

O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO VIGENTE: INCOMPATIBILIDADES ENTRE SEUS INSTITUTOS PRIVATISTAS E A BUSCA PELA EFETIVIDADE DOS “DIREITOS SEM DONO”

Thomé Rodrigues de Pontes Bomfim

Advogado, Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas, Especialista em Direito Constitucional pelo Centro de Estudos Superiores de Maceió, Professor de Teoria da Constituição no CESMAC.

RESUMO: *Este artigo trata da insuficiência dos institutos processuais privatistas e sua incompatibilidade com os “direitos sem dono”.*

ABSTRACT: *This article deals with the lack of procedural privates institutes and their incompatibility with the “no owner’s rights”.*

PALAVRAS-CHAVE: *Celeridade processual, efetividade e “direitos sem dono”.*

KEYWORDS: *Promptness, effectiveness and no owner’s rights.*

INTRODUÇÃO

A realização dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988 trouxe mudanças substanciais no processo civil brasileiro, como, por exemplo, o julgamento preliminar de mérito, a súmula impeditiva de recurso, a súmula de jurisprudência dominante, bem como regulamentações de repercussão geral, entre outras tantas inovações¹.

Diante de tal contexto, impende frisar a flagrante inadequação dos princípios regentes do processo individual junto às lides coletivas, pressupondo uma nova leitura dos institutos processuais clássicos, uma vez que a simples transposição dos institutos privatistas, sem as devidas alterações e temperamentos inerentes à própria natureza das demandas coletivas, resta absolutamente incapaz para a defesa dos interesses difusos, coletivos ou mesmo individuais homogêneos².

¹ Não se perca de vista que a nova feição do processo civil brasileiro se evidencia por tazer maior agilidade aos julgados, no sentido de estabelecer um mecanismo que possibilite uma forma mais célere de julgamento de causas repetitivas, como por exemplo, o julgamento preliminar de mérito, onde se a matéria for exclusivamente de direito, e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida a sentença, reproduzindo-se o teor da decisão anteriormente prolatada.

² A mudança de paradigma do Estado Liberal para o *Welfare State*, bem como a nova hermenêutica constitucional, e a realização dos direitos fundamentais, impõem uma nova postura ao processo civil, obrigando tanto a ele quanto ao hermeneuta a quedarem-se hábeis às demandas trazidas pelos novos tempos.

O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO VIGENTE: INCOMPATIBILIDADES ENTRE SEUS INSTITUTOS PRIVATISTAS E A BUSCA PELA EFETIVIDADE DOS “DIREITOS SEM DONO”

Bastos (2009, p. 50) assinala que transformações no procedimento processual civil brasileiro têm feito com que decisões proferidas em processos individuais deixem de atingir somente as partes que neles atuam, influenciando no julgamento de outros tantos conflitos semelhantes ao caso concreto que é resolvido em um determinado processo.

Cabral (2007, p. 128) ressalta que a intenção foi procurar métodos de decisão em bloco que partissem de um caso concreto entre contendores individuais, tratando-se da instauração de uma espécie de incidente coletivo dentro de um processo individual, entretanto, preservando, dentro da multiplicidade genérica, a identidade e a especificidade do particular, sendo cada membro do grupo tratado como uma parte, ao invés de uma não parte substituída, na tentativa de estabelecer algo análogo a uma *class action*, porém sem classe.

Neste ponto específico, Grinover (2004, p. 830) observa que o objeto dos processos é inquestionavelmente diverso, consistindo, nas ações coletivas, na reparação ao bem indivisivelmente considerado, ou na obrigação de fazer ou não fazer, enquanto as ações individuais tendem ao ressarcimento pessoal. Com efeito, a concepção do CPC foi inspirada pelas ideias liberalistas dos diplomas europeus, consoante a própria exposição de motivos do referido texto legal, fundados na autonomia absoluta da vontade.

Ora, é cediço que a adoção de uma política estatal não intervencionista significa a construção de pilares teóricos absolutamente opostos aos sustentados pelo Estado Absolutista, incutindo no Direito Processual pátrio a ideia de uma postura neutra e distante do juiz, atuando exclusivamente quando provocado na forma e modos legais, imaginando estar sendo imparcial e mantendo uma falsa isonomia entre os litigantes por privilegiar a proteção do indivíduo egoisticamente considerado³.

