

A Fundamentação Constitucional da Tutela Jurisdicional Coletiva no Estado Democrático de Direito Brasileiro

HENRIQUE ALVES PINTO

Advogado e Professor da ULBRA-GO
Acadêmico de Filosofia, pela Universidade Federal de Uberlândia
Especialista em Direito Processual Civil

SUMÁRIO: Resumo; Introdução; 1. A Ação Popular Romana, o Embrião da Tutela Jurisdicional Coletiva: 1.1. A trajetória da Tutela Jurisdicional Coletiva no Brasil. Antecedentes Históricos; 2. O sistema das “class actions” norte-americanas da Federal Rule: 2.1. A primeira class action for damages do sistema jurídico brasileiro, aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor e a consagração constitucional da tutela coletiva; 3. A fundamentação constitucional do Direito Processual Coletivo: 3.1. Acesso à ordem jurídica justa, flexibilização do sistema processual e o art. 5º, inc. LXXVIII, introduzido pela Emenda Constitucional de nº 45/2004; 4. Princípios do Direito Processual Coletivo; 4.1. O princípio na Teoria Geral do Direito e no Direito Constitucional; 4.2. Princípio no Direito Processual e Princípio Democrático; 4.3. Princípio do Devido Processo Legal e sua conjugação com os Princípios Constitucionais do Processo Coletivo; 4.4. Análise dos Princípios Específicos do Sistema Processual Coletivo; 4.4.1 Princípio do Interesse Jurisdicional no Conhecimento do Mérito do Processo Coletivo; 4.4.2. Princípio da Máxima Prioridade Jurisdicional da Tutela Coletiva; 4.4.3. Princípio da Disponibilidade Motivada da Ação Coletiva; 4.4.4. Princípio da Presunção da Legitimidade “ad causam” Ativa pela Afirmação do Direito; 4.4.5. Princípio da Não-Taxatividade da Ação Coletiva; 4.4.6. Princípio do Máximo Benefício da Tutela Jurisdicional Coletiva; 4.4.7. Princípio da Máxima Efetividade do Processo Coletivo; 4.4.8. O Princípio da Máxima Amplitude da Tutela Jurisdicional Coletiva e o Princípio da Obrigatoriedade da Execução Coletiva pelo Ministério Público; Conclusão; Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Mais do que a formação de uma nova mentalidade pode-se afirmar que a tutela jurisdicional coletiva já é uma nova realidade merecedora de sistemática investigação científica por parte de todos os operadores do Direito.

Tal realidade se instaurou diante das inúmeras transformações sociais detectadas na atmosfera das sociedades modernas, caracterizadas não apenas por seus conflitos jurisdicionais de natureza individual, mas também por seus conflitos jurisdicionais de natureza coletiva. Observa-se neste cenário o surgimento de um novo instrumento que ao lado do já conhecido sistema processual, tem como objetivo oferecer uma forma adequada de tratamento aos direitos massificados em busca da pacificação social.

Será sobre essa nova concepção, agora mais preocupada com as garantias constitucionais do processo, que o acesso à justiça irá romper com a concepção neutral do positivismo. Este é enfocado à luz da teoria crítica dialética do Direito, devendo ser encarado como um instrumento de transformação social, ao ser compreendido substancialmente não apenas como garantia constitucional fundamental do direito ao mero exame de sua pretensão em juízo, mas também como o direito de ter acesso a uma ordem jurídica realmente justa.

Desse modo, o presente trabalho aponta a importância da necessidade da tomada de consciência pela comunidade jurídica, do papel importante que as legislações dos direitos coletivos em sentido amplo, vêm assumindo nos últimos anos, no que diz respeito ao seu caráter jurídico, como mais outra lei posta à disposição do cidadão no contexto de várias outras leis as quais a população nem mesmo conhece. Devendo também a legislação coletiva ser examinada em outros aspectos tais como o social, o econômico, o político e até mesmo o antropológico, a fim de que ela realmente possa cumprir a sua devida função.

1 – A AÇÃO POPULAR ROMANA, O EMBRIÃO DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA

Por ser o direito “reflexo no plano dogmático e positivo dos fenômenos que ocorrem na sociedade” (LEONEL, 2002, p. 39), percebe-se que, de acordo com a visão cíclica do movimento histórico proposto por Nicolau Maquiável na sua obra *O Príncipe*, tais fenômenos se repetem no tempo, nas mais variadas sociedades e épocas distintas, em meio às suas ascensões e declínios.

Diante desse fenômeno histórico, assim como acontece com o estudo do direito comparado, não deve o pesquisador do Direito simplesmente importar sistemas jurídicos de determinadas sociedades políticas com o intuito de aplicá-los às outras realidades sociais absolutamente distintas. Todavia, percebe-se que pode ser útil retirar desse quadro de análises, conhecimentos que possam ser aplicados a uma outra realidade social sendo tal observação de grande utilidade no estudo da história do direito.

Mesmo assim, fazendo um breve parêntese, ressalta-se que chegou o momento do Brasil assumir o seu verdadeiro papel no cenário da pesquisa científico-jurídica mundial como escola produtora de grandes sistemas jurídicos e doutrinas jusfilosóficas. Considera-se, nessa perspectiva, a maturidade há muito alcançada por nossos estudiosos, bem como a importação inadequada de sistemas jurídicos alienígenas, retirados de estudos superficiais do direito comparado, totalmente desconexos com a realidade social brasileira.

Assim, mais do que uma tarefa é dever do historiador do direito, durante sua marcha investigatória, caminhar sempre atrelado ao conhecimento histórico, compreendendo-o nas suas mais variadas formas de manifestações, diante das peculiaridades de cada período e características de cada sociedade, com o propósito de se chegar à compreensão mais correta da realidade contemporânea dos estudos da ciência jurídica.

E no que diz respeito à trajetória histórica da tutela jurisdicional coletiva, nota-se que a existência de interesses que ultrapassam, ou melhor, transcendem a esfera exclusiva do indivíduo não é fenômeno atual na história da humanidade, apesar de sua análise no âmbito processual só ter ganhado forças na atualidade.

Portanto, observa-se que num primeiro instante da história, os interesses coletivos foram tratados com maior acuidade pela Administração Pública, que colocava o indivíduo visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais, e “apenas residualmente no âmbito da jurisdição, e recentemente desenvolveu-se o seu trato em juízo” (LEONEL, 2002, p. 40). Este fenômeno podia ser, similarmente, detectado na Antigüidade através da ação popular romana.

Apesar da concepção dos romanos em relação ao direito e ao processo estar voltada preponderantemente às questões de natureza individual, deve-se notar que eles, por meio de um senso prático, perceberam a existência de problemas que extrapolavam a esfera jurisdicional dos conflitos individuais e acabavam gerando conseqüências a toda uma coletividade, não podendo ficar circunscritos, única e exclusivamente ou parcialmente, à esfera jurídica de determinado ou determinados indivíduos. Observa-se, dessa maneira,

uma situação que ia além da esfera de atuação da jurisdição de caráter individual, na qual estavam presentes interesses ou direitos pertinentes a todos os cidadãos como um conjunto e a nenhum em específico. Em tal situação era necessário, “o estabelecimento de previsão normativa de formas determinadas de ações, em que pudesse qualquer interessado postular a tutela judicial para a preservação do interesse violado no quadro excepcional”. (LEONEL, 2002, p. 41)

Tal aspecto fica mais claro diante da concepção que os romanos possuíam da coisa pública, compreendendo-a na noção de interesse público pertencente a todos os cidadãos daquela sociedade e que, conseqüentemente, envolvia o interesse de todos, exigindo-se aí a sua adequada gestão. E nessa premissa reside “o porquê da legitimação de cada singular indivíduo para pleitear em juízo, (...)”. (LEONEL, 2002, p. 41)

Tendo como princípio um interesse pessoal e direto a ser exercido pelo titular do direito, a *actio romana*, no que se refere às demandas populares, devia ser vista como exceção a essa regra geral dentro do sistema romano dotado de concepção individualística da tutela jurisdicional. Por meio dela o cidadão perseguia “um fim altruísta, de defesa de bens e valores de maior importância para a própria comunidade”. (LEONEL, 2002, p. 41)

A particularidade contida nas ações populares romanas é a de que o interesse público que ali se concebia não é aquele conhecido como na administração estatal. Era interesse que continha denominação especial ao assumir a condição de público a partir do momento em que era pertencente a toda comunidade de cidadãos. Diante disso percebe-se que a doutrina chegou a afirmar que na ação popular romana, a tutela nela prevista voltava-se “à proteção de uma terceira modalidade de interesses que se colocava de forma intermediária, porém distinta, entre o interesse privado (do indivíduo) e o público (do Estado)” (LEONEL, 2002, p. 42). Afirmando o reforço a tal concepção, o doutrinador italiano Franco Casavola (1958, p. 15) revela que “*publico è dello Stato, privato è della famiglia, popolare è del singulus homo, dell'individuo*”. Assim, percebe-se que esta idéia seria o marco inicial que proporcionou o avanço da tutela judicial dos interesses coletivos.

