

ANTÔNIO SANT'ANA DA ROCHA NETO

**RECONHECIMENTO, HERMENÊUTICA E
PROCESSO COLETIVO**

**UM ESTUDO DA LUTA POR RECONHECIMENTO E DA
HERMENÊUTICA FILOSÓFICA COMO FUNDAMENTOS PARA A
COMPREENSÃO E EFETIVAÇÃO DO PROCESSO COLETIVO**

Faculdade de Direito UFMG
Belo Horizonte
2012

ANTÔNIO SANT'ANA DA ROCHA NETO

**RECONHECIMENTO, HERMENÊUTICA E
PROCESSO COLETIVO**

**UM ESTUDO DA LUTA POR RECONHECIMENTO E DA
HERMENÊUTICA FILOSÓFICA COMO FUNDAMENTOS PARA A
COMPREENSÃO E EFETIVAÇÃO DO PROCESSO COLETIVO**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Filosofia do Direito

Linha de pesquisa: Direito, Razão e História

Projeto Estruturante: “Matrizes fundantes do pensamento jurídico”

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Henrique Carvalho Salgado

Faculdade de Direito UFMG
Belo Horizonte
2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PÓS-GRADUAÇÃO

Dissertação intitulada RECONHECIMENTO, HERMENÊUTICA E PROCESSO COLETIVO: UM ESTUDO DA LUTA POR RECONHECIMENTO E DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA COMO FUNDAMENTOS PARA A COMPREENSÃO E EFETIVAÇÃO DO PROCESSO COLETIVO, de autoria do mestrando ANTÔNIO SANT'ANA DA ROCHA NETO, analisada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Ricardo Henrique Carvalho Salgado
Orientador

Belo Horizonte,

Aos meus pais, Auler e Air, pelo apoio
e exemplo que sempre me deram.
À minha esposa Lívia, pelo amor,
companheirismo e compreensão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que, de alguma forma, contribuíram para que esta pesquisa se tornasse possível. Não posso deixar de agradecer, em especial, à minha irmã Cristina e aos amigos Osvaldo Castro e Gustavo Melo, que muito me incentivaram e colaboraram com a execução deste trabalho. Por fim, agradeço ao professor Ricardo Salgado pela disponibilidade, paciência e atenção.

RESUMO

A presente pesquisa tem como escopo um estudo sistemático de como tem sido compreendido o Processo Coletivo na tutela dos direitos transindividuais e individuais homogêneos no Brasil, com o objetivo de se verificar sua efetividade à luz da Constituição de 1988.

Primeiramente, busca-se fazer uma análise crítica quanto à realidade fática do tratamento dado a esse instituto no Brasil em face de sua construção legal, jurisprudencial e doutrinária.

Em seguida, pretende-se abordar o que a Teoria do Reconhecimento de Hegel e a Hermenêutica Filosófica de Gadamer têm para contribuir para o Processo Coletivo.

Em suma, objetiva-se demonstrar como que o Sistema Jurídico Brasileiro ainda utiliza timidamente essa importante ferramenta para a tutela de direitos de massa, para depois apontar perspectivas e soluções viáveis, baseadas na Teoria do Reconhecimento e na Hermenêutica Filosófica, capazes de ampliar a efetivação dos direitos transindividuais e individuais homogêneos, por meio da instrumentalidade do Processo Coletivo e o do acesso a uma ordem jurídica justa.

Palavras-chave: processo coletivo; direitos transindividuais; direitos individuais homogêneos; individualismo; pilatismo; interpretação; reconhecimento; inserção do julgador.

ABSTRACT

The following research has as its subject matter a systematic study of how the collective suits has been understood in the protection of collective and transindividual rights in Brazil, in order to verify its effectiveness in light of the Constitution of 1988.

First, we seek to make a critical analysis of the objective reality of the treatment given to this right in Brazil given its legal construction, jurisprudence and doctrine.

Then, we intend to address what contributions Hegel's Theory of Recognition and Gadamer's Philosophical Hermeneutics may give to the Collective suits rights.

In short, the objective is to demonstrate that the Brazilian Legal System still uses scarcely this important tool for the protection of collective rights, so therefore we are able to point to prospects and viable solutions, based on the Theory of Recognition and Philosophical Hermeneutics, which are capable of increasing the effectiveness of collective and transindividual rights through the instrumentality of the Collective suits and access to a just legal order.

Key words: Collective suits, collective rights, transindividual rights, individualism, "pilatismo", interpretation, recognition, judge's place

