
Coleção
REPERCUSSÕES DO
**NOVO
CPC**

v.8



Coordenador geral
FREDIE DIDIER JR.

PROCESSO COLETIVO

Coordenador
HERMES ZANETI JR.

AUTORES

Alexandre Amaral Gavronski
Aluisio Gonçalves de Castro Mendes
Américo Bedê Júnior
Andre Vasconcelos Roque
Antonio do Passo Cabral
Artur César de Souza
Dalton Santos Moraes
Edilson Vitorelli
Eduardo Talamini
Fabiano Carvalho
Fernando da Fonseca Gajardoni
Fredie Didier Jr.
Gustavo Milaré Almeida
Hermes Zaneti Jr.
Hugo Nigro Mazzilli
Jordão Violin
Juliana Justo B. Castello
Karol Araújo Durço
Larissa Clare Pochmann da Silva
Leonardo Gonçalves Juzinskas
Marcelo Abelha Rodrigues
Márcia Vitor de Magalhães e Guerra
Márcio Soares Berclaz
Marco Félix Jobim
Millen Castro Medeiros de Moura
Ricardo de Barros Leonel
Rochelle Jelinek
Sofia Temer
Susana Cadore Nunes Barreto
Tiago Fensterseifer
Vitor de Paula Ramos

A tutela dos direitos coletivos deve ser preservada no Novo Código de Processo Civil: o modelo combinado de remédios e direitos como garantia de tutela

Hermes Zaneti Jr.¹

SUMÁRIO • 1. COLETIVISTAS E INDIVIDUALISTAS. GENERALIDADES; 1.1. TEORIA DO INTERESSE (INTEREST THEORY) E TEORIA DA ESCOLHA (CHOICE THEORY); 1.2. CONSTANTE HISTÓRICA: DESENVOLVIMENTO DA TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS 2. QUAL SOCIEDADE? LITÍGIOS COMPLEXOS E CONFLITUOSIDADE INTERNA DO OBJETO; 3. DOS DIREITOS SUBJETIVOS INDIVIDUAIS ÀS SITUAÇÕES E POSIÇÕES JURÍDICAS INDIVIDUAIS E COLETIVAS MERECEDORAS DE TUTELA (RIGHTS AND REMEDIES): A TÉCNICA CASUÍSTICA (RIGHTS) AO LADO DA NECESSIDADE DE TUTELA (REMEDIES); 4. JURISDIÇÃO E LEGISLAÇÃO: REMEDIES PRECEDE RIGHTS E A (RE)CONSTRUÇÃO DE POSIÇÕES JURÍDICAS PELA JURISDIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL (VERDADE DOS FATOS E VERDADE JURÍDICA); 5. UM NOVO MEIO DE JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS: MODELO COMBINADO DE REMÉDIOS/AÇÕES (REMEDIES PRECEDE RIGHTS) E DIREITOS SUBJETIVOS (RIGHTS PRECEDE REMEDIES); 6. CONCLUSÃO

1. COLETIVISTAS E INDIVIDUALISTAS. GENERALIDADES

Uma das questões que mais aflige os processos coletivos é a crise de identidade dos direitos envolvidos. A ausência de tradição de *civil law* sobre a tutela destes direitos e a característica filosófica do racionalismo individualista de afirmar-se como uma forma de oposição às sociedades feudais e organizadas em grupo fez com que não se desenvolvesse na doutrina civilista uma teoria que permita reconhecer nos direitos coletivos posições jurídicas mercedoras de tutela.

Encarados como direitos coletivos, feixes de pretensões individuais ou litisconsórcios multitudinários estes direitos oscilam entre doutrinas coletivistas, que pretendem sua tutela integral, como direitos pertencentes a um grupo de

1. Pós-doutorado pela Università degli Studi di Torino. Doutor em Teoria e Filosofia do Direito pela Università di Roma Tre. Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Professor Adjunto da Universidade Federal do Espírito Santo, nos cursos de Graduação e Mestrado. Promotor de Justiça no MPES.

peçoas, na essência pretensões coletivas; e, individualistas, que pretendem a sua tutela fragmentária, como pretensões aglutinadas para o fim de economia processual, coletivizados apenas na sua defesa em juízo, na essência pretensões individuais.

