

Recebimento do artigo: 27/04/2009

Aprovado em: 23/06/2009

**José Maria Tesheiner**

Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil  
jmrt@terra.com.br

### Sumário

1 Generalidades sobre o direito de ação. 2 O direito de ação e as restrições decorrentes do monopólio do *jus postulandi* outorgado aos advogados. 3 Restrições decorrentes da prévia submissão Comissão de Conciliação (art. 625-D, da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei 9.958/2000). 4 Arbitragem e renúncia à jurisdição. 5 Ações coletivas e coisa julgada pró e contra.

Professor de Direito Processual Civil nos Cursos de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul. Desembargador aposentado do tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

### Resumo

Trata-se, neste ensaio, do direito fundamental de acesso à justiça, com destaque para as restrições decorrentes do monopólio do *jus postulandi* outorgado aos advogados; da instituição das Comissões Prévias de Conciliação, pela Lei 9.958/2000, e da arbitragem, especialmente quando decorrente de mera cláusula compromissória. Examina-se, por fim, a possibilidade de atribuir-se à sentença proferida nas ações coletivas relativas a direitos individuais homogêneos, eficácia pró e contra.

### Palavras-chave

Ação. Acesso à justiça. Direitos fundamentais. *Jus postulandi*. Comissão de Conciliação Prévia. Arbitragem. Ações coletivas relativas a direitos individuais homogêneos. Coisa julgada.

### Abstract

*In this essay one studies the fundamental right of access to the Judiciary, focusing on the restrictions caused by the monopoly of *jus postulandi* granted to lawyers; the institution of the Prior Conciliation Committees, according to the Law 9.958/2000; and the arbitration, particularly when caused by the mere arbitration clause. Finally, it studies the possibility of attributing pro and con efficiency to the sentences passed in the class actions regarding homogeneous individual rights.*

### Key words

*Action. Access to Justice. Fundamental rights. Jus postulandi. Prior Conciliation Committee. Arbitration. Class actions regarding homogeneous individual rights. Res judicata.*

200 **1 Generalidades sobre o direito de ação**

Costuma-se vincular ao artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, o direito fundamental de acesso à justiça. Do ponto de vista estritamente literal, a norma apenas proíbe que se edite norma proibitiva de exame, pelo Judiciário, de qualquer alegação de lesão ou ameaça a direito subjetivo,<sup>1</sup> tal como a constante do artigo 173 das Disposições Gerais e Transitórias da Constituição de 1967<sup>2</sup>.

A essa norma atribui-se, hoje, um sentido também positivo, exigindo-se que o Estado preste meios para o acesso ao Judiciário (Assistência Judiciária, Defensoria Pública).

Atribui-se-lhe, também, um significado mais amplo, compreensivo de uma prestação jurisdicional tempestiva (duração razoável do processo), adequada ao caso concreto, efetiva e justa (acesso à ordem jurídica justa).

A garantia do acesso à justiça, diz Mauro Cappelletti, deve não apenas garantir o acesso de todos ao Poder Judiciário, mas garantir também uma prestação jurisdicional produtora de resultados efetivos e socialmente justos<sup>3</sup>.

A ideia subjacente é a de que não basta proclamar direitos, sendo necessário assegurar-se sua concretização no mundo dos fatos.

A garantia-dever da inafastabilidade do controle jurisdicional é, nas palavras de Sérgio Gilberto Porto, uma das variantes do acesso à justiça<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> “Lei alguma”, diz Celso Bastos, “poderá auto-excluir-se da apreciação do Poder Judiciário quanto à sua constitucionalidade, nem poderá dizer que ela seja ininvocável pelos interessados perante o Poder Judiciário para resolução das controvérsias que surjam da sua aplicação”. (BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 244).

<sup>2</sup> Art 173 - Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como:

I - pelo Governo federal, com base nos Atos Institucionais nº 1, de 9 de abril de 1964; nº 2, de 27 de outubro de 1965; nº 3, de 5 de fevereiro de 1966; e nº 4, de 6 de dezembro de 1966, e nos Atos Complementares dos mesmos Atos Institucionais;

II - as resoluções das Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos e Vereadores, fundados nos referidos Atos institucionais;

III - os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares referidos no item I;

IV - as correções que, até 27 de outubro de 1965, hajam incidido, em decorrência da desvalorização da moeda e elevação do custo de vida, sobre vencimentos, ajuda de custo e subsídios de componentes de qualquer dos Poderes da República.

