.

¹³ POLETTI, Ronaldo, op. cit., p. 250. Na arguta observação de Miaille: “Na realidade... a separação público-privado é objectiva na sociedade capitalista: ela fala-nos de organização concreta e real sociedade. Ela não tem, pois, senão uma existência fantasmática ou puramente ideológica: participa não apenas ideologicamente mas também institucionalmente no funcionamento da sociedade burguesa”. Op. cit., p. 152.

¹⁴ MACHADO PAUPÉRIO, A. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 89.

¹⁵ SALDANHA, Nelson, op. cit., p. 142-143.

Sociedade, vez que o primeiro, situemos o raciocínio na perspectiva dos direitos fundamentais, pautando sua atuação em uma isonomia estritamente formal, não poderia, em nome das liberdades públicas, interferir nas relações privadas. Era a supremacia do princípio da legalidade e a defesa da autonomia privada, preconizando uma atuação repressiva do Estado, isto é, para restaurar uma eventual isonomia quebrada.

A dicotomia direito público e privado se assenta em diferentes critérios – havendo quem, como Holiger, já tenha catalogado mais de cem (!). Sucede que esses critérios, uns mais e outros menos conhecidos, revelam-se, na íntegra, insatisfatórios,¹⁶ afigurando-se lamentável a sua permanência.¹⁷ Permita-se uma suma dos mais disseminados: o critério do interesse ou utilidade, o qual, originário do Direito Romano tem por alicerce o prisma normativo,¹⁸ laborando com o interesse tutelado (regulamentado) pelas leis, isto é, se do Estado (direito público) ou se dos particulares (privado);¹⁹ um segundo, seria do poder de *imperium* presente em algumas relações jurídicas, isto é, a supremacia do interesse público que dita uma relação de subordinação entre o Estado e os particulares, e as relações de coordenação entre os particulares, dado que estariam equilibrados²⁰; outrossim, o critério da “patrimonialidade”, a partir do qual apenas as regras de direito privado teriam conteúdo patrimonial.²¹

¹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 310. MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 403.

¹⁷ MIAILLE, Michel, op. cit., p. 153.

¹⁸ Nos conhecidos dizeres de Ulpiano: “[...] *jus publicum est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem, sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*. (O direito público é o que diz respeito ao Estado moderno; o privado atende ao interesse de cada um, isto porque há coisas de interesse público, outras, de interesse privado)”. GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 145.

¹⁹ Sem maiores embaraços é possível verificar quão falho é o critério mencionado. Não raro é difícil afirmar que um dado texto normativo tutele apenas o interesse do Estado ou do particular. Pense-se no direito das famílias, e a nobre instituição do casamento. Em mutação oriunda da crítica, o critério seria repensado para o do *interesse preponderante*. Cf. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 229.

²⁰ Paulo Dourado de Gusmão, endossando o pensamento de Ferrara, entende que esse seria o ponto fundamental da distinção. Op. cit., p. 146. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais bem demonstra que há inúmeras relações desiguais entre os particulares, reclamando-se uma intervenção do Estado para garantir o equilíbrio de fato.

²¹ Nesse critério sobressai o compromisso com o paradigma liberal-individualista. Cediço que

Como afirmado supra, nenhum desses critérios distintivos é infenso à crítica. Mesmo em Kelsen, um exame mais acurado da questão levaria à constatação de que, nas relações jurídicas públicas, inexistia participação do particular à criação da regra jurídica, ao passo que, nas relações privadas, aos sujeitos integrantes da relação caberia a disciplina das regras que os vinculariam.²² Sucede que, nas palavras do próprio jusfilósofo austríaco, mesmo no terreno do direito privado, há vários casos em que a vinculação é heterônoma, isto é, provinda diretamente da lei, e não fruto da autonomia das partes; de sua época ilustra com o direito de família (“das famílias”).²³ Outrossim, o critério também não ostenta qualquer robustez, bastando recordar a predisposição de cláusulas constante dos pactos de adesão, ou seja, a ausência do caráter democrático diante da presença do autocrático. Reitere-se que, para Kelsen, em última instância, todo direito seria público.

Levada ao extremo, dentro da rigidez preconizada, a partição não se confirma. Assim, percebe-se que o direito público era subdividido em interno e externo; quanto ao direito privado, sempre existiu o problema de um “direito privado não-interno”, isto é, o Direito Internacional Privado.²⁴ No particular, parcela da doutrina ora o alocava como público, ora como privado. Também o enquadramento do direito do trabalho gerou dificuldades. Ademais, se colocamos a dicotomia frente a ramos do direito de reconhecimento tardio, figurem-se como exemplos o direito do consumidor (normas de proteção), e da criança e do adolescente, a rigidez não apenas é enfraquecida como a sua própria utilidade prática desmentida. Tudo isso sem contar na hipertrofia de ramos do direito público, ensejando um desequilíbrio com o quadrante “estritamente” privado. D’outro giro, acredita-se que o surgimento de um terreno ou “direito misto”, sobre não resolver o problema, antes o notabilizaria.

Nada obstante, nossos centros de ensino ainda perseveram em reproduzir a *summa divisio* tradicional sem maiores censuras, leia-se, sem desnudar o compromisso racional e ideológico que está subjacente.

a pretendida mercificação dos direitos privados há muito que foi abandonada. Direitos da personalidade, por exemplo, não comportam mensura pecuniária.

²² KELSEN, Hans, op. ult. cit., p. 311.

²³ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 205.

²⁴ SALDANHA, Nelson, op. cit., p. 147.

Com a palavra, Michel Miaille:

A distinção-oposição entre direito público e privado não é, pois, «natural»: não é ideológica em si, traduz uma certa racionalidade, a do Estado burguês. Assim, podem ser postas em funcionamento a ideologia e as instituições deste Estado como instância autônoma na formação social. A classificação não é estritamente e vagamente histórica: está ligada à história do modo de produção capitalista...²⁵

Dentro da mencionada vocação, seguimos repetindo algo que é alçado à condição de *prius* ou mesmo de uma evidência,²⁶ desenrolando-se “sempre de uma maneira perfeitamente positivista, como se se tratasse de apresentar assim a coisa mais simples do mundo”.²⁷ Isso, sem olvidar o véu que se ergue para despistar os sintomas da economia capitalista no Direito, mimeticamente tratada como movimento, pendular, ora de sua publicização, ora de sua privatização.²⁸ Em ensaio sobre o tema, colhe-se o vaticínio de Nelson Saldanha:

Distinção, portanto, tornada necessária por um dos movimentos do “renascimento” jurídico ocidental, e assimilada pelo evolver das instituições e das teorias do período de desdobramento da ciência jurídica moderna. Função, portanto, de um dos leitos em que correu esse desdobramento. Confirmada positivamente pela presença de duas órbitas crescentes dentro dos ordenamentos: a privada codificadora e a pública constitucionalista. Posta em crise pelas contradições entre estas duas órbitas, se bem filhas ambas do mesmo

²⁵ MIAILLE, Michel, op. cit., p. 159.

²⁶ SALDANHA, Nelson, op. ult. cit., p. 139.

²⁷ MIAILLE, Michel, op. cit., p. 152.

²⁸ Sobre o tema, com alguma semelhança, cf. MIAILLE, Michel, op. cit., p. 155-156. Esse autor conclui pelo “primado do direito privado”.

racionalismo revolucionário-liberal, bem como por alterações recentes na simetria dos “ramos” respectivos e pela aparição de disciplinas novas com tendências e abrigar-se **antiliberalmente** na órbita do direito público. Distinção, pois, a ser revista, dentro das tarefas que a teoria jurídica dos novos tempos se há de impor.²⁹

A evolução da ciência jurídica já deveria ter sepultado essa distinção estanque. Ladeando os já mencionados obstáculos metodológicos, decerto que um dos casos mais emblemáticos é o dos direitos coletivos. Aliás, na medida em que são reconhecidos direitos que transcendem a figura do indivíduo, também não restou imune de ataques a dualidade do direito entre subjetivo e objetivo – daí porque os direitos transindividuais, inicialmente, seriam rotulados de meros *interesses* –, partindo, agora, para a derrocada da *summa divisio* tradicional, sustentando-se que o advento da Constituição Federal teria enraizado uma nova dicotomia entre nós. Faz-se salutar maior elucidação.

O novo pensar, ainda que persista em um modelo dual, tem alicerce no próprio texto constitucional. Para Assagra de Almeida seria uma *summa divisio* constitucionalizada relativizada entre direitos coletivos e individuais. Sua nota de relativa se deve ao fato de que não opera com compartimentos estanques. Inverte-se a noção entre público e privado – que, no paradigma anterior, e na esteira da influência do Estado Absoluto e do Estado Liberal, apresentava uma necessária contraposição entre direitos coletivos e particulares –, de modo que o direito público seria um capítulo do direito coletivo, mas também se manifestaria no direito individual (direito processual civil individual³⁰).

²⁹ SALDANHA, Nelson, op. cit., p. 151.

³⁰ “O Estado Democrático de Direito, na hipótese, especialmente o brasileiro (art. 1º da CF/88), dentro da sociedade, regido pela Constituição, tem função de proteção e de efetivação tanto no Direito Coletivo, quanto do Direito Individual. É um Estado, portanto, da coletividade e do indivíduo ao mesmo tempo. Por isso se conclui que há dimensões do que é denominado, pela concepção clássica, de “Direito Público” também dentro do Direito Individual, como é o caso do Direito Processual Civil de concepção individualista”. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 441.

Pensar de modo diverso seria estacionar o pensamento em uma visão de mundo ultrapassada, cuja falta de consciência grassa uma mentalidade (paradigma) arraigada *na e pela summa divisio* clássica, no qual o Estado ainda ostentava uma necessária posição de prevalência nas relações com seus “súditos”. O compromisso ao paradigma liberal-individualista estaria repercutindo em posicionamentos jurisprudenciais, com reflexos que também se manifestam em nossa organização judiciária, o que se nota diante da inexistência de juízos especializados acerca do processo coletivo. Por fim, em uma viragem do pensamento, consigna que não haveria uma primazia do direito Coletivo sobre o Individual, dado que ambos são reputados fundamentais.³¹

Demonstrada a insubsistência lógica da distinção anterior, sem descurar sua importância do ponto de vista histórico, sem dúvida que, diante dos avanços logrados, não podemos perseverar na distinção proposta. Quiçá uma distinção entre direitos coletivos e individuais também não seja a melhor, dado que, não raro, afigura-se difícil determinar a zona fronteira entre esses outros quadrantes; ademais, tudo o que é coletivo, também o é individual, mas sem o sê-lo isoladamente. Basta figurar a situação dos direitos difusos, os quais possuem um caráter essencialmente inclusivo: pertencem a todos, indistintamente.³²

Sem embargo, o grande mérito dessa nova *summa divisio* seria não trabalhar com compartimentos estanques,³³ acautelando-se de futuros problemas como a irreduzibilidade aos conteúdos práticos, o que a anuncia com vantagens práticas à *summa divisio* consagrada. Ademais, veja-se que também está protegida contra as críticas da pretensão de universalidade dos apriorismos jurídicos, uma vez que referida à historicidade jurídica brasileira.

³¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de, op. ult. cit., p. 418.

³² VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, *passim*.

³³ Com Machado Paupério: “Em síntese, a tendência primacial do direito moderno é para, cada vez mais, atenuar e talvez mesmo suprimir qualquer rígida separação, ainda porventura existente, entre direito público e direito privado, própria da era do individualismo jurídico, felizmente já hoje de todo superada”. op. cit., p. 93.

2. AS CATEGORIAS DOS DIREITOS COLETIVOS.

2.1. O CRITÉRIO TRIPARTITE ADOTADO PELO CDC.

Em Itália, a partir da década de setenta, com inspiração nas *class actions* norte-americanas, iniciou-se uma série de estudos acerca dos direitos transindividuais e, especialmente, sua tutela judicial, revelando-se pioneiro, nesse particular, o estudo intitulado “*I limiti soggettivi del giudicato e le class actions*” de Michele Taruffo, com a publicação, em seguida, por vários outros autores de livros e artigos quanto ao mesmo tema.³⁴

Os autores brasileiros, em leitura do pensamento italiano, iniciaram a publicação de escritos sobre os direitos coletivos, com os textos de José Carlos Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe, Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz de Oliveira Junior.³⁵ Encetava-se o debate em local propício ao desenvolvimento das ações coletivas, o que constituiu verdadeiro gérmen da legislação que, hoje, propicia vivacidade à tutela coletiva no sistema brasileiro, e que, destaque-se, até então não foi alcançado no direito italiano.³⁶

A construção legislativa brasileira se deu por grande esforço, dentre outros, desses doutrinadores, e com apoio institucional do Ministério Público – inclusive, o projeto da LACP foi encaminhado pelo então

³⁴ Dentre os quais, destacam-se: CAPPELLETTI, Mauro. “*Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*”, *Rivista di Diritto Processuale* 30 : 361, 1975; VIGORITI, Vincenzo. “*Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*”. Milano : Giuffrè, 1979; DENTI, Vittorio (ed.), *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*. Padova : CEDAM, 1976; GAMBARO, Antonio (ed.), *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, Milano : Giuffrè, 1976. Cfr. GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro : Forense, 2008, p. 8, n. 3.

³⁵ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, v. 4. Salvador : JusPODIVM, 2009, p. 28.

³⁶ Nesse sentido, interessante destacar que se introduziu na Itália modelo de processo coletivo objetivando a tutela dos direitos individuais homogêneos do consumidor – *Azioni di serie Risarcitori dei consumatori* –, no entanto, de forma tímida e, parece, ineficaz. Sobre a inovação, consultar PISANI, Andrea Proto. “*Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali e sulle azioni di serie Risarcitorie dei consumatori*”. *RePro*. São Paulo : RT. Ano 35, n. 168, out. 2010. Há clara inspiração no vetusto procedimento americano das *Spurious class actions*, extinta com a reforma de 1966 à *Rule 23*, baseada, como no procedimento italiano, na adesão dos membros do grupo à lide em trâmite, instaurada por um indivíduo, outorgando-os a qualidade de “*parte sostanziale, come tale soggetta alla emenanda sentenza, ma non di parte processuale*” (p. 201).

Procurador Geral de Justiça de São Paulo –, levando ao rápido trâmite do projeto culminou na Lei 7.347/85, a denominada Lei de Ação Civil Pública, complementada, em 1990, pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078), formando o núcleo essencial do microsistema processual coletivo.

O breve esboço histórico é suficiente para demonstrar – algo que é de brando reconhecimento – a intensa influência da doutrina de vanguarda, com subsídio nas ideias dos autores italianos, na construção legislativa do sistema processual coletivo, fazendo notar a presença de academicismos em certos pontos das referidas leis. Assim ocorre no parágrafo único do artigo 81 do CDC, ao adotar a estrutura tripartite para os direitos coletivos em sentido lato.

Consoante essa perspectiva doutrinária, positivada no sobredito dispositivo normativo, os direitos coletivos possuem sentido lato, que se subdivide em três espécies, quais sejam, os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. O legislador não só cuidou de categorizá-los, como, adotando uma técnica perigosa, também se avocou a tarefa de defini-los.

Nessa esteira, o art. 81, parágrafo único, inciso I, do CDC divisa como direitos difusos “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”, adita a doutrina que tal espécie de direito transindividual não só é de titularidade de pessoas indeterminadas, mas, mais precisamente, indetermináveis.

Na literalidade, o “vocábulo ‘difuso’ significa derramado, estendido; disseminado; divulgado; generalizado, fluido”.³⁷ Um aspecto distintivo dos direitos difusos, como nota Venturi, é que são “absolutamente inclusivos”, sendo inviável “excluir quem quer que seja” do proveito de um processo que os tutele,³⁸ é lícito arguir, portanto, que pertencem a todos e a ninguém.³⁹

³⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo*. Belo Horizonte : Del Rey, 2008, p. 481.

³⁸ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. cit., p. 53-4.

³⁹ Já anotava, nesse sentido, Cappelletti: “Nossa época, já tivemos oportunidade de ver, traz prepotentemente ao palco novos interesses ‘difusos’, nos direitos e deveres que, sem serem públicos no senso tradicional da palavra, são, no entanto, coletivos: desses ninguém é titular, ao mesmo tempo que todos os membros de um dado grupo, classe ou categoria, deles são titulares. A quem pertence o ar que respiro? O antigo ideal da iniciativa processual monopolística centralizada nas mãos de um único sujeito, a quem o direito subjetivo ‘pertence’, se revela impotente diante de direitos que pertencem, ao mesmo tempo, a todos e a ninguém”. CAPPELLETTI, Mauro. “Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil”. *RePro*, São Paulo : RT, n. 5, jan./mar. 1977. p. 135.

No tangente aos direitos coletivos *stricto sensu*, o diploma consumerista elencou-os como “os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Segundo o texto da lei, a distinção entre as categorias dos direitos difusos e coletivos reside no fato de que nestes há vínculo jurídico prévio, enquanto naqueles o liame ocorre por circunstâncias fáticas; de um lado, uma ligação prévia (jurídica); noutro, posterior (fática). Outro ponto que a doutrina majoritária costuma abordar, buscando distanciar os direitos essencialmente coletivos, é o subjetivo, consoante se aduz, os titulares de direitos coletivos são relativamente indetermináveis, ou ainda, possíveis de determinar, possibilidade essa que não se dá na tutela dos direitos difusos.

Não se deve confundir os direitos coletivos com os individuais homogêneos – esses surgem, ainda que em tautologia, de diversos direitos individuais que se assemelham objetivamente –, já que aqueles são caracterizados pela natureza transindividual. Assim, os direitos de grupo são ontologicamente coletivos, logo incidíveis, advindos não da mera soma de direitos individuais, mas de sua síntese.⁴⁰

No que toca aos direitos individuais homogêneos, definidos no art. 81, parágrafo único, inciso III, do CDC, como os “decorrentes de origem comum”, limita-se, nesse momento, a esclarecer que não se trata de direitos essencialmente transindividuais, mas de tutela coletiva de direitos individuais, que, por sua proporção - objetivando economia processual, acesso à ordem jurídica justa e efetivação do direito material⁴¹

⁴⁰ Consoante repetida lição: “*L’interesse collettivo ha struttura unitaria, è ancora sintesi e combinazione ne indivisibile di tutti gli interessi singoli che le contrappongono*”. *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*. Milano : Giuffrè, 1979, p. 48. Assim também MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, v. 5. São Paulo: RT, 2009, p. 299; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo*. cit., p. 481; VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo : Malheiros, 2007, p. 57. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. Tese de doutoramento pela UFRGS. Porto Alegre, 2005, p. 26. MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5.^a ed. São Paulo : RT, 2001, p. 55-6. Ligeiramente contrário, conceituando-os “como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas”, MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos e coletivos em juízo*. 20.^a ed. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 50.

⁴¹ Aspecto muito relevante, que vale ressaltar, é que a tutela coletiva dos direitos não é mais proveitosa por aquinhoar aqueles que, ainda que lesados, não chegam ao judiciário – a despeito

- tem instrumento peculiar. Ressaltando essa particularidade, afirma-se que “são, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos *stricto sensu*), mas, por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais”.⁴² São direitos, inclusive, que poderiam ser buscados individualmente em litisconsórcio facultativo por afinidade de questões.

Por derradeiro, oportuno relevar que, em doutrina, há incontáveis digressões quanto aos critérios para identificação *in concreto* dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos – o que assoalha à insuficiência da conceituação legal –, ora apontando para a causa de pedir, ora para a tutela pleiteada *in casu* e, ainda, para a conjugação dos dois critérios.⁴³ Como se tentará demonstrar, não é necessário categorizar um direito, mormente conceituá-lo, para que seja prestada a sua tutela de forma eficaz.

2.2. CRÍTICA À RÍGIDA CLASSIFICAÇÃO LEGAL.

Alhures, expôs-se que a tripartição dos direitos coletivos adotada pelo CDC, com o aval da doutrina majoritária, é proveniente de importação do pensamento italiano em análise das *class actions*, transformado em lei por meio de seus autores intelectuais. Conquanto os conceitos *sub examine* tenham sido talhados com excelência, há a positivação de definições conceituais, o que, consoante nos informa velho brocardo – *in iure civili*

de que tal virtude seja louvável e imprescindível, mormente no Brasil, país de proporções continentais e de disparidades igualmente colossais –, do que por, com fulcro no princípio da tutela integral, impedir o proveito econômico de ilícitos que, senão pelo processo coletivo, resultariam impunes, v.g. nos casos de danos de bagatela, e, portanto, inalcançáveis pelo Direito. Essa é a função de *deterrence* (dissuasão ou desencorajamento), o que dá certo aspecto inibitório às ações coletivas, na medida em que objetiva modelar a atuação social prospectivamente. Sobre o tema GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, especialmente p. 29-39.

⁴² BENJAMIN, Antônio Herman Homen. “A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor”. *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. MILARÉ, Edis (coord.). São Paulo : RT, 1995, p. 96.