Com o CPC/2015 estas duas correntes devem ser aglutinadas, sem que se suprima a tutela coletiva, constitucionalmente garantida.

O CPC/2015, aliás, por ser um Código da Era da Recodificação, dialoga com o processo coletivo em um diálogo de fontes. Apenas para salientar esta relação, por exemplo, nos arts. 139, X; 985, I, entre outros, se percebe uma nítida ligação entre o diploma processual geral e o microsistema do processo coletivo.

A única interpretação do Código, seguindo o preceito do art. 1º, que respeita os processos coletivos e o mandamento constitucional de tutela coletiva é aquela que possibilita uma tutela integrada, adequada, de mérito, tempestiva e satisfativa (art. 4º do CPC/2015) dos direitos coletivos.

A tutela somente será efetiva se respeitada a dimensão coletiva dos direitos e a possibilidade de serem veiculadas em juízo pretensões contendo situações jurídicas merecedoras de tutela, ainda que o ordenamento jurídico não preveja expressamente aquela situação jurídica como direito subjetivo no sentido clássico e casuístico do termo.

Este artigo trata, portanto, do modelo combinado de direitos subjetivos e remédios jurídicos (ações) para que se protejam as situações jurídicas merecedoras de tutela constitucionalmente albergadas pelo ordenamento jurídico (art. 8º, CPC/2015).

1.1. TEORIA DO INTERESSE (INTEREST THEORY) E TEORIA DA ESCOLHA (CHOICE THEORY)

Na doutrina é tradicional a oposição entre as teorias dos direitos ligadas à proteção dos interesses juridicamente relevantes e à proteção das escolhas dos titulares dos direitos. Esta distinção ocorre entre a “teoria do interesse” e a “teoria da escolha”.

Na teoria dos interesses a justificação dos direitos é a proteção de um interesse dos titulares do direito (*right-holders*) e não uma escolha (*choice*) assegurada a estes titulares. Nenhuma das teorias pode ser compreendida em um ordenamento como teoria pura, todos os ordenamentos terão posições jurídicas que permitam a escolha, em determinados casos, ou imponham a tutela, em outros. Nos processos coletivos a dicotomia entre a litigação de interesse público e as técnicas de gestão de casos repetitivos demonstra essa dicotomia, exemplos podem ser retirados das soluções *opt in* ou *opt out*.

O ordenamento jurídico poderá, portanto, estabelecer mecanismos de tutela dos interesses mesmo que os próprios titulares não participem da tomada de decisão entre escolher ou não serem tutelados.²

Os direitos coletivos foram tutelados constitucionalmente e foi atribuída a sua defesa em juízo a substitutos processuais. Os titulares dos direitos são os grupos de pessoas, mas a sua defesa é feita ora por um membro do grupo, o cidadão na ação popular, ora pelo Ministério Público, pelas associações etc.³

1.2. CONSTANTE HISTÓRICA: DESENVOLVIMENTO DA TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS

É preciso compreender que as técnicas de tutela do direito são opções políticas e ideológicas ligadas à cultura, à filosofia e ao modo de ser do direito em determinado momento de tempo e espaço. Há na tutela coletiva brasileira uma clara opção pela técnica da proteção dos interesses coletivos mercedores de tutela como forma de expressão dos direitos fundamentais coletivos no Estado Democrático Constitucional. Meio ambiente, consumidor, saúde e educação são apenas alguns exemplos de pretensões que se estruturam na Constituição brasileira em uma dimensão ao mesmo tempo individual (tutela tradicional) e coletiva (tutela de novos direitos). O constituinte decisivamente pretendeu tutelar os direitos e deveres individuais e coletivos a partir da norma constitucional, indicando como devemos compreender a técnica processual a ser desenvolvida no Brasil.