SUMÁRIO

1. Introdução.....	9
2. O Processo Civil Coletivo Brasileiro.....	15
2.1. Origem histórica.....	15
2.1.1. Roma, a origem remota.....	16
2.1.2. Inglaterra Medieval.....	18
2.1.3. O <i>Bill of Peace</i>	19
2.1.4. Estados Unidos da América – a <i>class action</i>	21
2.1.5. Antecedentes da tutela coletiva em alguns países de <i>civil Law</i>	24
2.1.6. Evolução histórica das ações coletivas no Brasil.....	26
2.1.6.1. 1ª Fase – Absoluta predominância individualista da tutela jurídica.....	27
2.1.6.2. 2ª Fase – Proteção fragmentária dos direitos transindividuais ou Fase da proteção taxativa dos direitos massificados.....	27
2.1.6.3. 3ª Fase – Tutela jurídica integral, irrestrita, ampla.....	29
2.2. Bases constitucionais.....	32
2.3. Principais Ações Coletivas.....	35
2.3.1. Instrumentos de tutela dos direitos coletivos: as ações civis públicas e a ação popular.....	35
2.3.2. Instrumentos de tutela coletiva dos direitos subjetivos individuais: ações civis coletivas e mandado de segurança coletivo.....	37
3. A problemática da interpretação e aplicação do Processo Coletivo no Brasil.....	38
3.1. O individualismo processual.....	38
3.2. A interpretação não constitucionalizada.....	42
3.3. O “pilatismo” do judiciário.....	45
4. Análise Linguística do Processo Coletivo.....	51
4.1. Diferenças entre interesses e direitos.....	51
4.2. Trans, meta ou supraindividuais?.....	56
4.3. Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.....	58
4.4. Termos específicos do Processo Coletivo.....	60
5. A luta pelo reconhecimento.....	63
5.1. O obstáculo filosófico à aceitação do Direito Coletivo.....	63
5.2. A coletividade como instrumento do indivíduo – concepção dos clássicos, de Maquiavel e de Hobbes acerca da <i>individualidade</i> e da <i>coletividade</i>	65
5.3. A alternativa hegeliana.....	71
5.4. O direito coletivo na luta por reconhecimento.....	77
6. Fundamentos hermenêuticos para a compreensão do processo coletivo.....	80
6.1. Breve evolução histórica da hermenêutica filosófica.....	80
6.2. Hermenêutica atual – Gadamer.....	83
6.2.1. Bases filosóficas.....	83
6.2.1.1. Visão lógica.....	83
6.2.1.2. Visão ontológica.....	85
6.2.2. A hermenêutica gadameriana.....	88
6.3. A aplicação da hermenêutica ao processo coletivo.....	91
6.4. A interpretação constitucionalizada do processo coletivo.....	93
7. Conclusão.....	96
Referências Bibliográficas.....	98

1. Introdução

O Sistema Processual Civil Brasileiro apresenta-se em um ciclo evolutivo, que se traduz, em obediência ao art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII da Constituição da República de 1988, no Acesso à Justiça, preconizado por Cappelletti e Garth¹, e que tem como corolário a busca de um processo de resultados e da efetividade da prestação jurisdicional,

Sobre essa fase do Direito Processual, ensina a Prof. Tereza Thibau:

Pode-se dizer que, hoje, o sistema processual civil vive uma terceira fase, considerando-se a primeira como aquela em que ele surgiu como exclusivamente instrumental do direito material e a este subordinado. A segunda, como aquela em que ele se ergueu, ocorrendo a cisão entre o direito material e o direito processual, como ciências estanques, e na qual ficou demonstrada a autonomia técnica e teórica deste segundo, em relação ao primeiro. E, finalmente, a sistemática processual contemporânea, voltada para a busca de que o processo venha a atingir sua efetividade com maior rapidez, economia, segurança e justiça, trazendo mais do que a satisfação dos cidadãos, enquanto seres individualizados, pretendendo a pacificação entre tais indivíduos como membros participantes de uma coletividade.²

Várias foram as reformas adotadas no Sistema Processual em busca do Acesso à Justiça. Como exemplo, houve a criação dos juizados especiais de pequenas causas, já substituídos pelos juizados especiais cíveis, a expansão da assistência judiciária, da

¹ “O recente despertar de interesse em torno do acesso à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em seqüência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira ‘onda’ desse movimento novo – foi a ‘assistência judiciária’; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar ‘representação jurídica para os interesses difusos’, especialmente para nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e terceiro – e mais recente – é o que propomos a chamar simplesmente ‘enfoque de acesso à justiça’ porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo” (Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio A. Fabriz Editor, 1988, p.31)

² THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho – *A legitimação ativa nas ações coletivas: um contributo para estudo da substituição processual*, Belo Horizonte, 2003, UFMG (tese de doutorado), p.20.

defensoria pública e, principalmente, a concretização da tutela dos direitos coletivos por meio do Processo Coletivo.

Como veremos, a tutela de direitos coletivos faz parte do nosso ordenamento há tempos. Contudo, foi na Constituição da República de 1988 que se encontrou uma ampla previsão legislativa, reconhecendo a importância e o crescimento do fenômeno em questão. Ao mesmo tempo em que foram reconhecidos inúmeros direitos coletivos *lato sensu* (v.g.:meio ambiente), também chamados de direitos individuais de terceira geração ou transindividuais, implementou-se também o direito processual para protegê-los. De igual maneira, permitiu-se que os direitos subjetivos individuais, contanto que homogêneos, fossem tutelados por meio de ações coletivas.

De lá para cá, o Processo Civil Coletivo tem evoluído como um novo ramo do Direito Processual e tem se mostrado como um dos principais instrumentos de ampliação e democratização do Acesso à Justiça. Enfim, o Processo Coletivo se mostra como vertente metodológica do denominado *instrumentalismo substancial*³.

Como se encontra em plena fase de desenvolvimento, o Processo Coletivo ainda tem muito o que superar e traz inúmeras indagações.

Gregório Assagra de Almeida afirma que “ainda é muito forte no Brasil a resistência à concepção coletiva do direito processual. Essa resistência tem raízes sociais, políticas, jurídicas, culturais e até mesmo econômicas.” E continua:

A população ainda fica distante da justiça e não reivindica correta e legitimamente todos os seus direitos sociais fundamentais. O poder político se sente intimidado com um Poder Judiciário forte – o Judiciário passa a ser muito forte quanto interpreta e aplica corretamente o ‘direito processual coletivo’. A falta de sistematização dos princípios e regras do ‘direito processual coletivo’ também impede a sua correta concepção no campo

³ Dinamarco afirma que: “Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vista a fazê-las mais felizes (ou menos tristes), mediante a eliminação de conflitos que as envolvem, com decisões justas. (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*. 11ªed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 372)

jurídico. O poder econômico igualmente se sente intimidado com o ‘direito processual coletivo’, tendo em vista que é instrumento de transformação da realidade social, no sentido de buscar a diminuição das desigualdades sociais. O ensino jurídico ainda não está adequado para preparar os operadores do direito para o enfrentamento das causas sociais. As causas dessas resistências, portanto, são múltiplas.⁴

