



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A TUTELA COLETIVA NO BRASIL E A BUSCA PELA EFETIVIDADE DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS

Paula Regina Carregal Horta

Rio de Janeiro
2009

PAULA REGINA CARREGAL HORTA

A TUTELA COLETIVA NO BRASIL E A BUSCA PELA EFETIVIDADE DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS

Artigo Científico apresentado à Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro,
como exigência para obtenção do título de
Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Marcelo Pereira
Prof^ª. Néli Fetzner

Rio de Janeiro
2009

A TUTELA COLETIVA NO BRASIL E A BUSCA PELA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Paula Regina Carregal Horta

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO. Servidora Pública.

Resumo: O processo coletivo é um tema cada vez mais discutido no meio doutrinário, visto que pode ser utilizado como um relevante instrumento de efetivação dos direitos fundamentais. A tradicional visão individualista do processo não mais é suficiente para atender as necessidades da sociedade contemporânea. O crescente número de conflitos envolvendo interesses coletivos ensejou a elaboração de diversas normas processuais com o fim de regulamentar a tutela coletiva. A essência desse trabalho é demonstrar a importância da sistematização do Direito Processual Coletivo para a realização dos direitos fundamentais e, por consequência, dos objetivos constitucionais.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Tutela Coletiva. Acesso à Justiça. Efetividade. Anteprojetos de Código de Processos Coletivos.

Sumário: Introdução. 1. Evolução da Tutela Jurisdicional. 2. Dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos. 3. Do Processo Coletivo e o Acesso à Justiça. 4. Características da Defesa Coletiva de Direitos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho, ora proposto, enfoca a temática da coletivização do direito processual, tema cada vez mais presente no meio doutrinário e que ganha relevo com a tramitação, no Congresso Nacional, do Projeto de Lei nº 5.139, de 2009. Para tal, estabelece como premissa

que o processo coletivo é um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que se destina à tutela do interesse público, realizando os objetivos constitucionais previstos na Carta de 1988.

Busca-se despertar a atenção para o papel atribuído ao Poder Judiciário com a nova ordem constitucional. De instituição voltada para a solução dos conflitos de interesses meramente individuais passou a atender demandas envolvendo direitos transindividuais. A Constituição de 1988, sem dúvida, conferiu aos direitos fundamentais uma dimensão coletiva e, ao mesmo tempo, criou instrumentos processuais para assegurá-los, fomentando a idéia do Estado Democrático de Direito, um dos pilares da nova ordem.

Objetiva-se discorrer sobre a evolução de um processo individualista para um processo social. De certo, as mudanças ocorridas na sociedade brasileira, com a crescente industrialização e o conseqüente surgimento de uma economia de massa, acarretaram uma litigiosidade em larga escala. Procura-se demonstrar que a tradicional visão individualista do processo é insuficiente diante da inovadora realidade social e das situações jurídicas dela advindas, o que justifica o surgimento de várias normas processuais esparsas para a tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, formando o que a doutrina convencionou chamar de microsistema processual de tutela dos direitos transindividuais.

Ao longo do artigo, serão analisados os seguintes tópicos: a evolução do sistema de tutela jurisdicional; a coletivização do processo como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais; as principais características do processo coletivo; se o atual contexto sócio-político brasileiro é adequado para a codificação do processo coletivo e, ainda, como compatibilizar as normas processuais já existentes com o advento de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. A metodologia será pautada no método bibliográfico e qualitativo.

Resta verificar, assim, em que medida o advento de um Código Brasileiro de Processos Coletivos influenciará a efetividade dos direitos coletivos *lato sensu*, sendo certo

que esse diploma normativo não poderá se resumir em uma mera compilação de regras novas ou já existentes, mas deve, na sua essência, assumir o compromisso de dar vida aos direitos fundamentais coletivos estampados no texto constitucional.

1. EVOLUÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

Os séculos XVIII e XIX foram marcados pela difusão do pensamento liberal. À época, a burguesia buscava sua própria autonomia, lutando contra os regimes absolutistas. Para tanto, defendia, dentre os seus ideais, a liberdade individual e a propriedade privada. O individualismo ganhou grande força. O homem era visto como o centro do universo, um fim em si mesmo. A sociedade passou a ser considerada apenas como um conjunto de indivíduos auto-suficientes. (THEODORO JUNIOR, 2009)

Esse contexto histórico repercutiu no campo jurídico, em especial, na seara do Direito Processual Civil. O sistema processual foi estruturado para atender as demandas que envolvessem lesão a direitos subjetivos individuais, mediante o exercício do direito de ação pelo próprio titular do direito lesado. Prevaleceu, portanto, o entendimento de que somente o indivíduo, lesado na sua própria esfera jurídica, teria condições de avaliar os efeitos psicológico e econômico de um processo. A tutela jurisdicional voltava-se para o indivíduo, deixando à margem a tutela dos direitos e interesses coletivos *lato sensu*. (THEODORO JUNIOR, 2009)

Contudo, o sistema, nos moldes em que se apresentava, criava um obstáculo para o indivíduo na luta por seus direitos. Afinal, nos litígios com o Poder Público ou com sociedades de grande poderio econômico, era notória a hipossuficiência jurídica do indivíduo,

que, muitas vezes, entendia mais conveniente renunciar à tutela jurisdicional em vez de se submeter à dificuldade na produção das provas e aos altos custos do processo.