⁴³ Delineando esta controvérsia acuradamente, e propondo o critério “misto” DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso...* v.4, cit., p. 83-6.

omnis definitio periculosa est –, não é prática salutar à técnica legislativa.⁴⁴

Ademais, acontece que “esses conceitos simplesmente não existem nos Estados Unidos, que era a realidade que os autores italianos queriam originalmente retratar. Nenhum trabalho doutrinário, nenhuma decisão norte-americana sequer menciona expressões como ‘difuso’, ‘coletivo’ e muito menos ‘individuais homogêneos’”.⁴⁵

Com efeito, noticia Antonio Gidi, a *Rule 23*, da *Federal Rules of Civil Procedure*, “lei” editada originalmente em 1938, estava sujeita a uma classificação tripartite das ações (*true, hybrid e spurious class actions*), com fulcro em criação acadêmica de seu idealizador, James Moore. Esse ranço academicista constituiu um dos motivos determinantes da reforma perpetrada a esta norma em 1966.⁴⁶

Como se percebe, a legislação brasileira foi arquitetada, pode-se dizer, por via de uma leitura da leitura italiana das *class actions* estadunidenses, sem qualquer diálogo com a fonte primária. Empreendeu-se, em outros dizeres, um exame oblíquo do verdadeiro manancial.

A despeito desta inexplicável incoerência, passamos à análise da pertinência do conceito *per se*.

A princípio, o operador deve ter em mente que à tutela jurisdicional dos direitos coletivos é imperativo o norte pela primazia do conhecimento do mérito e pela inafastabilidade da tutela dos direitos meta-individuais. Sucede que, alguns autores verberam, sem razão, que somente os direitos coletivos que sejam passíveis de justaposição a alguma das discriminações legais podem ter sua tutela prestada.⁴⁷

O referido entendimento vulnera frontalmente o escopo do processo coletivo e a magnitude inerente a esses direitos, sendo por demais reducionista e incorrendo em despropositado formalismo. Nessa esteira, pedimos *venia* para a transcrição de excerto de salutar preleção de Elton Venturi:

Uma vez garantida a ampla tutela jurisdicional de quaisquer direitos subjetivos, sejam de natureza individual ou meta-individual, não é

⁴⁴ Assim também GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. cit., p. 204.

⁴⁵ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. cit., p. 202.

⁴⁶ *A Class Action...* cit., p. 55-7.

⁴⁷ (autores que esposam esse entendimento)

admissível que o emprego das ações coletivas sofra restrições advenientes do apego a um exacerbado *conceitualismo*. O que se deve inferir é que os direitos meta-individuais não são passíveis de proteção jurisdicional pelo fato de serem tipificados e conceituados como difusos, coletivos e individuais homogêneos pela legislação infra-constitucional (Código de Defesa do Consumidor), mas sim pelo fato de constituírem direitos subjetivos constitucionalmente assegurados, cuja necessidade de tutela avulta em função de sua relevância social.⁴⁸

Daí se infere que é inadmitida a interpretação do parágrafo único do art. 81 do CDC que resulte em limitação à “tutelabilidade” de direitos coletivos, seja por não se subsumirem à receita legal, ou seja, por caberem em mais de uma das categorias.⁴⁹ Interpretação em contrário estaria a ferir a garantia constitucional de acesso à justiça, prevista no art. 5.º, XXXV, da Constituição da República. Já na perspectiva desenhada, resta, *ex positis*, descaracterizada qualquer serventia da tripartição à admissibilidade do processo coletivo. Mas a crítica não pára por aí.

No que se refere às sequelas do conceito no procedimento, o grande alicerce que se erige à manutenção das três espécies de direitos coletivos é a distinção no que toca aos regimes da coisa julgada, estabelecida no art. 103 do Código Consumerista e ao *right to opt out*. Essa perspectiva está baseada em erronia, concernente ao contraste dos titulares dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*.

⁴⁸ *Processo civil coletivo*, cit., p. 89.

⁴⁹ Nesse sentido: “É um erro acreditar que uma mesma situação fática não possa resultar em violação a interesses difusos, coletivos e individuais simultaneamente. A separação, ou melhor, a categorização dos interesses coletivos *lato sensu* em três espécies diferentes é apenas metodológica. (...) No mundo fenomenológico as relações causais estão tão intimamente ligadas que um único fato pode gerar consequências de diversas ordens, de modo que é possível que dele advenham interesses múltiplos. É o caso, por exemplo, de um acidente ecológico que resulta em danos difusos ao meio ambiente, à saúde pública e, ao mesmo tempo, em danos individuais homogêneos aos moradores da região”. AgRg no REsp 1154747/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 06/04/2010, DJe 16/04/2010.

Como é consabido, “conceito” é tido por descrição de certo fenômeno da realidade, representando-o mediante abstração; no estudo em tela, de fenômeno jurídico, e mais especificamente, dos direitos transindividuais ou dessa forma tratados.

Na percepção dos direitos transindividuais (difusos e coletivos), a doutrina agrega a identificação de titulares individualizados à sua definição e distinção: nos direitos difusos são indetermináveis *sujeitos*, nos coletivos os *particulares* que participam de certa classe ou possuam relação jurídica com o suposto ofensor. Pragmaticamente, no entanto – o que reflete no plano conceitual –, é completamente insignificante divisar a forma ou organização dos indivíduos: os direitos meta-individuais (difusos ou coletivos) pertencem, por ficção jurídica, a um grupo, sendo dispensável, até mesmo um equívoco, buscar sua legitimidade subjetiva nos particulares e sua respectiva organização.

Os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* são ontologicamente transindividuais: trata-se de direito, pretensão e *ação material* de direito coletivo – o tema merecerá uma análise mais arguta em item específico sobre os direitos individuais homogêneos. Qualquer esforço pra transplantar quaisquer desses momentos eficaciais, ainda que tão-só no aspecto subjetivo, ao paradigma individualístico (atribuindo-os a particulares) é eivado de grave equívoco metodológico – especialmente no que tange à fórmula de seus conceitos.⁵⁰

Por consectário, os direitos transindividuais não são passíveis de partição útil, exceto por abstração, em desprezo de suas peculiaridades, e em detrimento do processo coletivo, porquanto só constituirá óbice à sua atuação e exigirá esforço intelectual dispensável do operador.

Há de se ressaltar que a incapacidade desses conceitos para descrever os direitos coletivos já vem sendo destacada há muito. Barbosa Moreira,

⁵⁰ Outro ponto distintivo que se costuma arguir, especialmente em MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*, cit., p. 91-7; é a intensa litigiosidade interna dos direitos difusos, definida como sua característica de que dentre os seus “titulares” podem existir diversos, até controversos, interesses. Nos parece que não há relevância nesse ponto: de antemão, a questão fica prejudicada quando se atina para que o titular é um grupo, por ficção jurídica, e, outrossim, mesmo tratando-se de direito coletivo *stricto sensu*, ou até de individuais homogêneos podem existir controvérsias entre os “titulares” do direito, esse aspecto extrapola a seara do jurídico e é influenciado pela conotação econômica, política, ideológica, dentre outras. Mais uma vez, de maneira supérflua, a doutrina procura aprisionar a riqueza fática em conceitos abstratos e imprestáveis à descrição da fenomenologia jurídica, ensejando contradições e equívocos pragmáticos.

tratando dos direitos difusos e coletivos, já asseverava que “na realidade objetiva a passagem de um a outro se faz, com freqüência, por graus insensíveis, e que a riqueza policrômica das situações da vida em sociedade não se deixa aprisionar num espectro intencionalmente esquemático, como o que acima se esboçou”.⁵¹ Essa mesma orientação é esposada por diversos outros autores,⁵² até mesmo italianos.⁵³

Do ponto de vista conceitual, destarte, não resta imprecisão de que os tipos estabelecidos são de tão escasso proveito ao desiderato de perfilar o fenômeno fático, quanto inúteis ao *iter* processual coletivo. Sucede, no entanto, mera afeição da doutrina ao intentar mantê-los,⁵⁴ inclinação que, acaso não fulcrada em comodidade, parece-nos incompreensível.⁵⁵

⁵¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. *RePro*. São Paulo : RT, n.º 28, ano 7, out/dez. 1982, p. 7-19.

⁵² A doutrina, com achegas à unanimidade, compreende dessa forma. Exemplificativamente, MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses...* cit., p. 55, aduz que a distinção não deve “levar à equivocada impressão de que, nos interesses difusos ou nos interesses individuais homogêneos, não exista uma relação jurídica subjacente, ou ainda a de que, nos interesses coletivos, não haja uma situação de fato anterior, ou, enfim, a de que, nos interesses individuais homogêneos, prescindam-se de uma situação de fato comum, ou de uma relação jurídica básica, que una todo o grupo lesado. Ao contrário. No tocante a quaisquer interesses transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), sempre haverá uma relação fática e jurídica subjacente”. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*, cit., p. 32, nesse mesmo sentido, aduz: “Nem sempre são perceptíveis com clareza as diferenças entre os direitos difusos e os direitos coletivos, ambos transindividuais e indivisíveis, o que do ponto de vista processual, não tem maiores consequências, já que, pertencendo ambos ao gênero de direitos transindividuais, são tutelados judicialmente pelos mesmos instrumentos processuais. Pode-se, pois, sem comprometer a clareza, identificá-los em conjunto, pela sua denominação genérica de direitos coletivos ou de direitos transindividuais”. Compartilham a mesma conclusão GIDI, Antonio. *Rumo...* cit., p. 201-14. DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR. Fredie. *Curso...*, cit., p. 27. VENTURI, Elton. *Processo...* cit., p. 84-93.

⁵³ “Nella giurisprudenza amministrativa recente non si distingue in modo netto tra interessi diffusi e interessi collettivi” ALPA, Guido. *Interessi Diffusi*. *RePro*. São Paulo: RT, n.º 81, jan/mar, 1996, p. 146-159. Anteriormente, PISANI, Andrea Proto. *Appunti preliminari per uno Studio sulla tutela giurisdizionale de degli interessi collettivi (o più esattamente: superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario*. Padova : CEDAM, 1976, p. 263: “Cosa sia poi questa figura dell’interesse collettivo, come essa si distingua o interferisca con gli interessi pubblici generali, con le figure del diritto soggettivo e dell’interessi legittimo, è tuttora estremamente oscuro, così come è ancora poco chiaro se le due espressioni interessi collettivi e interessi diffusi siano adoperate come sinonimo o no”.

⁵⁴ No mesmo sentido GIDI, Antonio. *Rumo...* cit., p. 217-21.

⁵⁵ Há precedentes em sentido similar ao aqui esposado: “A ação civil pública é instrumento de defesa dos interesses sociais, categoria que compreende o interesse de preservação do patrimônio

Poder-se-ia antagonizar a tese esposada por intermédio das diferenças procedimentais, o que, no entanto, não procede, salvo se se admitir a absurda contradição à sistemática processual coletiva. Os dois pontos do procedimento que revelam discrepâncias são: a) o *right to opt out* - “o direito de se excluir da incidência do processo coletivo, podendo propor, querendo, sua própria demanda individual”⁵⁶ - que é aplicável exclusivamente nos processos que cuidem de direito coletivo *stricto sensu*; e b) a já ventilada coisa julgada, também nessa espécie, que é *ultra partes*, enquanto nos direitos difusos ou individuais homogêneos é *erga omnes*.