Alguns autores, como Ada Pellegrini Grinover e Antônio Gidi, atribuem a resistência ou o desconhecimento do Processo Coletivo ao fato de que a legislação que trata sobre o assunto se encontra de maneira esparsa dentro do nosso ordenamento (v.g.: Lei da Ação Popular - 4.717/65, Lei da Ação Civil Pública – 7.347/85, Código de Defesa do Consumidor – 8.078/90, Lei de Improbidade Administrativa – 8.429/92, Estatuto da Criança e Adolescente – 8.069/90, dentre outras). Para esse grupo, é necessária uma codificação das leis que tratam sobre o Processo Coletivo.⁵

Várias são as resistências ao Processo Coletivo no Brasil. Entretanto, sem dúvida, a principal encontra-se na forma como o Processo Civil é compreendido e aplicado pelos juristas brasileiros que ainda detêm uma ótica liberal-individual-normativista típica do Estado Liberal de Direito e ainda não se adequaram aos preceitos que a Constituição de 1988 trouxe sobre o Estado Democrático de Direito.

Diante das resistências apontadas e, principalmente, da inadequação da concepção dos juristas brasileiros à Constituição de 1988, na medida em que ainda estão arraigados às noções ultrapassadas de ação (individual e coletiva), jurisdição, tutela antecipada, legitimidade, coisa julgada, direitos fundamentais, efetivação de direitos, etc., e ainda não fizeram uma releitura constitucional desses institutos, pode-se afirmar que ainda é impossível se compreender e aplicar o Processo Coletivo no país.

Alguns apontam a alteração da legislação, outros, como já exposto, apontam a codificação do Processo Coletivo como solução para os problemas apontados. Todavia, há

⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro – Um Novo Ramo do Direito Processual*. São Paulo:Saraiva, 2003, p. 586-7.

⁵ Ada Pellegrini Grinover e Antônio Gidi chegaram a elaborar anteprojetos de códigos de processo coletivo, mas que ainda não saíram do papel. (cf. MAZZEI, Rodrigo Reis & NOLASCO, Rita Dias(coordenação). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005)

uma terceira via que crê não ser necessária qualquer atividade legislativa para que a Constituição (bem como o Processo Coletivo nela inserido) possa, de vez, ser concretizada no país. O que tem que ser mudado não é a Lei, e sim como a Lei é compreendida/aplicada. Nesse sentido, ensina Lenio Luiz Streck:

Há uma cultura positivista e manualesca que continua enraizada nas escolas de direito e naquilo que se entende por doutrina e aplicação do direito. Conseqüentemente, a doutrina não mais doutrina, vez que caudatária de decisões tribunálcias. Não conseguimos superar, ainda, a crise de paradigmas obejativista aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência), bases da concepção liberal-individualista-positivista do direito que obstaculiza a concretização da Constituição (e, conseqüentemente, dos objetivos da justiça social, da igualdade, da função social da propriedade etc.).⁶

É justamente nesse contexto que deve entrar a Luta pelo Reconhecimento e a Hermenêutica Jurídica, nomeadamente com Hegel e Gadamer, respectivamente. O primeiro por apresentar uma possível solução para se superar o individualismo, através do Reconhecimento e o segundo por apresentar uma Hermenêutica, que não é uma mera técnica de interpretação, mas um “*modo-de-ser-no-mundo*” do jurista por meio da consciência histórica. Assim, o estudo da Luta pelo Reconhecimento e da Hermenêutica Filosófica pode contribuir para a compreensão das Leis à luz da Constituição, bem como da idéia de Processo Coletivo nela inserta. Nas palavras do Prof. Ricardo Salgado:

“Dessa maneira, seguindo-se a hermenêutica filosófica de Gadamer, toda e qualquer aplicação de uma norma jurídica será obtida pelo diálogo realizado entre o intérprete e o texto legal, portanto, não alcançando apenas a literalidade da lei, ou seja, buscando sempre a *mens legis* atualizada. Por outro lado, também não descartará o aplicador do processo de aplicação.

⁶ STRECK, Lênio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo*. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa da pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha e Lênio Luiz Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p.181.

Resumindo, podemos dizer que não ocorrerá uma simples exegese da norma, mas também nunca um arbítrio por parte do intérprete; ocorrerá, sim, uma decisão fundamentada não apenas na literalidade da norma, mas em uma compreensão total de todo o mundo jurídico.”⁷

Sobre essa necessária mudança da interpretação do direito no país, ensina Streck:

“Sejamos claros: no campo da interpretação do direito, não houve ainda a invasão da filosofia pela linguagem. E não há como esconder essa evidência: inserido nessas crises, o jurista (ainda) opera com as conformações da hermenêutica clássica, vista como pura técnica (ou técnica pura) de interpretação (Auslegung), na qual a linguagem é entendida como uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito cognoscente (o jurista) e o objeto (o direito) a ser conhecido. Sempre sobra, pois a realidade! Esse modo-de-ser encobre o acontecer propriamente dito do agir humano, objetificando-o na linguagem e impedindo que se dê na sua originalidade, enfim, na sua concreta faticidade e historicidade.”⁸

Enfim, o fito da presente pesquisa é obter dados úteis sobre como o Processo Coletivo é compreendido hoje, para, ao final, apontar possíveis perspectivas e soluções válidas, baseadas na Hermenêutica Filosófica de Gadamer e na Luta pelo Reconhecimento de Hegel, que possam contribuir para o estudo e o aperfeiçoamento do Processo Coletivo no Brasil, bem como na efetivação dos direitos transindividuais e individuais homogêneos, a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito.

⁷ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica Filosófica e Aplicação de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 146.

⁸ STRECK, Lênio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo*. In: *Constituição, sistemas sócias e hermenêutica: programa da pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha e Lênio Luiz Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p.181.

