

Aspectos principiológicos da tutela coletiva

Géber Mafra Rocha (*)

Sumário: 1- Noções gerais. 1.1 Princípios: conceito e distinções. 2- Panorama da Tutela Coletiva. 2.1- Antes e depois da Lei 7.347/85. 2.2- O necessário reconhecimento das particularidades da tutela coletiva. 3- Principiologia. 3.1- O acesso à justiça como principal fundamento da tutela coletiva. 3.2- Princípio de Demanda. 3.3- Princípio da produção adequada da prova. 4- A tutela coletiva e os novos desafios do processo. 4.1- Codificação específica. 4.2- Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. 4.3- Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos.

1. Noções gerais

O estudo sobre princípios jurídicos, independente de sua intensidade, reclama, invariavelmente, uma definição preliminar acerca do que se entende juridicamente por princípio.

A razão de tal cuidado repousa sobre a grande quantidade de teorias ofertadas ao longo dos anos para equacionar o tema, o que permite ao pesquisador adotar a que melhor se amolda ao seu pensamento, passando, a partir disso, a desenvolver o assunto, não sem antes informar ao leitor qual a sua escolha. Mais do que isso, evita confusões conceituais, tão comuns em textos não só doutrinários, como normativos.

Dito isso, importa definir o que vem a ser princípio, realçando as diferenças entre este e outros conceitos afins, para, então, desenvolver o raciocínio voltado para a tutela coletiva, salientando suas peculiaridades jurídicas.

1.1 Princípio: conceito e distinções

É lição clássica do direito estabelecer-se a distinção

* Promotor de Justiça e mestrando em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA.

entre princípio e regra, ainda que alguns entendam que o tema tenha se transformado em *lugar comum*, abandonando-se o conhecimento crítico¹. Ocorre que, para o presente trabalho, é essencial trilhar o caminho clássico, pois, é possível, através dele, identificar-se, desde logo, o que está ligado à principiologia e o que guarda relação com o regramento, sem enveredar pela seara empolgante da epistemologia jurídica.

Desde que o alemão Josef Esser empreendeu, em 1956, o estudo sobre princípios e regras (*Grundsatz und Norm*), outros autores seguiram seu pensamento². Coube a Robert Alexy aperfeiçoar o pensamento de Ronald Dworkin e sintetizar o grande número de critérios sugeridos em três tipos: os que acham desacertada a tentativa de dividir normas em duas classes (“tese de semelhança de família”), os que, ao contrário, concebem regras e princípios como classes normativas, distinguindo-as, no entanto, apenas pelo grau (“tese da separação fraca”), e por fim, os que defendem a divisão de normas entre princípios e regras, porém com diferença qualitativa relevante (“tese da separação forte”). Entretanto, predomina o entendimento segundo o qual princípios e regras são elementos que compõem o conjunto maior denominado norma, sendo, portanto, espécies do gênero normativo, tendo como expoente o próprio Dworkin³.

André Ramos Tavares, em brilhante trabalho em conjunto com outros autores de escol⁴, salienta para a necessidade de ser confeccionada uma teoria geral dos

¹ Humberto Ávila (*in Teoria dos Princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª edição aumentada. São Paulo : Malheiros, 2004. p.18) afirma que a distinção de princípios e regras “virou moda”, pois, a seu ver, é tratada como óbvia a ponto de dispensar maiores aprofundamentos. Tal unanimidade finda por semear que as espécies normativas são “dessa maneira, e pronto”.

² K. Larenz (1979), C.-W., Canaris (1983), D. C Göldner, secundaram Esser com a “tese da separação fraca”.

³ Luiz Afonso Heck em brilhante trabalho (*in Dos Princípios Constitucionais : Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição*. São Paulo : Malheiros, 2003. pp. 52-100) descreve o pensamento de Robert Alexy.

⁴ Op. cit. p. 33.

princípios e cita, oportunamente, a lição de Dworkin, cuja transcrição é fundamental:

“This first difference between rules and principles entails another. Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight importance. When principles intersect (the policy of protecting automobile consumers intersecting with principles of freedom of contract, for example), one who must resolve the conflict has to take into account relative weight of each.

This cannot be, of course, an exact measurement, and the judgment that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weight it is.

Rules do not have this dimension. We can speak of rules as being *functionally* important or unimportant (the baseball rule that tree strikes are out is more important than the rule that runners may advanced on a balk, because the game would be much more changed with the first rule altered than the second).

In this sense, one legal rule may be more important than another because it has a greater or more important role in regulating behavior. But we can not say that one rule is more important than another within the system or rules, so that when two rules conflict one supersedes the other by virtue of its greater weight.”⁵

⁵“Essa primeira diferença entre regras e princípios implica uma segunda. Princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou

Com efeito, a idéia que encerra o tema princípios remete-nos a um momento anterior ao do regramento, dando-lhe verdadeiro suporte, já que, notadamente, mais abstrato do que este. Sendo anterior, o princípio deve, portanto, indicar o caminho para a regra.