Outro aspecto importante da ação popular romana era o seu caráter predominantemente penal, uma vez que o objeto de suas demandas eclodia de fatos ou atos que configuravam a ocorrência de delitos ou quase-delitos (LEONEL, 2002, p. 42). Com o ajuizamento de tal ação, a tutela que se pleiteava possuía uma natureza inibitória da conduta lesiva, além da cominação de multa ou de qualquer outra espécie de pena pecuniária a ser adimplida por parte do demandado.

Segundo o constitucionalista José Afonso da Silva (1968, p. 24), restava ainda o questionamento quanto aos aspectos penais da ação popular romana, se esta possuía única e exclusivamente tal característica ou se também havia algum aspecto cível salutar, conforme abaixo explica:

Deve-se notar que, em regra, as ações populares romanas levavam à aplicação de uma multa, cujo produto ora se destinava a uma caixa pública, ora ao autor popular, ora a terceiros, podendo ser às vezes (sic), dividida entre o autor popular e a caixa pública. Muitas delas visavam à instauração de um procedimento que, hoje, seria de natureza contravencional. Outras contudo, mesmo havendo a possibilidade de aplicação de multa, muito se assemelham, na sua finalidade, às modernas ações cominatórias, ou aos interditos proibitórios, distinguindo destes (sic) procedimentos por haver condenação imediata na multa.

A concessão das ações populares em Roma estava praticamente direcionada para a defesa das coisas públicas e de caráter sacro, ficando seu instituto condicionado ao gozo de direito civis independentes de quaisquer requisitos especiais no que diz respeito à sua legitimidade. Ficavam excluídos dessa legitimação para agir os menores e as mulheres, a não ser nos casos em que esses demonstrassem um especial interesse a se buscar, além disso, as *actiones populares* não podiam, quando propostas, serem transmitidas aos herdeiros.

No que diz respeito às modalidades de ações populares admissíveis além da sua natureza, diante da fragmentariedade das fontes da pesquisa histórico-jurídica e do grande espaço temporal percorrido, não há como se precisar exatamente a completa identificação da questão. Todavia vale a pena notar aqui uma breve exposição bastante elucidadora de Miguel Seabra Fagundes (1946, p. 2) acerca de algumas modalidades que a ação popular romana assumia naquela época:

Em Roma, a ação popular revestia amplitude extraordinária, servindo não só ao valimento de interesses (sic) individualizados (defesa pessoal do uso das vias públicas – *Interdictum ne quid in loco publico vel itinere fiat*; da utilização dos rios como ancoradouros, bebedouros, etc. – *Interdictum ne quid in flumine publico ripave ejus fiat*; dos esgotos públicos – o interdito *de cloacis*; etc.), mas, ainda e sobretudo, ao de interesses (sic) coletivos, nos casos apontados, quando não particularmente concretizado o interesse (sic), e noutros, tais os de defesa comum, de efetivação de fundações instituídas por ato de última vontade, de oposição à colocação em telhado ou janela de coisas que pudessem cair sobre (sic) a rua.

Diante de todas essas implicações, pode-se ainda afirmar que, sempre que estivesse em jogo a coisa pública, assim concebida pelos romanos, a *actio* seria a popular, seja o seu autor na condição de titular de um direito subjetivo ou como “mero agente da coletividade na defesa de um interesse por todos disperso”. (FAGUNDES, 1946, p. 2)

De qualquer maneira, antes de se encerrar o presente tópico, ressalta-se que a ação popular romana foi a “forma embrionária de tutela judicial dos interesses supra-individuais” (LEONEL, 2002, p. 50). Tal ação era caracterizada pela atuação do autor popular ocorrendo na defesa de seu próprio interesse, num primeiro instante, mas se dava em caráter indivisível e indissociável do restante da comunidade. Isto fez com que surgisse a concepção da legitimação por categoria, ao postular o demandante em juízo na defesa de interesse de natureza cívica – não corporativa – inerente à sua coletividade.

Com a queda do despotismo político, ou seja, com o fim dos governos absolutos, tiranos e arbitrários, foram propiciadas condições para o surgimento da ação popular no direito moderno como instituto de caráter democrático. Conforme declara José Afonso da Silva (1968, p. 25-26), “seu ressurgimento é assinalado, pela primeira vez, na Bélgica, com a lei comunal de 30 de março de 1836 e, em seguida, na França, com a lei comunal de 18 de julho de 1837”. Mas, de acordo com este constitucionalista, o local em que a ação popular acabou encontrando o devido amparo, tanto na doutrina como na legislação, foi na Itália, aparecendo aí pela “primeira vez no campo eleitoral com as leis de 26 de outubro de 1859 e de 20 de novembro do mesmo ano, relativas, respectivamente, às eleições e para certos organismos de natureza administrativa” (SILVA, 1968, p. 26). Num momento mais atual da história, consta ainda na Itália, a existência de previsão legislativa da “possibilidade de uso da ação popular em matéria urbanística, por meio do art. 10, § 9º, da denominada *legge-ponte* (Lei 765, de 06.08.1967)”. (LEONEL, 2002, p. 52)

Em conclusão, percebe-se que todo o conteúdo aqui exposto demonstra a sabedoria com que os romanos, desde aquela época, concebiam a problemática dos interesses coletivos como um terceiro gênero, ou seja, desprovido do caráter privatístico da tutela jurisdicional amplamente difundida naqueles povos e também como interesse inexistente na esfera da administração estatal, além da maneira como tal concepção continuou presente nas legislações do período contemporâneo.

1.1 – A trajetória da Tutela Jurisdicional Coletiva no Brasil. Antecedentes históricos

Assim como se verificou no tópico anterior, o fenômeno relacionado a quem propunha a demanda popular visando o interesse próprio, em caráter indivisível e indissociável do restante da comunidade, ou seja, a postulação em juízo na defesa de interesse de caráter cívico – não corporativo – inerente à sua coletividade, no Brasil, também adveio através da criação da ação popular.

Num breve relato acerca das disposições da ação popular no Brasil, pode-se dizer que o seu nascimento foi condicionado a duas fases distintas: a anterior à Constituição de 1934 que o primeiro texto constitucional que a previu expressamente e a posterior à referida Constituição de 1934.

O primeiro período foi marcado por duas notas essenciais. A primeira explica que não havia previsão constitucional de nenhum mecanismo processual destinado à instauração do processo coletivo, para a viabilização da tutela jurisdicional dos respectivos interesses. A segunda nota revela que a doutrina identificava como populares algumas ações ou remédios referidos pelo legislador ordinário, tais como a representação para apuração de irregularidades em matéria eleitoral a respeito do processo eleitoral, da dissolução de associações que promovessem fins ilícitos ou imorais, para as quais havia previsão de tutela do interesse público. Todavia, se tratava de forma “apenas residual, secundária, ou colateral, de implementação da defesa de tais interesses em juízo”. (LEONEL, 2002, p. 53)

Posteriormente, o inc. XXXVIII do art. 113, da Constituição de 1934, com a seguinte redação, *in verbis*: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou a anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”, passou a integrar expressamente o repertório das garantias constitucionais do cidadão, uma previsão instrumental processual destinada aos cidadãos. Entretanto, esta previsão normativa constitucional faleceu frente ao Estado Novo com a sua supressão pela Constituição de 1937.

Considerando o lapso temporal entre a Constituição do Estado Novo até a publicação da Carta Magna de 1946, foi editado o sistema jurídico processual unificado que previa no seu art. 670 a possibilidade de ajuizamento por parte do Ministério Público ou por qualquer do povo, com o objetivo de dissolver associação civil com personalidade jurídica que promovesse atividade ilícita ou imoral, “reavivando aquela espécie de ação que já fora prevista anteriormente na própria Carta de 1934, tida pela doutrina de então como popular”. (LEONEL, 2002, p. 53)

Sendo assim, após ter sido suprimida pela Carta de 1937, um pouco mais ampliada ressurgia a ação popular na Constituição de 1946, no inc. XXXVIII do art. 141, pois, naquela “não havia lugar para um instituto que reentrou na ordem jurídica nacional como manifestação do espírito democrático, e como garantia do cidadão” (SILVA, 1968, p. 35). A Constituição de 1937, conhecida como *Polaca*, fora elaborada sob a influência da Carta ditatorial polonesa de 1935, ao estabelecer a possibilidade do Presidente da República influenciar nas decisões do Poder Judiciário que declarassem inconstitucional determinada lei. Ainda em José Afonso da Silva (1968, p. 35), observa-se que, “o autoritarismo do regime de 1937, não tolerava tal garantia,

destinada exatamente a impedir desmando dos gestores das coisas públicas, mediante a participação fiscalizadora do cidadão no poder administrativo”.