2. O Processo Civil Coletivo Brasileiro

2.1. Origem histórica

O Processo Civil Coletivo Brasileiro é fruto de uma evolução histórica, na qual o direito processual busca mecanismos cada vez mais sofisticados para cumprir com sua função instrumental, no intuito de melhor assessorar a realização do direito material. Tal evolução, contudo, não é perfeitamente linear, servindo-se de inspirações diversas, algumas vezes até mesmo paralelas, para chegar ao sistema que hoje vige no nosso ordenamento.

Nesse sentido, ensina Ricardo de Barros Leonel:

No estudo da evolução do processo civil e de seus institutos, não é possível estabelecer “pontes” temporais imaginárias que tenham o condão de firmar

liame direto entre fenômenos que se verificam na atualidade e outros que tenham ocorrido no passado, por mais similares que sejam.⁹

Não obstante, uma análise histórica pode ser valiosa aliada na busca por uma compreensão da atual situação da tutela coletiva no Brasil. Contudo, não basta uma análise limitada às experiências jurídicas nacionais. Isso porque o desenvolvimento da tutela coletiva não é um fenômeno genuinamente brasileiro. Trata-se de uma tendência verificável em escala mundial, estando presente em tradições jurídicas diversas e em diferentes momentos históricos.

Destarte, uma abordagem que vise traçar uma noção das origens históricas da tutela coletiva em nosso país deve iniciar-se por uma menção ao direito romano, primeiro sistema jurídico a explorar este tipo de tutela. É a chamada origem remota do processo coletivo.

Após a experiência romana, é importante analisar as ações coletivas surgidas na Inglaterra medieval e o posterior aparecimento da *Bill of Peace*, neste mesmo país, mas já no século XVII. Tal diploma legal é o embrião das *class actions* estadunidenses, que serão também oportunamente lembradas.

Após este breve estudo das origens remotas em Roma e da tutela coletiva em alguns países de *Common Law*, passa-se enfim ao estudo da evolução histórica dos direitos transindividuais na tradição de *Civil Law*, notadamente na Itália e no Brasil, países que tiveram e ainda têm uma importante função no desenvolvimento e na aplicação dos processos coletivos.

O breve esforço histórico proposto começará, portanto, pelo direito comparado, sendo abordados, logo em seguida, os principais momentos de tal evolução na esfera brasileira.

2.1.1. Roma, a origem remota

⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Diante de diversas situações em que ficava clara a existência de interesses atinentes a vários cidadãos como um conjunto e a nenhum especificamente, os romanos perceberam a necessidade de desenvolver dentro de seu sistema jurídico, mecanismos de tutela coletiva. As questões que iam além de simples conflitos individuais, envolvendo determinados grupos ou comunidades, merecia um tratamento jurídico capaz de solucionar os anseios de toda a coletividade, ao invés de apenas um ou alguns indivíduos.

Como ensina Ricardo de Barros Leonel:

Não passou despercebido do senso comum dos romanos que em algumas situações estavam presentes interesses atinentes a todos os cidadãos como um conjunto e a nenhum especificamente, e que seria necessário, destarte, o estabelecimento de previsão normativa de formas determinadas de ações, em que pudesse qualquer interessado postular a tutela judicial para a preservação do interesse violado no quadro excepcional.¹⁰

Assim é que os direitos coletivos são reconhecidos pela primeira vez no direito romano, fonte remota do processo civil coletivo atual. Através das *actiones popularis* ou *actio pro populo* o indivíduo podia comparecer em juízo na defesa do interesse comum. Inicialmente, tal ação só era admitida se, além do interesse comum, fosse também atingido o interesse particular do cidadão. Contudo, devido à índole altruísta¹¹ do propositor da ação, que com ela visava à defesa de bens e valores de maior importância para a sociedade, a ação popular passou a ser admitida também, quando amparada unicamente no *interesse comum*.¹²

Como elucidada Nelson Nery Junior,

“O fenômeno da existência dos direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) não é novo, pois já era conhecido dos romanos. Nem a terminologia ‘difusos’ é nova. Com efeito, as *actiones populares* do direito romano, previstas no Digesto 47, 23, 1, que eram ações essencialmente privadas, destinavam-se à proteção dos interesses da sociedade. Qualquer do

¹⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 41.

¹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular – Proteção do erário público, do patrimônio cultural e natural e do meio ambiente*. São Paulo: RT, 1994, p. 28.

¹² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 380.

povo podia ajuizá-las, mas não agia em nome do direito individual seu, mas como membro da comunidade, como defensor desse mesmo interesse público.”¹³

Vale dizer que, com o escopo de proteger os interesses da sociedade, a maioria das ações populares em Roma era de caráter penal. Não obstante, havia uma série de espécies de *actiones populares* não-penais, dentre as quais pode-se citar a ação do *albo corrupto*, que objetivava punir quem alterasse o escrito do pretor; a ação de *sepulcro violatio*, ou violação de sepultura; a ação de *termino moto*, usada para reparar o dano causado por alteração de má-fé nos limites entre propriedades.¹⁴

Nesse sentido, Ricardo de Barros Leonel complementa:

A ação popular tinha em Roma amplitude extraordinária, servindo não somente para a tutela de interesses individuais com consequências públicas (como no caso de defesa pessoal do uso de vias públicas por meio do *interdictum ne quid in loco publico vel itinere fiat*. Como ainda da utilização dos rios, ancoradouros, bebedouros, entre outras coisas, por força do *interdictum ne quid in flumine publico ripave ejus fiat*; uso de esgotos públicos, por meio do interdito *de cloacis*, entre outros); mas ainda, e sobretudo, para a tutela de interesses mais propriamente coletivos, como na defesa de sepultura comum, efetivação de fundações instituídas por atos de disposição de última vontade, oposição à colocação em telhas e janelas de coisas que pudessem ser lançadas à rua, entre outras.¹⁵

Assim, não é exagero concluir que nas ações populares do processo havia já o germen da tutela judicial dos interesses transindividuais que se desenvolveria mais tarde. Surgiu aqui a idéia de legitimação por categoria, segundo a qual o interesse do autor é indivisível e indissociável do restante da comunidade. Reconheceu-se, enfim, o interesse da coletividade e sua necessidade de ser tutelado.