Por outro lado, o século XX foi, sem dúvida, repleto de transformações tecnológicas, científicas e sociais, que não se compatibilizavam com o consagrado individualismo dos séculos anteriores. A urbanização e a crescente industrialização provocaram o surgimento de uma economia de massa e, por conseqüência, uma litigiosidade em larga escala. Diante da complexa realidade social que emergia, a visão individualista do processo demonstrava-se cada vez mais inadequada para atender as necessidades sobrevindas desse novo quadro. (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2009)

Paralelamente, tomava força o movimento de constitucionalização dos direitos e consolidava-se a idéia de que a simples previsão dos direitos e garantias fundamentais no bojo dos textos constitucionais mostra-se insuficiente se, em contrapartida, não há a criação de instrumentos idôneos a concretizá-los. Nesse sentido, o direito de ação, entendido como o direito ao exercício da atividade jurisdicional, despontou como uma das principais medidas de efetivação dos direitos fundamentais. (THEODORO JUNIOR, 2009)

No Brasil, vigoravam as Ordenações Filipinas até o advento do Código Civil de 1916, quando, então, o país ganhou sua independência jurídica. Conhecido como Código Beviláqua, esse diploma legal destinava-se a disciplinar as relações jurídicas de direito privado e era marcado por um profundo caráter individualista. O Código de Processo Civil de 1973 seguiu a mesma orientação e, por isso, a ação individual passou a ser o alicerce do sistema processual, conforme evidencia o art. 6º, segundo o qual “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

A ação popular, prevista na Constituição de 1934 e regulamentada pela Lei nº 4.717/65, foi o primeiro instrumento processual, no ordenamento jurídico pátrio, voltado para a tutela coletiva. De fato, são recentes as leis brasileiras que dispõem sobre a matéria. Nesse

aspecto, merece destaque a Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), que representa um marco no movimento em busca da tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos. Essa lei tornou efetiva a tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, dando início a um microsistema processual voltado para a proteção dos direitos transindividuais, assim considerados os direitos cuja titularidade é subjetivamente indeterminada.

Em 1988, entrou em vigor a atual Constituição Federal. Fruto de um forte movimento de redemocratização, após vinte anos de regime ditatorial vivido pelo país, a nova Carta direcionou sua atenção para a construção de um Estado Democrático de Direito. Para tanto, não se limitou a prever um rol de direitos e garantias fundamentais de índole individual, mas atribuiu a esses direitos uma dimensão coletiva, criando uma série de instrumentos processuais destinados a concretizá-los, tais como o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção. (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2009)

Outrossim, vale salientar que a Constituição de 1988 ampliou o objeto da ação popular (art. 5º, LXXIII), que, desde então, pode ser manejada para anular ato lesivo ao meio ambiente e à moralidade administrativa, como também elevou a ação civil pública ao patamar de ação constitucional, promovida pelo Ministério Público, destinada à defesa dos direitos difusos e coletivos (art. 129, III).

Posteriormente, surgiram a Lei nº 7.853/89, que dispõe sobre a tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos das pessoas portadoras de deficiência, e a Lei nº 7.913/89, que versa sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários.

Em seguida, adveio a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que viabilizou o uso da ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos e coletivos relativos à infância e à adolescência.

Após, surgiu a Lei nº 8.078/90, conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC), que, ao modificar diversos dispositivos da Lei de Ação Civil Pública, objetivou harmonizar o sistema processual vigente e adequá-lo à tutela dos direitos transindividuais.

É importante destacar também a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de atos ilícitos praticados no exercício de suas funções e o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), que tem como escopo regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos e prevê o uso da ação civil pública para a proteção desses direitos.

Por fim, cabe lembrar que, recentemente, entrou em vigor a Lei nº 12.016/09, que, além de disciplinar o mandado de segurança individual, revogando as Leis nº 1.533/51 e 4.348/64, trouxe como novidade a regulamentação do mandado de segurança coletivo.

2. DOS DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

O presente estudo baseia-se na idéia de que o processo coletivo é um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais. Todavia, no ordenamento jurídico atual, não existe um Código Brasileiro de Processos Coletivos. A matéria é regida por leis esparsas, sendo de especial importância o Código de Defesa do Consumidor, que, em harmonia com as normas já existentes do Código de Processo Civil e da Lei de Ação Civil Pública, disciplinou a tutela coletiva. (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2009)

O objeto do processo coletivo divide-se em dois grandes grupos: o dos direitos coletivos *lato sensu* e o dos direitos individuais homogêneos. Em breve síntese, é possível afirmar que o primeiro grupo abrange os direitos subjetivamente transindividuais e

materialmente indivisíveis; enquanto que o segundo grupo é formado por direitos subjetivos individuais e materialmente divisíveis, sendo, por isso, passível de tutela coletiva ou individual.

Inicialmente, é necessário definir os conceitos de direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos, previstos no parágrafo único, do art. 81, do CDC. (ZANETI JUNIOR, 2009)

Dispõe o inciso I do referido dispositivo legal que são “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Os direitos difusos, portanto, possuem três características básicas: a indeterminação dos sujeitos, a indivisibilidade do objeto e o vínculo fático.

Quanto à primeira característica, são indeterminados ou dificilmente determináveis os sujeitos titulares dos direitos difusos. A titularidade dos direitos difusos, sem dúvida, alcança todos os integrantes de uma coletividade, sendo desnecessária a identificação de todos os titulares para que seja possível buscar a tutela de tais direitos.