Parece-nos que a regra da exclusão de determinado sujeito dos efeitos da coisa julgada não se revela congruente com o regime dos direitos transindividuais, que são ditos indivisíveis. O próprio Código Consumerista os versa como incindíveis na definição positivada no art. 81, parágrafo único, II; seria, no mínimo, um grande contra-senso admitir, nesses mesmos direitos, a possibilidade de partição, no que se refere à coisa julgada, quanto aos sujeitos que exercessem o *right to opt out*, eis que, com isso, se estaria a perspectivar um direito, dito uno, tutelado em várias partes, particularmente, justamente como um direito individual, ou, ainda, um direito de grupo pleiteado por um indivíduo. Caso seja viável, *in concreto*, o exercício deste direito, decerto que de direito coletivo não se estará tratando, mas tão-só de um dos pontos obscuros a que nos conduz a conceituação legal, que leva o operador, em diversos casos, a tratar direitos individuais homogêneos como se coletivos fossem.⁵⁷

A incoerência no tratamento da coisa julgada no processo coletivo é ainda mais estridente. Por que seria lícito afirmar que a *res iudicata*

público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, expressões que, na lição de Miguel Reale (Questões de Direito Público, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 132). ‘compõem uma diáde incindível’, enquanto bens pertencentes a toda a comunidade, ‘a todos e a cada um, como um bem comum, não individualizável, isto é, sem haver possibilidade de distinção formal individualizadora em termos de direitos subjetivos ou situações jurídicas subjetivas’ (Ilmar Galvão, A ação civil pública e o Ministério Público, in Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública, São Paulo, Arnoldo Wald, 2003, p. 2002.)”. STJ - REsp 786328 / RS; Rel. Ministro Luis Fux, Primeira Turma, julgado em 18/10/2007.

⁵⁶ GIDI, Antonio. *Rumo...* cit., p. 303.

⁵⁷ Interessante notar; em MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos e coletivos em juízo*, cit., p. 52-3; que se costuma exemplificar “com uma ação coletiva que vise a nulificação de cláusula abusiva em contrato de adesão”, hipótese, nos parece, que revela claramente direito individual homogêneo, eis que plenamente divisível e, inclusive, disponível, o que não é coeso com a natureza dos direitos essencialmente transindividuais.

em processo que tenha por objeto direito individual homogêneo (sujeitos determinados ou determináveis) seria diferente do que trate de direito coletivo *stricto senso* (sujeitos determináveis)? Inclusive, conforme positivado, mais abrangente no primeiro caso, que é dita *erga omnes*, enquanto no segundo é *ultra partes*.

Limitando a análise aos direitos coletivos *stricto senso*, acrescente-se, a própria perspectiva da coisa julgada como *ultra partes* não é abonada pelo que de fato sucede. A disposição merece ser desconsiderada, por sua improficuidade à tratativa da espécie e, se considera *in litteris*, vulnerar a teleologia das ações coletivas, amortizando a sua efetividade, por duas razões: a uma, leva à possível confusão entre legitimação ativa de determinado ente de classe com a titularidade do direito, que é de um grupo, bem mais amplo do que o número de participantes do ente representativo;⁵⁸ a duas, motivo sobressalente, os contornos do grupo representado em juízo não podem ser desenhados com precisão, a todo momento novos participantes passam a lhe integrar e deixam-no, o que leva à conclusão da insuficiência do critério *ultra partes* à descrição da *res iudicata* coletiva, e, mais uma vez, repete-se, não se deve fazer uso de perspectivas individualísticas para determinar institutos do processo coletivo.⁵⁹

Bem pensadas as coisas, a coisa julgada é *erga omnes* ou *ultra partes* porque a situação jurídica litigiosa é coletiva. Como se trata de situação jurídica titularizada por um grupo, todo o grupo, e por consequência os seus membros, fica vinculado à coisa julgada. A coisa julgada diz respeito apenas à relação jurídica discutida, que, pelas suas

⁵⁸ Esse alarido já foi positivado, no art. 2.º-A da Lei 9.494: “A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”. O absurdo foi incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001, e modifica a LACP.

⁵⁹ Esse meio de pensar a tutela coletiva já vem ocasionando diversos problemas, constatados na pragmática: os pretórios nacionais vêm demonstrando preocupação em identificar quem seriam os filiados da respectiva associação ou sindicato ao tempo da propositura da ação, bem como de sua execução; outrossim, também dá ensejo à lamentável tentativa de restringir o alcance da decisão ao grupo; outrossim, também é a *ratio essendi* da lamentável tentativa de restringir o alcance da decisão ao grupo “representado” pelo autor intelectual, e não a toda categoria.

peculiaridades, é uma relação jurídica de grupo. A premissa ajuda a compreender a razão pela qual a distinção entre *ultra partes* e *erga omnes*, no caso, é um tanto cerebrina: a coisa julgada atingirá todo o grupo, e seus membros: se o grupo é composto por pessoas indeterminadas, direito difuso, ou se ele é composto por pessoas determináveis, direitos coletivos, é dado sem maior importância, pois a coisa julgada sempre vinculará o grupo e seus membros.⁶⁰

Parece-nos que a coisa julgada no processo coletivo vem sendo analisada a partir de critérios que só são aplicáveis ao processo clássico, a sua extensão subjetiva é peculiar, pela própria titularidade dos direitos transindividuais. Por conseguinte, atribuída a titularidade desses novos direitos a um grupo, não é correto adjetivar o regime da coisa julgada consoante sua extensão a indivíduos. Está aí mais um ponto que merece análise mais aprofundada, o que não se fará nesta sede, pelos limites deste trabalho.

Finalmente, é relevante frisar que o Código Modelo de Processo Coletivo adota a bipartição dos direitos coletivos, eliminando a distinção entre os direitos essencialmente coletivos, nos seguintes termos: “Art. 1.º Cabimento da ação coletiva – A ação coletiva será exercida para a tutela de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou vinculadas, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base; II – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendido o conjunto de direitos subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe”.

3. DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS E DIREITOS INDIVIDUAIS

3.1. NOÇÕES GERAIS

Os direitos individuais homogêneos têm sua previsão de tutela inaugurada no Código de Defesa do Consumidor, permitindo que, por

⁶⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso...* cit., p. 356.

ficção jurídica,⁶¹ sejam os direitos subjetivos individuais com espectro coletivo – aqueles que se repetem centenas, milhares, ou centenas de milhares de vezes, com mera modificação do titular – tutelados em um só processo. A criação foi inspirada também nas *class actions* norte-americanas, mais especificamente nas *class actions for damages*, e, por suas peculiaridades, à *issue class action*.⁶²

Costuma-se dizer que a tutela desses direitos é ambivalente, ou seja, os direitos individuais homogêneos podem ser protegidos de forma partida, mediante a proposição das demandas individuais por cada um de seus titulares, ou é possível que em uma demanda todo o feixe de pretensões individuais seja tutelado, integralmente, por iniciativa de um dos legitimados do art. 82 do CDC, com liquidação e execução coletiva ou não.⁶³ Dada a inexistência de “atributos essenciais em torno dos quais seja lícito reunir uma categoria específica denominada direitos individuais homogêneos, distinta e autônoma em relação aos direitos individuais,

⁶¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso...* cit., p. 76-77.

⁶² Cfr. GIDI, Antonio. *A class action...* cit., p. 161. E adverte: “As ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos são conhecidas, na doutrina brasileira, como ‘as *class actions* brasileiras’. A impropriedade é manifesta. Em primeiro lugar, no direito americano, como vimos, há outros tipos de *class actions*, além das previstas na *Rule 23(b)(3)*. Ademais, todas as três espécies de ação coletiva existentes no direito brasileiro são influenciadas pelas *class actions* americanas, ainda que essa influência tenha ocorrido apenas indiretamente, através da doutrina italiana. Assim, não há razão para reservar esse ‘privilégio’ às ações coletivas em defesa dos direitos individuais homogêneos. Todas as ações coletivas brasileiras podem ser chamadas ‘*class actions* brasileiras’.

As ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos são comparáveis às *class action for damages* porque em ambas a única relação que há entre os membros do grupo é a existência de uma questão comum. Todavia, a ação coletiva brasileira limita-se a se uma ação coletiva parcial (*issue class action*) e não uma *class action* plena, uma vez que se limita a fixar a responsabilidade civil do réu pelos danos causados (CDC, art. 95), deixando a liquidação dos danos individuais a ser apurada em ação individual (CDC, art. 97). Para que o membro do grupo possa receber a indenização deve promover ação individual, ainda que a execução possa ser coletiva (CDC, art. 98)”.

⁶³ Nesse sentido: “Nos interesses individuais homogêneos, conduzidos coletivamente por força da origem comum, cada membro do grupo é titular de direitos subjetivos clássicos, divisíveis por natureza, tanto assim que cada um pode levar a juízo a sua demanda a título individual. E no processo coletivo, a solução não é necessariamente para todos, uma vez que cada qual pode ver sua demanda acolhida ou rejeitada por circunstâncias pessoais. Cuida-se agora de um feixe de interesses que podem ser tratados coletivamente, firme restando a coexistência da tutela tradicional, a título individual. Se se tratasse de litisconsórcio, estaríamos perante o litisconsórcio comum e facultativo. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2000, p. 20.

na realidade o problema desloca-se da viabilidade de se conceituá-los (descobrir o que são) para a análise do que representam no contexto social, e, por consequência, do exame das vantagens ou desvantagens da admissão judicial de demandas coletivas reunindo pretensões individuais em função da conexão objetiva pela causa de pedir ou pedido”.⁶⁴

Vale relevar, na questão, que a tutela coletiva dos direitos é superior à individual. Com a defesa pela via coletiva, tem-se um acesso à justiça efetivo, eis que, no mais das vezes, os titulares dos direitos ofendidos coletivamente não possuem a consciência dos seus direitos, ou, mesmo se assim não for, o descrédito do Poder Judiciário leva à inação de parcela considerável dos titulares; outro ponto relevante, nesse passo, é que a propositura das diversas demandas individuais acarreta grande congestionamento das Cortes, e pode levar à irrupção de decisões conflitantes, o que enseja, mais uma vez, a perda de confiança na judicatura, pela afronta à segurança jurídica e à isonomia.⁶⁵⁻⁶⁶ Mais um benefício, é que, com a demanda coletiva, retira-se a vantagem dos nomeados *litigantes habituais*, tornando o conflito judicial mais paritário e reduzindo as chances de vitória por envergadura na condução processual.⁶⁷ N’outra perspectiva, ainda mais significativa, a

⁶⁴ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*, cit., p. 61-62.

