

Recursos especiales repetitivos (Ley 11.672/2008) y acciones colectivas en Brasil.

Repetitive appeals to the Superior Court of Justice (Law 11672/2008) and class actions in Brazil.

Luiz Rodrigues Wambier

*Profesor de Derecho Procesal.
Universidade de Ribeirão Preto.
Universidade Paranaense.
Pontificia Universidade Católica de São Paulo.
Miembro de Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.*

Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos

*Profesora de Derecho Procesal.
Universidade de Ribeirão Preto.
Pontificia Universidade Católica de São Paulo.
Pontificia Universidade Católica do Paraná.*

Resumen

El estudio está centrado en el tema de los recursos especiales repetitivos, tratado en el art. 543-C del Código de Proceso Civil, introducido por la Ley 11.672, de 08.05.2008. Más precisamente, sobre la extensión y el alcance de esas nuevas reglas en los procesos que incluyen los derechos trans-individuales. En el texto se presenta la nueva disciplina legal y se analiza, también bajo el enfoque de la Resolución 8 del Superior Tribunal de Justicia (que establece los procedimientos para procesar y juzgar los recursos especiales repetitivos), en qué medida ocurre su interferencia en el proceso de los recursos especiales interpuestos ante autos proferidos en juicios de acciones colectivas. Se definen los derechos que se pueden introducir en acciones colectivas, los principales problemas que circundan las acciones de esa naturaleza (legitimidad,

competencia, presencia de litispendencia o conexión, y extensión territorial de los efectos de sus decisiones) y se analiza, especialmente, la elección de los recursos especiales representativos de la controversia.

Abstract

The study is concerned with the repetitive special appeals, according to Art. 543-C of the Civil Procedural Code, introduced by Act 11.672 as of 8th of May, 2008. More precisely, it is about the extension and scope of these new rules in proceedings where collective rights are discussed. The texts present a new legal discipline and, also under Resolution 8 of the Supreme Court of Justice (that determines the steps for the preparation and trial of the repetitive special appeals), they analyze the extension of its interference in the preparation of special appeals brought by judgments in collective actions. It defines the rights that can be presented in these actions, the main problems concerning the reasons of the actions (legitimacy, competence, event of lis pendens and territorial connection or extension of the decisions' effects) and specially analyzes the special appeals' choice representing the legal action involved.

Sumario

- I. Introducción.
- II. La disciplina del nuevo artículo 543-C del Código de Proceso Civil.
- III. La reglamentación, por el Superior Tribunal de Justicia, del procedimiento para proceso y juicio.
- IV. La elección de los recursos representativos de la controversia en el ámbito de los procesos colectivos.
- V. La aplicabilidad de la disciplina instituida por la Ley 11.672/2008 a las acciones colectivas.
- VI. Conclusión.
- VII. Bibliografía.

Palabras Clave

Recursos especiales repetitivos, Reglamentación, Disciplina en el Superior Tribunal de Justicia, Elección, Procesos colectivos.

Keywords.

Repetitive special appeals, Regulation, Resolution of the Supreme Court of Justice, Choice, Collective actions.

I. INTRODUCCIÓN.

El presente estudio versa sobre los recursos especiales repetitivos, en la disciplina del art. 543-C del Código de Proceso Civil, introducido por la Ley 11.672, de 8 de mayo de 2008¹. Más precisamente, sobre la extensión y el alcance de esas nuevas reglas y de la respectiva reglamentación (Resolución n° 8 del Superior Tribunal de Justicia) en los procesos que involucran los llamados derechos transindividuales, que ni la ley ni la resolución tratan expresamente.

El art. 543-C disciplina el procesamiento de los recursos de competencia del Superior Tribunal de Justicia fundamentados en idénticas cuestiones de derecho.

II. LA DISCIPLINA DEL NUEVO ARTÍCULO 543-C DEL CÓDIGO DE PROCESO CIVIL.

El § 1° de ese nuevo dispositivo del dispone acerca de la competencia del Presidente del Tribunal de interposición para admitir uno o más recursos que representen la controversia, que serán encaminados al Superior Tribunal de Justicia, quedando suspendidos los demás recursos hasta que este Tribunal emita pronunciamiento definitivo sobre la respectiva cuestión de derecho. Así, de haber múltiples recursos acerca de la misma cuestión de derecho, deben ser seleccionados uno o más de esos recursos, los que mejor expongan la cuestión debatida, para ser juzgados primero por el Superior Tribunal de Justicia. Esa decisión podrá, después, ser aplicada a los recursos cuyo procesamiento esté suspendido por fuerza de la aplicación de la ley. La intención del legislador evidentemente fue la de acelerar el trámite de recursos repetitivos dirigidos al Superior Tribunal de Justicia, teniendo como objetivo, el efecto secundario de disminuir el volumen de los recursos encaminados a dicho Tribunal.