No tocante ao objeto, os direitos difusos são indivisíveis. Significa dizer que não é possível o seu fracionamento entre os indivíduos integrantes da coletividade, visto que são afetos a todos indistintamente. Por conseqüência, a lesão a tais direitos atinge um número indeterminado de pessoas. Não é possível identificar os lesados, assim como a extensão do dano e a forma de reparação não podem ser determinados individualmente.

A terceira característica diz respeito à origem. A relação entre os titulares dos direitos difusos advém de uma situação fática, ou seja, os titulares dos direitos difusos não estão ligados entre si por uma relação jurídica base, mas, sim, por um fato em comum.

Para ilustrar, pode-se citar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da Constituição da República de 1988. Desse modo, se ocorre um

derramamento de óleo na Baía de Guanabara causado por um navio petroleiro, todos os moradores da região próxima ao local do incidente são afetados por este dano ambiental, como também todas as pessoas que, eventualmente, estejam no local, a exemplo dos turistas.

No caso em exame, destacado por RODRIGUES (*apud* OLIVEIRA, 2009), o dano causado ao meio ambiente foi suficiente para lesionar um número incalculável de pessoas, todas ligadas entre si por uma circunstância de fato. Nessa hipótese, o bem jurídico em tela é indivisível, sendo certo que o Ministério Público, a teor do art. 5º da Lei nº 7.347/85, é parte legítima para propor ação civil pública visando à responsabilidade dos agentes causadores da lesão. Por outro lado, também é importante ressaltar que a adoção de medidas voltadas para a despoluição da Baía não satisfaz uma pessoa isoladamente, mas, sim, beneficia toda a coletividade.

Outrossim, dispõe o inciso II, do parágrafo único, do art. 81, do CDC que são “interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, 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”.

Os titulares dos direitos coletivos *stricto sensu* são determinados ou determináveis, visto que integram grupos, categorias ou classes de pessoas, a exemplo dos condôminos de um edifício e dos membros de uma associação de classe.

É possível identificar os titulares dos direitos coletivos *stricto sensu* devido à existência de um vínculo jurídico que os une entre si ou com a parte contrária, sendo certo que esse elo deve preexistir à violação do direito. (ZANETI JUNIOR, 2009)

Nesse ponto, reside a diferença entre os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos difusos. Afinal, não há dúvida de que entre os titulares dos direitos difusos também existe um vínculo. Todavia, esse vínculo decorre de uma situação fática, ou seja, surge da lesão ao direito.

Ademais, o objeto dos direitos coletivos *stricto sensu* é indivisível, uma vez que não é possível fracioná-lo. Isso significa que a violação a tal direito não prejudica apenas parte de seus titulares. De certo, a lesão por ele sofrida irá repercutir na esfera jurídica de todos os integrantes de determinado grupo, categoria ou classe de pessoa, assim como a satisfação de tal direito a todos irá beneficiar. (PINHO, 2009)

Por fim, dispõe o inciso III, do parágrafo único, do art. 81, do CDC que “são interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

Assim, de acordo com a conceituação legal, direitos individuais homogêneos são aqueles que possuem origem comum. Na verdade, tais direitos são fruto das mudanças ocorridas na sociedade. Afinal, a concentração de pessoas em grandes centros urbanos e o surgimento de uma economia de massa geram um alto índice de litígios, que, muitas vezes, originam-se de um mesmo fato.

Desse modo, para evitar a propositura de inúmeras ações idênticas, o que tornaria morosa a prestação jurisdicional e aumentaria o risco de decisões contraditórias, o legislador passou a admitir a defesa coletiva desses direitos, cujos titulares são determinados e o objeto é cindível.

Os direitos individuais homogêneos têm, portanto, como base uma mesma situação fática, sendo plenamente possível a identificação de seus titulares. Aliás, nesse aspecto, distinguem-se dos direitos difusos, que também advêm de uma mesma circunstância fática, mas são indeterminados os seus titulares. (PINHO, 2009)

A divisibilidade do objeto é, ainda, um outro elemento que diferencia os direitos individuais homogêneos dos direitos difusos e também dos coletivos *stricto sensu*. Isso significa que o objeto de tais direitos pode ser fracionado entre os seus titulares e, por

conseqüência, cada interessado é parte legítima para ajuizar a sua própria ação em defesa do seu direito.

Desse ponto, emana uma controvérsia. A doutrina costuma afirmar que os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* são essencialmente coletivos; enquanto que os direitos individuais homogêneos são, na essência, individuais, sendo coletivos apenas na forma em que são tutelados. (ZANETI JUNIOR, 2009)

Esse é o entendimento, por exemplo, de PINHO, (2003). Para esse doutrinador, o direito individual homogêneo tem natureza de direito subjetivo individual complexo. Individual porque diz respeito às necessidades de uma única pessoa. Complexo porque essas necessidades são semelhantes às de outros indivíduos que fazem parte de um determinado grupamento, o que demonstra a sua relevância social e a importância de ser tutelado coletivamente. Assim, de acordo com essa posição, o direito individual homogêneo é considerado, por natureza, individual. Porém, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da economia e celeridade processual, deve ser tutelado de forma coletiva.