Por essa razão, Canotilho⁶ assinala que princípios são normas jurídicas impositivas do que chama de *otimização*, caracterizadas com uma compatibilidade com vários tipos de concretização, de acordo com os condicionalismos fáticos e jurídicos (em sintonia com o que Alexy chama de *mandamentos de otimização*⁷), enquanto que as regras prescrevem imperativamente uma exigência, que será ou não cumprida, arrematando que a convivência dos princípios é conflitual, enquanto que a das regras é antinômica, razão pela qual, conflitos coexistem e regras excluem-se.

importância. Quando os princípios são aplicados (a política de proteção aos compradores de automóveis aplica os princípios de liberdade contratual, por exemplo), quem deve resolver o conflito deve levar em consideração o peso de cada qual. Isto não pode ser, é óbvio, uma medida exata, mas a aplicação daquele princípio ou política específica é mais importante do que outro em geral mais controverso. Não obstante, ele é parte integrante do conceito de um princípio que tem esta dimensão, que faz sentido para a pergunta sobre a importância ou sobre o seu peso. Regras não têm esta dimensão. Nós podemos falar de regras com uma natureza funcionalmente importante ou insignificante (a regra do *baseball* em que as tacadas estão fora de jogo, é mais importante do que a regra dos corredores poderem avançar em um obstáculo, porque o jogo será muito mais prejudicado com a alteração da primeira regra do que com a segunda). Neste sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque tem uma grandeza ou maior importância na disciplina do comportamento. Porém, nós não podemos afirmar que uma regra é mais importante do que outra dentro do sistema ou código, até quando duas regras conflitarem e uma superar a outra em razão de seu maior peso.”

⁶ *Apud op. cit.*, p. 35.

⁷ Robert Alexy entende que princípios são caracterizados como mandamentos de otimização, haja vista o fato de poderem ser cumpridos em graus diferentes e de que a medida ordenada depende, em seu cumprimento, não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas, cujo âmbito é determinado pelos princípios e regras em sentido contrário.

É assim, portanto, que Humberto Ávila⁸ chega à conclusão de que normas ou são princípios ou regras, sendo que estas são *imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência*, enquanto que aqueles são normas *imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade*.

Assim, embora ambos possam ser catalogados como sendo normas jurídicas, os princípios diferenciam-se das regras pela característica da maior amplitude ou abstratividade (tese da “separação forte” de Dworkin), além da necessidade de uma exegese sistêmica (sem que, com isso, se abstenha o intérprete de conjugar os demais elementos básicos da interpretação, em homenagem à lição do grande mestre Savigny⁹).

Impende estabelecer, pelas mesmas razões, a diferença entre princípios e postulados, haja vista que interligados pelo universo normativo.

Novamente válido o magistério de Ávila¹⁰ que, estabelecendo a relação com princípios e regras, informa serem os postulados normativos normas *imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação dos princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios*, exemplificando com os postulados da ponderação, igualdade, razoabilidade e proporcionalidade.

Valores, por seu turno, não são a mesma coisa que princípios. Aqueles refletem a essência filosófica, moral, ética, histórica, social, etc. Princípios, conforme já dito, traduzem a finalidade a ser alcançada.

Portanto, entendendo necessárias tais ponderações preliminares acerca do conceito de princípios, diferenciando-o de outros termos jurídicos, passo à descrição do panorama

⁸ *Teoria dos Princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª edição aumentada. São Paulo : Malheiros, 2004. 18 e 129.

⁹ Expoente do Historicismo Jurídico, referido por Rubens Limongi França (*in Hermenêutica Jurídica*. - 6ª ed. rev. e aum. - São Paulo : Saraiva, 1997. p. 15)

¹⁰ Op. cit., p. 130.

da tutela coletiva, conjugando seus princípios fundamentais, não sem antes salientar que tal diferenciação poderia prolongar-se com a inclusão de outros termos como “axiomas”, “idéias”, “medidas”, “máximas”, “critérios”, e tantas outras expressões que erroneamente são utilizadas como se princípios fossem, o que, entretanto, fugiria ao objeto do presente trabalho.

2. Panorama da Tutela Coletiva

O quadro da tutela coletiva é composto por vários marcos que lhe permitiram o perfil atual, conforme se verá. Entretanto, não há dúvida da importância da Lei nº 7.347/85, que introduziu a ação civil pública no ordenamento jurídico pátrio.