La primera gran cuestión sobre la que reflexionamos concierne a la identificación de cuestiones sustancialmente idénticas. Puede ocurrir que se dé la suspensión indebida de recurso que no trate exactamente de la misma cuestión de derecho. En que, pese a esa posibilidad concreta, y a su potencialidad para causar daño a la parte, no prevé la ley cualquier mecanismo procesal de impugnación a las decisiones de los presidentes de los tribunales de origen. Del mismo modo, hay omisión en la Resolución n° 8 del Superior Tribunal de Justicia, del 7 de agosto de 2008², que trata de los procedimientos relativos al procesamiento y juicio de recursos especiales repetitivos.

¹ La Ley 11.672 del 8 de mayo de 2008, entró en vigor el 8 de agosto de 2008 (90 días tras su publicación), y el procedimiento en ella previsto se aplica a los recursos ya interpuestos por ocasión de su entrada en vigor (art. 2°).

² La Resolución n°8 del 7 de agosto de 2008, entró en vigor el 8 de agosto de 2008, revocando la Resolución n° 7, del 14 de julio de 2008, que también establecía procedimientos relativos al procesamiento y juicio de recursos especiales repetitivos, y entraría en vigor también el 8 de agosto de 2008.

Habiendo omisión en la Ley 11.672/2008, se está ante una situación análoga a la de las decisiones que aplican el régimen de retención a los recursos especial y extraordinario, previsto en el art. 542, § 3º, del Código de Proceso Civil. Así, es razonable que para la hipótesis se adopten las mismas soluciones para obtener el procesamiento inmediato de esos recursos, que oscilan en la doctrina y en la jurisprudencia entre una simple petición, acción cautelar y agravio de instrumento al Superior Tribunal de Justicia. Evidentemente, la aplicación indebida del régimen de retención sería tan lesiva cuanto negar el seguimiento a los recursos.

No es sin propósito mencionar que, también con relación a la situación de la suspensión indebida de los recursos dirigidos al Superior Tribunal de Justicia, podría incidir el principio de la fungibilidad sobre los mecanismos de impugnación a las decisiones de los presidentes de los tribunales de origen, aplicable en los casos de retención indebida de los recursos especial y extraordinario³.

Dispone el § 2º del art. 543-C que, si el presidente del Tribunal de origen deja de cumplir lo previsto en el § 1º, el Ministro relator podrá determinar que los recursos repetitivos queden suspendidos, en el segundo grado de jurisdicción, al constatar que ya hay jurisprudencia dominante sobre tal cuestión de derecho, o que dicha cuestión ya está fue llevada al colegiado, o sea, que ya hay, en la Sección o en la Corte Especial, recurso especial seleccionado para juicio⁴. El relator podrá solicitar informaciones a los tribunales locales, a respecto de la controversia, que deberán ser prestadas en un plazo de quince días (art. 543-C, § 3º).

Aún entre las atribuciones del Ministro relator, está la de admitir - respetados los términos del Reglamento Interno del Superior Tribunal de Justicia - la manifestación de terceros (personas, órganos o entidades) con interés en la controversia (art. 543-C, § 4º), así como la de abrir vista al Ministerio Público, durante el plazo de quince días (art. 543-C, § 5º).

³ "(...) deben ser considerados por los Tribunales, como adecuados para promover el inmediato procesamiento de los recursos especial y extraordinario interpuestos contra auto proferido en agravio de instrumento, tanto la acción cautelar (se recomienda, ante la urgencia de la medida pleiteada, que se admita el procesamiento de la acción tanto en el Juicio a quo cuanto en el órgano ad quem) cuanto el recurso de agravio, una simple petición o incluso el mandato de seguridad, pues entre el cabimiento de esos medios el entendimiento de los Tribunales Superiores ha oscilado, a lo largo del tiempo.". VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. Principio de la fungibilidad – hipótesis de incidencia en el proceso civil brasileiro contemporáneo - *Princípio da fungibilidade – hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo*. São Paulo: RT, 2007, p. 243.

⁴ Con relación a la selección del recurso especial, en el Superior Tribunal de Justicia, la Resolución nº 8, de 07.08.2008, en el art. 2º, §§ 1º y 2º, así dispuso: "Art. 2º (...) § 1º - A criterio del Relator, podrán ser sometidos al juicio de la Sección o de la Corte Especial, en la forma de este artículo, recursos especiales ya distribuidos que sean representativos de cuestión jurídica objeto de recursos repetitivos. § 2º - La decisión del Relator será comunicada a los demás Ministros y al Presidente de los Tribunales de Justicia y de los Tribunales Regionales Federales, según el caso, para suspender los recursos que versen acerca de la misma controversia."

