

DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

Ada Pellegrini Grinover

Sumário: 1. O “estado da arte”; 2. Princípios do direito processual coletivo; 2.1. Princípio do acesso à justiça; 2.2. Princípio da universalidade da jurisdição; 2.3. Princípio de participação; 2.4. Princípio da ação; 2.5. Princípio do impulso oficial; 2.6. Princípio da economia; 2.7. Princípio da instrumentalidade das formas; 3. Conclusão quanto aos princípios; 4. Institutos fundamentais do direito processual coletivo; 4.1. Legitimação; 4.2. Representatividade adequada; 4.3. Coisa julgada; 4.4. Pedido e causa de pedir; 4.5. Conexão, continência e litispendência; 4.6. Preclusões; 4.7. Competência; 4.8. Ônus da prova; 4.9. Liquidação da sentença; 4.10. Indenização pelos danos provocados; 4.11. Outros institutos; 5. Conclusão quanto aos institutos; 6. Direito Processual Coletivo.

1 – O “estado da arte”. Entre os países de *civil law*, o Brasil foi pioneiro na criação e implementação dos processos coletivos. A partir da reforma de 1977 da Lei da Ação Popular, os direitos difusos ligados ao patrimônio ambiental, em sentido lato, receberam tutela jurisdicional por intermédio da legitimação do cidadão. Depois, a lei n. 6.938/81 previu a titularidade do MP para as ações ambientais de responsabilidade penal e civil. Mas foi com a Lei n. 7.347/85 – a Lei da Ação Civil Pública - que os interesses transindividuais, ligados ao meio ambiente e ao consumidor, receberam tutela diferenciada, por intermédio de princípios e regras que, de um lado, rompiam com a estrutura individualista do processo civil brasileiro e, de outro, acabaram influenciando no CPC¹. Tratava-se, porém, de uma tutela restrita a objetos determinados (o meio ambiente e os consumidores), até que a Constituição de 1988 veio universalizar a proteção coletiva dos interesses ou direitos transindividuais, sem qualquer limitação em relação ao objeto do processo. Finalmente, com o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, o Brasil pôde contar com um verdadeiro microsistema de processos coletivos, composto pelo Código - que também criou a categoria dos interesses ou direitos individuais homogêneos - e pela Lei n. 7.347/85, interagindo mediante a aplicação recíproca das disposições dos dois diplomas.

Vinte anos de experiência de aplicação da Lei da ACP, quinze de CDC, numerosos estudos doutrinários sobre a matéria, cursos universitários, de graduação e pós-graduação, sobre processos coletivos, inúmeros eventos sobre o tema, tudo autoriza o Brasil a dar um novo passo rumo à elaboração de uma Teoria Geral dos Processos Coletivos, assentada no entendimento de que nasceu um novo ramo da ciência processual, autônomo na medida em que observa seus próprios princípios e seus institutos fundamentais, distintos dos princípios e institutos do direito processual individual².

Este trabalho objetiva examinar os princípios e institutos fundamentais do direito processual coletivo, naquilo em que se diferenciam dos que regem o direito processual individual, com a finalidade de aferir se efetivamente se pode falar de um novo ramo do direito processual.

2 – Princípios do direito processual coletivo. Considerando, além do jurídico, os escopos sociais e políticos do processo, bem como seu compromisso com a ética e a moral, a ciência processual atribui extraordinária relevância a certos princípios, que não se prendem à dogmática jurídica ou à técnica processual, valendo como algo externo ao sistema processual e servindo-lhe de sustentáculo legitimador.

Existem, sem dúvida, princípios – como os constitucionais – que são comuns a todos os ramos do processo (penal e não-penal), até porque todos se embasam na plataforma comum que permite a elaboração de uma teoria geral do processo. Mas outros princípios têm aplicação diversa no campo penal e no campo civil, daí derivando feições diversas nos dois grandes ramos da ciência processual. Ninguém duvida, no campo não penal, da existência de um processo civil, ao lado de um processo trabalhista, por exemplo.

Vamos então examinar se, dentro do processo civil, existem princípios que assumam feição diversa no processo individual e no coletivo.

¹ . Assim ocorreu, por exemplo, com as obrigações de fazer ou não fazer.

² . Entre as obras que tratam do direito processual coletivo, como ramo autônomo do Direito Processual, pode-se lembrar a de Gregório Assagra de Almeida, “Direito processual Coletivo brasileiro”, São Paulo, Saraiva, 2.003.