Todavia, argumenta ZANETI JUNIOR, (2009, p. 6), que o entendimento acima traduz uma visão extremamente restritiva e enseja o afastamento dessa categoria de direito do rol criado pelo Código de Defesa do Consumidor, “relegando-a a personagem de segunda categoria na proteção coletiva”.

Conclui-se, portanto, que entre os direitos de natureza coletiva há uma grande afinidade. ZANETI JUNIOR, (2009), questiona quais seriam os critérios para caracterizar os direitos em difusos, coletivos ou individuais homogêneos, já que, muitas vezes, uma mesma lesão pode ensejar a propositura de diferentes ações para a tutela de determinado direito.

Desse modo, explica que, para GIDI, (*apud* ZANETI JUNIOR, 2009), o importante é identificar o direito subjetivo específico que foi violado, uma vez que de um mesmo fato

lesivo podem nascer pretensões difusas, coletivas, individuais homogêneas e, até mesmo, individuais puras, ainda que nem todas sejam baseadas no mesmo ramo de direito material.

Exemplifica, portanto, esse posicionamento mencionando a hipótese de uma publicidade enganosa, em que determinado empresário induz o consumidor a confundir o seu produto com outro de marca mais famosa. Desse modo, afirma que, em razão desse ato ilícito, diversas pretensões podem surgir e várias ações podem ser propostas, tais como: a ação penal ajuizada pela prática da infração prevista no art. 66 do CDC; a ação individual proposta pelo empresário concorrente lesado; a ação coletiva para a defesa dos direitos difusos, requerendo a retirada dos produtos de circulação no mercado; e, no caso de lesão a direitos individuais dos consumidores, a ação ajuizada por um dos legitimados do art. 82 do CDC, buscando a condenação genérica prevista no art. 95 do mesmo diploma.

GIDI, (*apud* ZANETI JUNIOR, 2009), então, confere grande importância ao direito material, em razão de dois fundamentos. Primeiro, porque o direito subjetivo material é distinto e independente do direito processual. Segundo, porque, às vezes, o tipo de tutela jurisdicional pretendida não caracteriza o direito material, como resta evidenciado no exemplo acima. Afinal, a pretensão de retirada dos produtos de circulação no mercado pode ser obtida tanto por meio de uma ação coletiva para a defesa dos direitos difusos, como por meio de uma ação individual proposta pelo empresário concorrente.

Por outro lado, ZANETI JUNIOR, (2009), destaca também o entendimento de NERY JUNIOR, (*apud* ZANETI JUNIOR, 2009). De acordo com esse doutrinador, o critério adequado para distinguir os direitos de natureza coletiva é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende obter. Aduz que é comum a afirmação de que o direito ao meio ambiente é difuso, o do consumidor é coletivo e que é individual o direito de indenização por prejuízos particulares. Porém, assevera que tal afirmação não está correta nem errada. Na verdade, entende que existe um equívoco na utilização do critério utilizado para classificar o direito

coletivo e atribui, portanto, relevância ao tipo de tutela jurisdicional que se pretende obter. Logo, para esse autor, da ocorrência de um mesmo fato, é possível advir pretensões difusas, coletivas e individuais.

Assim, com base na tese defendida por esse jurista, o exemplo, anteriormente mencionado, do derramamento de óleo na Baía de Guanabara causado por um navio petroleiro possibilitaria o ajuizamento de várias ações distintas, tais como: ação individual movida por um pescador da região pelos prejuízos que sofreu; ação ajuizada pelo Ministério Público, em defesa do meio ambiente, visando à responsabilização dos causadores da lesão (direito difuso); e ação de obrigação de fazer proposta por uma associação de agências de viagens, buscando a adoção de medidas voltadas para a despoluição da Baía, uma vez que a preservação da área afeta diretamente o setor de turismo (direito coletivo). (ZANETI JUNIOR, 2009)

Em suma, para NERY JUNIOR, (*apud* ZANETI JUNIOR, 2009), o tipo de pretensão é o critério determinante para classificar um direito como difuso, coletivo ou individual.

Já ZANETI JUNIOR, (2009), após fazer alusão à doutrina de Antonio Gidi e de Nelson Nery Junior, propõe a fusão dos pensamentos desses dois juristas. Sustenta que os direitos coletivos possuem uma natureza híbrida de direito material e de direito processual e, por isso, entende que “a postura mais correta é a que permite a fusão entre o direito subjetivo (afirmado) e a tutela requerida como forma de identificar na ação de qual direito se trata e, assim, prover adequadamente a jurisdição”.

3. DO PROCESSO COLETIVO E O ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça é, sem dúvida, uma das principais garantias do indivíduo em um Estado de Direito e traduz a possibilidade de obter, junto ao Estado, a prestação jurisdicional.

Por meio do exercício da jurisdição, o Estado substitui a vontade das partes em lide e, mediante a aplicação do Direito, atua na solução dos conflitos de interesse, buscando a promoção da paz social. De acordo com BERMUDES, (2002), a função jurisdicional é, portanto, a função estatal de aplicação do direito objetivo para a prevenção ou solução de lides ou, ainda, para a administração de interesses sociais relevantes.

Todavia, o acesso à justiça, apesar de expressamente previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988, é um direito que, na prática, não está ao alcance da maioria da população brasileira. A morosidade processual, as elevadas custas e outros entraves de natureza econômica e social têm retirado de parcela da sociedade o direito à efetiva prestação jurisdicional e, por conseqüência, dificultado o pleno exercício dos direitos fundamentais.