Dessa forma, antes de serem analisados os pontos de destaque sobre os principais princípios relacionados à tutela coletiva, há de se comentar, brevemente, sobre o panorama da tutela coletiva, considerando a lei acima mencionada e a necessidade de um reconhecimento das particularidades do processo coletivo.

2.1 Antes e depois da Lei nº 7.347/85

Ao longo dos anos, precisamente a partir da segunda metade do século passado, vários comentaristas e diplomas legais foram proporcionando o espaço e o volume para a discussão sobre a tutela coletiva. É correto ilustrar tal assertiva, conforme lembra Pedro Dinamarco¹¹, pelo teor da Lei nº 1.134/50, que, se referindo as associações de classe existentes à época, era facultada a representação coletiva ou individual de seus associados, perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária. Da mesma forma, as Leis

¹¹ *Apud* Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (*in Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 191).

nº 3.502/52 e nº 4.717/65, esta tratando sobre a ação popular, instrumento ainda em uso como ação coletiva¹².

Nesse sentido, importa salientar que, como resultado de tal caminhada, a Lei nº 7.347/85 (LACP), trouxe novidades, como a legitimação para agir, ampliou o limite subjetivo da coisa julgada, dentre outras. Com efeito, os anos 80 foram generosos com a tutela coletiva, a ponto de permitir não somente uma notável evolução doutrinária sobre o tema, como a produção do outro pilar normativo da tutela coletiva, em 1990, ou seja, a Lei nº 8.078 – o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Embora o aparato processual tenha se adaptado às ondas renovatórias – que segundo Mauro Cappelletti traduziam a preocupação com a oferta à assistência judiciária, com o acesso de grupos sociais à tutela jurisdicional e, por fim, com a efetividade da concessão da tutela jurisdicional – é possível afirmar que, apesar disso, é necessária a criação de um novo modelo processual próprio à tutela coletiva, alterando definitivamente seu referencial, atualmente individual, para o paradigma coletivo.

2.2 O necessário reconhecimento das particularidades da tutela coletiva

A despeito das já mencionadas adaptações e do fato de, até aqui, o sistema processual ter obtido relativo êxito permitindo o acesso à proteção coletiva¹³, perdura a necessidade de serem tornados definitivos aspectos peculiares (não exclusivos) da tutela coletiva. Aliás, consta da Exposição

¹² José Marcelo Menezes Vigliar (*in Tutela Jurisdicional Coletiva*. – 3. ed. – São Paulo : Atlas, 2001. p. 17) afirma que a LACP não foi o primeiro diploma legal a disciplinar e viabilizar a tutela jurisdicional de interesses transindividuais, fazendo referências a outras leis baseado em comentários de José Carlos Barbosa Moreira e Rodolfo de Camargo Mancuso.

¹³ Marcelo Vigliar (*op. cit.*, p. 43), afirma que a legislação existente hoje é absolutamente eficaz para a concessão de uma tutela jurisdicional coletiva.

de Motivos do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América que os direitos e interesses transindividuais estão situados entre o interesse público e o privado, próprios de uma sociedade globalizada e resultado de conflito de massas, a enfatizar a relevância social da tutela coletiva.

Ressalte-se que, embora alguns destes aspectos, como, por exemplo, a legitimidade, o alcance da coisa julgada e a execução, estejam disciplinados atualmente, o tratamento que lhes é dispensado é, como já foi dito, uma adaptação do modelo processual individual. Evidentemente, a repercussão jurídica seria outra se a disciplina legal fosse própria, permitindo uma interpretação “aberta e flexível”¹⁴, como se espera.

Certamente, uma vez instituído um modelo processual próprio para a tutela coletiva haveria o ambiente propício para o desenvolvimento dos critérios, finalidades, institutos e conceitos, enfim, seria possível vislumbrar uma consolidação e operação sistemática com a releitura de todos os mecanismos utilizados, até aqui, sob a forma de adaptação.

3. Princiologia

A natureza processual torna quase obrigatória a abordagem de princípios basilares, como o do devido processo legal e seus derivados constitucionais (isonomia, contraditório, inafastabilidade, publicidade, motivação, etc.). A proposta em andamento refere-se, precipuamente, aos princípios que, a meu ver, possuem contornos próprios da tutela coletiva.

De acordo com tal proposta, o acesso à justiça, a produção adequada da prova e o princípio de demanda, compreendem os princípios fundamentais da tutela coletiva, sem prejuízo da importância dos que deles decorrem.

¹⁴ Termos utilizados no artigo 39 do Código Modelo para Ibero-América.

3.1 Acesso à justiça como principal fundamento da tutela coletiva

É nesse sentido, portanto, que na ordem jurídica processual foram inseridos dispositivos que iriam diminuir o nível de obstrução das vias jurisdicionais, ratificando o desenvolvimento do direito processual, prática registrada desde a segunda metade do século XIX, de acordo com o que informa Alcalá-Zamora y Castillo¹⁵.