⁶⁵ “...é preciso enfatizar a importância da ação coletiva como instrumento útil para solver judicialmente questões que atingem um número infindo de pessoas, a todas lesando em pequenas quantidades, razão pela qual dificilmente serão propostas ações individuais para combater a lesão. Se o forem, apenas concorrerão para o aumento insuperável das demandas, a demorar ainda mais a prestação jurisdicional e concorrer para a negação da Justiça pela lentidão, de que tanto reclama a sociedade. A ação coletiva é a via adequada para tais hipóteses, e por isso deve ser acolhida sempre que presentes os pressupostos da lei, que foi propositada e significativamente o de liberar o sistema dos entraves da ação individual, pois pretendeu introduzir no nosso ordenamento medida realmente eficaz”. REsp n.º 235.422-SP, rel. Min. Rosado de Aguiar, 4.ª Turma - STJ, julgado em 19.10.2000; DJU, 18.12.2000, p. 202.

⁶⁶ Aplicável a seguinte preleção: “A necessidade de se manter coerência, ordem e unidade no sistema, impondo que casos idênticos sejam solucionados da mesma maneira, privilegia os princípios da isonomia e da legalidade, conferindo maior previsibilidade para casos similares ou idênticos e afastando arbitrariedades ou decisões tomadas ao exclusivo sabor de contingências ou vicissitudes pessoais do julgador.”. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Regime processual das causas repetitivas. *RePro*. São Paulo : RT, Ano 34, janeiro, 2010, p. 142-143

⁶⁷ “Considerando as diferenças existentes na dimensão e nos recursos financeiros e, ainda, no direito aplicável, há os que se socorrem, repetidas vezes, da Justiça, envolvendo-se, ao longo do tempo, em litígios similares, enquanto há os que recorrem aos órgãos jurisdicionais, ocasional ou esporadicamente. Aqueles são os chamados litigantes habituais ou litigantes freqüentes, ao passo que estes últimos são os litigantes eventuais ou litigantes esporádicos. Conforme demonstram Boaventura de Sousa Santos, Maria Manuel Leitão, João Pedroso e Pedro Lopes

repressão ao enriquecimento ilícito daquele que comete contrafação de repercussão coletiva, na medida em que o art. 100 do CDC determina que “Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida”. A justiça a conta-gotas do processo civil clássico não se coaduna com a dimensão constitucional dada à tutela desses direitos.

Além disso, existem casos em que a tutela coletiva dos direitos individuais é, propriamente, o único meio de efetivação desses direitos. Essas situações são vislumbradas nos casos que a doutrina cunhou como “danos de bagatela”: quando a vulneração do direito se dá em pequeníssimas porções, gerando prejuízos individuais que não podem ser demandados individualmente, já que a falta de qualquer proveito econômico ao proponente implicaria falta de interesse de agir, e, conquanto o valor individual seja irrisório, a proporção do dano é gigantesca se perspectivado em sua integralidade. Ainda que se entenda presente o *interesse*, é, no mínimo, ingênuo acreditar que alguma ação individual será proposta.⁶⁸ Nessas conjecturas, muito presentes na sociedade de massa e complexa hodierna, a ação coletiva nos parece o único meio eficaz para a tutela dos direitos.⁶⁹ Insista-se: se o valor é ínfimo do ponto de vista de cada um dos lesados, mas alcança cifra considerável na perspectiva das milhares de lesões perpetradas, a via coletiva se impõe como o acesso

Ferreira, o que faz com que um litigante seja frequente ou habitual não é apenas o tipo de litígio que o envolve, mas também sua dimensão e os recursos disponíveis que tornam menos custosa e mais próxima sua relação com os órgãos judiciais. O litigante habitual é o que tem tido e prevê que vai ter litígios frequentes, que corre poucos riscos relativamente ao resultado de cada um dos casos e que tem recursos suficientes para perseguir os seus interesses de longo prazo”. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Regime processual das causas repetitivas...* cit., p. 146.

⁶⁸ GIDI, Antonio. *A class action...* cit., p. 206-207.

⁶⁹ O benefício é bem reconhecido na doutrina estadunidense: “*The class action has many uses. The most compelling occurs when someone inflicts a small harm on each member of a large group of people. In such a case, any one victim would have to spend more money to hire a lawyer than he could recover by winning the lawsuit, so he would not sue. The class action enables the claims of all the individual victims to be aggregated, thereby spreading the lawsuit’s cost among all class members and creating a potential recovery that is large enough to make the suit economically viable. Although each individual who is harmed wins only a small amount, the public benefit is substantial. The cost of a large public harm are borne by the person or firm responsible for it, and incentives to commit future transgressions are removed. In this way, the class action provides for the private enforcement of laws that are aimed at protecting the public*”. FISS, Owen; BRONSTEEN, John. *The class action rule*. Notre Dame Law Review. 2002-2003, p. 1419.

privilegiado à justiça, garantindo a aplicação autoritativa do direito material em situações jurídicas que, certamente, não seriam levadas ao Judiciário.

3.2. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E AÇÃO MATERIAL COLETIVA

A par das considerações tecidas acerca dos direitos individuais homogêneos – cujo fenômeno é mais facilmente compreendido com a inversão dos termos: questões homogêneas dentre os direitos individuais (particulares) –, impende anotar, nesse momento, e na contramão da unanimidade da doutrina, que **não** se trata de uma categoria instituída pelo advento do CDC. No particular, rogando as vênias necessárias, acredita-se que a posição da doutrina brasileira carece de apuro conceitual, e cerra os olhos para uma realidade inocultável, qual seja, a da *ação material*. Sem apego a meros academicismos, vejamos os desdobramentos práticos.

Cediço que a nota da transindividualidade que substancia os direitos difusos e coletivos em sentido estrito embasa a afirmação de ser uma “tutela de direitos coletivos”. De seu turno, quanto aos direitos individuais homogêneos haveria, propriamente, uma tutela coletiva de situações particulares. Como afirmado alhures, cuida-se de dispensar um tratamento uniforme a inúmeras situações individuais que se manifestam com uma homogeneidade que viabiliza o tratamento molecular. Aqui, e de uma forma bastante nítida, a tutela coletiva concretiza aspirações de diferentes ordens: acesso à justiça, aplicação autoritativa do direito material e economia processual.

Oportunamente, referimos que os direitos individuais homogêneos comportam, por hipótese de não ser proposta uma demanda coletiva, a formação de um litisconsórcio facultativo por afinidade de questões (art. 46, IV, CPC/73). Em outros dizeres, havendo um liame fático, ainda que tênue, entre os particulares (legitimados ordinários), estes poderão ajuizar uma única ação mediante um cúmulo subjetivo, no qual são deduzidas várias pretensões individuais em um único processo. Decerto que os institutos não se confundem; na ação coletiva, sem embargo das divergências doutrinárias, a natureza da legitimação é extraordinária. Não por outro motivo se afirma que os direitos individuais homogêneos são passíveis de tutela jurisdicional ambivalente, isto é, pela via individual (com ou sem

formação de litisconsórcio) ou pela via coletiva.⁷⁰

Ora, se a tutela jurisdicional é ambivalente, decerto que não é possível anuir com o entendimento de que essa categoria teria sido inaugurada pelo CDC, sob pena da assertiva guardar uma contradição em seu bojo. Vejamos. Se os direitos individuais homogêneos já poderiam ser tutelados mediante ações individuais, cujos particulares poderiam se reunir ou não em consórcio – facultativo, isto é, de acordo com a sua conveniência –, é indiscutível que não se trata de uma inovação legislativa da década de 90. Todavia, essa afirmação merece cautela a fim de não induzir o leitor à crença de que o panorama não teria sido alterado a partir do CDC.

A legislação consumerista teve o grande mérito de instituir uma *ação material* coletiva para tratar de direitos individuais.⁷¹ Tal se deve porque, diferentemente dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito (transindividuais), no qual há *direito, pretensão e ação material coletiva* – “categorias eficaciais coextensivas da relação jurídica com as quais mantém estreita relação”⁷² – no que respeita aos individuais homogêneos, existem *direitos e pretensões individuais*, dos quais não seria possível se chegar a uma *ação material* coletiva, senão por ficção, como fez o legislador em 1990. Façamos uma digressão sobre o tema.

Muito embora abordado por doutrinadores de escol, o tema da *ação material* vem sendo descuidado pela moderna processualística. Desde o século passado e as discussões travadas em torno do conceito de ação – repise-se a famosa polêmica entre Windscheid e Müther, do qual ficou o legado da *pretensão* (direito material) e da ação enquanto direito de acionar o Estado –,⁷³ e imbuídos da preocupação de dignificar o direito processual,

⁷⁰ Por certo que também na ação coletiva será possível a intervenção de particulares (intervenções na modalidade de assistências litisconsorciais).

⁷¹ Entre nós, o grande responsável em desenvolver esse raciocínio foi Roberto Campos Gouveia Filho, em debate travado via mensagem eletrônica com Fredie Didier Jr., Leonardo José Carneiro da Cunha e Mateus Pereira.

⁷² NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria da ação de direito material*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 110.

⁷³ Em rápida síntese sobre a polêmica, revisitando a *actio* do Direito Romano, Windscheid – expoente do pandectismo – pretendeu demonstrar que **não** haveria uma coincidência entre a *actio* romana e a *Klage* germânica. Sua teoria revolveu a doutrina da época, dado que o tema persistia com relativa tranquilidade. De seu turno, Müther defendia a correspondência. Cf. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 94. CARREIRA ALVIM, J. E. *Teoria*

nós, processualistas, viramos as costas para muitos institutos do direito material fundamentais à compreensão processo. Ora, não se nega a autonomia do processo conquistada pelo contributo, principalmente, de Oskar Büllow (1868) e de Adolf Wach em (1885 e 1888). Sucede que a única forma de explicar determinados fenômenos jurídicos e do processo, como a ação cautelar autônoma, o monopólio da Jurisdição e a vedação à autotutela e, assim nos parece, a “tutela coletiva de direitos”, é mediante o estudo da *ação material*, brilhantemente desenvolvida por Pontes de Miranda, cujo estudo seria retomado com maestria por outros autores mencionados ao longo do texto.

Pois bem.

Para situar o conceito de *ação material*, é indispensável, antes, identificar os conceitos de *direito e pretensão*. Hoje, sem negar o contributo, sabe-se que o direito objetivo é mais amplo que o subjetivo, não podendo ser encarado, apenas, como o “interesse juridicamente protegido” (Ihering), tampouco como “um poder da vontade” (Savigny); ambas se apresentam insuficientes à explicação do fenômeno na íntegra.⁷⁴ Conforme a lição da doutrina mais autorizada sobre a matéria, a *pretensão* é encarada como o grau de *exigibilidade* de um direito, isto é, o poder de exigir o seu cumprimento.⁷⁵ Se o *direito* tem como situação passiva correspondente o *dever*, à *pretensão* corresponde a *obrigação*. Bom. Na medida em que a *pretensão* é exigida e o devedor ou responsável pela obrigação, premido pelo credor, não a satisfaz, surge a *ação material*, isto é, novo poder que se agrega à *pretensão*, mas que

geral do processo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 117. Sabe-se hoje, no entanto, que se um analisava o fenômeno do ponto de vista do direito material, o outro o fazia do prisma processual. Assim, suas doutrinas, sobre não se excluírem, antes se afinam.