<sup>3</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Graice Northfleet. Porto Alegre, SaFe, 1988. Título original: Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective, p. 8.

<sup>4</sup> PORTO, Sérgio Gilberto. **Lições de direitos fundamentais no processo civil** – O conteúdo processual da Constituição Federal. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009. p. 49.

Como sucedâneo da tutela privada, assegura-se a todos o direito de ação, qual seja, o direito de dirigir-se ao Judiciário, provocando o exercício da jurisdição. Apresenta-se, assim, a ação (processual) como decorrência da proibição de ação privada, ainda que fundada no direito material (autotutela, exercício das próprias razões).

Ao direito de ação, abstratamente conferido a quem quer que se considere titular de um direito violado ou ameaçado, corresponde, do lado passivo, à possível sujeição ao processo de quem quer seja apontado, pelo demandante, como responsável pela ameaça ou violação.

A parte, talvez maliciosamente inserida no processo como réu, por simples vontade do autor, pode só por isso vir a sofrer prejuízos consideráveis, tanto de ordem moral quanto econômica. Dentre outros exemplos, podem-se apontar o da empresa, acionada por dívida já paga, e o do médico, processado por erro que não cometeu, expostos à execução pública durante todo o tempo de duração do processo.

O direito de ação é, às vezes, apenas direito ao processo, porque há condicionantes que precisam ser atendidas, como os pressupostos processuais, as condições da ação e a dilação probatória<sup>5</sup>.

O parágrafo único do artigo 295 do Código de Processo Civil autoriza o juiz a indeferir a inicial, quando o pedido for juridicamente impossível, no que acolheu a controvertida categoria das condições da ação, proposta por Liebman. Dessa doutrina, não se aproveitou o que dela se pudera extrair de útil, com a ampliação do conceito de impossibilidade jurídica, para autorizar-se a extinção do processo, até mesmo pelo indeferimento da inicial, nos casos de improcedência manifesta. Apenas com o artigo 285-A, introduzido pela Lei 11.277, de 2006, começou-se a caminhar nessa direção, autorizando-se o juiz a dispensar a citação e proferir sentença, com reprodução do teor da anteriormente prolatada, sendo a matéria unicamente de direito e havendo sido proferida sentença de total improcedência em casos idênticos.

## 2 O direito de ação e as restrições decorrentes do monopólio do *jus postulandi* outorgado aos advogados

Dentre os obstáculos legais opostos ao livre acesso ao Poder Judiciário, destaca-se o pressuposto processual subjetivo do *jus postulandi*, conferido, de regra, apenas aos advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil. Não se trata de restrição irrelevante, tanto que, na Alemanha, para o acesso ao Tribunal Constitucional,

<sup>5</sup> TAVARES, André Ramos. **Apontamentos acerca do princípio constitucional do acesso à justiça**. Boletim Científico, Escola superior do ministério público da união, Brasília, ESMPU, 2003, v. 2, n. 6, p. 9-36.

202 mediante o recurso constitucional, para a tutela de direitos fundamentais ou assemelhados, não se exige a atuação de um advogado, podendo o prejudicado pleitear sua proteção diretamente perante a Corte <sup>6</sup>.

Nos termos do artigo 133 da Constituição Federal, o advogado é indispensável à Administração da Justiça e o artigo 1º da Lei 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), estabelece que são privativas da advocacia, entre outras, a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais.

Contudo, em 6/10/1994, o Supremo Tribunal Federal concedeu medida cautelar, requerida pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), para, em interpretação conforme a Constituição, declarar, até final decisão, a ineficácia desse dispositivo, no que se refere aos Juizados de Pequenas Causas, à Justiça do Trabalho e à Justiça de Paz. (STF, Pleno, ADI-MC 1127/DF, rel. Min. Paulo Brossard, j. 6/10/1994). No essencial, essa decisão foi confirmada em 17/05/2006<sup>7</sup>, aguardando-se a publicação do acórdão.

Entrementes, na ADI 1539, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, negou o Supremo Tribunal Federal que, ao dispensar a assistência de advogado nos Juizados Especiais, a Lei 9.099/95 houvesse violado a Constituição <sup>8</sup>.

Da maior relevância é a tese recentemente apresentada por Fernando Lima e Antônio Vinícius, no sentido da inconstitucionalidade do monopólio do jus postulandi conferido aos advogados, não obstante o disposto no artigo 133 da Constituição Federal, por contrariedade ao Pacto de São José da Costa Rica. Explicam:

<sup>6</sup> MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 164.