Na trajetória das ações de natureza popular no Brasil, verifica-se ainda a instituição de duas outras ações com essa característica peculiar, inseridas na esfera da legislação infraconstitucional. Uma, prevista pelo art. 35, § 1º, da Lei 818 de 18.09.1949, refere-se à aquisição, perda e reaquisição da nacionalidade além da perda de direitos políticos. A outra ação foi prevista pela Lei 3.052, de 21.12.1958, no seu art. 15, § 1º, referente à matéria do enriquecimento ilícito (atualmente tratada pela Lei de Improbidade Administrativa 8.429/92). A Carta de 1967 manteve a previsão da demanda popular, em período mais recente, e a Emenda Constitucional 1/69, no seu art. 153, inc. XXXI manteve-a na legislação constitucional.

Assim, diante da preocupação crescente do legislador nos aspectos referentes à evolução dos interesses coletivos, no ano de 1965 foi editada a Lei 4.717/65 que regulamentou o exercício da ação popular no Brasil, que ainda permanece em vigor na atualidade.

Recentemente, pode-se perceber que o ordenamento jurídico pátrio vem sofrendo grandes transformações com a incrementação do instrumento processual no trato da tutela jurídica dos interesses supra-individuais tais como a Lei 6.938/81 que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente ao estabelecer de forma pioneira no seu art. 14, § 1º, a legitimação do Ministério Público para a ação de responsabilidade civil pelos danos causados ao meio ambiente, além da Lei 7.347/85, a da Ação Civil Pública.

Seguindo a trilha cronológica, a Constituição Federal de 1988 ampliou ainda mais o rol das garantias coletivas em sentido amplo com a positivação do direito ao meio ambiente, patrimônio público, previdência social, cultura, educação, saúde, população indígena, direito ao consumidor, entre outros, além do devido incremento do aparato processual.

No que diz respeito à ação popular, esta foi mantida e fortalecida, a partir da ampliação de seu objeto e fundamento, conforme se prevê do texto do art. 5º, inc. LXXIII, da CF/88. A ação civil pública também obteve tratamento expresso no texto constitucional de 1988. Ao deferir o Ministério Público, conforme o art. 129, inc. III, a incumbência de promover o inquérito civil (além da ação civil pública), para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Na órbita infraconstitucional pode-se destacar a Lei 7.853/89, que disciplina o trato das pessoas portadoras de deficiência; a Lei 7.913/89, que tratou da defesa dos investidores do mercado de valores mobiliários; o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, que também trata de aspectos da tutela jurisdicional coletiva; o Código de Defesa do Consumi-

dor, Lei 8.078/90; a Lei 8.492/92, de Improbidade Administrativa e, recentemente, o Estatuto do Idoso disciplinado pela Lei 10.174/2003, além da tutela dos dissídios coletivos do trabalho entre outras legislações.

Finalmente, afirma-se que o fenômeno da tutela coletiva ainda não encerrou seu ciclo de formação, até mesmo porque o dinamismo das relações sociais e a abertura do sistema constitucional sempre estarão a impedi-lo. Apesar da recente história da tutela coletiva de interesses supra-individuais no Brasil, doutrinas estrangeiras já têm apontado nosso ordenamento jurídico coletivo com um dos mais modernos na atualidade, uma vez que possui vias mais amplas, adequadas e acessíveis que permitem a efetivação do adimplemento daquilo estipulado pelas leis, tanto no plano substancial quanto no material, apesar de estar longe ainda do ideal.

2 – O SISTEMA DAS “CLASS ACTIONS” NORTE-AMERICANAS DA *FEDERAL RULE*

Baseada na *equity* e, brevemente mencionando o conceito das *class actions* do sistema norte-americano na definição de Cássio Scarpinella Bueno (1996, p. 93), estas podem ser definidas como “o procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum”.

Apesar de alguma dificuldades práticas serem encontradas no que diz respeito à exata configuração de uma ou outra modalidade das *class actions*, no trato próprio de suas questões processuais, alguns especialistas norte-americanos (*Advisory Commettee on Civil Rules*) poderiam ser levados a realizarem modificações na matéria disciplinada pelas *Federal Rules* de 1966. Todavia, como bem anotado pela jurista Ada Pellegrini Grinover (2001, p. 786):

(...) é certo que a distinção operada pelas normas anteriores permaneceria no espírito do sistema americano, cujas *class actions* continuam abrigando quer a defesa de interesses coletivos indivisivelmente considerados, quer a tutela de direito individuais divisíveis, conjuntamente tratados por sua origem comum: para estes últimos, fala a doutrina em ‘casos em que os membros da *class* são titulares de direitos diversos e distintos, mas dependentes de uma única questão de fato ou de direito, pedindo-se para todos eles em um provimento jurisdicional de conteúdo idêntico’.

Em outros termos, pode-se dizer que as *Federal Rules* de 1966 (*Rule n.º 23*) não possuem mais a anterior tripartição a partir do momento em que se definiu as referidas *class actions* de modo geral e unitário, ao acrescentar requisitos pertinentes à admissibilidade da ação. A tripartição anterior existia no ano de 1938 regulada pela *Rule 23* das *Federal Rules of Civil*

Procedure. Uma das principais preocupações da *Rule 23* era a descrição do exato momento quanto à aplicabilidade da *class action* em *true*, *hybrid* e *spurious*, “conforme a natureza dos direitos objetos da controvérsia (*joint*, *common* ou *secondary*, ou ainda *several*), com diversas conseqüências processuais”. (GRINOVER, 2001, p. 786)

A distinção dos efeitos da tripartição *true*, *hybrid* e *spurious*, foi detalhadamente explicada por José Cruz e Tucci (1990, p. 26) nos seguintes termos:

Antes da reforma de 1966, a Regra 23, como visto, ensejava uma tríplice distinção das *class actions*, dependendo do *character of the right* (natureza do direito) deduzido em julzo e, por isso, diferente era a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada (*binding effect*) em cada uma das espécies então concebidas. Com efeito, na denominada *true class action* – quando o direito da categoria era *joint* ou *common* – a eficácia ultra partes da decisão atingia diretamente todos os membros do grupo, ainda que estranhos ao processo. Tratando-se de hipótese *hybrid class action* – quando os direitos dos componentes eram distintos (*several*), mas referente a um único bem –, na qual havia um interesse comum, os efeitos da denominada *claim preclusion* atingiam todos os membros tão-somente em relação aos seus respectivos direitos sobre o bem que havia sido objeto de controvérsia: ‘*bound all the class members with respect to their rights in the property that was the subject matter of the suit*’. Por outro lado, na hipótese de *spurious class action* – quando os direitos dos componentes eram distintos (*several*), mas dependentes de uma questão comum de fato ou de direito, ensejando uma decisão uniforme –, a qual, como decorre da própria denominação, apenas do ponto de vista, prático era inserida entre as *class actions*, a *sentença projetava seus efeitos exclusivamente àqueles que participavam do processo*: ‘*bound only the parties before the court*’.

Atualmente a legislação federal que regulamenta a matéria pertinente às *class actions* é a referida *Rule 23*. De acordo com as alterações realizadas em 1966 de caráter pragmático e funcional contendo quatro considerações prévias (pré-requisitos) e estabeleceu-se três modalidades de *class actions*, “sendo duas obrigatórias (*mandatory*) e uma não obrigatória (*not mandatory*), cada uma com seus próprios requisitos”. (GRINOVER, 2001, p. 786)

Diante disso demonstra-se os pré-requisitos para qualquer ação de classe apontada pela alínea (a), nos seguintes termos:

- (a) Um ou mais integrantes de determinada classe podem processar ou ser processados como partes, representando todos, apenas se (1) a classe for tão numerosa que a reunião de todos os membros se torne inviável, (2) houver questões de fato ou de direito comuns à classe, (3) as demandas ou exceções das partes representativas são típicas das demandas ou exceções da classe e (4) as partes representativas protegerão justa e adequadamente os interesses da classe.

Na alínea (b), abaixo mencionada, seguem os requisitos para o prosseguimento da ação de classe, que acabam criando três modalidades de ações.