No Brasil foram adotadas duas formas de atuação. Primeiramente foram criados e desenvolvidos mecanismos de tutela de interesses metaindividuais, tais como a ação popular, a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo e outras ações coletivas, previstas não só na Lei nº 7.347/85, mas também na Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e na Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), entre outras.

Um segundo caminho foi trilhado do modo diverso; numa primeira vertente, os procedimentos tradicionais foram abreviados, suprimindo-se fases desnecessárias ou aperfeiçoando-se a redação dos dispositivos legais, evitando-se assim a incômoda mora processual em razão de divergência de interpretação acerca dos mesmos. Numa segunda linha, procurou-se simplificar alguns procedimentos, (principalmente aqueles que versavam sobre pequenas disputas, na área cível, e infrações de menor potencial ofensivo, na área criminal) através da adoção de princípios como a oralidade, imediatidade, concentração e informalização, todos envoltos numa atmosfera conciliatória.

Como consequência disso, editou-se a Lei nº 7.347/85, que disciplinou a ação civil pública, já mencionada.

¹⁵ Baseado em seus comentários é que J. E. Carreira Alvim (*in Teoria geral do processo*, 8ª ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2002, pp. 27-52) relata o desenvolvimento do direito processual.

Entretanto, o aparelho judiciário, apesar de inúmeras tentativas de melhora, tem se mostrado lento na compreensão das questões coletivas. Este comportamento, desperta, cada vez mais, a atenção dos doutrinadores para a questão do acesso à justiça para que o crescimento (ainda que tímido) alcançado a duras penas até aqui, sobretudo na jurisdição coletiva, não se perca ou dê sinais de estagnação.

O acesso à justiça é, indubitavelmente, o tema mais em voga nos dias atuais. Não apenas por sua estreita relação com a viabilidade política de um Estado Democrático de Direito, mas principalmente ante o retrospecto do Judiciário pátrio.

Dessa forma, Mauro Cappelletti introduziu e apresentou ao mundo suas “Ondas Renovatórias do Direito Processual”, que vêm sendo estudadas como a base do moderno direito processual, não mais cegamente vinculado a regras formais, mas sim comprometido com as novas necessidades sociais, e atento às modificações em todos os ramos da vida humana.

O pensamento sugerido não apenas amplia o horizonte processual, mas permite, *v.g.*, que determinado assunto seja apreciado de modo a gerar uma sentença uniforme para os interessados que estejam, porventura, em situação semelhante.

Desta forma, a Justiça poderá ser acionada não apenas para solucionar conflitos de caráter meramente individual, mas também para a solução de outros de natureza eminentemente coletiva, já que envolvem grupos, classes e coletividades, haja vista a verificação das chamadas “violações de massa”.

Na realidade, o fenômeno da globalização (e seus reflexos) deu nova feição ao mundo, e também, a complexidade da sociedade moderna, com intrincado desenvolvimento das relações econômicas, acabam dando lugar a situações nas quais determinadas atividades podem trazer prejuízos aos interesses de um grande número de pessoas, fazendo surgir problemas desconhecidos às lides meramente individuais.

Assim, os direitos e os deveres não se apresentam mais,

como nos Códigos tradicionais, de inspiração liberal-individualística, como direitos e deveres essencialmente individuais, mas metaindividuais e coletivos.

Portanto, continuar, conforme a tradição individualística, a atribuir direitos exclusivamente a pessoas individuais significaria tornar impossível uma efetiva proteção jurídica dos direitos coletivos, exatamente na ocasião em que surgem como elementos cada vez mais essenciais para a vida civil (direito à educação, ao meio-ambiente, à saúde, à segurança social em sentido lato, ao saneamento básico, ao lazer, etc.). Em suma, os direitos transindividuais pertencem, em última análise, à coletividade.

Dessa forma, o princípio do acesso à justiça há de ser o principal suporte à tutela coletiva, eis que está situado na própria razão de ser das ações coletivas, haja vista que o que se busca garantir não é o acesso simplesmente ao ingresso no sistema processual, mas que seja garantida, na apreciação da causa, o ordenamento jurídico disponível. Está na sua natureza (direito pertencente a todos, cota-parte) e repercussão para o Direito (efeito da coisa julgada), e reflete a sua amplitude processual (nova dimensão do direito processual).

3.2 Princípio de demanda

O chamado princípio de demanda¹⁶ se refere ao alcance da própria atividade jurisdicional, reservando às partes a decisão sobre que lide se irá demandar (artigo 2º do Código de Processo Civil).