A promulgação da Constituição Federal de 1988, em virtude da dignidade da pessoa humana e da realização dos direitos fundamentais, impõe a concretização do Estado Social, obrigando os Poderes Constituídos a assumir uma postura mais atuante em prol da coletividade, atentando-se, posteriormente, para o fato de que o maior responsável pelas

³ Até então é cristalina a divisão estanque que estabelecia ser público tudo que não fosse privado, logo, não havia como prosperar a mínima efetividade por parte dos direitos sociais, pois qualquer modalidade de organização seria tida como afronta à isonomia, estando o interesse público restrito à garantia da liberdade individual.

demandas em massa acabaria sendo o próprio Estado, em razão da ineficiência na prestação dos serviços públicos a seus administrados⁴.

Não se pode olvidar que em se tratando de direitos coletivos os institutos processuais marcados pelo liberalismo precisam ser submetidos a uma nova ótica⁵, posto que sua natureza transindividual, não admite que sejam interpretados à luz dos rigores formalistas que imperam nos processos individuais, com a finalidade de alcançar uma efetividade social através da tutela jurisdicional⁶.

Tal mudança evidencia a insuficiência e a limitação quando da aplicação dos antigos dogmas da hermenêutica privatista à tutela de direitos titularizados por toda uma coletividade, mormente quando apenas um legitimado move a ação em benefício de um todo coletivo, devendo-se ter em conta não a estrutura subjetiva do processo, mas sim a matéria litigiosa nele discutida⁷.

Assim, conforme José Carlos Barbosa Moreira (1991, p. 187), na realidade processual brasileira a peculiaridade mais marcante nas ações coletivas é a existência de uma permissão para que, embora interessando a uma série de sujeitos distintos, identificáveis ou não, possa ser ajuizada e conduzida por iniciativa de uma única pessoa, porquanto a matéria litigiosa veiculada nas ações coletivas refere-se, geralmente, a novos direitos e a novas formas de lesão oriundas de uma natureza comum, levando a transposição de uma estrutura atômica para uma estrutura molecular do litígio.

Logo, ainda que se trate de interesses patrimoniais individuais, ao assumir proporções coletivas eles adquirem uma conotação social, tornando-se indisponíveis processualmente, não obstante o lesado possa individualmente dispor de sua parcela, porém os legitimados

⁴ Por representar uma grande ameaça à manutenção do *status quo* estatal a lei da ação civil pública vem sofrendo uma série de restrições políticas, normalmente antecedidas por medidas provisórias, através das quais o administrador público legisla para si mesmo.

⁵ Neste sentido, o Ministro do STF Sepúlveda Pertence, em voto reproduzido na RTJ 142/446, assinala que, progressivamente, vem sendo posto em xeque o dogma do direito processual clássico, corolário das inspirações individualistas da ideologia liberal, qual seja o da necessária coincidência entre a legitimação para agir e a titularidade da pretensão material deduzida em juízo.

⁶ Impende frisar que a grande resistência para a utilização da ação civil pública em sede de implantação de políticas públicas na área da saúde deve-se ainda à ideia retrógrada do legislador liberal em querer instituir códigos hermeticamente fechados, numa tentativa desesperada de manter a ação individual como a via obrigatória de toda demanda, restando claro o traço privatista do sistema processual.

⁷ Não se trata de rechaçar ou mesmo de inutilizar os esquemas individualistas do garantismo processual. Ao contrário, sustenta-se tão somente que os institutos processuais se amoldem às novas demandas, e que seja reconhecida na ação civil pública uma forma eficaz de combater a inadimplência estatal em ofertar as prestações materiais prévias imprescindíveis ao exercício do direito fundamental à saúde, sendo tal argumento justificado pela própria perspectiva do processo no seu mister teleológico de realização da paz social atrelada à justiça. Assim, no caso de eventual lacuna, e dispondo o CPC de forma contrária aos princípios fundamentais da tutela coletiva, deverá o julgador densificar os princípios para a efetividade destes direitos, e nunca o contrário.

jamais poderão deles abrir mão, uma vez que não são os detentores da titularidade de tais direitos. (LEONEL, 2002, p. 324).

No mesmo sentido, Dinamarco (2004, p. 51) preceitua que o direito tende à universalização em todas as áreas, devendo o Estado interferir na regulação das relações entre os indivíduos, valorizando a preocupação social e, em decorrência, abandonando as soluções marcadamente privatistas herdadas do Direito Romano.