As ações coletivas, compreendidas como a tutela de direitos coletivos dos grupos de pessoas, direitos pertencentes a mais de uma pessoa ao mesmo tempo, de titularidade difusa ou coletiva, são uma constante na história jurídica da humanidade. Certamente, ao longo deste percurso, mudaram os conceitos a respeito dos direitos, dos deveres e a própria noção de grupo, comunidade, indivíduo e sociedade.

2. MACCORMICK, Neil. Children's Rights: A Test-Case for Theories of Right. *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy* Vol. 62, No. 3 (1976), pp. 305-317; PINO, Giorgio. *Neil MacCormick on Interpretation, Defeasibility, and the Rule of Law*. Disponível em <<http://www1.unipa.it/gpino/Pino,%20su%20MacCormick.pdf>> Acesso em 13.05.2015, item 1.
3. Entendemos que não se aplica ao MP a regra da substituição processual prevista no art. 18, parágrafo único do CPC/2015. Naquele artigo está prevista a intervenção do substituído, sendo que nos processos coletivos o substituído é o grupo e não o titular do direito individual, a intervenção de todos os indivíduos membros do grupo poderia gerar um litisconsórcio multitudinário e prejudicar a tutela. Daí ser aplicável a regra do art. 94 do CDC ao microsistema, com os filtros propostos pela doutrina.

Isto ocorre porque o direito processual é o resultado da história, das tendências filosóficas, políticas, culturais, sociológicas e ideológicas, que a ele aderem conforme o progressivo movimento espiral da ciência, no ir e vir do conhecimento humano.⁴ Noções como direitos subjetivos, titularidade jurídica, legitimação processual são recentes na história do processo, justamente por isto, transpor os conceitos e a compreensão atual que temos destes institutos para períodos históricos nos quais esses conceitos não existiam serve apenas para ilustrar as ideias, exemplificando a existência de tutelas não individualistas em momentos variados da formação das tradições jurídicas atuais.

Os romanos não tinham noções firmes sobre direitos subjetivos, legitimação, Estado, processo, assim como os norte-americanos não as têm, por serem mais pragmáticos, na mesma intensidade que estas aparecem nos países de tradição de *civil law*. A compreensão do direito exige a compreensão da cultura e do contexto cultural. É necessário conhecer a história e a filosofia. Compreender a floresta (correntes políticas, filosóficas, ideológicas, culturais e históricas) e não apenas as árvores (institutos jurídicos). A comparação vertical (histórica, dentro do próprio ordenamento) e horizontal (entre ordenamentos jurídicos) desenha um quadro de compreensão, mediante modelos, mas não deve ser demasiado simplista e reducionista ao ponto de perder-se a visão das árvores em meio à floresta.

Somente a partir de meados do século passado os estudos sobre os direitos em geral, e os direitos coletivos, em particular, passaram a ter o viés constitucionalista, a partir da configuração constitucional que atribui a centralidade dos direitos fundamentais ao ordenamento jurídico. Somente neste momento a teoria do direito começou a preocupar-se para além das soluções pragmáticas do *common law* com a justificação teórica dos direitos coletivos. Desta preocupação, especialmente dedicada pela doutrina italiana da década de 1970 surgiu uma dogmática jurídica robusta o suficiente para permitir a positivação destes direitos em textos de lei. Este é o caso da CF/88. A Constituição brasileira fala, desde o início, em direitos e deveres individuais e coletivos (v.g., art. 5º, inc. XXXV, LXX, LXXIII e 129, inc. III da CF/88), demonstrando que as garantias constitucionais no

4. YAZELL, Stephen C. *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*. New Haven and London: Yale University Press, 1987, p. 23. O autor aponta, a partir da experiência das *class actions* norte-americanas, que o estudo dos processos coletivos reside na intersecção entre história do direito e história das sociedades e exige o reconhecimento das histórias paralelas do direito processual, das estruturas do direito medieval inglês, do surgimento das corporações e do Parlamento britânico. Este estudo deve ser comparativamente utilizado como um norte para compreender que a formação do direito processual coletivo brasileiro não pode abdicar da compreensão destas intersecções entre sociologia, filosofia e direito e a influência recíproca entre as diversas correntes que formaram o nosso direito nacional: o direito português das ordenações, o direito administrativo francês, o direito constitucional norte-americano e o processo civil italiano e alemão.

ordenamento jurídico brasileiro do ponto de vista positivo atingirão os direitos e deveres dos grupos, para além dos direitos e deveres meramente individuais.