De modo inevitável, esse quadro gera um grande descontentamento. A população não acredita que o Poder Judiciário está a sua disposição e passa a crer que a realização da justiça é um direito de poucas pessoas, o que, por óbvio, não é verdade. Surge, portanto, a necessidade de reduzir os obstáculos que impedem a efetiva prestação jurisdicional, democratizando o acesso à justiça.

Nesse sentido, CAPPELLETTI, (2002), em sua clássica obra *Acesso à Justiça*, diagnosticou alguns desses obstáculos e propôs soluções práticas para transpor tais barreiras, o que denominou de ondas renovatórias do movimento de acesso à justiça.

O primeiro dos problemas apontados por CAPPELLETTI, (2002), é o alto custo das despesas processuais. A demora na tramitação dos processos é outro problema, que, inclusive, gera o aumento das despesas arcadas pelas partes litigantes. O autor cita, ainda, a questão da capacidade jurídica pessoal. Esse ponto está intimamente relacionado com as limitações

decorrentes da classe social a que pertence o indivíduo, sendo certo que deve ser considerado não apenas o aspecto da desigualdade econômica, mas também outras diferenças de natureza social, educacional e cultural.

Por último, o jurista ressalta os problemas relativos aos interesses difusos. No seu entender, apesar de ser possível a ação privada para a tutela dos interesses difusos, a ação individual não tem se revelado eficiente para obter o cumprimento da lei, razão pela qual prevalece, em diversos países, a idéia de recusar qualquer ação privada e confiar na máquina governamental para a proteção de tais direitos.

Diante desse panorama, CAPPELLETTI, (2002), apresentou as três ondas renovatórias. A primeira é a assistência judiciária para os pobres e destina-se a possibilitar a obtenção da tutela jurisdicional pelas pessoas desprovidas de recursos financeiros, afastando qualquer impedimento de cunho econômico.

A segunda consiste na representação dos direitos difusos. Como já afirmado, o sistema processual foi estruturado para atender as demandas que envolvessem lesão a direitos subjetivos individuais, mediante o exercício do direito de ação pelo próprio titular do direito lesado. A tutela jurisdicional voltava-se para o indivíduo, deixando à margem a tutela dos direitos e interesses coletivos *lato sensu*. A partir do momento em que a sociedade começou a passar por profundas mudanças, com a crescente industrialização e o conseqüente surgimento de uma economia de massa, a tradicional visão individualista do processo demonstrou-se cada vez mais inadequada para atender as necessidades coletivas sobrevividas dessa nova realidade. Isso levou o Estado a repensar a concepção tradicional do Processo Civil e já resultou em algumas mudanças processuais com o advento, no ordenamento jurídico brasileiro, de várias normas que possibilitam a tutela dos direitos coletivos *lato sensu*. (PINHO, 2009)

A terceira onda consiste na ampliação dos mecanismos de acesso à justiça. Considerando que os tradicionais mecanismos processuais se tornaram insuficientes na busca

do efetivo acesso à justiça, surgiu a necessidade de buscar novas alternativas para a resolução de conflitos. Nesse contexto, CAPPELLETTI, (2002), propôs a reforma dos procedimentos judiciais em geral; o emprego de métodos alternativos para decidir causas judiciais, a exemplo da arbitragem e da conciliação; e a adoção de procedimentos especiais para determinados tipos de causa de particular importância social, tais como: procedimentos especiais para pequenas causas, a instituição de tribunais de “vizinhança” ou “sociais” para solucionar divergências na comunidade e de tribunais especiais para demandas de consumidores.

Sem dúvida, os estudos de Mauro Cappelletti influenciaram os processualistas modernos e incentivaram a luta pela construção de um processo coletivo destinado à adequada e efetiva tutela dos direitos coletivos *lato sensu*.

O aumento da industrialização e a crescente urbanização marcaram profundamente a realidade social e tornaram cada vez mais frequentes os denominados litígios de massa. É nesse contexto, portanto, que desponta a renovada idéia de processo, que, centrada no conceito de efetividade, reconhece a importância do processo coletivo como verdadeiro instrumento de transformação social e elemento determinante para superar o modelo individualista de processo, típico do pensamento liberal até então prevalecente. (THEODORO JUNIOR, 2009)

Por conseqüência, ao Poder Judiciário foi atribuída uma nova função. Se, antes da Constituição de 1988, não era freqüente a intervenção do Judiciário nos assuntos de interesse social, sendo predominante os conflitos envolvendo interesses individuais; após o advento da nova ordem constitucional, fundada na idéia de Estado Democrático de Direito, o Judiciário passou a voltar a sua atenção para a solução de conflitos transindividuais, ou seja, conflitos que envolvem interesses de natureza difusa, coletiva ou individual homogênea.

A tutela processual dos direitos transindividuais ocorre por meio das ações coletivas. Conforme ensinam DIDIER JUNIOR e ZANETI JUNIOR, (2009, p. 35), os processos

coletivos “servem à litigação de interesse público, ou seja, servem às demandas judiciais que envolvam, para além dos interesses meramente individuais, aqueles referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade”. Os autores ressaltam que não se referem ao caráter eminentemente público do Direito Processual Civil, enquanto elemento de atuação da vontade estatal, mas, sim, à defesa do interesse público primário através de demandas cíveis, visando, inclusive, o controle e a efetivação de políticas públicas por meio dessa litigação.