A seu turno, Arenhart e Marinoni (2003, p. 758) observam que não se podem aplicar indiscriminadamente as regras processo individual na tutela coletiva, não havendo razão para tratar da legitimidade para a tutela dos direitos metaindividuais a partir de seu correspondente no processo civil individual. Na verdade quando se pensa em direito alheio raciocina-se a partir de uma visão individualista, que não norteia a atuação da tutela coletiva, devendo a noção de direitos transindividuais romper com a ideia de que o direito ou é próprio ou é alheio. Ora, se o direito é titularizado pela comunidade ou pela coletividade, não é possível falar em direito alheio, não sendo mais satisfatória, por simples consequência lógica, a clássica dicotomia que classifica a legitimidade em ordinária e extraordinária.

O Texto Constitucional não deixa dúvidas acerca da garantia do acesso à justiça⁸, independentemente de se estar tratando de direitos individuais ou coletivos, logo, não privilegia apenas o direito individual, ou mesmo uma ação para cada direito, abarcando, além dos direitos coletivos, toda uma gama de ações cabíveis que visem assegurar sua tutela de forma adequada e efetiva⁹.

Portanto, uma mesma situação de direito material é suscetível de ensejar diversas tutelas possíveis¹⁰, não cabendo apenas uma ação única, muito pelo contrário, traduz antes a potencialidade de diversas eficácias voltadas à tutela jurisdicional.

Daí Fredie Didier e Hermes Zaneti (2008, p. 30) assinalam ser possível, a partir do mesmo fato ou da mesma lesão ao direito abstratamente considerado, o cabimento de uma

⁸ Ressalte-se que referido dispositivo constitucional garante proteção jurisdicional contra lesão ou ameaça a direito, não trazendo à baila qualquer restrição qualitativa. Exatamente por isso não só é inadmissível, como inconstitucional, o fato de os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos restarem excluídos do manto protetor assegurado pela prerrogativa da inafastabilidade da jurisdição.

⁹ Tal afirmação é evidenciada e confirmada pelos arts. 83 da Lei 8.078/90 e 82 da Lei 10.741/2003, ao permitirem a extensão subjetiva da coisa julgada em exclusivo benefício das pretensões individuais.

¹⁰ Neste sentido, Antonio Gidi entende que um mesmo fato lesivo é capaz de ensejar pretensões difusas, coletivas, individuais homogêneas e, mesmo, individuais puras, ainda que nem todas sejam baseadas no mesmo ramo do direito material, portanto, o critério identificador do direito coletivo não é a matéria, o tema ou o assunto abstratamente considerados, mas o direito subjetivo específico que foi violado. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 20-21.

ação civil pública para a tutela de um direito difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo, pleiteando, conforme o caso, a condenação genérica, uma tutela específica para retornar as coisas ao estado anterior (mandamental ou executiva), ou ainda, o dano moral decorrente da lesão aos interesses da coletividade. As demandas coletivas devem ser encaradas exatamente sob este prisma: o titular do direito não é uma pessoa individualmente considerada, mas sim toda uma coletividade.

Desta feita, anota Rodolfo de Camargo Mancuso (2009) que o tradicional critério dos *tria eadem* (mesmas partes, mesmo pedido e mesma causa de pedir) vem se mostrando cada vez mais inoperante em face das ações intersubjetivas, as quais apresentam coincidência entre as partes processual e substancial, em que a legitimação e o interesse devem ser aferidos por critérios outros, tais como: a relevância social do interesse objetivado, a idoneidade do representante ideológico e a chamada pertinência temática, que consiste na correlação lógica e necessária entre o objeto litigioso e a finalidade institucional do portador judicial.

Exatamente por isso é imprescindível visualizar a questão sob uma perspectiva que privilegie os pormenores exigidos por referidas demandas, tais como: uma postura mais atuante do magistrado que valorize o princípio inquisitivo¹¹; uma maior intervenção do Estado-Juiz para igualar as partes e permitir o devido processo legal¹²; a supremacia das técnicas de efetividade em detrimento das técnicas de segurança¹³; o desapego à forma rígida dos atos processuais¹⁴; a revisitação do mito e o dogma da coisa julgada material em prol das soluções justas; a valorização do juízo de verossimilhança¹⁵ e o agrupamento das tutelas processuais em um só processo (cognição, execução e cautelar)¹⁶. Ora, não resta dúvida

¹¹ Este princípio estabelece que diante de direitos indisponíveis da sociedade, uma vez proposta a demanda, o juiz atuará normalmente, bastando a provocação inicial, já que, nos processos coletivos, neutralidade pode ser sinônimo de parcialidade.