<sup>7</sup> 17/05/2006 Julgamento do pleno - procedente em parte decisão: o tribunal, examinando os dispositivos impugnados na lei nº 8.906, De 4 de julho de 1994: a) por unanimidade, em relação ao inciso i do artigo 1º, julgou prejudicada a alegação de inconstitucionalidade relativamente à expressão “juizados especiais”, e, por maioria, quanto à expressão “qualquer”, julgou procedente a ação direta, vencidos os senhores ministros relator Carlos Britto;

<sup>8</sup> Ementa: ação direta de inconstitucionalidade. Acesso à justiça. Juizado especial. Presença do advogado. Imprescindibilidade relativa. Precedentes. Lei 9099/95. Observância dos preceitos constitucionais. Razoabilidade da norma. Ausência de advogado. Faculdade da parte. Causa de pequeno valor. Dispensa do advogado. Possibilidade. 1. Juizado Especial. Lei 9099/95, artigo 9º. Faculdade conferida à parte para demandar ou defender-se pessoalmente em juízo, sem assistência de advogado. Ofensa à Constituição Federal. Inexistência. Não é absoluta a assistência do profissional da advocacia em juízo, podendo a lei prever situações em que é prescindível a indicação de advogado, dados os princípios da oralidade e da informalidade adotados pela norma para tornar mais célere e menos oneroso o acesso à justiça. Precedentes. 2. Lei 9099/95. Fixação da competência dos juízos especiais civis tendo como parâmetro o valor dado à causa. Razoabilidade da lei, que possibilita o acesso do cidadão ao judiciário de forma simples, rápida e efetiva, sem maiores despesas e entraves burocráticos. Ação julgada improcedente. (STF, Pleno, ADI 1539/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 24/04/2003).

Há mais de vinte anos, também, a Constituição Federal dispõe (§ 2º do art. 5º) que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” A enumeração do art. 5º, do “catálogo” de direitos e garantias, é meramente exemplificativa. Não deveria excluir, portanto, o direito fundamental de postular perante o Judiciário, em defesa de direitos. A contratação de um advogado deveria ser opcional, como em qualquer país civilizado.

Somente agora, porém, em dezembro do ano passado, no julgamento do Habeas Corpus nº 87.585-TO, embora discutindo especificamente a questão da prisão civil por dívida, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por cinco votos a quatro, que os tratados de direitos humanos valem mais do que a lei ordinária. Os votos dissidentes entendiam que esses tratados têm nível constitucional.

O que estava sendo discutido era a questão da prisão civil por dívida, proibida pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, a não ser na hipótese do não pagamento de pensão alimentícia, mas acontece que esse Pacto, além de dispor a respeito da prisão civil por dívida, também garante a qualquer pessoa o “jus postulandi”, em relação a “qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

Portanto, ficou revogado, também, o art. 1º do Estatuto da OAB, acima referido, e todo jurisdicionado brasileiro deverá ter forçosamente reconhecido o seu direito de postular, pessoalmente, perante qualquer órgão do Poder Judiciário, de acordo com o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, (...).<sup>9</sup>

### 3 Restrições decorrentes da prévia submissão Comissão de Conciliação (art. 625-D, da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei 9.958/2000)

A Lei 9.958, de 12/01/2000, introduziu na Consolidação das Leis do Trabalho os artigos 625- D, F, G, com o seguinte teor:

Art. 625-D. Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria.

§ 1º A demanda será formulada por escrito ou reduzida a termo por qualquer dos membros da Comissão, sendo entregue cópia datada e assinada pelo membro aos interessados.

§ 2º Não prosperando a conciliação, será fornecida ao empregado e ao empregador declaração da tentativa conciliatória frustrada com a des-

<sup>9</sup> LIMA, Fernando Machado de Silva. **O Supremo Tribunal Federal e o “jus postulandi”**. A contratação do advogado é um direito, e não uma obrigação”, in <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12445>. Acesso em 17/03/2009.

crição de seu objeto, firmada pelos membros da Comissão, que deverá ser juntada à eventual reclamação trabalhista.

§ 3º Em caso de motivo relevante que impossibilite a observância do procedimento previsto no caput deste artigo, será a circunstância declarada na petição da ação intentada perante a Justiça do Trabalho.

§ 4º Caso exista, na mesma localidade e para a mesma categoria, Comissão de empresa e Comissão sindical, o interessado optará por uma delas submeter a sua demanda, sendo competente aquela que primeiro conhecer do pedido.