2.1 – Princípio do acesso à justiça. O tema do acesso à justiça, dos mais caros aos olhos processualista contemporâneo, não indica apenas o direito de aceder aos tribunais, mas também o de alcançar, por meio de um processo cercado das garantias do devido processo legal, a tutela efetiva dos direitos violados ou ameaçados. Na feliz expressão de Kazuo Watanabe, o acesso à justiça resulta no **acesso à ordem jurídica justa**.

Um dos mais sensíveis estudiosos do acesso à justiça – Mauro Cappelletti – identificou três pontos sensíveis nesse tema, que denominou “ondas renovatórias do direito processual”: a – a assistência judiciária, que facilita o acesso à justiça do hipossuficiente; b – a tutela dos interesses difusos, permitindo que os grandes conflitos de massa sejam levados aos tribunais; c – o modo de ser do processo, cuja técnica processual deve utilizar mecanismos que levem à pacificação do conflito, com justiça.

Percebe-se, assim, que o acesso à justiça para a tutela de interesses transindividuais, visando à solução de conflitos que, por serem de massa, têm dimensão social e política, assume feição própria e peculiar no processo coletivo. O princípio que, no processo individual, diz respeito exclusivamente ao cidadão, objetivando nortear a solução de controvérsias limitadas ao círculo de interesses da pessoa, no processo coletivo transmuda-se em princípio de interesse de uma coletividade, formada por centenas, milhares e às vezes milhões de pessoas.

E o modo de ser do processo, que, quando individual, obedece a esquemas rígidos de legitimação, difere do modo de ser do processo coletivo, que abre os esquemas da legitimação, prevendo a titularidade da ação por parte do denominado “representante adequado”³, portador em juízo de interesses e direitos de grupos, categorias, classes de pessoas.

2.2 – Princípio da universalidade da jurisdição. Liga-se ao princípio do acesso à justiça o da universalidade da jurisdição, segundo o qual o acesso à justiça deve ser garantido a um número cada vez maior de pessoas, amparando um número cada vez maior de causas.

O princípio da universalização da jurisdição tem alcance mais restrito no processo individual, limitando-se à utilização da técnica processual com o objetivo de que todos os conflitos de interesses submetidos aos tribunais tenham resposta jurisdicional, e justamente a resposta jurisdicional adequada.

Mas o princípio assume dimensão distinta no processo coletivo, pois é por intermédio deste que as massas têm a oportunidade de submeter aos tribunais as novas causas, que pelo processo individual não tinham sequer como chegar à justiça. O tratamento coletivo de interesses e direitos comunitários é que efetivamente abre as portas à universalidade da jurisdição.

2.3 – Princípio de participação. O princípio participativo é insito em qualquer processo, que tem nele seu objetivo político. Mas, enquanto no processo civil individual a participação se resolve na garantia constitucional do contraditório (*participação no processo*), no processo coletivo a participação se faz também *pelo processo*. A participação popular pelo processo contava com exemplo clássico no processo penal brasileiro, pela instituição do Tribunal do Júri. Para os demais processos, sustentava-se enquadrar-se também no momento participativo o exercício da função jurisdicional por advogados e membros do MP, por força do quinto constitucional; e, ainda, da atividade de conciliadores, como nos Juizados Especiais e, mais timidamente, no processo comum. Mas se tratava de exemplos pontuais, ao passo que com o acesso das massas à justiça, grandes parcelas da população vêm participar do processo, conquanto por intermédio dos legitimados à ação coletiva.

Aliás, uma consideração deve ser feita que distingue a *participação no processo*, pelo contraditório, entre o processo individual e o processo coletivo. Enquanto no primeiro o contraditório é exercido diretamente, pelo sujeito da relação processual, no segundo – o processo coletivo – o contraditório cumpre-se pela atuação do portador, em juízo, dos interesses ou direitos difusos e coletivos (transindividuais) ou individuais homogêneos. Há, assim, no processo coletivo, em comparação com o individual, uma participação maior *pelo processo*, e uma participação menor *no processo*: menor, por não ser exercida individualmente, mas a única possível num processo coletivo, onde o contraditório se exerce pelo chamado “representante adequado”.

³ Ver adiante, n. 4.2

2.4 – Princípio da ação. O princípio da ação ou da demanda indica a atribuição à parte da iniciativa de provocar o exercício da função jurisdicional (*nemo iudex sine actore*). Sob esse ponto de vista, processo individual e processo coletivo parecem idênticos, mas há, no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, iniciativas que competem ao juiz para *estimular* o legitimado a ajuizar a ação coletiva, mediante a ciência aos legitimados da existência de diversos processos individuais versando sobre o mesmo bem jurídico.