(b) Uma demanda pode prosseguir como demanda de classe quando forem satisfeitos os pré-requisitos acima mencionados, e ainda se, nos termos postos por Gregório Assagra de Almeida (2003 p. 124):

- 1) o ajuizamento de ações separadas ou em face de membro do grupo faça surgir risco de que: a) as respectivas sentenças nelas proferidas imponham ao litígio, contrário à classe, comportamento antagônico; b) tais sentenças prejudiquem ou tornem extremamente difícil a tutela dos direitos de parte dos membros da classe estranhos ao julgamento;
- 2) o litigante contrário à classe atuou ou recusou-se a atuar de modo uniforme perante todos os membros da classe, impondo-se um *final injunctive relief* ou um *declaratory relief* em relação à classe globalmente considerada; ou
- 3) o tribunal entende que as questões de direito e de fato comuns aos componentes da classe sobrepujam as questões de caráter estritamente individual e que a *class action* constitui o instrumento de tutela que, no caso concreto, mostra-se mais adequado para o correto e eficaz deslinde da controvérsia.

No tocante à primeira hipótese da alínea (b), entende-se que o seu fundamento não está na congruência de interesses dos membros da classe, mas sim na necessidade de coerência do sistema jurídico, com o propósito de se evitar decisões discrepantes, “sendo esse tipo de ação coletiva de *representação por necessidade da ordem jurídica*”. (ALMEIDA, 2003, p. 124)

Note-se que essa espécie de ação revela o poder que o juiz tem no sistema jurídico norte-americano, uma vez que, em evidente exceção aos princípios da demanda e do dispositivo, que por sinal são princípios básicos do sistema romano-germânico, poderá ele converter ação individual em ação formal e materialmente coletiva, “nela proferindo uma decisão que irá atingir várias pessoas, que não estarão presentes na relação jurídica processual”. (ALMEIDA, 2003, p. 124)

Com relação à segunda hipótese contida na alínea (b), nº 2, da Regra 23, relaciona-se esta com aquela espécie de ações que envolvam direitos civis (*civil rights*), em que o pedido formulado e o provimento jurisdicional buscado são de natureza declaratória, mandamental ou condenatória em um fazer ou não-fazer, conhecidos pelo sistema norte-americano como “*declaratory*” para o primeiro e “*injunctive relief*”, para os outros, em benefício de toda a classe. Como exemplo típico da hipótese de cabimento dessa ação é aquela movida para “inibir alegada discriminação racial, religiosa ou sexual, poluição ambiental etc., ainda que não limitada para essas hipóteses”. (BUENO, 1996, p. 98)

Não se deve deixar de ressaltar que, ao contrário do que acontece na ordem hodierna do direito processual brasileiro, tais ações podem ser propostas como ações de caráter tipicamente mandamental, e que “envolvem, muitas vezes, as clássicas liberdades públicas, contra particulares e não somente contra o Estado, como é o caso de nosso mandado de segurança (CF, art. 5º, inc. LXIX)”. (BUENO, 1996, p. 98)

A terceira e última hipótese de situação fática de cabimento da *class action* é a prevista pela alínea (b), nº 3, da Regra 23, é a que visa a tutela coletiva de pedidos condenatórios por danos materiais individualmente sofridos, tendo sido este modelo importado para os artigos de 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro que tem por objetivo, neste intervalo referido, a tutela dos direitos individuais homogêneos.

Nesta *class action* é necessário que o Estado-juiz, no caso em concreto, identifique pontos em comum de fato ou de direito para todos os membros da classe. Devem tais pontos ser dominantes sobre quaisquer outros referentes a meros interesses individuais, considerados isoladamente. Além disso, a ação só será cabível se o Estado-juiz estiver convicto de que a ação coletiva será a melhor forma disponível com o propósito de se obter um julgamento eficiente para a controvérsia, em detrimento do julgamento das ações individuais. Notando-se aqui, a clara aplicação dos princípios da eficiência e da economia processual encampado e tão exigido pela *Rule 23*.

Por fim, salienta-se que a filosofia geral da sistemática contida na *Federal Rule* de 1966 é totalmente regida pelo princípio do acesso à justiça, que no ordenamento jurídico norte-americano se desdobra em dois outros vetores que são, o de facilitação do trato de questões processuais de causas dispersas pelo seio da sociedade as quais, quando discutidas individualmente, são extremamente pequenas e a obtenção de maior eficácia possível das decisões judiciais.

2.1 – A primeira *class action for damages* do sistema jurídico brasileiro, aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor e a consagração constitucional da tutela coletiva

Sem sombra de dúvidas, pode-se afirmar que o sistema jurídico de trato da tutela coletiva norte-americana foi a fonte inspiradora para o legislador brasileiro ao desenvolver nosso sistema pátrio no que se refere à defesa de interesses difusos e coletivos de natureza indivisível. Fazendo-o por meio da conhecida Ação Civil Pública, Lei 7.347/85.

Todavia, por ter a supra citada lei configuração destinada à proteção de bens coletivos, indivisivelmente considerados, acabava carecendo de dispo-

sitivos especiais que pudessem viabilizar a reparação de danos pessoalmente sofridos cabendo, neste caso, aos indivíduos diretamente prejudicados “valer-se das ações pessoais ressarcitórias, dentro dos esquemas de processo comum”. (GRINOVER, 2001, p. 793)

Conforme se percebe pela trajetória da história da tutela coletiva no Brasil, nota-se que antes mesmo da publicação do Código de Defesa do Consumidor no ano de 1990, o legislador brasileiro criou a primeira lei que, na esfera da ação civil pública, cuidou da reparação pelos danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, a Lei 7.913, de 7 de dezembro de 1989. Esta lei deu legitimidade ao Ministério Público para a adoção de medidas judiciais necessárias com o intuito de evitar prejuízos ou obter o ressarcimento dos danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores de mercado. Em seu art. 2º fala a lei em *condenação*, devendo a importância dela resultante reverter-se aos investidores lesados, *na proporção de seus prejuízos*. E, por sua vez, o § 1º do dispositivo em análise cuida da habilitação dos beneficiários para receberem a parcela que lhes couber. Não ocorrendo habilitação, ou dela decaindo os beneficiários, a quantia correspondente será recolhida como receita da União (§ 2º, do art. 2º).

Neste sentido surgia a primeira *class action for damages* do sistema brasileiro, apesar da lei não especificar que a habilitação se faria por intermédio de processo de liquidação. Isso acabou sugerindo a idéia de que a condenação já levaria em consideração os danos sofridos pelos investidores. E diante da ausência de habilitação, a importância não reclamada pelos beneficiários seria recolhida aos cofres da União, solução diferente da adotada pelo sistema brasileiro de tutela coletiva, encontrada no Direito Comparado, que prevê a *fluid recovery* destinada a finalidades conexas com a dos interesses em jogo.

Além disso, ressalte-se também que a tutela jurisdicional coletiva só veio a receber a devida consagração através da promulgação da Constituição Federal de 1988, pois foi com ela que os direitos sociais e os direitos e garantias individuais receberam proteção suprema, ficando proibido ao poder constituinte derivado de introduzir emendas constitucionais tendentes a suprimi-los. E de acordo com a sagaz observação de Paulo Bonavides (2002, p. 531), nota-se “que uma conquista dessa envergadura faria constitucionalmente irrevogáveis os grandes progressos já obtidos para a construção da Sociedade justa, livre e igualitária a que todos aspiram”.

Assim, contemplando todo esse clima de exaltação aos direitos sociais e aos direitos e garantias individuais o Código de Defesa do Consumidor de 1990 foi criado. Ele foi considerado, como o diploma da categoria mais abrangente das ações coletivas para a defesa dos “interesses ou direitos

subjetivos individuais, tratados, conjuntamente, por sua origem comum” (GRINOVER, 2001, p. 793). O Código de Defesa do Consumidor promoveu a definitiva coroação da tutela jurisdicional coletiva, com a introdução de aspectos processuais específicos, disciplinados em seu Capítulo II do Título II, atribuição às *class actions for damages* nacionais.

Portanto, atualmente existe no Brasil não apenas uma tutela coletiva de direitos, mas também toda uma dignidade constitucional em torno destes, que atuam como “instrumento potencializado de *resolução* de conflitos coletivos ocorridos no mundo da concretude e de *efetivação* material do Estado Democrático de Direito brasileiro” (ALMEIDA, 2003, p. 270).

3 – A FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

Apesar da classificação do Direito em dois grandes ramos, o público e privado, pode-se dizer que, modernamente, o direito “é uno e indivisível, indecomponível” (LENZA, 2005, p. 31). Seu estudo, este deve ser visto como um grande sistema em que tudo se harmoniza.

Assim, para facilitar o entendimento da matéria discorrida neste trabalho, por questões meramente didáticas, far-se-á a análise do Direito Processual Civil como ramo do Direito Público regido por normas que se encontram na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

No que diz respeito à parte processual da Constituição, pode ser ela concebida em dois planos. No primeiro plano processual encontra-se o direito constitucional processual, e no segundo, o direito processual constitucional.