2.1.2. Inglaterra medieval

¹³ NERY JUNIOR, Nelson. A ação civil pública no processo do trabalho in Ação Civil Pública, Lei 7347/85 – 15 anos, coord. Édis Milaré, p 557.

¹⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 381.

¹⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 47

Após a experiência romana, passa-se muito tempo até que sejam relatadas novas experiências jurídicas relevantes no desenvolvimento da tutela coletiva. Tais experiências são novamente notadas apenas na Inglaterra medieval, no século XII, ainda que a maioria da doutrina prefira apontar antecedentes históricos da moderna ação coletiva no século XVII (*Bill of Peace*).

As ações populares no medioevo eram uma forma muito empregada na época para resolver conflitos entre uma comunidade de um vilarejo, composta de aldeões, contra seus respectivos senhores por problemas relativos à administração e utilização das terras no feudo, o que seria de interesse da coletividade. Há também registros de uma tutela coletiva no que diz respeito à relação entre uma coletividade de fiéis que pagavam dízimo e os párocos que o recebiam. Outro exemplo é, ainda, o das corporações (guildas) no tratamento de questões tributárias com a autoridade local.¹⁶

Não havia aqui, divergência a respeito da representatividade do demandante da ação, pois não havia discernimento entre indivíduo e comunidade. A preocupação central do processo era o litígio em si, sendo secundária a definição das partes. Esta é, aliás, uma diferença marcante quando se compara a ação coletiva medieval com aquela que surge na modernidade através do *Bill of Peace*. Na modernidade, o direito subjetivo da comunidade, para ser exercido, dependia da comprovação de que o autor era apto a representar os demais indivíduos ausentes da relação processual, evidenciando a importância que ganha a questão das partes.¹⁷

2.1.3. O *Bill of Peace*

A posição dominante na doutrina é de que a grande inspiração para as *class actions* que surgiriam na época contemporânea foi o chamado *Bill of Peace*, que surge no século XVII, no direito inglês.

Nas palavras de Márcio Flávio Mafra Leal, tratava-se de:

Uma autorização para processamento coletivo de uma ação individual e era concebida quando o autor requeria que o provimento englobasse os direitos

¹⁶ LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1998. P. 22.

¹⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 40.

de todos que estivessem envolvidos no litígio, tratando a questão de maneira uniforme, evitando a multiplicação de processos.¹⁸

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes ressalta ainda que:

O desenvolvimento do *Bill of Peace*, como possibilidade de demanda coletiva, estava condicionado à existência de interesses comuns (*shared interests*), envolvendo um número elevado de pessoas, que ficariam vinculadas aos efeitos da coisa julgada. A presença dos interesses comuns substituía, assim, a base sobre a qual as ações de grupo haviam se pautado durante a fase medieval e a primeira etapa da moderna, em que o denominador comum era apenas a existência de um agrupamento coeso. A exigência do interesse comum, no entanto, só aos poucos foi se mostrando mais rigorosa, coincidindo, na verdade, o incremento da severidade com outros fatores históricos, como, por exemplo, o fortalecimento do individualismo e o surgimento das pessoas jurídicas.¹⁹

Foi dessa forma que os tribunais de equidade (*Courts of Chancery*) romperam com o princípio, segundo o qual todos os sujeitos interessados devem, necessariamente, participar do processo, permitindo que representantes de determinados grupos atuassem, em nome próprio, demandando por interesses dos representados, ou também sendo demandados por conta dos mesmos interesses.²⁰

Havia, contudo, uma série de dificuldades de ordem prática, devido à ausência de contornos exatos deste modelo procedimental.²¹

Não obstante, é fundamental destacar aqui o surgimento das *corporações*, que auxiliará mais tarde no surgimento das *classes*, como um conjunto de indivíduos reunidos por um interesse comum. Como coloca Márcio Flávio Mafra Leal:

Se antes não havia qualquer regra estabelecendo as relações entre os membros de uma associação de pessoas, no final da Idade Média iniciou-se a elaboração de uma Teoria da Corporações, estabelecendo regras para sua existência jurídica, destacando o interesse da corporação como algo distinto

¹⁸ LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1998. P. 22-3.

¹⁹ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional* – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 43.

²⁰ VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo*, p. 261 *Apud* ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 26.

²¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 26.

dos membros que a compõem, e criando assim uma unidade jurídica apta a ser titular de direitos e deveres, *de modo semelhante ao que ocorria no caso das pessoas físicas.*²²

Um século mais tarde, com a primeira Revolução Industrial e a conseqüente ascensão das massas, a tutela coletiva dos novos conflitos massificados passa a ser ainda mais importante²³. As idéias de *corporação*, *coletividade* e, sobretudo *classe*, assumem um papel fundamental na resolução dos novos conflitos.

2.1.4. Estados Unidos da América – a *class action*

O direito estadunidense, adepto do sistema de *commom law*, é amplamente baseado nas decisões precedentes. Nesse sentido, a história da tutela coletiva nos Estados Unidos da América tem, como um dos momentos iniciais, o caso West vs. Randall, ocorrido em 1820, o qual despertou o interesse de um dos membros da suprema corte à época, Joseph Story, para o problema do *group litigation*.²⁴ O caso em si, contudo, tratava de uma questão individual. Não obstante, Story passou a pensar como seria possível resolvê-lo se houvesse um número maior de pessoas envolvidas. Após recorrer a precedentes do direito inglês, ele chegou à conclusão de que o litisconsórcio necessário não se aplicaria a casos em que houvesse um interesse transindividual, chegando ao seguinte enunciado:

Onde as partes são muito numerosas e a corte percebe que será quase impossível trazê-las perante o tribunal, ou onde a questão é de interesse geral em que uns poucos podem promover uma ação em benefício de todos, ou onde houver uma associação voluntária com fins públicos ou privados em que seja possível a representação dos direitos e interesses de todos que dela fazem parte; nesses e em casos análogos, a ação se demonstra não ser meramente em nome dos autores, mas de todos os interessados; o

²² LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1998. P. 28.