⁷⁴ Figure-se o exemplo dos incapazes, não explicado pela doutrina de Savigny, bem assim o exercício do direito sem que haja qualquer interesse; ou mesmo as situações em que haveria proteção do interesse sem que ocorra a subjetivação do direito. cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Ação cautelar inominada no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 135.

⁷⁵ Consoante: “...a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa”. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado, t. V*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 503-504. Também em *Tratado das ações, t. I*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 68. Também nesse sentido: “...no vencimento da dívida nasce em favor do credor a *pretensão* ao cumprimento da *obrigação* em que se transforma o dever. Portanto, deixa de haver apenas direito (subjetivo) e dever, passando a existir *pretensão* do credor e *obrigação* do devedor ao cumprimento. A *pretensão*, como se vê, constitui o *grau de exigibilidade do direito* (subjetivo) e a *obrigação* de submissão ao adimplemento. O direito, enquanto sem *pretensão*, não é exigível; existe apenas *in potentia*”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da eficácia*. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 185.

permite o *agir* para a satisfação,⁷⁶ tendo como situação jurídica passiva a de *acionado*. No escólio de Marcos Bernardes de Mello, a “*impositividade do direito* está na *ação*, que apenas surge, em regra, se ocorre descumprimento da obrigação”.⁷⁷ Somente nesse sentido pode-se falar que a *ação* é uma emanção do direito, algo que, destaque-se, não pode ser confundido com o direito abstrato de ação (= pretensão à tutela jurídica), o qual, por força da gradual evolução do direito processual, é subjetivo e público.⁷⁸ Há uma coextensão – não necessária – entre *direito*, *pretensão* e *ações*;⁷⁹ categoriais eficaciais que pertencem ao direito material.⁸⁰

Se a todos fosse lícito *agir* à satisfação de nossas *pretensões*, sem dúvida que o caos se instalaria na Sociedade. Para evitar esse estado de natureza hobbesiano, o Estado, na medida em que monopolizou o exercício da

⁷⁶ “Chegamos, assim, ao conceito de ação de direito material, que é o *agir contra o obrigado omisso*, contra o obrigado inadimplente. Tendo-se presente o conceito de pretensão, como *exigibilidade*, acrescentemos a ele o “agir para a satisfação”, de modo que ocorra exigência + *atividade* de quem exige e teremos o conceito de ação material (*actio*)”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Ação cautelar inominada no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 137.

⁷⁷ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia, 1ª parte. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 185.

⁷⁸ Sabe-se que devemos à Wach a noção de “pretensão à tutela jurídica”. Sucede que esse autor, fiel ao concretismo, acreditava que o preenchimento das condições da ação – cujo DNA lhe pertence – levaria a um julgamento favorável. Em Wach, a pretensão à tutela jurídica é a obtenção do resultado positivo ao autor. Daí porque, segundo MARINONI, Wach não acatou a tese do direito de agir contra o Estado – adotado por Plösz e Degenkolb –, “construindo a teoria da pretensão à tutela jurídica, que unia elementos de direito material e processual”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*: teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2007, v. 1, p. 168. Inclusive, na crítica reservada ao autor alemão por Fábio Luiz Gomes: “Ora, a propositura de uma demanda por quem seja titular de um direito próprio (legitimidade), direito esse que tenha sido violado ou esteja ameaçado de violação (interesse/necessidade da tutela), e que contenha pedido expressamente previsto no ordenamento jurídico “concreto”, deverá necessariamente ser julgada procedente! Sem explicação restaria, portanto, o fenômeno da “ação” improcedente”. SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 96.

⁷⁹ Não é o momento de apresentar todas as nuances do tema. Consigne-se, no entanto, que essa coextensão é “não necessária”, haja vista que pode existir *direito* sem *pretensão*, chamados de direitos mutilados, como é o caso da dívida do jogo ou mesmo os *direitos* que tiveram sua *pretensão* e *ação* prescritas. Por outro lado, há *ação*, sem que haja direito, figurando como exemplo típico a ação popular, o *habeas corpus* em favor de terceiro, a ação civil pública, a ação de interdição por insanidade física ou mental. Sobre o tema, cf. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia, 1ª parte. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 183.

⁸⁰ MELLO, Marcos Bernardes, op. cit., p. 187.

Jurisdição, vedou a autotutela – tipificada entre nós como o exercício arbitrário das próprias razões. Essa proibição consistiu na impossibilidade do exercício da *ação material*, ditando-se, como regra, o caminho da ação processual para o seu exercício. Em outras palavras, a *ação* de direito material é, normalmente, veiculada mediante uma ação processual.⁸¹

Todavia, o legislador também fez algumas concessões, facultando o *agir* fora da jurisdição em alguns casos isolados, bastando figurar: a legítima defesa (art. 188, I, CC, e art. 23, CP), inclusive da posse (desforço pessoal imediato contra violação da posse (art. 1.210, §1º, CC)); a possibilidade de venda, pelo credor pignoratício, do bem empenhado para pagar-se, quando, inadimplida a dívida garantida pelo penhor (art. 1.433, IV, CC); a pretensão à compensação etc.⁸²

No plano da lógica deôntica: somente é passível de proibição um dado existente na realidade. Eis o motivo pelo qual é irrefutável a existência da *ação material*. Aqui, sim, sob pena de comprometer a autonomia conquistada, impende não baralhar os conceitos. A ação processual não tem sua gênese da vedação à *ação material*. O que existe, na preleção de Ovídio Baptista, é a “interferência do Estado, que, ao proibir o exercício privado da ação [material], *angularizou* a relação de direito material existente entre o titular do direito e o obrigado, interpondo entre eles a figura do juiz e o processo”.⁸³

Em arremate, existe uma *ação material* coletiva para tratar das situações homogêneas dentre os direitos particulares e, somente a partir dela – autêntica inovação do CDC –, instituída por ficção – dado inexistirem *direitos e pretensões* coletivas no particular – é viabilizado o tratamento molecular à plêiade de situações jurídicas individuais que se assemelham. Daí porque sustentamos a ocorrência de um equívoco doutrinário, descuidando um instituto fundamental do direito material, caríssimo ao processo. Algo que, inclusive, consoante já nos manifestamos em outra

⁸¹ “[...]. Daí ser perfeitamente apropriado dizer-se que alguém exercer “ação” [de direito processual] sem ter ação [de direito material]. Não se pode eliminar essas duas realidades, que são uma decorrência do fato histórico do monopólio, pelo Estado, da função de distribuir justiça. Esse monopólio, contudo, não eliminou, inteiramente, a possibilidade de exercer-se a ação por outra via que não seja a “ação” processual”. SILVA, Ovídio A. Baptista da, op. ult. cit., p. 138; MELLO, Marcos Bernardes, op. cit., p. 187.

⁸² MELLO, Marcos Bernardes, op. cit., p. 188.

⁸³ SILVA, Ovídio A. Baptista da, op. ult. cit., p. 139.

sede, e novamente na esteira de Ovídio Baptista da Silva, não é de causar surpresa⁸⁴.

3.3. DEMANDAS PSEUDOINDIVIDUAIS

Um problema de ordem prática se revela com as denominadas “ações pseudoindividuais”,⁸⁵ tidas por aquelas em que “o resultado de uma demanda individual gerasse necessariamente efeitos sobre toda uma comunidade”⁸⁶. Ou seja, apesar de ser uma ação individual, pela indivisibilidade do objeto e sua repercussão coletiva, a *res in iudicio deducta* é típica de uma ação coletiva.

Elucidando o tema, as palavras de Kazuo Watanabe:

A ação coletiva ajuizada com o escopo de se exigir a cessação da poluição ambiental praticada por uma indústria é apta a tutelar os interesses de toda a coletividade (interesses difusos, portanto). *A ação individual* que viesse a ser proposta por uma vítima, por exemplo, um morador da vizinhança, reclamando a indenização pelos danos individualmente sofridos em virtude da mesma poluição combatida na ação coletiva, veicularia uma pretensão individual própria e inconfundível com a pretensão coletiva. Seria inegável, nessa hipótese, a presença do requisito da compatibilidade entre a pretensão própria e inconfundível com a pretensão coletiva. Seria inegável, nessa hipótese, a presença do requisito da compatibilidade entre a pretensão coletiva e a individual. Mas, se na *ação individual*

⁸⁴ GOUVEIA FILHO, Roberto Campos P.; PEREIRA, Mateus Costa. “Ação Material e Tutela Cautelar”. In: *Teoria Quinária da Ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos de seu falecimento*. Eduardo José da Fonseca Costa; Luiz Eduardo Ribeiro Mourão; Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (Orgs.). Salvador: JusPodivm, 2010, p. 563-594.

⁸⁵ Percebeu o tema, pela primeira vez, WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *RePro*. São Paulo : RT, ano 31, setembro/2006, p. 28-35.

⁸⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso...* cit., p. 94.

fosse veiculada a pretensão à cessação da poluição, teria ela escopo coincidente com o da *ação coletiva*. Suponhamos, para salientar bem essa distinção, que outros moradores ajuizassem também ações individuais com a mesma finalidade, qual seja a de cessação da poluição. Todas elas estariam reproduzindo a mesma pretensão veiculada na *demanda coletiva*. São *individuais* apenas no sentido de que são propostas por indivíduos, mas a *pretensão é de alcance coletivo*, pois beneficia a totalidade das pessoas que se encontram na mesma situação, e não somente o autor da ação. Em semelhante situação, seria suficiente uma só demanda, seja individual ou coletiva.⁸⁷

A problemática remete ao litisconsórcio unitário, já que, na espécie, verifica-se uma ação individual, em que, por força do direito em análise, poderá determinar uma mudança na esfera individual de diversos outros indivíduos, que não tiveram sequer participação no processo. No pleito individual, a relação jurídica é una, que, nada obstante diversos sujeitos interessados alheios à demanda, é levada a cabo por um só sujeito, quando poderia conduzir a um litisconsórcio multitudinário.

Com efeito, em hipótese de tramitação dessas diversas ações – várias individuais e a coletiva –, é possível que se dêem julgamentos, inclusive, contraditórios, o que, pragmaticamente, é inaceitável, ante o supramencionado objeto incindível dos processos. Assim, a ocorrência de multiplicidade pode, efetivamente, levar a “um *bis in idem*, que poderá dar origem a conflitos práticos, e não apenas lógicos, de julgados, o que o nosso ordenamento jurídico não tolera (daí, os institutos da litispendência e da coisa julgada)”⁸⁸ Essa situação reclama sistematização, objetivando sejam evitados prejuízos ou incoerências.