Esclarecem, ainda, que interesse público primário é, nas palavras de BANDEIRA DE MELO, (2009), o complexo de interesses coletivos prevalente na sociedade. Logo, estão abarcados pelo conceito de interesse público os direitos coletivos *lato sensu* e os direitos individuais indisponíveis considerados como interesses de ordem social e pública pela Constituição.

A idéia de processo coletivo, portanto, está atrelada à idéia de interesse público. Como já afirmado, a Constituição de 1988 conferiu aos direitos fundamentais uma dimensão coletiva e, ao mesmo tempo, criou instrumentos processuais para assegurá-los. Porém, é inegável que a Carta de 1988 não pode ser reduzida a um mero texto repleto de boas intenções. É necessário que os direitos nela estampados sejam efetivamente assegurados, razão pela qual, com base nesse entendimento, emerge a importância da sistematização do Direito Processual Coletivo.

O atual Código de Processo Civil deve, portanto, ser considerado apenas um diploma residual, uma vez que não é adequado disciplinar os processos coletivos com institutos próprios dos processos individuais. O advento de um Código Brasileiro de Processo Coletivo regulará a tutela coletiva e será o diploma responsável por codificar os princípios informativos e as cláusulas gerais desse microsistema processual, de modo a harmonizá-lo com o objetivo constitucional de efetiva realização dos direitos coletivos *lato sensu*. Esse é, então, o

propósito almejado na elaboração dos projetos de um Código Processual Coletivo. (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2009)

São quatro os principais anteprojetos. O primeiro foi elaborado por GIDI, (2002), denominado: Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito.

Em seguida, o Instituto Ibero-Americano de Direito Processual formulou o Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América. Organizado por GRINOVER, WATANABE e GIDI, (2004), e, posteriormente, revisado por uma comissão composta de diversos juristas, o Código adotou algumas sugestões do projeto de Gidi.

O primeiro anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, levado à discussão aos membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual e, posteriormente, encaminhado ao Ministério da Justiça, foi criado por um grupo de pós-graduandos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), coordenados pela professora GRINOVER, (2006).

Cabe mencionar, ainda, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado em conjunto nos programas de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA), sob a coordenação de MENDES, (2005).

Ressalte-se que, atualmente, está em trâmite, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 5.139, de 2009, que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

4. CARACTERÍSTICAS DA DEFESA COLETIVA DE DIREITOS

A Teoria Geral do Processo Coletivo, cujo objeto é a tutela jurisdicional dos direitos coletivos *lato sensu*, desponta como um novo ramo do Direito Processual, autônomo, com princípios e institutos próprios, distintos dos princípios e institutos típicos do direito processual individual.

Princípios jurídicos, nas lições de DE PLÁCIDO E SILVA, (2001, p. 639), significam “os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito”. São preceitos fundamentais que norteiam a prática do Direito. Servem de diretriz para orientar a atividade jurisdicional.

No âmbito do Processo Civil, os princípios podem assumir formas diversas em se tratando de processo individual ou de processo coletivo.

O princípio do acesso à justiça não se resume à mera possibilidade de ingressar em juízo. Na verdade, representa a garantia de todo indivíduo de demandar e defender-se adequadamente em juízo, ou seja, indica o direito de obter, por meio do devido processo legal, a tutela efetiva dos direitos violados ou ameaçados. (GRINOVER, 2009)

No processo individual, esse princípio visa à solução de controvérsias relativas à esfera de interesses do próprio indivíduo; enquanto que, no processo coletivo, o acesso à justiça transforma-se em princípio voltado para solucionar lides que envolvem interesses de toda uma coletividade. Esse princípio, portanto, está voltado aos conflitos de inegável dimensão social e política, os denominados conflitos de massa, e, por isso, assume feição própria.

O princípio da universalidade da jurisdição traduz a idéia de que o acesso à justiça deve ser assegurado a um número cada vez maior de pessoas. Esse princípio possui uma dimensão mais ampla quando aplicado ao processo coletivo, uma vez que esse é o meio pelo qual a coletividade submete, aos tribunais, as causas que não chegariam ao Judiciário por meio do processo individual. Em outras palavras, isso significa que o tratamento coletivo dos

interesses e direitos coletivos *lato sensu* torna realmente efetiva a universalidade da jurisdição. (GRINOVER, 2009)

O princípio da ação, também conhecido como princípio da demanda, envolve a idéia de que o exercício da função jurisdicional deve ser provocado por iniciativa da parte interessada. Nesse ponto, não há diferença entre o processo individual e o processo coletivo. Porém, é interessante mencionar que a versão do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, apresentada ao Ministério da Justiça, em janeiro de 2007, previa uma peculiaridade ao dispor, no art. 8º, sobre a possibilidade de o juiz incentivar o Ministério Público e os demais legitimados ativos a ajuizarem a ação coletiva. De acordo com tal dispositivo, o juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais contra o mesmo demandado, com identidade de fundamento jurídico, notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que proponham, querendo, demanda coletiva.

Todavia, esse anteprojeto foi alterado pelo Executivo antes de ser enviado para o Congresso Nacional. O Projeto de Lei nº 5.139/09 não reproduziu expressamente o citado art. 8º, mas somente destacou, no art. 62, a possibilidade de qualquer pessoa provocar a iniciativa do Ministério Público ou de qualquer outro legitimado, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação coletiva e indicando-lhe os elementos de convicção.