Segundo o modelo processual vigente no Brasil, no que

¹⁶ Na lição de Ovídio A. Baptista da Silva (*in Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. – 6. ed. rev. e atual. com as Leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. pp. 63-66), o princípio de demanda se distingue do princípio dispositivo porque este se refere ao poder que as partes têm de dispor da causa, seja deixando de alegar ou provar fatos a ela pertinentes, seja desinteressando-se do andamento do processo, isto se justifica, segundo Liebman, pela imparcialidade do juiz. Já o princípio de demanda baseia-se no pressuposto da disponibilidade não da causa posta sob

concerne às ações coletivas – frise-se que estas podem ser propostas também por parte pública (Ministério Público), assim como por entes intermediários (Associações, Sindicatos, etc.) – tenho que não poderia ser diferente do modo como foi apresentado. Isto porque, no nosso sistema processual, parece-me inconcebível que agentes do poder jurisdicional instaurem demandas que irão julgar. Daí porque a solução brasileira da legitimidade concorrente satisfaz parcialmente a preocupação que poderia existir de tais interesses coletivos ficarem relegados a um segundo plano, conquanto, na maior parte do mundo, os organismos estatais – da mesma forma os entes intermediários – ainda não estejam completamente adaptados à nova realidade social do Direito.

Apesar disso, a solução pátria para as ações coletivas ainda é acanhada, visto que a interpretação sobre a legitimidade dos organismos intermediários é fechada, não admitindo a propositura da demanda coletiva senão por aqueles estampados em lei. A adoção pelo direito norte-americano de uma legitimidade aberta no tocante à *class action* seria mais adequada também ao direito processual pátrio. Isto porquanto, naquele país do hemisfério norte qualquer indivíduo poderá propor uma ação coletiva, prescindindo da existência, no pólo ativo da relação jurídica processual, de um organismo, público ou privado, desde que represente adequadamente o interesse coletivo.

Oportuno pontuar que o Código Modelo para Ibero-América, já mencionado, sugere a legitimação ampla, indicando nada menos que oito hipóteses de iniciativa para as ações coletivas em seu artigo 3º, conforme se depreende do texto:

“Art. 3º. Legitimação ativa - São legitimados concorrentemente à ação coletiva:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas

ligadas por circunstâncias de fato;
II - o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos;
III - o Ministério Público, o Defensor do Povo e a Defensoria Pública;
IV - as pessoas jurídicas de direito público interno;
V - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;
VI - as entidades sindicais, para a defesa dos interesses e direitos da categoria;
VII - os partidos políticos, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais;
VIII - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos neste código, dispensada a autorização assemblear.”

Dessarte, *de lege ferenda*, a modificação legislativa no Brasil faz-se necessária, visto que a legitimidade aberta nas ações coletivas poderá fazer com que seja concretizado o princípio do acesso à Justiça, bem como aliviará o Poder Judiciário de diversas demandas repetitivas, devendo ser acompanhada da reforma no sistema recursal e do melhor aparelhamento do Judiciário.

De outra banda, se o juiz não pode instaurar uma

demanda de ofício, impedido estará, igualmente, por força do princípio em exame, de analisar argumentações não contidas na resposta da parte Ré da demanda.

De efeito, vige o princípio de demanda também em relação às exposições do Réu nas ações individuais, sendo certo que, por conseqüência, em geral, a parte em face da qual foi proposta a demanda deverá expor suas razões expressamente, estando impedido o magistrado de deduzir conclusões alheias àquilo a que foi argumentado e provado.

Neste particular, é de se notar que hodiernamente sofre clara mitigação a disposição que tem o Réu sobre os seus interesses. E é dessa forma pelo fato de atualmente ser corrente o entendimento segundo o qual existem matérias, que por se tratarem de interesse do Estado, que o juiz poderá, mesmo sem alegação formal do Réu, pronunciar-se de ofício, sendo o exemplo da decadência do direito o mais eloqüente.

Em sede de ações coletivas, não há variação, em particular, no cotejo com ações individuais. Se nestas o Réu divisa limitada disposição sobre seu interesse, por razões ligadas à natureza do instituto, naquelas não se vislumbra motivo que enseje diferença de tratamento, salvo para um alargamento do poder de disposição do Réu sobre seus interesses.

Assim, conforme predito, a socialização do direito material visa, dentre outras coisas, a proteção do débil, do vulnerável. Nesta linha de raciocínio, o direito processual deverá buscar os mesmos objetivos, sendo certo que, para tanto, não poderá deferir tutela protetiva ao econômico e socialmente mais fortes, sob pena de violação do princípio da igualdade.