A solução é espinhosa. De fato, algumas hipóteses nem mesmo ao processo coletivo pertencem, como a do sócio que intenta anular assembleia

⁸⁷ *Relação entre demanda coletiva e demandas individuais*, cit., p. 29.

⁸⁸ WATANABE, Kazuo. *Relação entre demanda coletiva e demandas individuais*, cit., p. 30

geral, o que gera, inequivocamente, repercussão nos demais membros da sociedade empresária, caso que já atormenta os processualistas há tempos.

No entanto, como na tutela inibitória de lesão ao meio-ambiente, a problemática aflige ao processo coletivo levando alguns autores a negar a possibilidade de demandas individuais, e outros, a professar a inafastabilidade da jurisdição, concluindo pela possibilidade de concorrência de ações coletivas e individuais.

Deste modo, há quem alegue ser inadmissível o ajuizamento de demandas individuais por ser o objeto, a despeito da quantidade de interessados, único e impartível. Admitir o contrário ofenderia a segurança jurídica e isonomia, por viabilizar a existência de decisões contraditórias, o que é pragmaticamente inconcebível.⁸⁹ Outro fundamento, bastante relevante, é levantado no sentido de que “não há sequer a viabilidade de serem admitidas ações individuais que tenham como pretensão a tutela de direitos difusos e coletivos, em face da falta de legitimação ativa *ad causam* individual para a proteção dos mencionados direitos supra-individuais”,⁹⁰ extirpando o problema em sua gênese.

No sentido contrário, invoca-se o acesso à justiça, que proíbe a afastabilidade da jurisdição, salvo nos casos expressamente previstos em lei – o que não ocorre no presente. Ainda que se reconheça a superioridade da tutela coletiva, impende sejam admitidas as demandas individuais, e, em caso de concomitância de ações coletivas e individuais, permitir-se-ia a suspensão dessas.⁹¹

⁸⁹ Assim: “A solução que seria mais apropriada, em nosso sentir, na conformidade das ponderações acima desenvolvidas, seria a proibição de demandas individuais referidas a uma relação jurídica global incindível”. E em seguida ameniza a solução: “Porém, a suspensão dos processos individuais poderá, em termos práticos, produzir efeitos bem próximos da proibição, se efetivamente for aplicada pelo juiz da causa”. WATANABE, Kazuo. *Relação entre demanda coletiva e demandas individuais*, cit., p. 25.

⁹⁰ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*, cit., p. 345-346. No mesmo sentido: “O que parece, entretanto, inadmissível, em sede de interesse difusos e coletivos, é a possibilidade ventilada pelo art. 104, de cabimento e coexistência de ações coletivas e individuais, como se o objeto em questão estivesse sujeito ao desmembramento”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas*, cit., p. 261

⁹¹ Assim DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso...* v.4, cit., p. 95-96. Convergindo: Em nosso atual desenho jurídico-político o exercício dos pleitos individuais não pode ser obstado, ainda que se considere que a jurisdição coletiva opera de modo *molecular*, compreensivo das demandas – *átomo*, numa aplicação do aforismo pelo qual *o que se afirma do todo está afirma em relação às partes componentes*. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e*

A solução dos Códigos de Processo Coletivo vem sendo no sentido de suspender as demandas individuais (art. 20 do CBPC-GIDI e 7.º do CBPC-IBDP).

3.4. TUTELA COLETIVA DOS PROPRIETÁRIOS DE POUPANÇA QUANTO AOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS

Parece-nos oportuno, em congruência ao exposto, trazer à análise um precedente do Superior Tribunal de Justiça, que cuida da prescrição de direitos individuais homogêneos tutelados em ação coletiva.

Trata-se do Recurso Especial n.º 1.070.896, proveniente de Santa Catarina, processado sob a relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão. O processo originou-se com a propositura de Ação Civil Pública por associação de defesa dos consumidores, objetivando pagamento aos poupadores das diferenças decorrentes dos denominados “expurgos inflacionários” estabelecidos pelos Planos Bresser e Verão, nos anos de 1987 e 1989. O pleito foi julgado improcedente na primeira instância, apresentado recurso pela parte autora e pelo Ministério público, ambos desprovidos pelo tribunal *a quo*, daí a interposição do apelo especial pelo MP, que tampouco obteve êxito.

A decisão foi ementada nos seguintes termos, *in verbis*:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DECORRENTE DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. POUPANÇA. COBRANÇA DOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PLANOS BRESSER E VERÃO. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. 1. A Ação Civil Pública e a Ação Popular compõem um microsistema de tutela dos direitos difusos, por isso que, não havendo previsão de prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, recomenda-se a aplicação, por analogia, do prazo quinquenal previsto no art. 21 da Lei n. 4.717/65. 2. Embora o direito subjetivo objeto da presente

coisa julgada: teoria geral das ações coletivas. 2.ª ed. São Paulo : RT, 2007, p. 511.

ação civil pública se identifique com aquele contido em inúmeras ações individuais que discutem a cobrança de expurgos inflacionários referentes aos Planos Bresser e Verão, são, na verdade, ações independentes, não implicando a extinção da ação civil pública, que busca a concretização de um direito subjetivo coletivizado, a extinção das demais pretensões individuais com origem comum, as quais não possuem os mesmos prazos de prescrição. 3. Em outro ângulo, considerando-se que as pretensões coletivas sequer existiam à época dos fatos, pois em 1987 e 1989 não havia a possibilidade de ajuizamento da ação civil pública decorrente de direitos individuais homogêneos, tutela coletiva consagrada com o advento, em 1990, do CDC, incabível atribuir às ações civis públicas o prazo prescricional vintenário previsto no art. 177 do CC/16. 4. Ainda que o art. 7º do CDC preveja a abertura do microsistema para outras normas que dispõem sobre a defesa dos direitos dos consumidores, a regra existente fora do sistema, que tem caráter meramente geral e vai de encontro ao regido especificamente na legislação consumeirista, não afasta o prazo prescricional estabelecido no art. 27 do CDC. 5. Recurso especial a que se nega provimento.

A decisão é lamentável. Está, *data maxima venia*, na contramão da tutela coletiva dos direitos, apequenando-a, e negando seus alicerces fundamentais; outrossim, representa uma confusão espúria de institutos básicos do Direito, cujo manuseio destoa da técnica. Como veremos adiante, trata-se de um precedente perigoso, que merece ser superado totalmente (*overruling*) com a maior brevidade possível (*anticipatory overruling*).

A primeira *ratio decidendi*, a guiar o julgamento, pautou-se em que “a Ação Civil Pública e a Ação Popular compõem um microsistema de tutela dos direitos difusos, motivo pelo qual, à míngua de previsão do

prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da *analogia legis*, recomendando-se a aplicação do prazo quinquenal previsto no art. 21 da Lei n. 4.717/65”.

De antemão, é relevante asseverar que o prazo aplicado – art. 21 da Lei da Ação Popular – não é prescricional, mas decadencial. O erro é crasso.

A prescrição tem por efeito *encobrir* a pretensão – e também a *ação* de direito material –, ou seja, afeta o poder jurídico de exigir que o sujeito passivo cumpra a sua obrigação e também a impositividade.⁹² Conforme exposto alhures, na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, apresentam-se *direitos e pretensões* individuais, e *ação* coletiva (tudo isso, repise-se, no plano do direito material). A *pretensão* – e a prescrição, por conseguinte – é, portanto, a dos direitos substanciais em questão; não existe e nem deve existir, por ser totalmente imprestável à tutela desses direitos, uma *pretensão* coletiva, enquanto coextensão eficaz de direitos individuais homogêneos.

Destarte, não há que se falar, *in casu*, no comprometimento da exigibilidade de um ponto de vista coletivo: a prescrição dos direitos à cobrança dos expurgos inflacionários decorrentes dos Planos Bresser e Verão é questão solidificada na remansosa jurisprudência da Corte, que assinala o prazo de vinte anos.⁹³ Infelizmente, o Superior Tribunal não atinou para essas importantes distinções, e reconheceu que a *pretensão* estaria encoberta, que é material, por conta da aplicação analógica de prazo decadencial para propositura de ação, aqui no sentido processual, ensejando julgamento totalmente absurdo: deu-se a extinção do processo *com resolução do mérito* (art. 269, IV, do CPC) a partir da aplicação de um

⁹² Encobre, e não extingue. Daí Marcos Bernardes de Mello dizer que o legislador incorreu em erro crasso no art. 189 do CC, ao dispor que a extinguiria. Op. cit., p. 186.

⁹³ “Segundo o entendimento consolidado desta Corte, ‘nas ações em que são impugnados os critérios de remuneração de cadernetas de poupança e são postuladas as respectivas diferenças, a prescrição é vintenária, já que se discute o próprio crédito e não os seus acessórios’. (REsp nº 433.003/SP, Relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 26/8/2002). STJ – Quarta Turma, AgRg no Ag 1149853-PB, Rel. Ministro Raul Araújo, julgado em 24/08/2010, DJe 10/09/2010. Assim também, todos do STJ: REsp 433003-SP, AgRg no Ag 1070056-MG, AgRg no REsp 1073190-MG, AgRg no Ag 1039367-RS, AgRg no Ag 1165081-RS, AgRg no Ag 1303420-PR, EDcl no AgRg no REsp 1055763-MG, AgRg no Ag 1227662-SP, AgRg no REsp 1140247-RS.

prazo de *remédio processual*. Criou-se uma prescrição que é processual, o que, é absurdo.⁹⁴

Nesse sentido, Pontes de Miranda já alertava: “estudos superficiais puseram as pretensões no direito processual. As consequências seriam embaraçantes. No direito dos Estados, há dois sistemas de direito, a pretensão teria de ficar aos legisladores do direito processual, o que seria absurdo. No direito internacional privado, a pretensão seria a da *lex fori* e nunca a da lei pessoal ou outra que tivesse de ser aplicada pelo juiz estrangeiro. Portanto, a prescrição seria processual e processuais seriam os prazos preclusivos⁹⁵ impostos, solução abertamente contrária aos sistemas de direito”⁹⁶.

O erro é ainda mais infeliz, porque, na espécie, a prescrição é uma questão comum: a exigibilidade desses direitos surgiu na data em que determinada correção deveria ter sido aplicada e não o foi, é, conseqüentemente, uniforme para todo o grupo, formado por milhares de poupadores, com diversos processos individuais, a abarrotar o Judiciário.