O princípio do impulso oficial é, conforme GRINOVER, (2009), o princípio pelo qual compete ao juiz, uma vez instaurada a relação processual por iniciativa da parte, mover o procedimento de fase em fase, até exaurir a função jurisdicional. Para a doutrinadora, esse princípio rege, de igual maneira, o processo coletivo e o individual, mas está intimamente relacionado à soma de poderes conferidos ao juiz.

Segundo GRINOVER, (2009), a soma dos poderes atribuídos ao magistrado, no processo coletivo, é muito maior do que no processo individual e justifica a sua afirmativa

citando algumas novidades, que redimensionam o princípio do impulso oficial e estão previstas no referido Anteprojeto, enviado ao Ministério da Justiça, tais como: o art. 5º determina que, nas ações coletivas, a causa de pedir e o pedido devem ser interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido; o art. 25, §5º, I, dispõe que o juiz, verificando que a ação tem condições de prosseguir na forma coletiva, deve certificá-la como tal; e o inciso II do mesmo dispositivo faculta ao juiz desmembrar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela dos interesses ou direitos difusos e coletivos, de um lado, e dos individuais homogêneos, do outro, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo.

O princípio da economia consiste em obter do processo o máximo de proveito mediante o mínimo emprego possível de atividades processuais. Exemplos típicos da aplicação desse princípio são os institutos da conexão e da continência e a extinção do segundo processo quando verificada a litispendência ou a coisa julgada. (GRINOVER, 2009)

Todavia, no processo individual, esses institutos são muito rígidos, o que, diversas vezes, dificulta a reunião ou a extinção dos processos. O citado Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos busca, então, flexibilizá-los. Para tanto, prevê duas medidas importantes. A primeira reside no art. 6º, §1º, segundo o qual, na análise da identidade do pedido e da causa de pedir, será considerada a identidade do bem jurídico a ser protegido. Essa idéia, atualmente, está presente no art. 5º, §1º, do Projeto de Lei nº 5.139/09. Logo, em se tratando de processo coletivo, a identificação de tais institutos processuais terá como base o bem jurídico tutelado. A segunda medida se encontra no art. 6º, I e §3º, do anteprojeto e no art. 5º, *caput* e inciso I, do mencionado Projeto de Lei. De acordo com esses dispositivos, a diversidade de legitimados ativos não será um obstáculo para o reconhecimento da conexão e da litispendência. (GRINOVER, 2009)

O princípio da instrumentalidade das formas proclama que os atos processuais, praticados de forma diversa da estabelecida em lei, devem ser considerados válidos se atingirem a finalidade a que se destinam. Isso significa que a preocupação com as formas processuais não deve ser excessiva, a ponto de comprometer o escopo maior da jurisdição: a pacificação dos conflitos.

Nesse sentido, as normas que regem o processo coletivo devem ser interpretadas de forma aberta e flexível, conforme prevê o art. 48 do anteprojeto ora analisado, ensejando uma atuação menos rígida e formalista por parte do magistrado.

Realizada uma concisa análise sobre a incidência de alguns princípios gerais do Direito Processual Civil no âmbito do processo coletivo, é importante, ainda, proceder a um breve exame sobre a aplicação de alguns institutos processuais com o objetivo de demonstrar algumas peculiaridades do processo coletivo. (GRINOVER, 2009)

Primeiramente, é necessário destacar que, em se tratando de processo coletivo, não prevalece a regra da legitimação ordinária, prevista no art. 6º do Código de Processo Civil, que consagra a estrita correspondência entre o titular da ação e o titular do direito material. A legitimação coletiva é extraordinária por substituição processual. Isso significa que o legitimado coletivo atua em nome próprio na defesa de direitos que pertencem a um agrupamento humano, como dispõe o art. 81 do CDC. O rol de legitimados ativos está expressamente previsto em lei, que, em alguns casos, estabelece também parâmetros objetivos, a exemplo do art. 82, IV, do CDC, que prevê a legitimidade das associações, desde que legalmente constituídas há, pelo menos, um ano e tenham, entre seus fins institucionais, a defesa dos interesses e direitos do consumidor.

Ademais, nas lições de DIDIER JUNIOR, (2009), é possível caracterizar essa legitimação em autônoma, exclusiva, concorrente e simples. Autônoma porque o legitimado extraordinário está autorizado a conduzir o processo independentemente da participação do

titular do direito litigioso; exclusiva porque apenas o legitimado extraordinário pode ser a parte principal do processo; concorrente, pois vários são os legitimados para a tutela de direitos coletivos e qualquer deles pode ajuizar a ação coletiva; e simples porque o legitimado pode atuar sozinho no processo, sem a necessidade de litisconsórcio.

Quanto ao ônus da prova, há uma significativa diferença a ser examinada. O Código de Processo Civil adotou a teoria estática da prova, consagrada no art. 333. Todavia, os anteprojetos de Código de Processos Coletivos prevêm a distribuição dinâmica do ônus da prova. Nesse sentido, o anteprojeto, elaborado sob a coordenação da professora GRINOVER, (2006), dispõe no art. 11, §1º que o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos ou maior facilidade em sua demonstração. Essa teoria, prevista também no art. 20, §4º, do Projeto de Lei nº 5.139/09, certamente, é mais flexível e pode auxiliar o magistrado à condução de um julgamento mais justo.