Art. 625-E. Aceita a conciliação, será lavrado termo assinado pelo empregado, pelo empregador ou seu proposto e pelos membros da Comissão, fornecendo-se cópia às partes.

Parágrafo único. O termo de conciliação é título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas.

Art. 625-F. As Comissões de Conciliação Prévia têm prazo de dez dias para a realização da sessão de tentativa de conciliação a partir da provocação do interessado.

Parágrafo único. Esgotado o prazo sem a realização da sessão, será fornecida, no último dia do prazo, a declaração a que se refere o § 2º do art. 625-D.

Art. 625-G. O prazo prescricional será suspenso a partir da provocação da Comissão de Conciliação Prévia, recomeçando a fluir, pelo que lhe resta, a partir da tentativa frustrada de conciliação ou do esgotamento do prazo previsto no art. 625-F.

Procurou-se obviar a previsível arguição de inconstitucionalidade da imposição de prévia apresentação da lide a uma Comissão de Conciliação, com a suspensão do prazo prescricional; fixação em dez dias do tempo máximo de espera; dispensa do requisito, em caso de motivo relevante declarado na petição inicial da reclamatória trabalhista.

A matéria encontra-se pendente de apreciação do Supremo Tribunal Federal, em decorrência da ADI/2139, proposta pelo Partido Comunista do Brasil, em 03/02/2000.

Afirmou-se, na inicial, que o legislador ordinário estabeleceu, no art. 625-D e em seus §§ 2º e 3º, nítida restrição ao direito público subjetivo dos cidadãos de submeter à apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito decorrente da relação de emprego. O cidadão é obrigado a submeter a lesão ou a ameaça a seus direitos trabalhistas a uma composição que, em muitos casos, sabe impossível ou inconveniente. Referiu-se decisão do Ministro Pertence, em caso análogo, no sentido de que negociação são tratativas, diálogos, em síntese, fato necessariamente bilateral e voluntário: se uma das partes se recusa liminarmente à busca do entendimento, não se poderia mesmo subordinar à impossível efetivação dela o acesso da outra à Justiça. Desse modo, tanto quanto a frustração das negociações realizadas, a recusa a entabulá-las não tem outra consequência, nos termos da Constituição, que

não seja a submissão da parte que se furta ao diálogo à composição heterônoma do conflito, por iniciativa da outra. Segue-se que a parte que a recusa não pode ser compelida à negociação. Referiu-se, também, lição da Prof.<sup>a</sup> Carmen Lúcia Antunes da Rocha, no sentido de que o direito à jurisdição é a primeira das garantias constitucionais dos direitos fundamentais, não sendo por acaso que os regimes políticos antidemocráticos iniciam suas artes e manhas políticas pela subtração ou pelo tolhimento do direito à jurisdição.

Na sessão plenária de 16/08/2007, registra a ata que

Após o voto-vista do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, que acompanhou a divergência iniciada pelo Senhor Ministro Marco Aurélio, para deferir parcialmente a cautelar, no que foi acompanhado pelos votos da Senhora Ministra Cármen Lúcia e pelos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Eros Grau, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie.

Permanece, entretanto, a controvérsia doutrinária e jurisprudencial.

Sustenta-se, de um lado, que a conciliação prévia não retira da Justiça do Trabalho a apreciação de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, mas apenas difere no tempo acionabilidade.

De outro lado, há importantes pronunciamentos de inconstitucionalidade, como o do Tribunal Regional da 2<sup>a</sup> Região, que editou a Súmula de n. 2:

PROCESSO. (RA n° 08/2002 – DJE 12/11/02, 19/11/2002, 10/12/2002 E 13/12/2002) – O comparecimento perante a Comissão de Conciliação Prévia é uma faculdade assegurada ao obreiro, objetivando a obtenção de um título executivo extrajudicial, conforme previsto pelo artigo 625-E, parágrafo único da CLT, mas não constituição condição da ação, nem tampouco pressuposto processual na reclamação trabalhista, diante do comando emergente do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Registram-se, porém, no Tribunal Superior do Trabalho, acórdãos decretando a extinção do processo, por recusa injustificada à prévia submissão da lide à Comissão de Conciliação<sup>10</sup>.