Este dado dogmático perpassa todo o texto que segue. No Brasil é a Constituição que reconhece as posições e situações jurídicas ativas e passivas dos grupos, portanto, a premissa de tutela é normativa, de cariz constitucional.

É preciso lembrar que no pêndulo da história os direitos dos grupos nem sempre foram reconhecidos. Existiu, não obstante o atual amplo reconhecimento legal e constitucional dos direitos difusos e coletivos, uma fase histórica recente e muito importante de afirmação das posições jurídicas de direitos individuais, com a exclusão das ações coletivas.

Durante o período de afirmação das codificações de *civil law*, a partir da Revolução Francesa, o predomínio da razão individual (racionalismo) combateu fortemente o reconhecimento dos direitos de titularidade dos grupos de pessoas. Era a época do sujeito individual e da ascensão do liberalismo. Isso ocorreu porque a partir das premissas do combate ao modelo feudalista e absolutista de controle da comunidade a via escolhida foi a afirmação da individualidade insuprimível do ser humano e do direito a sua escolha e autodeterminação (autonomia da vontade).

A afirmação robusta da titularidade individual, indisponível e inalienável dos direitos fundamentais à vida, à liberdade e à propriedade, direitos compreendidos como forma de resistência à opressão do soberano e garantia de tutela de direitos em face do Estado, decorre deste momento histórico, sem dúvida, um enorme avanço.

Justamente por força desta imposição histórica os conceitos de direitos subjetivos e de tutela jurisdicional foram imediatamente ligados aos titulares de direitos individuais, negando-se a titularidade de direitos aos grupos de pessoas, que no período romano e medieval eram reconhecidos como mercedores de tutela.

Há, desta forma, ainda hoje, presente em nossa tradição jurídica uma grande dicotomia a ser ressaltada. Essa dicotomia se dá entre coletivistas (tutela de direitos coletivos) e individualistas (tutela coletiva de direitos individuais). Em maior ou menor medida, mesmo que de forma inconsciente, a tutela coletiva tem sido agrupada em torno do objetivo de tutelar conjuntamente os direitos individuais (através de técnicas substitutivas do litisconsórcio, para lidar com litígios individuais agregados, como é o caso das ações coletivas *opt in*, do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos) ou de tutelar os direitos dos grupos de pessoas, reconhecidos estes

grupos como titulares de direitos, situações jurídicas que se destacam dos interesses individuais (direitos coletivos *lato sensu*).

O homem é um animal gregário, vive em sociedade. Na sua introdução ao processo civil Sérgio Bermudes ressaltou o caráter gregário das sociedades humanas, os homens vivem em bandos. Durante larga faixa de história recente que deu origem ao processo civil europeu a realidade coletiva da tutela dos direitos foi negada como forma de luta contra a opressão das sociedades feudais que diluíam o indivíduo nos grupos. Superado o absolutismo é este caráter coletivista das sociedades que se revela mais importante para a compreensão do processo coletivo. No processo coletivo se tutelam os direitos do grupo, justamente porque vivemos em sociedades e as lesões ou ilícitos poderão ser titularizados por grupos de pessoas, quer no polo ativo, quer no polo passivo.

Na bela prosa de Sérgio Bermudes: “Deus destinou as criaturas à coexistência. Em cardume nadam os peixes. Voam em bandos as aves. Flores florescem juntas. Próximos uns dos outros crescem os frutos. Num sítio, a terra esconde minerais de igual espécie. Até mesmo ventos sopram, tórridos, temperados, ou gélidos, numa certa região. O homem vive na sociedade (palavra derivada do latim *socius*, o que acompanha) porque sua índole, gerada por sua necessidade, é associar-se. Ele, então, se agrupa: a tribo, o clã, a horda, os povoamentos, das minúsculas aldeias às frementes metrópoles, revelam a irreprimível tendência humana à agregação.”⁵