¹² Neste ponto o conceito de contraditório exerce papel crucial na realização dos direitos coletivos, devendo ser compreendido como um corolário de influência das partes em relação ao julgador, rompendo a vetusta ideia de restringi-lo a mera oportunidade de manifestação nos autos.

¹³ Num Estado que se pretenda democrático, a ação é tida não como um fim em si própria, mas como meio de se alcançar a efetivação dos direitos de forma justa. Exatamente por isso sua finalidade precípua é a jurisdição, potencializando seus resultados no sentido de tornar a tutela imediata e eficaz.

¹⁴ Não se perca de mira que em sede de processo coletivo sempre deve ser levado em consideração o fato de que o direito tutelado é titularizado por uma coletividade, configurando o legitimado ativo apenas como um impulsador escolhido de forma abstrata pelo legislador, daí se justificar a atenuação do rigor formalista em nome da economia processual.

¹⁵ Diante da urgência ínsita e a si inerentes, os processos coletivos admitem o juízo de probabilidades, visto que é impossível a conciliação entre o longo tempo de uma tutela exauriente e a necessidade por uma solução rápida e efetiva. Em que pesem os riscos oriundos de uma provável tutela, maior e ainda mais insuportável seria o prejuízo de toda uma coletividade, oriundo da não concessão da tutela imediata.

¹⁶ Ressalte-se que esta nova visão acerca dos aspectos processuais se deu em virtude das dimensões qualitativas e quantitativas dos direitos sociais. Exatamente por isto nos processos coletivos se encontrará em larga escala as modificações mencionadas.

acerca da instrumentalidade do processo. Assim sendo, este não representa o fim, mas o meio para a realização do direito, não tendo sentido a valorização de interpretações rígidas que excluam da apreciação do Judiciário o direito afirmado pelo autor, quando na verdade sua única finalidade consiste na viabilização de uma ordem jurídica justa¹⁷.

Almeida (2003, p. 572) lembra que o Poder Judiciário deve ser maleável no que tange aos requisitos de admissibilidade processual, no sentido de enfrentar o mérito do processo coletivo legitimando a sua função social, devendo, urgentemente, “demolir a prisão formalista alicerçada pela filosofia liberal individualista” já devidamente superada e completamente incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Watanabe (2006) preceitua que, infelizmente, um erro muito praticado na práxis forense vem sendo a constante e inadmissível fragmentação de um conflito coletivo em múltiplas ações pseudoindividuais¹⁸, quando na verdade a propositura de apenas uma ação coletiva seria bem mais apropriada, tendo em vista a natureza unitária e incindível da relação jurídica substancial em se tratando de natureza unitária e incindível da relação jurídica substancial¹⁹.

Araújo Filho (2000, p. 114) observa que uma ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos não significa a simples soma das ações individuais, ao revés, a ação coletiva é caracterizada por interesses individuais homogêneos, concentrando-se a pretensão do legitimado no acolhimento de uma tese jurídica geral, passível de ser aproveitada por muitas pessoas, o que é completamente diferente da apresentação de inúmeras pretensões singularizadas, especialmente verificadas em relação a cada um dos respectivos titulares do direito.

Didier e Zaneti (2008, p. 104) apontam que o sistema jurídico vem sendo submetido a constantes alterações com o fito de minimizar a possibilidade de decisões divergentes acerca da mesma questão de direito, envolvendo pessoas que se encontrem em uma mesma *situação de fato-tipo*, tais como: a criação da súmula vinculante (art. 103-A da CF/88, introduzido pela

¹⁷ Impende frisar que para assegurar tanto o acesso formal quanto o material a este novo tipo de tutela jurisdicional, é imprescindível que o devido processo legal assuma uma vocação coletiva, abandonando a dogmática em prol da efetividade da prestação da justiça.

¹⁸ Tais ações são assim classificadas porque os efeitos da tutela jurídica obtidos aparentam ser de natureza individual, quando na realidade são inerentemente extensíveis para toda a comunidade.

¹⁹ Embora discordando da vedação de processos individuais pela flagrante e evidente limitação ao direito fundamental de acesso à justiça, não há como negar que a gravidade da questão exige a racionalização das decisões judiciais, contudo, a cautela do julgador ante as peculiaridades de cada situação em concreto é absolutamente imprescindível, parecendo ser a suspensão dos processos individuais até o julgamento definitivo da demanda coletiva a solução mais plausível.