Diante dessa breve perspectiva que será logo mais esclarecida, demonstra Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 25) que:

A visão analítica das relações entre processo e Constituição revela ao estudioso ‘dois sentidos vetoriais’ em que elas se desenvolvem, a saber: a) no sentido Constituição – processo, tem-se ‘tutela constitucional’ deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados a nível constitucional; b) no sentido processo – Constituição, a chamada ‘jurisdição constitucional’, voltada ao controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição (‘jurisdição constitucional das liberdades’), mais toda a idéia de instrumentalidade processual em si mesma, que apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídica, constitucional inclusive.

Note-se que os estudos do direito processual sob o enfoque constitucional têm ocorrido desde de 1920 por obra de Hans Kelsen que, desde aquela época, defendia a necessidade da criação de órgão julgador diferen-

ciado para o controle de constitucionalidade das leis. Na América Latina pode-se destacar o grande processualista uruguaio Eduardo Couture que também realizou estudos processuais de forma atrelada à Constituição ao atribuir base constitucional ao direito de ação.

O direito processual é composto por um sistema uniforme que lhe oferece homogeneidade, e facilita sua compreensão e aplicação para a solução das ameaças e lesões de direito. Assim ele pode ser retomado, didaticamente, nos conceitos introduzidos aqui por Nelson Nery Jr. (2002, p. 20):

um Direito Constitucional Processual, para significar o conjunto das normas de direito Processual que se encontra na Constituição Federal, ao lado de um direito Processual Constitucional, que seria a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional.

Assim, pode-se dizer que será na base do direito constitucional processual que se encontrará fundamentada a “*unidade do direito processual*, bem como, por consequência, a *teoria geral do processo*”. (ALMEIDA, 2003, p. 33)

Como exemplo de normas de Direito Constitucional Processual, de acordo com a classificação de Nelson Nery Jr., tem-se: a *garantia do acesso à justiça do contraditório e da ampla defesa* (art. 5º, XXXV); os *princípios do contraditório e da ampla defesa* (art. 5º LV); o *princípio do juiz natural* (art. 5º XXXVII e LIII); o *princípio da independência, como forma de exercício do poder, da função jurisdicional* (art. 2º); o *princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos* (art. 5º, LVI); o *princípio da exigibilidade de fundamentação das decisões judiciais* (art. 93, IX); e o *princípio da publicidade dos atos judiciais* (art. 5º, LX).

No que se refere às normas processuais constitucionais, observa-se que o legislador constitucional de 1988, preocupado com as injustiças e desigualdades sociais e visando a máxima efetivação do Estado Democrático de Direito, optou por um diploma constitucional analítico que buscasse com maior rigor a proteção dos direitos e garantias fundamentais. Por esta razão pode-se afirmar que o direito processual constitucional está inserido na Constituição brasileira de forma *ampla*, por consagrar várias espécies de “*garantias constitucionais para a tutela de direitos fundamentais, individuais ou coletivos*”. (ALMEIDA, 2003, p. 34).

E tratando-se de normas de Direito Processual Constitucional aponta-se as seguintes: o *mandado de segurança* (art. 5º, LXXI e LXX); a *ação popular* (art. 5º, LXXIII); o *dissídio coletivo* (art. 114, §, 2º); o *habeas corpus* (art. 5º LXVII); o *mandado de injunção* (art. 5º, LXXI); o *habeas data* (art. 5º, LX-XII); a *ação civil pública* (art. 125, III); as *ações diretas declaratórias de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade das leis* (art. 102, I, a).

Contra a classificação exposta, Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual, posiciona-se Willis Santiago Guerra Filho (2003, p. 14), ao dizer que:

o primeiro, sim, pode vir a ser considerado um novo ramo do Direito Processual, tendo por objeto a temática indicada no texto, enquanto de um Direito Constitucional Processual (ou Civil, Penal, etc.) só se pode falar em um sentido metafórico.

É que o referido autor coloca que são temas típicos do Direito Processual Constitucional, a organização da estrutura judicial, com a distribuição da competência entre os diversos órgãos da jurisdição, além dos princípios gerais do processo consagrados na Constituição, como o contraditório e o devido processo legal e as ações previstas na Carta Magna que tem por objetivo o resguardo da integridade através da implementação do próprio ordenamento constitucional.

3.1 – Acesso à Ordem Jurídica Justa, Flexibilização do Sistema Processual e o art. 5º, inc. LXXVIII, introduzido pela Emenda Constitucional de nº 45/2004.

O indicador de todas as preocupações da moderna ciência processual na atualidade é, sem sombra de dúvidas, a realização concreta da justiça. Assim, é necessário reconhecer que o diploma processual, diante de sua verdadeira essência está intrinsecamente relacionado às principais mutações culturais da humanidade.

Como tais problemas enfrentam grandes transformações, fica imprescindível ao estudioso do sistema processual de que o foco de seu objeto de estudo deve agora estar voltado aos objetivos sociais a que o processo deve buscar durante o exercício da atividade jurisdicional, ou seja, o de que o Estado chegue efetivamente aos resultados propostos, influenciando positivamente a vida do grupo e de cada um de seus integrantes, através da distribuição da paz social. Exemplo de bastante utilidade é o da questão do princípio da igualdade formal, concebido pelas noções do pensamento liberal-individualista, que implica em necessidade de mudança por não se poder “mais admitir que o legislador e o intérprete ignorem que a pobreza constitui óbice intransponível à sua efetividade” (BEDAQUE, 2003, p. 50), ou seja, à efetividade do processo.

Para que isso possa ocorrer não basta simplesmente que seja assegurada o acesso à justiça, ou seja, a mera possibilidade de utilização do processo, mas também requer-se a efetividade da prestação jurisdicional sob os comandos da ordem constitucional. Tal concepção, segundo doutrinadores como Kazuo Watanabe e Mauro Cappelletti, é o que se conhece como acesso à ordem jurídica justa.

Deve-se notar também que a ampliação do acesso aos órgãos jurisdicionais, de certo modo, pode trazer alguns problemas no que diz respeito à eficiência do sistema, motivo pelo qual não basta assegurar os direitos e sua proteção, sendo necessário também a garantia do bom funcionamento do mecanismo judicial.

Nesse sentido deve o processualista buscar novas formas para a resolução dos conflitos, não podendo dispensar os apoios oferecidos pela técnica e nem se apegando demasiadamente a ela. A técnica seria o meio pelo qual o processo busca atingir seus resultados. "Processo é instrumento de justiça material". (BEDAQUE, 2003, p. 51).

O desenvolvimento da ciência do processo exige a concepção do instrumento processual perfeitamente adequado aos objetivos que ele se propõe a realizar. Daí a necessidade de, segundo José Roberto dos Santos Bedaque (2003, p. 52):

Diante da realidade material, das novas conquistas verificadas no plano dos direitos – criar modelos processuais compatíveis, aptos a solucionar essa gama enorme de novos conflitos, até então inconcebíveis. Para ser justo, não pode o processo prescindir das diferentes realidades litigiosas.

Isto é, deve o direito processual ampliar os seus horizontes no intuito de se buscar cada vez mais a adequação de seus institutos às novas necessidades sociais, nas suas mais variadas vertentes, que acabam implicando sempre o nascimento de novas relações jurídicas. Exemplo prático desses fenômenos sociais é a Ação Civil Pública (lei 7.347/85), o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), dentre outras, nas quais foram introduzidas inéditas noções de legitimidade e coisa julgada. Tal conjunto de leis acabou constituindo grande avanço no campo dos direitos coletivos, por conferir-lhes uma tutela mais efetiva, ao ampliar a legitimidade para agir que até então era predominantemente individual e de caráter fragmentário, expressa pelo disposto no art. 6º do Código de Processo Civil.

Apesar do avanço conhecido nessa seara do direito coletivo, acredita-se ainda que mais pode ser feito pelo processo coletivo, como por exemplo, a definitiva organização e sistematização de um Código de Processo Coletivo.

Todavia, há de se notar o posicionamento de José Roberto dos Santos Bedaque (2003, p. 52), quando menciona que a "flexibilização começa pela necessidade de concessão, aos Estados-membros, de maior poder para criar normas procedimentais adequadas à realidade local". Acredita-se que não seria uma das alternativas mais adequadas, apesar do grande mérito que ela

possui, visto que no Brasil há uma grande quantidade de leis que dispõem sobre direito material, processual e procedimental e que na maioria das vezes acabam abarrotando o Judiciário com um número cada vez maior de demandas sobre o mesmo objeto. Além disso a miscelânea procedimental iria dificultar em muito a vida dos profissionais do Direito, uma vez que surgiria com maior vigor a indesejável jurisprudência desarmonizada, em virtude dos mais variados entendimentos acerca dos vários procedimentos que viessem a ser criados, o que de uma certa maneira seria um regresso ao imanentismo processual.