En el Superior Tribunal de Justicia, el juicio de los recursos seleccionados tendrá preferencia sobre los demás, con reservas a los que involucren reo preso y pedidos de habeas corpus (art. 543-C, § 6º). Y, juzgado el recurso elegido, surgen dos hipótesis, a tenor de lo que dispone la ley, para los recursos cuyo trámite haya quedado suspendido: 1ª) negativa de seguimiento si el auto recurrido coincide con la decisión del Superior Tribunal de Justicia (art. 543-C, § 7º, I); o, 2ª) nuevo examen, por el tribunal local, si el auto recurrido difiere de la decisión del STJ (art. 543-C, § 7º, II). En la segunda hipótesis, si el auto divergente fuera mantenido por el tribunal local, se hará el examen de admisibilidad del recurso especial para, en caso positivo, remitirlo al Superior Tribunal de Justicia (art. 543-C, § 8º).

Pese al silencio de la ley en lo concerniente a la recurribilidad de las decisiones tomadas con base en el art. 543-C, § 7º, nos parece que, en la situación del inciso I, es decir, negativa de seguimiento al recurso que estaba suspendido, no se podrá negar el acceso a la vía de recurso, cabiendo la interposición de agravio de instrumento al Superior Tribunal de Justicia (Código de Proceso Civil, art. 544).⁵ Incluso porque, es posible que se trate de hipótesis en que no haya identidad entre la cuestión vehiculada en el recurso bloqueado y la que se juzgó en el recurso elegido.

En la situación del inciso II del § 7º del art. 543-C, se verifica situación idéntica a la de las hipótesis legales de juicio de retractación, el tribunal local tiene permiso para rever su posición ante la orientación consolidada en el Superior Tribunal de Justicia. La Resolución nº 8, anteriormente referida, dispone, en su art. 5º, inciso III, que después de juzgados los recursos especiales seleccionados, los demás recursos, fundados en idéntica controversia, si bloqueados en el origen, “tendrán seguimiento en la forma prevista en los párrafos séptimo y octavo del artículo 543-C del Código de Proceso Civil”. Prevé de forma indirecta, por lo tanto, el juicio de retractación por el tribunal local, pero no lo regula expresamente. La Resolución nº 7, por ella revocada, dejaba clara la posibilidad de retractación al disponer que cabía al órgano juzgador competente en el tribunal de origen “reconsiderar la decisión para ajustarla a la orientación firmada en el auto paradigma”, y afirmaba “no corresponder interposición de otro recurso especial contra el nuevo juicio” (art. 10, inciso II).

Se nota que, ante la retractación, el Superior Tribunal de Justicia, en un primer momento - con la Resolución nº 7 - había obstado la posibilidad de que la parte recurrida interpusiera recurso especial ante la nueva decisión. Tal vez viendo que esa no sería la mejor solución, al editar la Resolución nº 8, que revoca la anterior, no repitió ese óbice. En verdad, nada dispuso acerca de ello. Según nuestro entender, no podrá ser negado a la parte recurrida, en razón de la inversión de su situación procesal, el derecho de interponer nuevo recurso especial, en que se podrá

⁵ En ese sentido: TALAMINI, Eduardo. Juicio de recursos en el STJ “por muestreo” - Ley nº 11.672/2008. *Julgamento de recursos no STJ “por amostragem” - Migalhas nº 1898*, artículo publicado el 15.05.2008.

alegar, incluso, que la cuestión debatida no es idéntica a la que se decidió en el recurso elegido para juicio.⁶

III. LA REGLAMENTACIÓN, POR EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, DEL PROCEDIMIENTO PARA EL PROCESAMIENTO DE LOS RECURSOS ESPECIALES REPETITIVOS.

La Ley 11.672/2008 previó, en el art. 2º, la reglamentación de los procedimientos en ella previstos, por los tribunales de segundo grado y por el propio Superior Tribunal de Justicia. En el ámbito del Superior Tribunal de Justicia, se editó en primer lugar la Resolución nº 7, del 14 de julio de 2008, que establecía procedimientos relativos al procesamiento y juicio de recursos especiales repetitivos, y entraría en vigor el 8 de agosto de 2008. El 7 de agosto de 2008, con la misma finalidad y revocando la Resolución anterior, se editó la Resolución nº 8, que entró en vigor el 8 de agosto de 2008.

Esas Resoluciones tenían por objetivo regular lo que serían los recursos “representativos de la controversia” (Código de Proceso Civil, art. 543-C, § 1º), que merecerían encaminamiento inmediato al Superior Tribunal de Justicia.

En el art. 1º, § 1º, la Resolución nº 8 (repetiendo la disposición de la Resolución nº 7) así establece: “serán seleccionados por lo menos un proceso de cada Relator y, entre ellos, los que contengan mayor diversidad de fundamentos en el auto y de argumentos en el recurso especial” (subrayamos). En el § 2º del mismo artículo, se aclara que se llevará en consideración apenas la “cuestión central discutida”⁷.