²³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 42.

²⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional – 2ª ed. rev., atual. e ampl.* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 58.

pedido para formação de litisconsórcio necessário deverá ser repellido e o tribunal deverá dar prosseguimento ao processo até a decisão do mérito.²⁵

O juiz Story deu continuidade a seus estudos, deixando uma respeitável obra a respeito das ações coletivas, notadamente seus *Commentaries on Equity Pleadings*, de 1836. Seis anos mais tarde, a Suprema Corte, com Story em sua composição, editou a *Equity Rule 48*, considerada a primeira norma escrita relacionada com a *class action*. Em tradução apresentada por Leal:

Quando as partes forem numerosas em um ou outro polo e não puderem, sem manifesta inconveniência e opressivos retardamentos, figurar como parte na ação, a corte, em conformidade com sua discricção, poderá dispensá-las da atuação como parte e poderá dar prosseguimento à ação, tendo partes suficientes, diante de si, para representar apropriadamente todos os interesses contrários aos dos autores e réus na ação perante a corte. Mas, em tais casos, a decisão deve ser proferida sem prejuízo para os direitos e pretensões de todas as partes ausentes.²⁶

O procedimento coletivo estava, enfim, instaurado nos Estados Unidos da América. Contudo, o número de casos que se serviram desta opção processual foi bem reduzido no século XIX. Segundo Stephen C. Yeazell, a *group litigation*, durante o século de sua criação, foi um procedimento sem clientela.²⁷

Já no século XX, em 1912, a *Equity Rule 48* é modificada e substituída pela *Rule 38*, que suprimiu a parte final do enunciado, referente aos efeitos não vinculativos em relação aos membros da classe que não estivessem presentes como parte no processo. Tal

²⁵ LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1998. P. 150.

²⁶ LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1998. P.61)

²⁷ YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Have: Yale University Press, 1987. p.220.

modificação, entretanto ainda não foi suficiente para acabar com o dissenso e a confusão que reinavam sobre o tema nas cortes americanas.

Somente alguns anos mais tarde, em 1938, com o advento do primeiro Código de Processo Civil em âmbito federal dos Estados Unidos, é que as *class actions* receberiam um tratamento mais exato.

Dentre as *Federal Rules of Civil Procedure*, a de número 23 se destinava exclusivamente a regular as *class actions*. Reformas à parte, esta é até hoje a regra básica sobre o assunto nos Estados Unidos. Tal regra estabelecia três classes de ações coletivas. A primeira delas era a ação coletiva pura (*true*), que pressupunha a existência de uma unidade absoluta de interesse, de natureza indivisível, comum a todos os membros do grupo. A segunda espécie é a ação coletiva híbrida (*hybrid*), onde o direito não é único ou comum a todos, mas é sempre referente ao mesmo bem jurídico. Ocorre quando há uma diversidade de interesses que incidem sobre o mesmo objeto. Por fim, o terceiro tipo, a ação espúria (*spurious class action*), há diversos interesses decorrentes da mesma questão de fato ou de direito, de forma a justificar a agregação dos direitos individuais em busca de uma solução processual comum. Nesta espécie o que une as pessoas não é propriamente um bem ou objeto comum, como nas híbridas, mas circunstâncias comuns.²⁸

Vale dizer, ainda, que nas ações espúrias, ao contrário das duas outras, os membros das classes envolvidas não estariam todos sob efeito do julgado, mas apenas aqueles que haviam participado do processo, o que justifica a colocação de Mendes ao dizer que as ações espúrias eram, na “prática, uma espécie de litisconsórcio liberal”.

As cortes, ao aplicar a *Rule 23*, deparavam-se, além do problema de não vinculação das ações espúrias, com dificuldades no momento de distinguir as categorias de ações e a superioridade do processo coletivo sobre o individual.²⁹ Devido a tais problemas, a regra foi modificada ainda várias vezes, em 1966, 1987, 1998, 2003 e 2007.

²⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional* – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 66.

²⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional* – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 67.

Com relação às modificações ocorridas na *Rule 23* e sua atual configuração, é importante citar alguns pontos principais. Na reforma de 1966, é notável o esforço por tornar a ação de classe mais prática e funcional. O principal ponto foi a ênfase na representação leal e adequada. Nas reformas posteriores, os requisitos para a ação passaram a ser expressos, sendo eles os cinco que se seguem: a) a parte representativa deve integrar a classe; b) deve haver uma numerosidade que inviabilize o litisconsórcio; c) existência de questões de fato ou de direito comuns à classe; d) identidade de pretensões ou defesas entre o representante e a classe; e) representação adequada.

A atual *Rule 23*, distribuída em oito alíneas, trata, além dos pré-requisitos (alínea *a*), dos tipos de ação (alínea *b*), das questões processuais gerais, como a comunicação dos atos (alínea *c*), dos poderes do juiz no processamento da ação (alínea *d*), da extinção voluntária do processo (alínea *e*), do cabimento de recurso contra as decisões referentes à admissibilidade da ação (alínea *f*), das regras pertinentes ao advogado do grupo (alínea *g*) e, por fim, das questões referentes aos honorários advocatícios (alínea *h*).³⁰

2.1.5. Antecedentes da tutela coletiva em alguns países de *civil law*

Nos países de *civil law*, o surgimento de ações coletivas é mais recente, datando do final do século XIX e início do XX.