Outrossim, ainda que se figure o prazo como decadencial, a impropriedade é manifesta. Como é cediço, a Ação Popular é “instrumento que não tem por finalidade precípua a defesa de direitos individuais, mas a proteção da cidadania e do interesse público”,⁹⁷ ou seja, direitos eminentemente transindividuais. No caso, foram veiculados direitos individuais homogêneos, e o processo, como assentado doutrinariamente, é instrumento, merecendo, portanto, a devida adequação ao direito material *sub judice*, conformando o procedimento às suas peculiaridades, para que, só assim, possa se falar em tutela adequada.⁹⁸ Não foi o que o STJ fez.

⁹⁴ Cumpre-nos, por justiça, deixar registrado que o ponto não passou despercebido por todos os ministros da Turma, o Excelentíssimo Min. João Otávio de Noronha, após considerar que “lamentavelmente, ainda se confunde prescrição e decadência”, destaca: “Tenho a mais plena convicção de que o prazo para ajuizamento de ações coletivas pelos entes legitimados é um prazo decadencial. É um prazo de caducidade, porque não veicula pretensão no plano material, tão-só no plano processual, qual seja, exigir a tutela do Estado”. Apesar das considerações, conclui, com erro, pela ocorrência da decadência.

⁹⁵ Leia-se “decadenciais”, o autor optava por chamá-los de preclusivos.

⁹⁶ *Tratado das ações*, cit., p. 105.

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Curso...* cit., p. 275.

⁹⁸ Assim, a lição do mestre italiano: “*Perché sia assicurata la tutela giurisdizionale di una determinata situazione di vantaggio violata, non basta que a livello di diritto processuale sia predisposto un procedimento quale che sia, ma è necessario che il totalare della situazione*”

A aplicação do prazo quinquenal é equivocada, fere de morte o princípio da tutela integral – característico do processo coletivo –, apequenando o alcance da tutela coletiva, eis que, nada obstante o “trancamento” da via coletiva, na hipótese, são admissíveis demandas individuais. O *decisum* vulnera a própria razão de ser da tutela dos direitos individuais homogêneos: proporcionar a solução integral de uma macrolide, em um só processo, proporcionando acesso à justiça e efetivação do direito material, rechaçando a prática futura de ilícitos de massa (*deterrence*). Nessa esteira, a aplicação de dispositivos contidos em lei diversas, no microssistema do processo coletivo, só se faz quando for pertinente à via eleita (art. 21 da Lei 7.347/85), e, na hipótese, está claro que não havia o indispensável cabimento.

Com esse verdadeiro empecilho do acesso à justiça, que deve ser tanto individual como coletivo, tem-se um incentivo às execráveis práticas de ilícitos de repercussão plural, em detrimento da coletividade e do próprio Direito.

Cabe-nos afastar um outro óbice levantado no voto condutor. Transcrevemos: “Em verdade, a norma consumerista prevê prazo prescricional geral de cinco anos para as pretensões reparatórias fundadas no fato do produto ou do serviço, a qual se aplica, também, às ações coletivas e, analogicamente, com base em uma interpretação sistemática realizada dentro do próprio microssistema consumerista, às ações coletivas que não tratam de defeitos de segurança”.

O descabimento salta aos olhos. Repete-se novo baralhamento dos planos processuais e materiais, na medida em que o fato da previsão de tutela dos direitos individuais homogêneos em demanda coletiva está no CDC, por si só, faz-lhe aplicável o prazo prescricional para fato do produto ou serviço: a uma, não cabe prazo prescricional algum à ação civil pública, já que há direito potestativo em propô-la, típico aos remédios processuais, que está sujeito à decadência; a duas, caso admita-se que o Tribunal quis

*di vantaggio violata (o di cui si minaccia violazione) possa utilizzare un procedimento (o più procedimenti) strutturato in modo tale da potergli fornire una tutela effettiva e non meramente formale o astratta del suo diritto. Specificando, quindi, quanto detto poco fa, è possibile ora dire che il diritto sostanziale – sul piano della effettività, della giuridicità, non della sola declamazione contenuta nella carta stampata – esiste nella misura in cui il diritto processuale predispona procedimenti, forme di tutela giurisdizionale adeguate agli specifici bisogni di tutela delle singole situazione di vantaggio affermate dalle norme sostanziali”. PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli : Jovene, 1994, p. 6.*

aplicar a prescrição aos direitos substanciais, o que não cremos ter sido a intenção, a impropriedade é ainda maior: estar-se-ia, sem qualquer disposição nesse sentido, sujeitando a pretensão – de direito já nascido, exigível e acionável – à lei posterior.

Por fim, frise-se, o Código Consumerista não *criou* os direitos individuais homogêneos – o caso em tela deixa isso bem claro ao abordar direitos substanciais anteriores à edição da lei –, senão inaugurando a possibilidade de tutela destes direitos por demanda coletiva (a *ação* material a que já nos referimos). Os direitos individuais homogêneos não são uma espécie de direito, mas se cuida de uma característica de certos direitos, que lhes faz passíveis de proteção coletiva, é criação instrumental para atendimento das carências da sociedade de massa; motivo pelo qual afirmamos se tratar de uma realidade melhor compreendida pela inversão dos termos. A homogeneidade pode se manifestar em todas as espécies de direitos: civis, tributários, previdenciários, trabalhistas etc. Sendo assim, seria correto aplicar prazo prescricional a determinado direito (plano material), por conta do instrumento que lhe adjudica (plano processual) estar disposto nessa ou naquela lei? A resposta é negativa...

Por derradeiro, subsidia o dispositivo decisório no seguinte sentido: “soa como ilógico atribuir o prazo prescricional previsto no art. 177 do CC/16 às ações do art. 81, CDC, se à época dos fatos, 1987, a pretensão coletiva sequer existia (embora as demandas individuais já eram propostas)”.

Este entendimento não merece outra sorte, pelas mesmas razões. Há, mais uma vez, confusão nítida entre o plano processual e material.⁹⁹ Os

⁹⁹ A confusão entre os planos é contratempo do qual Pontes de Miranda cuida de evitar em toda sua obra, aduz o autor: “O remédio jurídico processual é meio instrumental que o direito formal põe a serviço de pessoas que estejam em determinadas situações, para que, com o uso dele, possam suscitar a decisão, a prestação jurisdicional. (...) a liberdade física existe, como direito, onde não exista o direito ao *habeas corpus* ou onde se negue a ação de liberdade física, se bem que se reconheça o direito. Subjetivação, pretensão, ação, remédios jurídicos processuais – são quatro fatos diferentes”. *Tratado das ações*, cit., p. 288. A mesma nota está na obra Marcos Bernardes de Mello, o autor sinaliza que a confusão é comum na prática e, possivelmente, decorrente do monopólio da Jurisdição pelo Estado, que avocou a ação de direito material, proibindo a justiça com as próprias mãos, do que decorre que a ação material é, geralmente, exercida pela “ação processual”, que nada mais é do que o remédio jurídico processual, no entanto, não se deve confundi-las, aquela é o mérito, a *res in iudicio deducta* uma vez que se torna efetiva mediante essa. *Teoria do fato jurídico...* cit., p. 187-188. No caso em tela, percebe-se que houve a indevida transplantação entre os planos, ora de direito pré-processual para o material, e, ora da pretensão do plano material ao processual.

direitos dos poupadores existia, era exigível e, inclusive, acionável. O que não era possível, antes do CDC, era a sua tutela coletiva. O prazo prescricional não é aplicado às ações coletivas, ou remédios processuais, mas a este ou aquele direito substancial tutelado coletivamente; no ponto, o que prescreve não é a ação, mas a *pretensão*.

Como o direito à correção dos expurgos inflacionários se deu com a vigência do CC/1916, nada mais justo que a eles aplicar a respectiva prescrição, como vem fazendo, corretamente, o STJ nas demandas individuais, invocando o brocardo *tempus regit actum*.¹⁰⁰ Não há, como posto no precedente, distinção entre a prescrição dos direitos individuais em demanda coletiva ou demanda individual, a prescrição, que é da pretensão individual, ainda que tratada em processo coletivo, é a mesma. Em outras palavras, não é a *forma* como são tutelados os direitos individuais – coletivamente ou individualmente – que determina sua exigibilidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**. Belo Horizonte : Del Rey, 2008.

BARRETO, Tobias. **Questões vigentes de filosofia e de direito**. Pernambuco: Liv. Fluminense, 1888.

BENJAMIN, Antônio Herman Homen. “A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor”. **Ação civil pública: Lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. MILARÉ, Edis (coord.). São Paulo : RT, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. “*Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*”, **Rivista di Diritto Processuale**. 30 : 361, 1975.

CAPPELLETTI, Mauro. “Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil”. **RePro**. São Paulo : RT, n. 5, jan./mar. 1977.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Teoria geral do processo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

¹⁰⁰ Consultar: REsp 460361-SC e REsp 926140-DF.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Regime processual das causas repetitivas. **RePro**. São Paulo : RT, Ano 34, janeiro, 2010.

DENTI, Vittorio (ed.), **Le azioni a tutela degli interessi collettivi**. Padova : CEDAM, 1976.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de direito processual civil, v. 4**. Salvador : JusPODIVM, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1993.

FISS, Owen; BRONSTEEN, John. *The class action rule*. **Notre Dame Law Review**. 2002-2003.

GAMBARO, Antonio (ed.), **La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato**. Milano : Giuffrè, 1976.

GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 5. ed. São Paulo: RT, 2009.

GOUVEIA FILHO, Roberto Campos P.; PEREIRA, Mateus Costa. “Ação Material e Tutela Cautelar”. In: **Teoria Quinária da Ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos de seu falecimento**. Eduardo José da Fonseca Costa; Luiz Eduardo Ribeiro Mourão; Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (Orgs.). Salvador: JusPodivm, 2010, p. 563-594.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2000.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACHADO PAUPÉRIO, A. **Introdução ao estudo do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 5. ed. São Paulo : RT, 2001.

_____. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. 2. ed. São Paulo : RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil, v. 1**. São Paulo: RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil, v. 5**. São Paulo: RT, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos e coletivos em juízo**. 20. ed. São Paulo : Saraiva, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico – plano da eficácia**. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2007.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado, t. V**. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. **Tratado das ações, t. I**. Campinas : Bookseller, 1998.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos.

RePro. São Paulo : RT, n.º 28, ano 7, out/dez. 1982.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da ação de direito material.** Salvador: JusPodivm, 2008.

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile.** Napoli : Jovene, 1994.

_____. *“Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali e sulle azioni di serie Risarcitorie dei consumatori”.* **RePro.** São Paulo : RT. Ano 35, n. 168, out. 2010.

POLETTI, Ronaldo. **Introdução ao direito.** 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1996.

SALDANHA, Nelson. **Filosofia do direito.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Velha e nova ciência do direito:** e outros estudos de teoria jurídica. Recife: Editora Universitária, 1974.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Ação cautelar inominada no direito brasileiro.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo.** São Paulo : Malheiros, 2007.

VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire.** Milano : Giuffrè, 1979.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. **RePro.** São Paulo : RT, ano 31, setembro/2006.