2.5 – Princípio do impulso oficial. O processo, que se inicia por impulso da parte, segue sua caminhada por impulso oficial. Esse princípio, que permite que o procedimento seja levado para frente até seu final, rege, de igual maneira, o processo individual e o coletivo. Mas a soma de poderes atribuídos ao juiz é questão intimamente ligada ao modo pelo qual se exerce o princípio do impulso oficial. Embora o aumento dos poderes do juiz seja, atualmente, visto como ponto alto do processo individual, a soma de poderes atribuídos ao juiz do processo coletivo é incomensuravelmente maior. Trata-se da *defining function* do juiz, de que fala o direito norte-americano para as *class actions*.

Pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos coletivos, caberão ao juiz medidas como desmembrar um processo coletivo em dois – sendo um voltado à tutela de interesses ou direitos difusos ou coletivos, outro voltado à proteção dos individuais homogêneos, se houver conveniência para a tramitação do processo; certificar a ação como coletiva; dirigir como gestor do processo a audiência preliminar, decidindo desde logo as questões processuais e fixando os pontos controvertidos, quando falharem os meios alternativos de solução de controvérsias; flexibilizar a técnica processual, como, por exemplo na interpretação do pedido e da causa de pedir. E caberá ao tribunal determinar a suspensão de processos individuais, em determinadas circunstâncias, até o trânsito em julgado da sentença coletiva.

Todos esses poderes, alheios ao Código de Processo Civil, dão uma nova dimensão ao princípio do impulso oficial.

2.6 – Princípio da economia. O princípio da economia preconiza o máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais. Típica aplicação do princípio encontra-se no instituto da reunião de processos em casos de conexidade e continência e do encerramento do segundo processo em casos de litispendência e coisa julgada.

Mas os conceitos de conexidade, continência e litispendência são extremamente rígidos no processo individual, colocando entraves à identificação das relações entre processos, de modo a dificultar sua reunião ou extinção. No Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos o que se tem em mente, para a identificação dos fenômenos acima indicados, não é o pedido, mas o bem jurídico a ser protegido; pedido e causa de pedir serão interpretados extensivamente; e a diferença de legitimados ativos não será empecilho para o reconhecimento da identidade dos sujeitos. Isso significa que as causas serão reunidas com maior facilidade e que a litispendência terá um âmbito maior de aplicação.

Outros institutos, como o reforço da coisa julgada de âmbito nacional e a expressa possibilidade de controle difuso da constitucionalidade pela via da ação coletiva, levarão ainda mais o processo coletivo a – na feliz expressão de Kazuo Watanabe – “molecularizar” os litígios, evitando o emprego de inúmeros processos voltados à solução de controvérsias fragmentárias, dispersas, “atomizadas”.

2.7 – Princípio da instrumentalidade das formas. Esse princípio demanda que as formas do processo não sejam excessivas, sufocando os escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição, devendo assumir exclusivamente o formato necessário a assegurar as garantias das partes e a conduzir o processo a seu destino final: a pacificação com justiça.

A técnica processual deve ser vista sempre a serviço dos escopos da jurisdição e ser flexibilizada de modo a servir à solução do litígio. A interpretação rigorosa da técnica processual, no processo individual, tem dado margem a que um número demasiado de processos não atinja a sentença de mérito, em virtude de questões processuais (condições da ação, pressupostos processuais, nulidades, preclusões, etc.).

As normas que regem o processo coletivo, ao contrário, devem ser sempre interpretadas de forma aberta e flexível – há disposição expressa nesse sentido no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – e o juiz encontrará nelas sustentáculo para uma postura menos rígida e formalista.

O princípio geral do processo coletivo – capaz de transmitir-se ao processo individual – é muito claro, nesse campo: observado o contraditório e não havendo prejuízo à parte, as formas do processo devem ser sempre flexibilizadas.

3 – Conclusão quanto aos princípios. Tudo isso demonstra à saciedade que muitos dos princípios gerais do direito processual assumem feição própria no processo coletivo, apontando para a existência de diferenças substanciais.

4 – Institutos fundamentais do processo coletivo. No campo dos institutos fundamentais, o processo coletivo conta com institutos muito diversos daqueles em que se alicerça o processo individual.

4.1 – Legitimação. O esquema rígido da legitimação, regida para o processo individual pelo art. 6º do CPC, é repudiado no processo coletivo, que passa a adotar uma legitimação autônoma e concorrente aberta, múltipla, composta.

4.2 – Representatividade adequada. Esse instituto, desconhecido do processo individual, alicerça no processo coletivo a legitimação, exigindo que o portador em juízo dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos apresente as necessárias condições de seriedade e idoneidade, até porque o legitimado é o sujeito do contraditório, do qual não participam diretamente os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas.