Así, objetivamente, la Resolución establece los criterios de elección en la Presidencia de los tribunales locales. Era realmente esperado que se dijera que los recursos seleccionados deberían contener el mayor número de fundamentos, para propiciar la más plena comprensión de la cuestión de derecho en ellos versada.

De ese modo, deben ser seleccionados los recursos que retraten mejor la cuestión discutida, independientemente de que las decisiones recurridas sean en uno u otro sentido. Si hubiera autos en sentidos opuestos, deben ser seleccionados recursos representativos en cada uno de los sentidos, puesto que la simple existencia de decisiones antagónicas en el ámbito de los tribunales locales ya traduce la diversidad de fundamentos que justifican el análisis y juicio del Superior Tribunal de Justicia. Lo que se espera de los Tribunales es que sean enviados al

⁶ En ese sentido, en artículo publicado antes de la edición de las Resoluciones 7 y 8, del Superior Tribunal de Justicia: TALAMINI, Eduardo. Juicio de recursos en el STJ “por muestreo” - Ley nº 11.672/2008. *Julgamento de recursos no STJ “por amostragem” Migalhas nº 1898*, publ. en 15.05.2008.

⁷ La Resolución nº 7 revocada disponía que debería ser tenida en cuenta apenas la “cuestión central de mérito” (remarcamos).

Superior Tribunal de Justicia los recursos que permitan, de la forma más amplia posible, el conocimiento completo de la controversia habida en las instancias ordinarias.

Quede registrado que la Resolución n° 7, del Superior Tribunal de Justicia - distinto de la Resolución n° 8, que la revocó - extendía la suspensión a los demás recursos y, también, a los procesos en curso en el primer grado de jurisdicción. En su art. 1º, § 3º, la Resolución preveía que el presidente del tribunal, “en decisión irrecurrible” (art. 1º, § 1º), podría extender la suspensión a los demás recursos, “juzgados o no, incluso antes de la distribución”. Y, en el § 4º del mismo artículo, disponía que, determinada tal suspensión, ésta alcanzaría “los procesos en curso en el primer grado de jurisdicción que presentasen igual materia controvertida, independientemente de la fase procesal en que se hallasen”. Aunque en el § 4º no se haya hecho mención expresa a la no posibilidad de recurrir de la decisión, la referencia al párrafo anterior llevaba a creer que se estaría, también aquí, ante un acto irrecurrible.

La Resolución n° 8, en vigor, felizmente no reprodujo esas reglas, que ciertamente generarían mucha polémica, especialmente en lo referente a la irrecurribilidad de las decisiones. Es inequívoco que la suspensión de los demás recursos, alcanzando a aquellos que siquiera fueron distribuidos y, también, los procesos que tramitan en el primer grado, podría causar a la parte lesión grave y de difícil reparación. Hay que pensar, por ejemplo, en casos en que deban ser deferidas medidas de urgencia, no siendo posible aguardar el juicio del recurso especial elegido, aunque esto se dé respetándose el principio constitucional de la duración razonable del proceso (Constitución Federal, art. 5º, LXXXVIII). La tutela de urgencia, incluso la anticipación de la tutela de recurso, debe ser concedida inmediatamente, bajo pena de que se viole otra garantía constitucional: la de no alejamiento del control de la jurisdicción (Constitución Federal, art. 5º, XXXV).

Entonces, en buena hora el Superior Tribunal de Justicia alteró la regla, antes presente en la Resolución n° 7, que permitía que se ampliase la suspensión al punto máximo de alcanzar los recursos aún no distribuidos y los procesos que tramitan en el primer grado de jurisdicción. De todos modos, aunque así no fuese (es decir, aunque la Resolución n° 7 no hubiese sido revocada), ante la hipótesis de que se amplíe - indebidamente - la suspensión, no podría el Superior Tribunal de Justicia, por sed de Resolución, obstar la vía recursal. Se estaría, aquí, ante otra situación en que, al no prever mecanismo procesal de impugnación, la parte podría hacer uso del mandato de seguridad.

Siguiendo la misma orientación de ideas, es oportuno registrar que, de cierta forma complementando la disposición que suspendía los procesos en el primer grado de jurisdicción, la - revocada - Resolución n° 7 preveía, en su art. 12, que los procesos suspendidos serían decididos “de acuerdo con la orientación firmada por el Superior Tribunal de Justicia, incidiendo, cuando pertinente, lo dispuesto en los artículos 285-A y 518, § 1º, del Código de Proceso Civil”. En los términos de esta disposición, el Superior Tribunal de Justicia confería verdadero ‘efecto

vinculante' a las decisiones tomadas en los recursos especiales seleccionados. La Resolución nº 8, en vigor, nada dispone a ese respecto.