Parece-nos que as ressalvas constantes da lei, no sentido de apenas retardar, e pelo prazo máximo de 10 dias, o acesso à justiça, com a possibilidade, ainda, de dispensa do requisito, pelo juiz, por motivo que considere relevante, afastam a pretendida inconstitucionalidade, sobretudo admitindo-se que se leve em conta, para

<sup>10</sup> PASSOS, Marco Antônio Novaes. “A exigência da submissão à comissão de conciliação prévia nas ações trabalhistas em São Paulo”. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11183>. Acesso em 22/04/2009.



206 dispensá-lo, a natureza do direito reclamado (salários não pagos, por exemplo).

Mais do que uma declaração de inconstitucionalidade, impõe-se uma interpretação conforme a Constituição, mesmo porque necessário estímulo às vias alternativas de solução de litígios.

#### 4 Arbitragem e renúncia à jurisdição

A garantia de acesso à justiça não deve implicar fechamento às vias alternativas de solução de litígios, entre as quais se insere a arbitragem. Aí, a dúvida maior diz respeito à eficácia da cláusula compromissória, com nomeação de árbitro pelo juiz, numa revivescência da *legis actio per iudicis postulationem*.

A matéria foi amplamente discutida pelo Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, no Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7, Min. Sepúlveda Pertence, relator, j. em 12/12/2001. Prevaleceu a tese de que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves.

Observou o Ministro Moreira Alves tratar-se de problema delicado, por envolver a questão da renúncia de direito fundamental, em princípio irrenunciável por sua própria natureza.

Disse o relator, vencido, que a constitucionalidade do juízo arbitral deriva da renunciabilidade, no caso, do exercício do direito de ação – que é o reflexo subjetivo da garantia da prestação jurisdicional, insculpida hoje no art. 5º, XXXV, da Lei Fundamental – relativamente a uma pretensão material disponível. Mas, a renunciabilidade da ação – porque direito de caráter instrumental, não existe *in abstracto*: só se pode aferi-la em concreto, pois tem por pressuposto e é coextensiva, em cada caso, da disponibilidade do direito questionado, ou melhor, das pretensões materiais contrapostas, que substantivam a lide confiada pelas partes à decisão arbitral, seguindo-se que a manifestação de vontade da qual decorra a instiuição do juízo arbitral – onde exista a garantia constitucional da universalidade da jurisdição judicial e, pois, do direito de ação – não pode anteceder a efetiva atualidade da contravérsia a cujo deslinde pelo Poder Judiciário o acordo implica renunciar. Vale dizer que não se prescinde da concreta determinação de um litígio atual. A esse pressuposto de constitucionalidade do juízo arbitral atende o compromisso, mas não a cláusula arbitral.



Igualmente vencido, disse o Ministro Sydney Sanches que a renúncia à jurisdição estatal, em abstrato, ou seja, sem a definição ou indicação de lides determinadas ou determináveis, ainda que meramente possíveis e eventuais, não é tolerada pelo nosso ordenamento constitucional, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Foi acompanhado pelo Ministro Néri da Silveira, afirmando que a renúncia ao direito de ação há de ter presente a existência de pretensão atual de direito material a ser satisfeita, podendo, então, as partes optar por submetê-la, concretamente, a juízo arbitral que elejam e não ao Poder Judiciário. O que não pode admitir-se é o direito de ação ser renunciado, em abstrato, em face de litígios não conhecidos, embora vinculados a uma certa relação jurídica de direito material.

Prevaleceu, porém, a posição por primeiro sustentada, no julgamento pelo Ministro Nelson Jobim, salientando que a cláusula compromissória só pode ter por objeto os litígios que possam vir a surgir relativamente à relação jurídica instituída pelo contrato. Disse:

A Constituição proíbe que a lei exclua da apreciação do Poder judiciário lesão ou ameaça a direito. Ela não proíbe que as partes pactuem formas extrajudiciais de solução de seus conflitos, atuais ou futuros. Não há nenhuma vedação constitucional a que as partes, maiores e capazes, ajustem a submissão de conflitos, que possam decorrer de relações jurídicas decorrentes de contrato específico, ao sistema de arbitragem. Não há renúncia abstrata à jurisdição. Há isto sim convenção de arbitragem sobre litígios futuros e eventuais, circunscritos a específica relação contratual, rigorosamente determináveis. (...) Observo que a lei, quanto à solução arbitral de litígios futuros, só a admite quando decorrentes de relação contratual específica. Não é admitida cláusula compromissória pura ou autônoma ou absoluta. A lei não admite um pacto autônomo em que as partes se comprometam a submeter à arbitragem todos e quaisquer conflitos futuros, decorrentes de qualquer situação jurídica futura. A lei não permite renúncia absoluta da ação judicial. É necessário o contrato e a relação jurídica dele decorrente.