Desse modo, o princípio de demanda ganha contorno próprio na tutela coletiva, quando se observa nítida possibilidade de serem ampliadas as fronteiras da legitimação ativa (e passiva, *ex vi* do capítulo VI do Código Modelo para Ibero-América, que trata da ação coletiva passiva), permitindo que, como regra no processo coletivo, um único indivíduo

provoque a prestação jurisdicional que, se acolhida, repercutirá na coletividade respectiva.

3.3 Princípio da produção adequada da prova

Três aspectos tornam a questão probatória importante na tutela coletiva, a ponto de estarem no cerne de sua discussão e lhe emprestarem argumentos para serem supedâneo de um princípio, que denomino o da *produção adequada da prova*. Os dois primeiros, de caráter geral, tratam da amplitude e licitude da prova, estampado no artigo 5º, incisos LV¹⁷ e LVI¹⁸ da CRFB.

O terceiro aspecto encontra-se vinculado ao encargo probatório que, nas ações coletivas, recebe tratamento diferenciado. Nestas, sabe-se, o ônus é invertido ao visio de facilitar a defesa dos direitos do hipossuficiente.

O ônus da prova, importa dizer, não significa que a parte incumbida de tal tarefa tem o dever de provar, mas que cabe a ela fazê-lo para que o processo possa ser decidido a seu favor, do contrário, apesar de não sofrer penalidade (como quem descumpre certas obrigações), a matéria fática será, a princípio, considerada conforme a versão da parte contrária. Há a inversão do ônus da prova, portanto, quando se constata uma presunção em favor de quem normalmente estaria incumbido do encargo de comprovar o fato controverso.

A prática do processo trabalhista, pela melhor exegese do lacônico artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Enunciados 68, 212, 338, do TST), aponta para o reconhecimento da inversão do ônus da prova ao

juízo, mas do próprio direito subjetivo das partes, segundo a regra que ao titular do direito caberá decidir livremente se o exercerá ou não.

¹⁷ Art. 5, inciso LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”.

¹⁸ Art. 5, inciso LVI: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”.

hipossuficiente.

O Código de Defesa do Consumidor trouxe, de modo explícito, o cabimento da inversão do ônus da prova como direito básico do consumidor no inciso VIII do artigo 6º. Tal argumento é, na prática, utilizado para os demais temas, em mais uma adaptação da tutela coletiva.

O ideal seria a edição do diploma normativo próprio da tutela coletiva, onde estivesse assentado o fundamento para a possibilidade da inversão do ônus da prova.

Novamente, é de se observar a redação sugerida pelo Código Modelo para Ibero-América, que transcrevo pela pertinência:

“Art. 12. Provas - São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

Par. 1º. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir à deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo requisitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, condenando-se o demandado sucumbente ao reembolso. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos.

Par. 2º. Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em

decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedido à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

Par. 3º. O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.”

Finalmente, é de se concluir que o princípio da produção adequada da prova reúne decisivo comando constitucional, que de acordo com o lúcido magistério de Jorge Miranda¹⁹ “irradia para todos os ramos do ordenamento”, desenvolvendo-se, continua o autor, “num conglomerado de preceitos e até de princípios próprios – necessariamente, para subsistirem, não discrepantes daqueles – formulados em atenção à sua problemática particular e às exigências científico-culturais a que cabe responder”.

Sem dúvida, a tutela coletiva se amolda à descrição do mestre português, notadamente no ordenamento brasileiro, que dentre outras carências, reclama também uma codificação específica do processo coletivo.

4. A tutela coletiva e os novos desafios do processo

4.1 Codificação específica

Ao longo da evolução processual até que chegássemos à instrumentalidade, muitos desafios foram superados.

Nessa caminhada, ainda são muitos os desafios, sobretudo quanto à efetividade²⁰ tão almejada.

É nesse cenário, portanto, que o desafio da tutela coletiva se destaca, permitindo que o acesso à justiça seja

¹⁹ *In Teoria do Estado e da Constituição*. – Rio de Janeiro : Forense, 2002. p. 5.

²⁰ A efetividade da tutela jurisdicional é expressamente referida no Código Modelo para Ibero-América no artigo 4º.

concebido de modo amplo, possibilitando a releitura da legitimidade, produção probatória, dentre outros aspectos essenciais à nova diretriz processual que busca solucionar não apenas os conflitos individuais, mas especialmente os conflitos de massa.

Com efeito, a codificação do processo coletivo brasileiro, a meu ver, parece ser o caminho mais acertado rumo à solução de conflitos de grupos ou classes, sem embargo de ser aperfeiçoado, mais ainda, o sistema processual recursal e o Judiciário, primordialmente quanto à capacitação e ao número de magistrados e de servidores.

4.2 Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América

A situação da defesa dos direitos e interesses transindividuais é, ainda, insuficiente e muito heterogênea. E também se percebe que diversos países ainda não têm legislação alguma, ou legislação abrangente sobre a matéria.