Para nosotros fue acertada la supresión de esa regla en la nueva reglamentación. La vinculación de los jueces de primer grado es ilegítima, pues en el tenor de la regla constitucional, sólo el Supremo Tribunal Federal puede editar sùmulas vinculantes. Aunque sin la fuerza de la sùmula vinculante del Supremo Tribunal Federal, sería legítima la disposición revocada, si el Superior Tribunal de Justicia, inmediatamente tras el juicio, editase sùmula de la jurisprudencia dominante en esa Corte. Solamente así sería justificable - aunque no obligatoria - la aplicación, por los jueces de primer grado, de las reglas mencionadas, en especial la del art. 518, § 1º, que condiciona el no recibimiento del recurso de apelación a que la circunstancia de la sentencia apelada esté en conformidad con sùmula de los Tribunales Superiores.

De todos los aspectos que trata esa última alteración del Código de Proceso Civil, entendemos que lo más significativo es lo relativo a la elección de los recursos representativos de la controversia. Pasemos, entonces, a reflexionar sobre esa elección en los casos de recurso especial interpuesto contra auto proferido en acción colectiva para, a continuación, apuntar cuál debe ser, según nuestro punto de vista, el alcance de las nuevas reglas en estos procesos.

IV. LA ELECCIÓN DE LOS RECURSOS REPRESENTATIVOS DE LA CONTROVERSIA EN EL ÁMBITO DE LOS PROCESOS COLECTIVOS.

Los derechos colectivos lato sensu, como ya discurrió uno de los autores de este texto⁸, se sitúan en un campo de los derechos que pertenecen a todos, pero que no son públicos, en el sentido tradicional de ese vocablo. Son, en cambio, transindividuales o metaindividuales, derivados de la masificación de la vida en sociedad y del surgimiento de nuevas 'modalidades' de conflictos, ante los cuales el sistema procesal centrado en la iniciativa exclusiva del titular del derecho subjetivo no tiene como proveer respuestas eficaces.⁹ Esos derechos, que se desdoblán en derechos difusos, derechos colectivos stricto sensu y derechos individuales homogéneos, podrán generar idénticas cuestiones de derecho.

Cuanto a los derechos difusos, puede suceder que los entes legitimados provoquen al Judicial para solucionar cuestiones que afectan a toda la sociedad, haciéndolo de forma fraccionada, en diferentes ciudades del mismo Estado de la Federación, por ejemplo. Salvo eventuales peculiaridades regionales, que justificarían la proposición de diferentes acciones colectivas en un

⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Sentencia civil: liquidación y cumplimiento - *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. São Paulo: RT, 2006, p. 293 y siguientes.

⁹ Cf.: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Defensa del consumidor - reflexiones acerca de la eventual concomitancia de acciones colectivas e individuales - *Defesa do consumidor - reflexões sobre a eventual concomitância de ações coletivas e individuais*. RT, v. 676, p. 38.

mismo Estado de la Federación, es forzoso reconocer que la cuestión de derecho versada en cada una de ellas puede ser idéntica.

Lo mismo ocurre con los derechos colectivos en sentido estricto. Es posible que sean ajuiciadas varias acciones colectivas sobre la misma cuestión jurídica, en la defensa de derechos cuya titularidad pertenezca a grupo, categoría o clase de personas unidas por una relación jurídica de base.

No es distinta la situación en materia de derechos individuales homogéneos. De modo más evidente, según nuestra apreciación, está la posibilidad de que varias acciones colectivas sean ajuiciadas para la tutela de derechos que, en los términos de la ley, tienen origen común. Al fin y al cabo, son derechos que admiten tratamiento colectivo - desde que sea inequívoca su homogeneidad -, pero podrían ser tutelados a través del proceso civil individual, puesto que se tratan de los mismos derechos subjetivos individuales.

El tratamiento colectivo no elimina, por lo tanto, la posibilidad de que varios legitimados ingresen en juicio - en comarcas distintas - para que vehiculen idénticas cuestiones de derecho, respetadas las reglas de competencia y los límites territoriales de los efectos de las decisiones proferidas en las distintas demandas¹⁰.

Siendo así, ante la posibilidad de que haya 'acciones colectivas repetitivas', nos cabe enfrentar la cuestión de la aplicabilidad de la disciplina legal instituida por la Ley 11.672/2008, a los procesos que versan sobre los derechos colectivos lato sensu.