## 5 Ações coletivas e coisa julgada pró e contra

O Código do Consumidor (Lei 8.078/90) estabelece que, nas ações coletivas relativas a interesses ou direitos individuais homogêneos, a sentença produz coisa julgada *erga omnes*, apenas, porém, para beneficiar todas as vítimas e sucessores (arts. 103 e 81). Foi, à época, uma boa solução, porque a produção de coisa julgada contra os substituídos certamente seria havida como afrontosa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Melhor, porém, é o sistema das *class actions* americanas, em que, com algumas

208 ressalvas, a coisa julgada atinge todos os integrantes da categoria, tanto no caso de acolhimento como no de rejeição do pedido.

É o tratamento que se impõe para as ações de massa, em que a solução deve ser igual para todos, como o exige o princípio da isonomia.

Nessa linha de pensamento, Vanessa Casarin Schütz sustenta que a sentença proferida em ação coletiva, em prol de servidores públicos, deve prevalecer sobre a sentença transitada em julgado que haja rejeitado o pedido de algum servidor, em ação individual.

... a preponderância da decisão de procedência proferida na ação coletiva, estendendo o direito nela reconhecido também aos servidores públicos estatutários que anteriormente obtiveram decisão de improcedência em suas ações individuais alcança a equiparação e o tratamento igualitário que tal direito exige<sup>11</sup>.

Na verdade, o princípio da isonomia impõe a prevalência da decisão proferida, em ação coletiva não apenas quando favorece, mas também quando prejudica a classe inteira, com o afastamento da algo esdrúxula, “coisa julgada *secundum eventum litis*”.

Seria inconstitucional norma que assim dispusesse? Sim, certamente, seria a resposta fundada na tradição de nosso Direito. Todavia, as necessidades do tempo presente exigem uma releitura do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, em consonância com o princípio constitucional da isonomia. O tratamento igual de situações iguais constitui inafastável princípio de justiça. O exame conjunto de lesão ou ameaça a direitos individuais, em ação coletiva proposta por um substituto processual, não implica negativa de apreciação pelo Poder Judiciário. Afasta-se, apenas, o extremado individualismo que marcava o Direito anterior. Essa eficácia, independentemente de participação direta no processo, já ocorre, aliás, nas ações diretas de inconstitucionalidade, declaratórias de constitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

## Referências Bibliográficas

AISENBERG, Victor. “As ações coletivas à luz do acesso à justiça e da legitimidade”. **De Jure**: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: n. 8, jan 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Graice Northfleet. Porto Alegre: SaFe, 1988. Título original: Access to Justice: the worldwide movement to

<sup>11</sup> SCHUTZ, Vanessa Casarin. **O princípio da isonomia e o conflito entre sentenças coletivas e individuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 127.

make rights effective.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública - uma nova sistematização da teoria geral do processo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrine; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2004.

GAULIA, Cristina Tereza. **Juizados Especiais Cíveis: o espaço do cidadão no poder judiciário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005..

GONÇALVES, Viviane Saud Sallum. Formas de garantir o acesso à justiça e sua efetividade. **Revista Jurídica UNIJUS**. Uberaba, v. 11, n. 14, p. 231-250, maio, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 8. ed. São Paulo: Método, 2005.

LUZ, Rolando da; ALMEIDA, Dulce Calmon de Bittencourt Pinto de. Efetividade do processo: um elemento valorativo do princípio de acesso à justiça. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 393, p. 499-511, set. 2007.

MADRID, Daniela Martins. Assistência judiciária: ausência de efetividade ao acesso à justiça. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**, Ribeirão Preto, v. 9, n. 103, jul. 2008, p. 54-62.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Lições de direitos fundamentais no processo civil – O conteúdo processual da Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHUTZ, Vanessa Casarin. **O princípio da isonomia e o conflito entre sentenças coletivas e individuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAVARES, André Ramos. Apontamentos acerca do princípio constitucional do acesso à justiça. **Boletim Científico**. Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, ESMPU, 2003, v. 2, n. 6, p. 9-36.

WATANABE, Kazuo. Finalidade maior dos Juizados Especiais Cíveis. **Revista Cidadania e Justiça** (publicação AMB), ano III, n. 7, 2. Semestre 1999, p. 32 e seguintes.