No tocante à coisa julgada, é importante analisar os incisos do art. 103 do CDC. Dispõe o inciso I que a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas. Acrescenta o inciso II que a sentença fará coisa julgada *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas. Logo, em relação aos direitos difusos, a coisa julgada é *erga omnes* e, quanto aos direitos coletivos, *ultra partes*. Ademais, é possível depreender que, nas ações que versem sobre direitos difusos e coletivos, a coisa julgada é *secundum eventum probationis*, ou seja, somente haverá a formação de coisa julgada se exauridos todos os meios de prova. Caso a decisão seja de improcedência, não formará coisa julgada.

Já o inciso III do mencionado artigo determina que a sentença fará coisa julgada *erga omnes* apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do parágrafo único do art. 81 do CDC. Esse dispositivo estabelece,

portanto, que, em se tratando de direitos individuais homogêneos, haverá a extensão da coisa julgada para o plano individual na hipótese de procedência do pedido da ação coletiva.

CONCLUSÃO

O Direito Processual deve se reciclar para se adequar às mudanças ocorridas na sociedade brasileira. O intenso processo de industrialização pelo qual passou a sociedade, nos últimos anos, e o conseqüente surgimento de uma economia de massa acarretaram uma litigiosidade em larga escala. As demandas individuais passaram a não ser suficientes para atender as necessidades decorrentes dessa nova e complexa realidade, tornando cada vez mais evidente a importância de regulamentar a tutela dos direitos difusos e coletivos e dos direitos que seriam melhor atendidos se considerados como coletivos para fins de tutela, como é o caso dos direitos individuais homogêneos.

O processo coletivo deve, então, ser compreendido como um verdadeiro instrumento de transformação social, um meio de despertar a atenção do Judiciário para demandas que não envolvem interesses meramente individuais, mas, sim, interesses intimamente relacionados à concretização dos direitos fundamentais e, por conseqüência, a realização dos objetivos constitucionais.

Todavia, atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, não existe um diploma legal específico que regule o processo coletivo. O Código de Processo Civil é uma lei com institutos próprios para disciplinar os processos individuais. Na prática, verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública, em conjunto com outras normas esparsas, formam o que a doutrina denominou chamar de microsistema processual

para as ações coletivas. O advento de um Código Brasileiro de Processos Coletivos é, sem dúvida, de grande relevância. Porém, não poderá se resumir em uma mera compilação de regras novas ou já existentes, mas deve, na verdade, assumir o compromisso de conferir efetividade aos direitos fundamentais.

REFERÊNCIA

BERMUDES, Sergio. *Introdução ao Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Lei nº 3.071 de 01 de janeiro de 1916.

BRASIL. Lei nº 1.533 de 31 de dezembro de 1951.

BRASIL. Lei nº 4.348 de 26 de junho de 1964.

BRASIL. Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965.

BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

BRASIL. Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985.

BRASIL. Lei nº 7.853 de 24 de outubro de 1989.

BRASIL. Lei nº 7.913 de 07 de dezembro de 1989.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990.

BRASIL. Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992.

BRASIL. Lei nº 10.741 de 01 de outubro de 2003.

BRASIL. Lei nº 12.016 de 07 de agosto de 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, v. 4.

GIDI, Antonio. *Código de Processo Civil Coletivo: um modelo para países de direito escrito*. Disponível em: < http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18848/C%3b3digo_de_Processo_Civil_Coletivo.pdf?sequence=1> Acesso em: 06.12.2009.

GIDI, Antonio; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*. Disponível em: < <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/CodigoModeloprocessoscolectivos.pdf>> Acesso em: 06.12.2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Disponível em: < <http://www.direitoprocessual.org.br/dados/File/enciclopedia/CBPC%202007%2001%2031%20-%20Entregue%20ao%20governo.doc>> Acesso em: 06.12.2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito Processual Coletivo*. Disponível em: <http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/grinover_direito_processual_coletivo_principios.pdf> Acesso em: 11.07.2009.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Disponível em: < <http://www.direitouerj.org.br/2005/download/outros/cbpc.doc>>. Acesso em: 06.12.2009.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

OLIVEIRA, José Junseira Almeida de. *Do Meio Ambiente: Uma Abordagem Jurídica*. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=765>. Acesso em: 06/12/2009.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A Tutela Coletiva no Brasil e a Sistemática dos Novos Direitos*. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_tutela_coletiva_e_os_novos_direitos.pdf>. Acesso em: 16.07.2009.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Individual Homogêneo: uma leitura e releitura do tema*. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/direito_individual_homogeneo_190403.pdf>. Acesso em: 19.09.2009.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *A Tutela dos Interesses Coletivos (Difusos) no Direito Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/592/19.pdf>>. Acesso em: 14.07.2009.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *Direitos Coletivos Lato Sensu: A Definição Conceitual dos Direitos Difusos, dos Direitos Coletivos Stricto Sensu e dos Direitos Individuais*

Homogêneos. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Hermes%20Zaneti%20Jr\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Hermes%20Zaneti%20Jr(2)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em: 19.09.2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*, 2005. Dissertação (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005. Disponível em <<http://www.ufrgs.br>>. Acesso em 18.03.2009

ZAVASCKI, Teori Albino. *Reforma do Processo Coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/10190/Reforma_do_Processo_Coletivo.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14.07.2009.