Consta que a idéia de um Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América surgiu em Roma, numa intervenção de Antonio Gidi, membro brasileiro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, reunido em maio de 2.002, no VII Seminário Internacional co-organizado pelo “Centro di Studi Giuridici Latino Americani” da “Università degli Studi di Roma – Tor Vergata”, pelo “Istituto Italo-Latino Americano” e pela “Associazione di Studi Sociali Latino Americani”. Foi votada, então, a proposta de se empreender um trabalho que levasse à elaboração de um Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, nos moldes dos já editados Códigos Modelo de Processo Civil e de Processo Penal. Ou seja, de um Código que pudesse servir não só como repositório de princípios, mas também como modelo concreto para inspirar as reformas, de modo a tornar mais homogênea a defesa dos interesses e direitos transindividuais em países de cultura jurídica comum. O Código – como sua própria

denominação diz – deve ser apenas um modelo, a ser adaptado às peculiaridades locais, que serão levadas em consideração na atividade legislativa de cada país; mas deve ser, ao mesmo tempo, um modelo plenamente operativo.

Portanto, fixada a tarefa de preparar uma proposta de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi apresentaram o resultado de seu trabalho nas Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, de Montevideu, em outubro de 2002, quando a Proposta foi transformada em Anteprojeto. O Instituto Ibero-Americano de Direito Processual convocou então uma plêiade de professores ibero-americanos para manifestarem sua opinião sobre o Código, papel este coordenado por Antonio Gidi (Brasil) e Eduardo Ferrer MacGregor (México). Os trabalhos foram publicados pela Editorial Porrúa sob o título “A tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos – Rumo a um Código Modelo para Ibero-América” e apresentados no decorrer do XII Congresso Mundial de Direito Processual, realizado na Cidade do México, de 22 a 26 de setembro de 2003.

Com os aportes acima referidos, a Comissão Revisora, integrada por Ada Pellegrini Grinover, Aluisio G. de Castro Mendes, Anibal Quiroga León, Antonio Gidi, Enrique M. Falcón, José Luiz Vázquez Sotelo, Kazuo Watanabe, Ramiro Bejarano Guzmán, Roberto Berizonce e Sergio Artavia procedeu a aperfeiçoar o Anteprojeto, surgindo assim sua 2ª Versão, que em sua redação definitiva foi revista pelo professor do Uruguai Angel Landoni Sosa.

Discutido o anteprojeto, foi votado e aprovado pela Assembléia Geral do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, realizada em outubro de 2004, durante as XIX Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, em Caracas, transformando-se assim no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América.

Assim, o modelo apresentado inspira-se, em primeiro lugar, naquilo que já existe nos países da comunidade ibero-

americana, complementando, aperfeiçoando e harmonizando as regras existentes, de modo a chegar a uma proposta que possa ser útil para todos.

Como seria razoável, foram analisadas a sistemática norte-americana das *class actions* e a brasileira das ações coletivas (aplicada há quase 20 anos), mas o código afasta-se em diversos pontos dos dois modelos, para criar um sistema original, adequado à realidade existente nos diversos países ibero-americanos.

Tudo isto foi levado em conta para a preparação do Código, que acabou, por isso mesmo, perdendo as características de um modelo nacional, para adquirir efetivamente as de um verdadeiro sistema ibero-americano de processos coletivos.

O Código compõe-se de sete capítulos, sendo o **Capítulo I** destinado a conceituar os interesses ou direitos transindividuais, segundo as categorias de difusos (aos quais foram subsumidos os coletivos, pela terminologia brasileira) e individuais homogêneos, já conhecidas de diversos países ibero-americanos. O **Capítulo II** trata dos provimentos jurisdicionais que se podem obter pelo exercício da ação coletiva. O **Capítulo III** cuida de regras processuais aplicáveis, em geral, aos processos coletivos: a competência, o pedido e a causa de pedir, a tentativa de conciliação e de outras formas de auto e heterocomposição, preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo. O **Capítulo IV** detém-se sobre as ações coletivas em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos e, particularmente, sobre a ação coletiva reparatória dos danos individualmente sofridos (a *class action for damages* norte-americana), movida pelos legitimados sem necessidade de indicação da identidade das vítimas. No **Capítulo V** são tratados a conexão, a litispendência e a coisa julgada. Conexão litispendência têm regras claras, incluindo as relações entre ações coletivas ou entre uma ação coletiva e as ações individuais. O **Capítulo VI** introduz uma absoluta novidade para os ordenamentos de

civil law: a ação coletiva passiva, ou seja a *defendant class action* do sistema norte-americano. Preconizada pela doutrina brasileira, objeto de tímidas tentativas na práxis, a ação coletiva passiva, conquanto mais rara, não pode ser ignorada num sistema de processos coletivos. Por último, o **Capítulo VII** trata das disposições finais, contemplando uma recomendação ao intérprete e determinando a aplicação subsidiária dos diversos Códigos de Processo Civil e legislações especiais pertinentes, no que não forem incompatíveis.