EC nº 45 de 2004), o julgamento imediato para causas repetitivas (art. 285-A do CPC, introduzido pela Lei 11.277 de 2006), bem como a eficácia extraprocessual concedida às decisões relativas ao controle de constitucionalidade difuso exercido pelo STF.

Almeida (2003) preceitua que o princípio da não taxatividade da ação coletiva autoriza qualquer tipo de direito coletivo em sentido amplo a buscar guarida nas ações coletivas.

Neste sentido, Lacerda (1976) ressalta a sabedoria do Código de Processo Civil Português ao tratar, no art. 265-A, do princípio da adequação formal, estabelecendo que, caso a tramitação processual prevista em lei não se ajuste às especificidades da causa, está autorizado o juiz, oficiosamente, ouvidas as partes, a determinar a prática dos atos que melhor se ajustem ao fim colimado pelo feito, bem como as necessárias adaptações.

Dinamarco (2004) sustenta que a moderna ciência do Direito afastou o irracional dogma segundo o qual o juiz que expressa seu pensamento sobre a causa, durante o processo, estaria prejudgando, e, pois, afastando-se do cumprimento do dever de imparcialidade, restando claro que o juiz mudo tem algo de Pilatos, que por temor ou vaidade, afasta-se do compromisso de fazer justiça.

Com efeito, o direito fundamental do acesso à justiça não deve estar dissociado da universalidade da jurisdição, procurando alcançar um número cada vez maior de pessoas em situações jurídicas conflituosas, com o fito de assegurar a solução justa para tais demandas, e a conseqüente harmonização social através da valorização de um tratamento coletivo e da proibição da fragmentação dos litígios, caso nos deparemos com fatos ou ações individuais que apresentem características comuns suficientes para autorizar a tutela coletiva. (MARINONI, 2006).

CONCLUSÃO

Diante dos contornos fáticos atualmente traçados pela realidade social vigente, urge que a interpretação tanto das regras quanto dos princípios do processo civil seja feita à luz da Constituição, de forma a assegurar a efetividade do direito material, garantia esta que apenas poderá ser alcançada através de instrumentos processuais aptos e capazes, restando completamente inadmissíveis decisões meramente processuais que releguem a efetividade dos direitos coletivos em nome da técnica processual.

Ora, como já observado por Eduardo Cambi (2009), a função social do processo civil reside na garantia da igualdade substancial, e exatamente por isso não deve atuar no sentido

de beneficiar o litigante mais hábil, mais culto, mais rico, mais forte, mas para dar razão à parte cujo direito seja superior, logo, enclausurar o processo no formalismo dogmático significa negar a justiça substancial propalada pelo Estado do Bem-Estar Social, contemplada na Constituição Federal de 1988.

Assim, para que a dogmática processual não seja convertida em mera abstração vazia, deve esta servir de método para que o Direito concretize a justiça, evitando a escravidão da multidão dos economicamente mais fracos pela minoria dos detentores do capital e dos meios de produção.

Muito embora não seja a pretensão do presente artigo sustentar que as ações coletivas se apresentem como o único meio (ou salvador da pátria) para a efetivação dos “direitos sem dono”, não se pode negar que elas constituem uma ferramenta muito importante neste sentido, já que privilegiam tanto a economia quanto a celeridade processual. Exatamente por isto devem ser tratadas como tal, exigindo respeito às suas respectivas peculiaridades e princípios próprios, restando clara a ineficiência dos institutos privatistas quando a elas cegamente aplicados, como meio de obtenção da tutela judicial com o fito de pleitear a efetividade dos “direitos sem dono”.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo. **Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
- BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. O Devido Processo Legal nas Causas Repetitivas. In: ARAÚJO, José Henrique Mout; DIDIER JR, Fredie (Coords.). **Tutela Jurisdicional Coletiva**. Salvador: Juspodivm, 2009.
- CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, ano 32, n.147. São Paulo: RT, maio/2007.
- CAMBI, Eduardo. Função Social do Processo Civil. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; DIDIER JR, Fredie (Coords.). **Tutela Jurisdicional Coletiva**. Salvador: Juspodivm, 2009.
- DIDIER Jr, Fredie; ZANETI Jr, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LACERDA, Galeno Vellino. O código como sistema legal de adequação do processo. **Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul** – Comemorativa do Cinquentenário 1926-1976, 1976, p. 161-170.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: RT, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar. 11. ed. São Paulo: RT, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na constituição federal de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, n. 61, 1991.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n.139, p. 29-35, 2006.