V. LA APLICABILIDAD DE LA DISCIPLINA INSTITUIDA POR LA LEY 11.672/2008 A LAS ACCIONES COLECTIVAS.

En primer lugar, se indaga si deberían los recursos especiales interpuestos ante autos proferidos en acciones colectivas, ser, solamente por tal circunstancia, seleccionados para juicio por el Superior Tribunal de Justicia. La respuesta, para nosotros, es negativa. La situación de la que

¹⁰ El art. 16 de la Ley 7.347/1985, en la redacción que presenta la Ley 9494/1997, establece que: "*la sentencia civil hará cosa juzgada erga omnes, en los límites de la competencia territorial del órgano promulgador, excepto si el pedido fuera juzgado improcedente por insuficiencia de pruebas, hipótesis en que cualquier legitimado podrá intentar otra acción con idéntico fundamento, valiéndose de nueva prueba*" (subrayamos). El examen de la letra del referido dispositivo legal, permite que se extraiga solamente una interpretación posible: proferida una decisión judicial en acción civil pública, esta solamente producirá efectos en la 'comarca' de competencia del juicio. Dicha norma reduce significativamente la amplitud de lo dispuesto en el art. 103 del Código de Defensa del Consumidor (CDC), que no establece limitación territorial al alcance de la decisión judicial, que producirá efectos *erga omnes* o *ultra partes*, según el caso. De modo que, considerando que las dos leyes nombradas forman un micro-sistema destinado a regular las acciones colectivas (según establecen el art. 21 de la Ley 7.347/1985 y el art. 90 del CDC), pensamos que el mencionado art. 16, por haber sido alterado en época más reciente, restringió también lo dispuesto en el art. 103 de la Ley 8.078/1990 (Código de Defensa del Consumidor).

aquí se trata es diferente de la regulada en el art. 543-B, del Código de Proceso Civil, que dispone sobre el requisito de la repercusión general de la cuestión constitucional, en los recursos extraordinarios. Respecto a la repercusión general, uno de los autores¹¹ de este texto ya defendió que ese requisito debe ser presupuesto en las acciones colectivas, por el simple hecho de que sean colectivas. Los recursos especiales, en cambio, no deberán ser seleccionados simplemente porque estén contenidos en demandas de naturaleza colectiva, sino, tan sólo, cuando sean realmente “representativos de la controversia”, en los términos de la nueva ley.

Hay que tener en cuenta los mismos criterios de elección concebidos por el legislador (recursos representativos de la controversia - art. 543-C, § 1º) y por el propio Superior Tribunal de Justicia, en la Resolución nº 8. Hay que recordar que esa Resolución, en su art. 1º, § 1º, estableció como criterios la “mayor diversidad de fundamentos en el auto y de argumentos en el recurso especial”. Así, incluso tratándose de acciones colectivas, los recursos seleccionados deberán contener el mayor número de fundamentos para, como dijimos anteriormente, propiciar la más plena comprensión de la cuestión de derecho en ellos versada.

Pensamos, sin embargo, en la hipótesis de, a respecto de la misma cuestión de derecho, haber un gran número de acciones individuales y colectivas versando sobre idéntica cuestión de derecho. En esa hipótesis, aunque sea elegido por el tribunal local - o afectado por el Superior Tribunal de Justicia - un recurso de acción individual, también debe ser seleccionado recurso interpuesto en acción colectiva, porque seguramente contendrá fundamentos que podrán enriquecer la discusión, sobretodo con relación a la naturaleza del derecho en examen.

También nos preocupa la regla del § 2º del art. 1º, de la Resolución nº 8, en que se aclara que se tomará en cuenta apenas la “cuestión central discutida, siempre que el examen pueda perjudicar el análisis de otras cuestiones argüidas en el mismo recurso”. Es que, en las acciones colectivas hay muchas cuestiones procesales relevantes, a punto de que ellas mismas justifiquen la remesa del recurso especial para juicio. Es el caso de la legitimación procesal, de la existencia de litispendencia o conexión entre las demandas idénticas, o, aún, de la restricción o no de los límites territoriales de la cosa juzgada que se operó.

La solución para esa cuestión parece estar en el propio dispositivo anteriormente transcrito. Contrario sensu, no se debe llevar en consideración apenas la cuestión central discutida, si el examen de ésta no perjudica el análisis de otras cuestiones argüidas en el mismo recurso. Así siendo, se debe tener en cuenta, para la elección del recurso especial a ser encaminado al Superior Tribunal de Justicia, si de acciones colectivas se trata, los argumentos y fundamentos relativos a las cuestiones procesales (incluso porque la cuestión central discutida podrá ser de naturaleza procesal, como, por ejemplo, la que concierne a la legitimidad del proponente de la

¹¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Breves comentarios a la nueva sistemática procesal civil - *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, v. 3. São Paulo: RT, 2007, p. 246.

acción colectiva) que estén presentes concomitantemente con la cuestión central discutida (si, repítase, la cuestión central no sea de naturaleza procesal), pues son invariablemente relevantes, como lo dijimos hace poco.

Esa es la razón por la cual entendemos que la suspensión de recursos interpuestos en acciones individuales no deberá afectar automáticamente todas las acciones colectivas que traten de la misma cuestión de derecho. En nuestro entender, deberá haber la elección o la afectación de recursos especiales, teniéndose en cuenta las peculiaridades de las cuestiones en ellos versadas.