O processo civil tem o dever de garantir instrumentos processuais aptos a tutela adequada das posições e situações jurídicas coletivas merecedoras de tutela de que são titulares estes grupos, mediante o reconhecimento de que estes são titulares de direitos fundamentais coletivos *lato sensu*: difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos (na dogmática brasileira). A sociedade não é uma, mas plúrima, os grupos não são homogêneos, mas heterogêneos, a identificação do tipo de litígio, como se verá, em litígios globais, litígios locais e litígios de difusão irradiada auxiliará a redimensionar a tutela dos grupos sem pasteurizar a sociedade.

2. QUAL SOCIEDADE? LITÍGIOS COMPLEXOS E CONFLITUOSIDADE INTERNA DO OBJETO

Não há uma sociedade. A sociedade é plural, devemos falar em sociedades, campos sociais, grupos sociais, jamais em uma sociedade una, um sentimento social uno. Um dos grandes equívocos da doutrina processual tem sido o de buscar

5. BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao estudo do processo civil*. 2ª. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 1996, p. 1.

na tutela da sociedade-una a finalidade da tutela coletiva, este problema torna-se realmente grande quando se equipara o interesse da sociedade-una com o interesse do Estado. O simplismo com que as posições de direitos fundamentais coletivos vinham sendo atribuídas ao interesse da sociedade-una como se este interesse fosse um interesse uno e indivisível mostra o quanto, no campo jurídico, estávamos atrasados em relação à compreensão da sociedade pelo campo social.

No campo social existem várias teorias sobre a sociedade, mas nenhuma teoria atual reconhece na sociedade uma vontade ou interesse único, muito menos, equipara este interesse ou vontade ao interesse e vontade do Estado.

“O primeiro problema com o qual se defrontará o jurista que pretenda atribuir à “sociedade” a titularidade dos direitos transindividuais é o de que os próprios sociólogos, após séculos de debate, ainda não a conseguiram definir. Conforme anota Raymond Boudon, as tradições sociológicas, tanto clássicas quanto contemporâneas, são múltiplas e variadas, procurando explicar a sociedade sob pontos de vista bastante diferentes. O autor ainda reporta que todas as tentativas de unificar a Sociologia sob uma única perspectiva podem ser consideradas falhas. Fica claro, assim, que qualquer jurista que pretenda atribuir à “sociedade” a titularidade de direitos deverá esclarecer qual, entre as múltiplas versões desse conceito, adota para tanto.”⁶

Essa compreensão, que é evidente conquista da sociologia contemporânea e é indiscutível na sociologia, no direito, infelizmente, era obliterada pela visão de teóricos da sociologia clássicos, como Auguste Comte e Max Weber, que, muito embora ainda continuem relevantes e importantes, estão totalmente superados nas suas compreensões do problema pelo advento de sociedades pluralistas e globalizadas.⁷

Utilizado a terminologia proposta na doutrina vamos tentar recompor, entre complexidade e conflituosidade, a estrutura dos litígios coletivos. A complexidade diz respeito a forma de abordagem do objeto, enquanto a conflituosidade

6. VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um ponto de partida para a tutela coletiva. In: ZANETI JR., Hermes. *Repercussões do Novo CPC: Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2015.

7. A apropriação do conceito de sociedade pelo estado-nação constituiu uma espécie de “nacionalismo metodológico” (Ulrich Beck), sendo o tema da sociedade o “core” da sociologia. Até hoje, os sociólogos se perguntam: “o que é sociedade?” A globalização e a internacionalização dos problemas de direitos humanos, das grandes cidades, dos consumidores e do meio ambiente também indicam a necessidade de mudança de direção. Sobre o tema cf. ELLIOT, Anthony; TURNER, Brayan S. *On society*. Cambridge: Polity Press, 2012. Ver ainda, sobre a relação indivíduo e sociedade, ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Revisão e notas: Renato Janine Ribeiro. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994; LATOUR, Bruno. *Jamais fomos modernos*. Trad. Carlos Irineu Costa. Rio de Janeiro: Editora 34, 1994.