Diante de toda essa preocupação demonstrada no que diz respeito ao acesso à ordem jurídica justa e à flexibilização do sistema processual, destaca-se também a inserção do inc. LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal através da Emenda Constitucional de n. 45 de 2004 (da Reforma do Judiciário), que ampliou o rol dos direitos e garantias fundamentais ao estabelecer que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são asseguradas a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Já que, em algumas situações, a demora proporcionada pela duração do processo e sistemáticas procedimentais, pode acabar gerando a total inutilidade ou ineficácia dos mais variados provimentos requeridos.

Além disso, note-se que também a prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável e efetivo já era prevista como direito fundamental do ser humano, nos arts. 8º, 1. e 25, 1., da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). E conforme sinaliza a professora Ada Pellegrini Grinover (*apud*, LENZA, 2005, p. 496):

esses meios devem ser inquestionavelmente oferecidos **pelas leis processuais**, de modo que a **reforma infraconstitucional fica umbelicalmente ligada à constitucional**, derivando de ordem expressa da Emenda n. 45/2004. Trata-se portanto, de fazer com que a legislação processual ofereça soluções hábeis à desburocratização e simplificação do processo, para garantia da celeridade de sua tramitação.

Todavia, ousando discordar da nobre posição da douta supra citada, o problema da morosidade processual não deve ser resolvido apenas através de reformas na legislação processual brasileira, mas também por meio de investimentos financeiros na própria estrutura do Poder Judiciário, como por exemplo, a urgente implementação de um sistema informatizado em nossos tribunais, o aumento de serventuários de justiça, de magistrados, de novos juizados especiais estaduais e federais, além da obrigatória participação em cursos de aperfeiçoamento e atualização de seus servidores, entre outras medidas.

4 – PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

4.1 – O Princípio na Teoria Geral do Direito e no Direito Constitucional

Os princípios na Teoria Geral do Direito podem ser estudados nas mais variadas formas e concepções, diante das várias correntes doutrinárias do Direito. Assim, evitando fazer relatos que fogem ao âmbito deste trabalho, retoma-se as concepções de princípio para o *positivismo normativista*, para a doutrina do *direito natural* e, por fim, com base em uma concepção mais crítica, a dos princípios encarados como preceitos democráticos, legitimamente extraídos do sistema jurídico constitucional, em relação ao âmbito social, de acordo com Gregório Assagra de Almeida (2003 p. 563):

Se encontram em consonância com os fatos históricos decorrentes dos legítimos movimentos sociais e visam dar legitimidade ao sistema do qual são extraídos, orientando e servindo de base para a efetividade de outros preceitos e regras, que com eles forem incompatíveis.

Para a primeira concepção, o princípio estaria vinculado ao sentido de uma norma posta, ou seja, ele seria a própria norma jurídica positivada derivada dos Códigos e não dos ideais de justiça. A segunda concepção, já encara os princípios num plano abstrato e metafísico, como vetores direcionadores do ideal de justiça, fundamentados em uma dimensão ético – valorativa do próprio sistema jurídico.

Por fim, chega-se à terceira e atual concepção, a da principiologia constitucional, que enxerga os princípios não mais restritos ao âmbito da abstração e da metafísica, sendo necessário analisá-los e positivá-los de modo democrático na realidade concreta a fim de que o ordenamento jurídico obtenha legitimidade social, como por exemplo, o enaltecimento dos postulados do Estado Democrático de Direito, além dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, deve-se notar com bastante acuidade que os princípios constitucionais possuem as funções de servirem de parâmetro para a solução de problemas jurídicos que exijam as suas aplicações normativas, além de servirem como critério interpretativo para a solução de outros casos, que não necessitem, diretamente, de aplicação jurídica. Tais casos podem ter como objetos tanto questões envolvendo normas constitucionais quanto infraconstitucionais. Isto é, “os princípios constitucionais, além de desempenharem a função de normas com diferentes graus de concretização, ainda funcionam como critério para interpretação de outras normas, não importando o nível hierárquico dessas”. (ESPÍNDOLA, 1999, p. 248)

4.2 – Princípio no Direito Processual e Princípio Democrático

Por ser bastante ampla a aplicabilidade de um princípio processual em alguns casos e mais restrita em outros, os princípios desempenham importante papel no direito processual, principalmente aqueles que foram acolhidos constitucionalmente.

Assim, ainda que brevemente conceituando-os, os princípios fundamentais “são os que o sistema jurídico abrigou expressa ou implicitamente, considerando, para isso, aspectos políticos e ideológicos”. (ALMEIDA, 2003, p. 567)

Apesar de estarmos na fase das codificações que dividiu o problema dos princípios do direito processual em princípios informativos e princípios fundamentais, mencionar-se-á apenas estes por serem os mais interessantes ao estudo dos princípios do sistema processual coletivo, já que deles é profetizada toda a base de sustentação dessa nova espécie processual.

Por não se tratar de princípio tipicamente processual, o princípio democrático guarda em seu núcleo existencial o caráter de fundamentalidade imprescindível a qualquer organização social, pois constitui o eixo, que alimenta e sustenta a transformação social com justiça. E diante da tese exposta neste parágrafo, percebe-se que no Brasil a Constituição de 1988 o consagrou ao lado do princípio do Estado Democrático de Direito no seu art. 1º, tendo como tarefa fundamental a busca pela superação das “desigualdades sociais e regionais, além da instauração de um regime democrático que realize a justiça social”. (SILVA, 2000, p. 134)

Nos ensinamentos de Joaquim J. Gomes Canotilho (1998, p. 287), o princípio democrático é o que aponta, “porém no sentido constitucional, para um **processo de democratização** extensivo a diferentes aspectos da vida econômica (*sic*), social e cultural”. Tal princípio não se adequa a uma compreensão estática da democracia, considerando que é um processo de continuidade transpessoal e de irredutibilidade a qualquer vinculação do processo político a determinadas pessoas.

Assim, será o princípio democrático o resultado da conjugação das exigências básicas fundamentais das sociedades, as quais se descrevem, de acordo com Willis Santiago Guerra Filho (2003, p. 47), o “imperativo que se dirige aos que atuam na realização dos interesses sociais, de respeito à legalidade com legitimidade social”, proibindo-se a distinção no gozo de direitos, sobretudo por motivos econômicos ou de discriminação entre classes sociais.

Além dessas considerações, deve-se notar que todos os princípios constitucionais fundamentais que servem de amparo ao princípio democrático são aplicáveis ao processo coletivo enquanto regras orientadoras. Desta breve noção, temos como exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana,

em sua dimensão social ao visar a tutela do meio ambiente, além de outros direitos coletivos fundamentais (art. 1º, III da CF) e o princípio da igualdade material, expresso no *caput* do art. 5º da CF/88, que rompe com a concepção de igualdade formal, de caráter abstrato contida no plano da lei do Estado Liberal, que no Estado Democrático de Direito deve agora ser utilizado como fundamento das espécies de tutelas jurisdicionais admissíveis no processo coletivo visando a transformação social.

4.3 – Princípio do Devido Processo Legal e sua Conjugação com os Princípios Constitucionais do Processo Coletivo

Diante do atual enfoque do Direito em seu caráter de sistema no qual todos os princípios que estão contidos, nas constituições se irradiam para todos os outros ramos do ordenamento jurídico, conclui-se, brevemente, que os princípios constitucionais possuem aplicabilidade no sistema processual coletivo.

Destaca-se aqui o princípio do devido processo legal (art. LIV, CF) no seu aspecto material e formal, dispensando a análise daquele por ser este o aspecto que mais interessa ao presente tópico. Assim, no seu sentido processual, percebe-se que o devido processo legal determina a observância na tutela jurisdicional coletiva das regras fundamentais sobre direito processual coletivo previstas no Código de Defesa do Consumidor, art. 90, e na Ação Civil Pública, art. 21, em virtude da perfeita harmonia entre tais legislações sendo conhecido como microsistema integrado de normas básicas sobre processo coletivo.

Além dessa harmonia entre os diplomas legais supra mencionados, não se deve esquecer da incidência de alguns outros princípios constitucionais processuais, tais como o do juiz natural (arts. 5º, XXXVII e LIII), o da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX), o da motivação das decisões jurisdicionais (art. 93, IX), da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI), todos eles com incidência no sistema processual coletivo.

Dada a sua grande relevância no estudo dos princípios constitucionais processuais, destaca-se o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, expresso no art. 5º, inc. XXXV, que deve ser concebido como garantia e direito fundamental ao acesso à justiça. Este é o fundamento primário do direito processual coletivo, por não fazer distinção entre demandas de natureza individual ou coletiva, quando estabelece em seu texto o seguinte preceito. “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, circunstância que o texto constitucional anterior ao de 1988 não fazia.

4.4 – Análise dos Princípios Específicos do Sistema Processual Coletivo

Após breve análise acerca dos princípios da teoria geral e no direito constitucional, pode-se chegar a algumas conclusões, antes de se falar da princiologia específica do sistema processual coletivo.