Entendemos, también, que se debe considerar, para la selección de los recursos especiales que serán encaminados al Superior Tribunal de Justicia, otro factor relevante: la calidad del ente legitimado que lo interpuso. El Presidente del Tribunal debe considerar el requisito de la 'pertinencia temática'¹², por el cual deben ser observadas condiciones para la actuación de algunas entidades y órganos legitimados (asociaciones, autarquías, empresas públicas, fundaciones y sociedades de economía mixta y entidades de la administración pública directa o indirecta). Ocurre que, en la práctica, no se verifica siempre la observancia de esas condiciones - muchas veces el propio Judicial desconsidera el requisito de la pertinencia temática - habiendo un elevado número de acciones colectivas ajuiciadas por asociaciones en la defensa de intereses totalmente distintos de sus finalidades institucionales. Es el caso, por ejemplo, de asociaciones constituidas para la defensa de intereses de amas de casa, de jubilados, e incluso de consumidores a ellas asociados, que ingresan en juicio ante instituciones financieras para defender supuestos intereses de inversores en cajas de ahorro.

Aunque, objetivamente, haya la misma 'cantidad de fundamentos' en todos los recursos, no tendría sentido seleccionar el que ha sido interpuesto por una asociación - por ejemplo - cuyos fines institucionales no tienen cualquier relación con el objeto tutelado. Ciertamente, se espera del ente legitimado cuyos fines institucionales incluyan la propia defensa de los intereses y

¹² Para la actuación de los legitimados, en los procesos colectivos, la propia legislación estableció condiciones. En el art. 5º de la Ley 7.347/85 se exige, para la actuación de las autarquías, empresas públicas, fundaciones y sociedades de economía, así como de las asociaciones, que entre sus finalidades institucionales esté incluida "la protección al medio ambiente, al consumidor, a la orden económica, a la libre competencia, o al patrimonio artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico" (inciso II). También el art. 82 del Código de Defensa del Consumidor estableció como condición para la legitimidad de las entidades y órganos de la administración pública directa o indirecta, que estén esos entes "destinados a la defensa de los intereses y derechos protegidos por este Código" (inciso III). Y, para las asociaciones, que incluyan entre sus fines institucionales la defensa de los intereses y derechos protegidos por el Código de Defensa del Consumidor (inciso IV). Se trata, por lo tanto, de la 'pertinencia temática'. Para LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR hay dos clases de legitimados para la defensa de los derechos colectivos *lato sensu*: la de los "legitimados 'amplios', que no se someten al requisito de la pertinencia temática - Ministerio Público y entes de Derecho Público"; y la de los "legitimados 'restringidos' que, ordinariamente, hayan sido creados con miras a la defensa de tales intereses o que su actuación tenga un mínimo de correlación con el objeto tutelado" (Curso de Derecho Procesal Civil Colectivo, *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*, 2ª ed. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 161).

derechos tutelados en la acción colectiva, que tengan mejores condiciones de desarrollar los fundamentos a ser analizados por el Tribunal Superior.

Esa cuestión nos lleva a reflexionar sobre otra previsión de la nueva ley, en el sentido de que el Ministro relator, “considerando la relevancia de la materia, podrá admitir manifestación de personas, órganos o entidades con interés en la controversia” (art. 543-C, § 4º). En los términos de la Resolución nº 8 del Superior Tribunal de Justicia, esa manifestación deberá ser escrita y prestada en el plazo de quince días (art. 3º, inciso I).

Las nuevas reglas aseguran, de esa manera, la intervención del *amicus curiae*, a ejemplo de lo previsto en el § 6º del art. 543-A (que admite la manifestación de terceros, limitada al análisis de la repercusión general).

Pero, una vez que la ley no estableció – ni siquiera la Resolución - requisitos objetivos para la participación del tercero, pensamos que podrán intervenir aquellos que demuestren ser parte en los procesos cuyos recursos quedaron suspendidos, pues podrán contribuir con otros subsidios para la solución de la controversia.

Es en ese sentido, según el entender de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER y JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, para quienes, “pueden aquellos que son parte en el proceso en que hay recurso suspendido haber otros argumentos que justifiquen la acogida o rechazo de la tesis vehiculada, argumentos éstos no tenidos en cuenta en los recursos elegidos y en las respectivas contra-razones”.¹³ En cambio, según EDUARDO TALAMINI, para ser admitido como *amicus curiae*, no es suficiente que el tercero “apenas demuestre ser parte en otro proceso en que hay recurso sobre la misma cuestión”; él necesita comprobar que tiene algún argumento útil y relevante para “añadir a la discusión ya instaurada”.¹⁴

Nos inclinamos a que no se restrinja la manifestación de terceros, en ese caso. Tal preocupación asume especial relevancia al tratarse de acciones colectivas. Es que, como se vio en Brasil, las reglas que prevén los legitimados activos para las acciones colectivas presentan meramente condiciones (requisito de la pertinencia temática) para algunos de los legitimados. En nuestro ordenamiento jurídico no hay el instituto de la ‘representación adecuada’¹⁵. En el sistema de las *class actions*, la representación adecuada es requisito esencial para legitimar la proposición de

¹³ Sobre el nuevo art. 543-C del CPC – Suspensión de recursos especiales “con fundamento en idéntica cuestión de derecho”- *Sobrestamento de recursos especiais “com fundamento em idéntica questão de direito”*. *RePro* nº 159, en el prelo.