A exposição de motivos do referido Código, conclui que, sem desprezar as experiências de tutela jurisdicional dos direitos e interesses transindividuais de diversos países, “cria um modelo original, aderente às regras pré-existentes nos ordenamento ibero-americanos, que aperfeiçoa e complementa”.

Assim, desprovido de qualquer característica nacional e, segundo sua apresentação, o Código constitui um “verdadeiro sistema ibero-americano de processos coletivos, harmonioso e completo, que poderá ser tomado como modelo pelos países de nossa comunidade, empenhados na transformação de um processo individualista num processo social.”

4.3 Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos

Consoante já pronunciado ao longo do presente trabalho, urge a elaboração de uma codificação específica para processo coletivo, eis que, indiscutivelmente, as adaptações processuais para o exercício da tutela coletiva implementadas ao longo dos anos não só mitigam o acesso à justiça (já que as faculdades não são exercidas em condições ideais), mas impedem o desenvolvimento do próprio processo coletivo, que limitado pelas inúmeras adaptações, não tem o ambiente propício ao seu pleno desenvolvimento.

Por esta razão, válidas as iniciativas acadêmicas (como a promovida pela USP em 2003 e pela UFRJ em 2005) em busca de um anteprojeto de código de processos coletivos pátrio, havendo a esperança de que juntamente com a esperada codificação, sejam implementadas ações legislativas visando à melhoria do sistema processual, notadamente quanto aos recursos, e do Judiciário.

Referências bibliográficas

- ALVIM, José Eduardo Carreira. (2002) *Teoria geral do processo*. Forense, Rio de Janeiro.
- ARAÚJO Filho, Luiz Paulo da Silva. (2000) *Ações coletivas : a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Forense, Rio de Janeiro.
- AREHART, Sérgio Cruz. (2003) *Perfis da tutela inibitória coletiva*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.
- ÁVILA, Humberto. (2004) *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª ed. aumentada. Editora Malheiros, São Paulo.
- BAZILONI, Nilton Luiz de Freitas. (2004) *A coisa julgada nas ações coletivas*. Editora Juarez de Oliveira, São Paulo.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. (1998) *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2ª ed., Livraria Almedina, Lisboa/PT.
- CARRION, Valentin. (2000) *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 25. ed. atual. e ampl., Saraiva, São Paulo.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. (2002) *Estudos de filosofia do direito : reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. Atlas, São Paulo.
- FRANÇA, R. Limongi. (1997) *Hermenêutica jurídica*. 6. ed. rev. e ampl., Saraiva, São Paulo.
- GRAU, Eros Roberto; Guerra Filho, Willis Santiago (org.). (2003) *Direito constitucional : estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Malheiros Editores, São Paulo.
- LENZA, Pedro. (2003) *Teoria geral da ação civil pública*. Editora

Revista dos Tribunais, São Paulo.

LEITE, George Salomão (org.). (2003) *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. Malheiros Editores, São Paulo.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. (1997) *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores: Lei nº 7.347/85 e legislação complementar*. 5. ed. rev. atual. e ampl., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

_____. (2001) *Ação popular*. 4. ed. rev. atual. e ampl., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

MARINONI, Luiz Guilherme; Didier Jr, Fredie (coord.). (2001) *A segunda etapa da reforma processual civil*. Malheiros Editores, São Paulo.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. (2002) *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. [coordenação Luiz Guilherme Marinoni]. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

MAZZILLI, Hugo Nigro. (2003) *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. – 16 ed. rev., ampl. e atual., Saraiva, São Paulo.

MIRANDA, Jorge. (2002) *Teoria do Estado e da Constituição*. Forense, Rio de Janeiro.

MONCADA, L. Cabral de. (1995) *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra Editora, Coimbra/PT.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. (2003) *Teoria da argumentação jurídica e nova retórica*. 2º edição revista, Lumen Júris, Rio de Janeiro.

NERY JÚNIOR, Nelson. (2000) *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. rev., ampl. e atual. com a Lei da Ação Direita de Inconstitucionalidade (9.868/99), Lei de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (9.882/99) e a Lei do Processo Administrativo (9.784/99). Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

SILVA, Ovídio A. Baptista. (2002) *Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume 1*. – 6. ed. rev. e atual. com as Leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002, Editora Revista

dos Tribunais, São Paulo.
VIGLIAR, José Marcelo Menezes. (2001) *Tutela jurisdicional
coletiva*. 3. ed. Atlas, São Paulo.