Diante disso, afirma-se que, na atualidade, os princípios jurídicos devem ser analisados não apenas no plano abstrato, mas sim adequados à sua realidade social, já que só assim buscarão a sua devida legitimação. Outra breve constatação é a de que o sistema constitucional brasileiro é aberto e dinâmico em virtude da contemplação do princípio democrático (processo de continuidade transpessoal e de irredutibilidade do processo político), que deve ser tido como o suporte que legitima o direito processual coletivo enquanto nova vertente do direito processual.

Por fim, ressalte-se a noção de que existem princípios expressos e implícitos no ordenamento jurídico, sendo tarefa inarredável, tanto do intérprete quanto do aplicador das leis, baseado no princípio democrático, preconizado por Joaquim J. Gomes Canotilho, a extração dos postulados constitucionais e infraconstitucionais das diretrizes principiológicas, “que podem ser concebidas como regras de efetivação do direito ou como normas interpretativas”. (ALMEIDA, 2003, p. 571)

Baseado nessas breves considerações passa-se à detida análise dos princípios específicos contidos no sistema processual coletivo.

4.4.1 – Princípio do Interesse Jurisdicional no Conhecimento do Mérito do Processo Coletivo

Devendo o Poder Judiciário assumir na atualidade um papel mais transformador da realidade social, com a promulgação da Constituição de 1988, notou-se que ele deixou de ser mero julgador de demandas individuais para passar a ser também julgador de demandas que envolvem conflitos de massa, fazendo-o assim por meio da jurisdição coletiva.

E será através da via jurisdicional coletiva que o Poder Judiciário terá mais condições de realizar os preceitos do princípio democrático tão exigido pela concepção do Estado Democrático de Direito, ao enfrentar e julgar àquelas demandas de cunho social que versam sobre questões ambientais, patrimônio público, consumidor, improbidade administrativa, etc.

Diante disso, pode-se considerar que o princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito coletivo é aquele em que o Poder Judiciário, na condição de guardião dos direitos e garantias sociais fundamentais, possui o interesse real de conhecer o mérito do processo coletivo com o objetivo de pacificar com justiça, ou seja, o não favorecimento de determinados

grupos em detrimento de outros, a busca pela efetivação dos valores democráticos, flexibilizando requisitos de admissibilidade da demanda processual, além da legitimação da função social que o processo agora assume, na concepção instrumentalista.

De acordo com Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 572), o interesse em conhecer o mérito do processo é o interesse que o Poder Judiciário possui na “resolução do conflito coletivo, de sorte a atender os fundamentos e os objetivos do Estado Democrático de Direito estabelecido nos arts. 1º e 3º da CF” e não a propensão de julgar a favor deste ou daquele demandante. Não sendo mais admissível que o Poder Judiciário fique restrito a questões formais, pautadas numa filosofia liberal enaltecadora do individualismo há muito tempo superado pelos ideais fundamentais do Estado Democrático de Direito.

4.4.2 – Princípio da Máxima Prioridade Jurisdicional da Tutela Coletiva

Com intuito de se evitar a indesejada proliferação de demandas individuais que versem sobre questões sociais, além das possíveis decisões conflitantes acerca da matéria, devem os processos coletivos ser analisados com máxima prioridade, em virtude do prevaecimento do interesse social sobre o individual.

Assim, o princípio em análise é tido como consequência da supremacia do interesse social sobre o individual decorrido do art. 5º, § 1º, da CF/88, que preconiza a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

O Poder Judiciário desse modo, deve atuar assim como o faz em relação ao *habeas corpus*, *mandado de segurança* e o *habeas data*, de maneira prioritária à tramitação e julgamento do processo coletivo. Já que no julgamento das demandas coletivas, poderá o magistrado dirimir, em um único processo por meio de uma única decisão, um grande conflito ou vários conflitos individuais ligados por origens comuns de fato ou de direito que justifique a necessidade da referida tutela jurisdicional.

4.4.3 – Princípio da Disponibilidade Motivada da Ação Coletiva

Tal princípio preleciona que diante da desistência infundada da ação coletiva ou o seu abandono, o respectivo ato deverá ser submetido ao controle por parte dos outros legitimados ativos e, particularmente, ao Ministério Público, nos preceitos do art. 5º, § 3º, da Lei 7.347/85, devendo o *parquet* assumir a titularidade da ação, nessas hipóteses.

Essa modalidade de controle sobre o abandono ou a desistência sem motivação da ação coletiva pode ser exercida não apenas pelo Ministério Público, mas também por qualquer outro legitimado coletivo ativo, “os quais, poderão prosseguir no feito, assumindo o pólo ativo da relação jurídica processual”. (ALMEIDA, 2003, p. 574)

Mesmo que se busque a tutela de direitos individuais homogêneos, o princípio ora em análise possui fundamentação expressa em lei, além de se justificar com base nos interesses sociais contidos nas demandas coletivas.

4.4.4 – Princípio da Presunção da Legitimidade “ad causam” Ativa pela Afirmação do Direito

Decorre do texto constitucional em virtude de ser o Ministério Público o principal legitimado ativo para o ajuizamento de ações coletivas. De acordo com que estabelece o art. 127, *caput*, da CF ao dizer que o *parquet* é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. É a legitimação institucional, bastando aí a observação da presença de direito social.

Além do art. 127, o art. 129, inc. III, ambos constantes do texto constitucional, também confirmam o referido princípio, quando estabelece legitimidade ao Ministério Público para a defesa, através da ação civil pública, de todo e qualquer interesse ou direito difuso ou coletivo. Bastando assim, a afirmação da ocorrência de direito coletivo, para que se presuma a legitimidade constitucional do *parquet*, não havendo aí a necessidade de se debater sobre a real titularidade do direito coletivo defendido, para se aferir legitimidade.

Por fim, note-se que o princípio da presunção de legitimidade pela afirmação de direito não se aplica apenas ao Ministério Público, mas também aos outros legitimados coletivos ativos, conforme o disposto no art. 129, § 1º da Lei Maior, do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, além do art. 5º da Lei 7.347/85.

4.4.5 – Princípio da Não-Taxatividade da Ação Coletiva

Por este princípio qualquer modalidade de direito coletivo em sentido amplo poderá ser tutelado por intermédio das ações coletivas. É que antes do atual sistema constitucional, como ressaltado anteriormente, e do Código de Defesa do Consumidor, existia a taxatividade ao se propor as demandas, que na maioria delas, por sua vez, possuíam caráter individualístico, o que dificultava a percepção do que podia ser tido como demandas de caráter social.

Com a entrada em vigor de nosso atual diploma constitucional em 1988, tal concepção foi mudada com a inserção do art. 5º, inc. XXXV, que não faz nenhuma distinção entre demandas individuais e coletivas, devendo ambas ser apreciadas livremente pelo Poder Judiciário quando levadas ao seu conhecimento.

Dessa forma, se forem verificadas limitações com tal conteúdo, tanto pela lei quanto pela jurisprudência, deverá o operador e o aplicador do direito expurgá-las do sistema jurídico, uma vez que tais aberrações ferem diretamente disposições constitucionais como os arts. 5º, inc. XXXV e o 129, inc. III.

Exemplo flagrante desta concepção é a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/85, acrescentado pelo art. 6º da Medida Provisória M.2.102-27, de 26-1-2001 (*DOU*, 27 jan. 2001), e reproduzido pela atual Medida Provisória M.2.180-35, de 24-8-2001, que dispõe, *in verbis*:

Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos benefícios podem ser individualmente determinados.

4.4.6 – Princípio do Máximo Benefício da Tutela Jurisdicional Coletiva

Carrega este princípio a noção de que deverá a tutela jurisdicional coletiva buscar a resolução de grandes conflitos sociais ou vários individuais, ligado pela homogeneidade, através de um único processo. Tendo assim como objetivo evitar a proliferação indesejável de demandas individuais e a “ocorrência de situações sociais conflitivas que possam gerar desequilíbrio e insegurança na sociedade”. (ALMEIDA, 2003, p. 575)

Busca-se, por meio desse princípio, o máximo aproveitamento da prestação jurisdicional coletiva, com o intuito de se evitar novas demandas, em especial as demandas individuais que possuam idêntica causa de pedir. É o conhecido “sistema de extensão *in utilibus* da imutabilidade do comando emergente do conteúdo da decisão de procedência do pedido da ação coletiva” (ALMEIDA, 2003, p. 576). Tal princípio está implicitamente previsto no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor. Pelo § 3º do art. 103 deste, percebe-se que os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16 em sua combinação com o art. 13 da Lei de Ação Civil Pública, não prejudicarão as ações por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente, “todavia, se precedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99 do diploma consumerista.