Embora a legislação atual brasileira não mencione expressamente a representatividade adequada, ela inquestionavelmente pode ser vislumbrada em normas que dizem respeito à legitimação das associações. No Código projetado, a representatividade adequada está acoplada aos requisitos objetivos que acompanham as normas sobre legitimação e deverá ser aferida pelo juiz quando o legitimado for pessoa física e nas ações coletivas passivas.

4.3 – Coisa julgada. A coisa julgada, rigorosamente restrita às partes no processo individual, tem regime próprio no processo coletivo: *erga omnes*, por vezes *secundum eventum litis* e, no Código projetado, *secundum eventum probationis* – ou seja, possibilitando a repositura da ação, com base em provas novas, supervenientes, que não puderam ser produzidas no processo e capazes, por si só, de mudar seu resultado.

4.4 – Pedido e causa de pedir. O conceito rígido de pedido e causa de pedir, próprio do CPC, aplicado ao processo coletivo, tem dificultado a reunião de processos coletivos, provocando a condução fragmentária de processos, com decisões contraditórias. O Código projetado muda radicalmente a forma de interpretação do pedido (olhando para o bem jurídico a ser tutelado) e da causa de pedir.

4.5 – Conexão, continência e litispendência. A redifinição da interpretação do pedido e da causa de pedir, assim como da identidade de partes, tem reflexos imediatos nos institutos da conexão, continência e litispendência (e até da coisa julgada). Reporto-me, nesse ponto, ao n. 2.6 deste trabalho.

4.6 – Preclusões. O sistema processual civil brasileiro distingue-se de outros (como o italiano) por um regime rígido de preclusões, com a correlata perda de faculdades processuais – o que tem ocasionado, aliás, o grande mal da recorribilidade das interlocutórias e a multiplicação de agravos. Mas as preclusões devem ser vistas exclusivamente em sua função positiva, qual seja a de conduzir o procedimento para o seu resultado final, evitando o retorno a etapas anteriores. As preclusões não devem impedir, por exemplo, a mudança do pedido e da causa de pedir, após a contestação, desde que seja feita de boa fé e não haja prejuízo para o demandado, observado sempre o contraditório.

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos permite a alteração do pedido e da causa de pedir, até a sentença, nas condições acima referidas.

4.7 – Competência. As normas do microsistema brasileiro sobre a Ação Civil Pública privilegiam o foro do local dos danos, criando competências concorrentes. Mas mais importante e reveladora é a natureza absoluta da competência territorial.

4.8 – Ônus da prova. Além da inversão do ônus da prova, *ope judicis*, prevista no Código de Defesa do Consumidor, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos adota o critério dinâmico da distribuição do ônus da prova, cabendo a prova dos fatos a quem tiver maior proximidade com eles e maior facilidade para demonstrá-los.

4.9 - Liquidação da sentença. No processo individual, a liquidação da sentença abrange apenas o *quantum debeatur*, ao passo que na liquidação da sentença coletiva condenatória à reparação dos danos individualmente sofridos (interesses ou direitos individuais homogêneos) é necessário, alguém da quantificação dos prejuízos, apurar parte do *an debeatur* (a existência do dano individualmente sofrido e o nexa causal com o dano geral reconhecido pela sentença).

4.10 – Indenização pelos danos provocados. A *fluid recovery* é instituto típico das ações coletivas que permite, em determinadas circunstâncias, que se passe do ressarcimento pelos *danos sofridos* (regulado pelo Código Civil) à reparação dos *danos provocados*, na hipótese de o prejuízo individual ser muito pequeno ou as vítimas dificilmente identificáveis.

4.11 – Outros institutos. Diferenças profundas entre os institutos fundamentais do processo individual e do coletivo podem ser encontradas, sobretudo segundo o Código projetado, nos **poderes do juiz e do Ministério Público, no efeito meramente devolutivo da apelação, na competência para a liquidação e a execução, na execução provisória, etc.**

5 – Conclusão quanto aos institutos. Sem sombra de dúvida, pode-se afirmar que o processo coletivo alicerça-se em institutos fundamentais próprios, totalmente diversos de muitos dos institutos fundamentais do direito processual individual.

6 – Direito processual coletivo. A análise dos princípios gerais do direito processual, aplicados aos processos coletivos, demonstrou a feição própria e diversa que eles assumem, autorizando a afirmação de que o processo coletivo adapta os princípios gerais às suas particularidades. Mais vistosa ainda é a diferença entre os institutos fundamentais do processo coletivo em comparação com os do individual.

Tudo isso autoriza a conclusão a respeito do surgimento e da existência de um novo ramo do Direito Processual, o **Direito Processual Coletivo**, contando com princípios revisitados e institutos fundamentais próprios e tendo objeto bem definido: a tutela jurisdicional dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.