¹⁴ Juicio de recursos en el STJ “por muestreo” - Ley nº 11.672/2008. *Julgamento de recursos no STJ “por amostragem”* - *Migalhas* nº 1898, artículo publicado en 15.05.2008.

¹⁵ Sobre el instituto de la representación adecuada, véase: SILVA, Edward Carlyle. La representación adecuada en las acciones colectivas, *A representação adequada nas ações coletivas*. Revista *Direito em Foco*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, enero. 2006, p. 31-41.

acción colectiva por los representantes de los titulares de los derechos transindividuales. Esos representantes precisan demostrar que tienen condiciones de, verdaderamente, tutelar el derecho colectivo vehiculado en la demanda, haciéndolo de la manera más eficiente posible. En la lección de ANTONIO GIDI¹⁶, la finalidad de ese requisito es “que el candidato a representante proteja adecuadamente los intereses del grupo en juicio”.

La adopción de ese instituto, en nuestro sistema procesal colectivo, evitaría, seguramente, que demandas colectivas fuesen ajuiciadas por quienes no tengan condiciones de conducir las bien, haciendo que, debido a deficiencia en la fundamentación y en la producción de pruebas, sean proferidas decisiones que perjudiquen a los titulares de los derechos en juego. Mientras eso no ocurre, especialmente en los procesos colectivos, hay que permitir sin mucha restricción - repítase - que terceros intervengan antes del juicio de los recursos especiales seleccionados, en el Superior Tribunal de Justicia, contribuyendo con subsidios para el análisis de la cuestión jurídica. Esos terceros podrán ser los otros legitimados que, a pesar de más cualificados para la conducción de la acción colectiva, o no la ajuiciaron, o tuvieron su acción extinguida por litispendencia, o por no haber tenido su recurso especial elegido para remesa al Superior Tribunal de Justicia.

VI. CONCLUSIÓN.

Sobre los temas aquí analizados, hay muchas cuestiones capaces de desafiarnos a la reflexión, y mucho que debatir y solucionar mediante doctrina y jurisprudencia. Sin embargo, es posible afirmar, sin riesgo de error, que la aplicación de la nueva disciplina legal debe ocurrir solamente cuando no haya duda de que se trate de cuestiones de derecho verdaderamente “idénticas” (Código de Proceso Civil, art. 543-C, caput), bajo pena de que se desvirtúe el sentido de la ley y se incurra en inconstitucionalidad por violación al principio del acceso a la justicia.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

GIDI, Antonio. *Class action como instrumento de tutela colectiva de los derechos: las acciones colectivas en una perspectiva comparada. - A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Derecho Procesal Civil Colectivo. - Curso de Direito Processual Civil Coletivo* 2ª ed. São Paulo: SRS Editora, 2008.

¹⁶ *Class action como instrumento de tutela colectiva de los derechos: las acciones colectivas en una perspectiva comparada - A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada.* São Paulo: RT, 2007, p. 99.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Defensa del consumidor - reflexiones acerca de la eventual concomitancia de acciones colectivas e individuales, Defesa do consumidor - reflexões acerca da eventual concomitância de ações coletivas e individuais. RT, v. 676.

SILVA, Edward Carlyle. La representación adecuada en las acciones colectivas. Revista derecho en foco, A representação adequada nas ações coletivas - Revista Direito em Foco, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, enero. 2006.

TALAMINI, Eduardo. Juicio de recursos en el STJ “por muestreo” – Ley nº 11.672/2008, Julgamento de recursos no STJ “por amostragem” – Lei nº 11.672/2008. - Migalhas nº 1898, artículo publicado en 15.05.2008.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. Principio de la fungibilidad – hipótesis de incidencia en el proceso civil brasileiro contemporáneo - Princípio da fungibilidade – hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo. São Paulo: RT, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Sentencia civil: liquidación y cumplimiento - Sentença civil: liquidação e cumprimento. São Paulo: RT, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Breves comentarios a la nueva sistemática procesal civil - Breves comentários à nova sistemática processual civil, v. 3. São Paulo: RT, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre el nuevo art. 543-C del CPC – Suspensión de recursos especiales “con fundamento en idéntica cuestión de derecho”, Sobre o novo art. 543-C do CPC – Sobrestamento de recursos especiais “com fundamento em idéntica questão de direito”. RePro nº 159, a ser publicada.