4.4.7 – Princípio da Máxima Efetividade do Processo Coletivo

É decorrente não apenas dos aspectos processuais formais, mas sim da necessidade de efetividade real do processo coletivo, devendo este estar revestido de todos os elementos indispensáveis para que possa ser efetivo.

Assim, deverá o magistrado exercer com maior vigor todos os seus poderes instrumentais no decorrer da marcha processual coletiva determinando a produção de todas as provas pertinentes, com o objetivo de se esgotar a tutela jurisdicional de forma legítima, em virtude da alta relevância do interesse social sempre presente nessas causas.

Apesar do princípio da máxima efetividade do processo coletivo oferecer poderes instrutórios mais amplos aos juizes nas demandas coletivas, permitindo a estes atuarem independentemente da iniciativa das partes, na busca da verdade processual e efetividade do processo coletivo, deverão eles respeitar alguns limites constitucionais, tais como a garantia do contraditório e da ampla defesa, a proibição de utilização de provas obtidas por meios ilícitos e a exigência de que todas as decisões jurisdicionais sejam fundamentadas, sob pena de nulidade.

Diante disso, destaca-se alguns outros poderes que visam garantir a máxima efetividade do processo coletivo como nos casos em que o magistrado poderá conceder liminar, com ou sem justificação prévia (art. 12 da Lei 7.347/85), a concessão antecipada de tutela (art. 84, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor), assim como a utilização de medidas de apoio previstas no art. 84, § 5º, do diploma consumerista, que tem por objetivo o asseguramento do resultado prático equivalente.

4.4.8 – O Princípio da Máxima Amplitude da Tutela Jurisdicional Coletiva e o Princípio da Obrigatoriedade da Execução Coletiva pelo Ministério Público

Pelo primeiro princípio pode-se dizer que para a proteção jurisdicional dos direitos fundamentais coletivos, são admissíveis quaisquer espécies de ações, procedimentos, medidas, provimentos antecipatórios, desde que adequados e necessários para viabilizarem a correta e efetiva tutela dos direitos massificados pleiteados. Diante desta consideração, percebe-se que todos os instrumentos processuais hoje disponíveis poderão ser utilizados no pleiteamento da tutela jurisdicional coletiva. Como por exemplo, o cabimento de ação cognitiva, com todos os seus tipos de provimentos (declaratório, condenatório, constitutivo e mandamental), ação de execução em todas as suas modalidades, além das cautelares com suas respectivas medidas de efetividade pertinentes.

No que se refere ao outro princípio, tal conteúdo principiológico possui previsão expressa em lei, ao determinar que o Ministério Público na desídia de outros legitimados ativos, possui o dever de promover a execução coletiva (art. 15, da Lei 7.347/85). Além desta previsão contida na Ação Civil Pública, destaca-se também a prevista na Lei 4.717/65, que disciplina a Ação Popular, no seu art. 16, quando confere legitimidade ao Ministério Público para a execução coletiva, devendo o *parquet* assim agir nos casos em que se observar a desídia do cidadão – autor ou de qualquer outro legitimado ativo.

CONCLUSÃO

1. Diante das grandes transformações sociais observadas no desenvolver no movimento histórico afirma-se que a tutela coletiva, seja ela referente tanto ao direito substancial quanto ao direito formal, deve estar totalmente sintonizada com a realidade a fim de que ela possa cumprir, verdadeiramente, o seu objetivo, o de conferir aos cidadãos a efetiva proteção de seus direitos.
2. Toda a resistência oferecida à concepção coletiva de direito processual em virtude da formação liberal – individualista do operador Direito, voltado às preocupações dos conflitos interindividuais, deve agora estar pautada com a filosofia do Estado Democrático de Direito, que foi elevado pela Constituição Federal de 1988 à condição de princípio fundamental da República Federativa do Brasil, de cunho social.
3. A ação popular romana foi a primeira forma de tutela coletiva até então concebida na história, ao se ter a noção de que, apesar da existência de conflitos individuais e conflitos coletivos na circunscrição da Administração Estatal, existiam também conflitos que extrapolavam a esfera jurisdicional privada e que não eram de caráter social dos indivíduos como integrantes da sociedade, em que se faziam presentes interesses ou direitos pertinentes a todos os cidadãos como um conjunto e a nenhum em específico.
4. Com a queda do movimento histórico despótico, isto é, dos governos totalitários e arbitrários, foram propiciadas várias condições para o surgimento da ação popular no direito moderno, na forma de um mecanismo de viabilização para a proteção dos direitos do cidadão no exercício da democracia.
5. A ação popular no Brasil foi concebida no cenário histórico na qual se determinam duas fases distintas: a anterior à Constituição de 1934 e a posterior à mesma. Sendo o primeiro período marcado pela falta de

previsão constitucional de nenhum instrumento processual destinado à instauração da tutela coletiva. Enquanto a posterior, através do inc. XXXVIII do art. 113 da CF/1.934, vem a integrar expressamente as garantias dos cidadãos ao disciplinar que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou a anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”.

6. Após a supressão da ação popular pela Carta Maior de 1937 e um pouco mais ampliada pela Constituição de 1946. A Carta de 1967 manteve a previsão da demanda popular, além da Emenda Constitucional 1/69, no seu art. 153, inc. XXXI, na legislação constitucional, fazendo com o que legislador, naquele momento, sensível à evolução dos interesses coletivos, no ano de 1965 editasse a Lei 4.717/65 que regulamentou o exercício da Ação Popular no Brasil, que permanece em vigor até hoje.
7. Apesar da grande evolução da tutela coletiva brasileira com a entrada em vigor da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), ampliada pela Constituição de 1988, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), dentre outros diplomas, afirma-se que o ciclo dessa modalidade de direitos de massa ainda não se formou, até mesmo porque o movimento histórico continua firme na sua trajetória, o que determina sempre transformações na realidade social.
8. O sistema norte-americano das *class actions* foi a maior influência recebida pela tutela coletiva brasileira por prever novas categorias de legitimação para tais demandas, o modo como serão proferidos os efeitos da coisa julgada, além dos provimentos declaratórios, mandamentais e executórios.
9. O direito processual deve ser na atualidade encarado em seus dois sentidos vetoriais; o sentido Constituição – Processo, que prevê a tutela constitucional dos princípios que devem regê-lo, elevados ao patamar constitucional e o sentido Processo – Constituição, referente à jurisdição constitucional, voltada ao controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos, além da preservação das garantias oferecidas pela Constituição (jurisdição constitucional das liberdades) e a idéia da instrumentalidade processual em si mesma.
10. O acesso à ordem jurídica justa com a flexibilização do sistema processual, ou seja, a busca da realização da pacificação social através do não favorecimento de determinados grupos em detrimento de outros, e o mecanismo introduzido pela EC 45/2004, o inc. LXXVIII, ao art. 5º da CF/88, a garantia da celeridade processual, são as maiores ferramentas colocadas à disposição dos operadores do direito processual na busca pela efetivação dos direitos e garantias previstas pelo direito substancial.

11. Os princípios da Teoria Geral do Direito conjugados com os princípios de Direito Constitucional são os elementos norteadores de aplicação de todos os outros princípios específicos das demais ramificações do Direito, inclusive os referentes à tutela de massa.
12. O princípio democrático é o resultado da conjugação das exigências básicas fundamentais das sociedades, direcionado aos que atuam na realização dos interesses sociais, através da proibição da distinção no gozo de direitos, sobretudo por motivos econômicos ou de discriminação entre classes sociais.
13. Assim como o *habeas corpus*, o *habeas data* e o *mandado de segurança*, o Poder Judiciário com base no princípio da máxima prioridade jurisdicional da tutela coletiva, deve atuar de maneira prioritária à tramitação e julgamento do processo. Já nele se faz presente a prevalência do interesse de massa sobre o privado.
14. O art. 5º, inc. XXXV da Constituição de 1988, foi o responsável por suprimir a taxatividade que se fazia antes entre demandas individuais e coletivas a serem levadas à apreciação do Poder Judiciário, disciplinado através do específico princípio da não – taxatividade da ação coletiva.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo, Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo, Influência do Direito Material sobre o Processo*. 3. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.
- BUENO, Cássio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*. Vol. 82, jan.-mar./1996, p. 92-191.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CASAVOLA, Franco. *Studi sulle azioni popolari romane*. Napole: Jovene, 1958.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. “*Class action*” e o *mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. Apresentação de José Joaquim Gomes Canotilho. São Paulo: RT, 1999.

- FAGUNDES, Miguel Seabra. Da ação Popular. *Revista de Direito Administrativo*. Vol. VI, p. 1-19, Rio de Janeiro, 1946.
- GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al.]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Ed. Celso Bastos Editor, 2003.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 8. ed. São Paulo: Ed. Método, 2005.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 1968.
- . *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2000.