Na França, houve uma série de tentativas tímidas de instaurar um processo coletivo, sendo a primeira delas em 1884, quando surge uma lei que legitima os sindicatos, que a partir de uma lei posterior, de 1901, passam a poder demandar. Interessante notar que, neste país, havia já a tutela coletiva no campo penal, através da *action civile*, que garantia uma indenização a todos aqueles que houvessem sofrido dano decorrente de um fato típico penal.³¹

³⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional* – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 69-70.

³¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional* – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 148.

Na Itália, a legitimação da defesa coletiva dos direitos também encontrava precedente no processo penal, em situações que admitiam partes civis em processos penais, como, por exemplo, o caso dos vinicultores que, em face de um contraventor do comércio de vinho, demandavam coletivamente.

Não obstante, no início do século XX, são publicadas na Itália duas importantes obras a respeito da tutela coletiva no sistema de *civil law*. Em 1911, Emilio Bonaudi escreve *La tutela degli interessi collettivi*, onde aborda a questão no direito comparado, concluindo pela crescente tendência da substituição de demandas individuais por coletivas.³²

Um ano mais tarde, em 1912, Ugo Ferrone inclui em seu trabalho *Il processo civile moderno: fondamento, progresso e avvenire*, um adendo dedicado à tutela dos interesses coletivos. A Itália seguirá ainda por muitos anos com um papel fundamental no desenvolvimento doutrinário do tema, notadamente na década de 1970, através de vários encontros acadêmicos, dos quais participaram também importantes doutrinadores brasileiros.

À medida que os anos foram passando, os institutos que possibilitavam novas formas de tutela coletiva foram se multiplicando pela Europa continental. A lei Royer, na França, em 1973, a lei 20/84 na Espanha (*Ley General para la Defensa de los Consumidores e Usuarios*)³³ e diversas outras apareceram reconhecendo direitos coletivos e procedimentos encabeçados por representantes de classes e associações. Era a revolução prevista por Cappelletti e Garth, em 1978:

“Uma verdadeira ‘revolução’ está-se desenvolvendo dentro do processo civil” com foco de preocupação centrado “especificamente nos interesses difusos”, uma vez que “a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção” desses interesses: “o processo era visto como um assunto entre as partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencem a um

³² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional* – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 96.

³³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 32-33.

grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.³⁴

Destarte, a revolução da tutela coletiva havia começado também no mundo da *civil law*, e o Brasil desempenharia função pioneira nesta revolução.

2.1.6. Evolução histórica das ações coletivas no Brasil

Apesar dos antecedentes presentes na Europa Continental, a cena jurídica brasileira se sobressaiu na evolução da tutela dos direitos coletivos no sistema de *civil law*. Como coloca Zavascki,

Foi o legislador brasileiro que protagonizou, de modo muito mais profundo e mais rico do que nos demais países de *civil law*, a “revolução” mencionada por Cappelletti e Garth, em prol da criação de instrumentos de tutela coletiva.³⁵

Não obstante, a tutela coletiva no Brasil não foi fruto de um movimento legislativo pontual, mas sim o resultado de uma longa evolução da doutrina e da jurisprudência que está, ainda hoje, em pleno desenvolvimento. Para facilitar o estudo do caminho histórico percorrido, acolhe-se aqui a divisão proposta por Gregório Assagra de Almeida. O referido autor separa a evolução histórica das nossas ações coletivas em três fases.³⁶

2.1.6.1. 1ª Fase – Absoluta predominância individualista da tutela jurídica

A primeira fase evolutiva da tutela coletiva no Brasil abrange o período colonial, o imperial e parte do republicano. É marcado basicamente pelo caráter quase absolutamente individualista das demandas. Não é

³⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 31-32.

³⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 34.)

³⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. P. 422.

possível identificar aqui qualquer preocupação com a tutela do direito coletivo no país. Esta fase se estende até o ano de 1934.³⁷

2.1.6.2. 2ª Fase – Proteção fragmentária dos direitos transindividuais ou Fase da proteção taxativa dos direitos massificados

A segunda fase evolutiva das ações coletivas no Brasil inicia-se com a Constituição Federal de 1934, que em seu art. 113, n. 38, instituiu a ação popular, destinada à tutela do patrimônio público da União, Estados e Municípios. Qualquer cidadão poderia ser parte neste tipo de ação, a fim de proteger o patrimônio público de eventuais lesões.

Alguns autores, contudo, defendem que não há aqui a tutela de nenhum direito difuso. Como será visto oportunamente, o interesse público tutelado não é a mesma coisa do interesse difuso. Defensora deste ponto de vista é Ada Pellegrini Grinover, uma das mais importantes doutrinadoras do assunto.³⁸

Outro importante acontecimento legislativo que se seguiu à Constituição de 34 foi o advento da CLT (Decreto-Lei n. 5452/43), introduzindo no nosso ordenamento os *dissídios coletivos*, também com ares de tutela coletiva. Até este momento, porém, a presença de mecanismos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro era tímida.

Há, nas décadas de 1950 e 1960 o surgimento de “leis extravagantes e dispersas, que previam a possibilidade de certas entidades e organizações ajuizarem, em nome próprio, ações para a defesa de direitos coletivos ou individuais alheios”³⁹. São exemplos disto a lei n. 1134/50 que conferia tal possibilidade às associações de classe e a lei n. 4215/63, antigo estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que reconhecia a competência da Ordem para representar os interesses da classe dos advogados.

Foi em 1965 que a situação começou a mudar, com a lei n. 4717/65, que regulamentava a ação popular em seus aspectos processuais, sendo a base de tal ação até os dias de hoje. Outro grande avanço foi a modificação da referida lei pela lei n. 6513/77, que aumenta o rol de objetos da ação popular ao considerar patrimônio

³⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. P. 422.

³⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. P. 422.

³⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional – 2ª ed. rev., atual. e ampl.* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 189.

público não só bens físicos do Estado, mas também todo bem e direito de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

As décadas de 1960 e 1970, fundamentais na evolução da tutela coletiva no Brasil, devem seus avanços a diversos doutrinadores brasileiros e estrangeiros, sobretudo italianos. Como ressalta Aluisio Mendes, “os professores José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz de Oliveira Jr. vinham mantendo contato e interagindo com as idéias lançadas nos congressos e conclaves internacionais, sobretudo os ocorridos na Itália”.⁴⁰

Três anos mais tarde viria a lei n. 6938/81, que traz à tona a necessidade de uma tutela diferenciada do meio ambiente. Dessa forma, torna possível a proteção integral ou holística do meio ambiente, legitimando o Ministério Público como autor das *ações com pedido reparatorio por danos causados ao meio ambiente*. O Ministério Público, no mesmo ano, passou a ter como função institucional o ajuizamento da *ação civil pública*, através da posteriormente revogada Lei Complementar n. 40. É aqui que aparece pela primeira vez esta denominação de “ação civil pública”.⁴¹

A inovação desta segunda fase ocorre, porém em 24 de julho de 1985, quando surge a Lei n. 7347/85, a Lei da Ação Civil Pública (LACP). Este é considerado um marco no estudo da tutela coletiva no Brasil, um verdadeiro divisor de águas. Segundo Assagra de Almeida, “é com a LACP que ingressa no Brasil, no plano normativo, o movimento mundial pela coletivização do processo, movimento esse denominado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth de ‘representação em juízo dos direitos coletivos’”.⁴²

Fundamental mencionar também, como faz Gregório Assagra de Almeida, a importância de diversos juristas brasileiros que muito trabalharam para a transformação da tutela coletiva no Brasil, seja academicamente ou na elaboração de projetos de lei. Dentre eles citamos José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini

⁴⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional* – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 191.

⁴¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. P. 424.

⁴² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. P. 425.

Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Júnior, Antônio Augusto de Camargo Ferraz e Edis Milaré. ⁴³

Contudo, também a LACP, a exemplo da ação popular, era taxativa quanto aos seus objetos materiais, especificados em seu art. 1º. É por isso que esta segunda fase é marcada pela taxatividade da tutela jurídica, o que, porém, não tardaria a mudar.

2.1.6.3. 3ª Fase – Tutela jurídica integral, irrestrita, ampla

O Brasil despede-se de uma tutela coletiva taxativa ou fragmentária a partir da Constituição Federal de 1988. Em seu art. 129, III, fica estabelecido o princípio da não-taxatividade do objeto material da ação coletiva, e nos seus artigos 103, 125, § 2º, e 129, § 1º, o princípio da legitimidade ativa coletiva concorrente ou pluralista, já presente no art. 5º da LACP. Ganha força aqui a perspectiva holística do processo, segundo a qual se reconhece, na proteção ao coletivo, a proteção do próprio particular, principalmente no que diz respeito a seus direitos fundamentais. ⁴⁴

O direito coletivo passa a ser instrumento realizador do princípio do acesso amplo e irrestrito à justiça, consagrado no art. 5º, XXXV da nova carta magna. Outras categorias de ação coletiva são criadas, como o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXIX e XX) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CF). Passam a ser reconhecidos como objeto material da ação popular, também o meio ambiente e a moralidade administrativa (art. 5º, LXXIII) e os sindicatos são autorizados a representarem sua categoria na defesa de seus direitos coletivos (art. 5º, XXI).

A Constituição de 88 eleva o direito coletivo a direito fundamental, em seu título II, capítulo I. A idéia era a de utilizar-se de todos os meios processuais possíveis, inclusive o processo coletivo, para efetivar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Isto pode ser claramente depreendido do § 1º do art. 5º da CF/88, consagrador do princípio da aplicabilidade imediata e irrestrita de tais direitos e garantias.

As novidades, porém, não se resumiram ao plano constitucional. No plano infraconstitucional surgiram diversos diplomas legais a fim de promover a tutela dos direitos coletivos de determinados grupos de pessoas. A lei n. 7853/89, por exemplo, instituía a tutela jurisdicional dos interesses difusos ou coletivos das pessoas portadoras de deficiência. A lei n. 7913/89, dispunha sobre os danos sofridos por investidores no mercado de valores mobiliários e a possibilidade desta coletividade ter seus direitos tutelados pela ação civil pública. Outras coletividades, como as crianças e adolescentes (lei n. 8069/90) e idosos (lei n.10741/03), também

⁴³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. P. 425.

⁴⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. P. 425-426.

foram agraciadas com leis próprias que observavam o caráter transindividual de seus direitos. Contudo, o grupo alvo da lei que merece mais atenção após a CF/88 é aquele composto pelos consumidores.

Foi através da lei n. 8078/90, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que o legislador pôs em vigor o modelo estrutural para ações coletivas no Brasil. Como ensina Mendes:

Regulou assim, o Código do Consumidor, os aspectos mais importantes da tutela jurisdicional coletiva, desde a problemática da competência e da legitimação até a da execução, passando pela coisa julgada e seus efeitos, além da questão da litispendência e das não menos importantes definições conceituais pertinentes aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.⁴⁵

Após as importantes contribuições trazidas pelo CDC, a tutela coletiva continuou sendo contemplada em diversas outras leis referentes a direitos de determinados grupos de cidadãos. Como exemplos, podemos citar a lei de improbidade administrativa (lei n. 8429/92), o Estatuto das Cidades (lei n. 10257/01), Estatuto do Torcedor (lei n. 10741/03) e a lei Maria da Penha (n. 11340//06), contendo em seu art. 37, normas pertinentes à defesa dos interesses e direitos transindividuais previstos na lei.⁴⁶

A caminhada, contudo, não havia terminado. Percebia-se ainda a necessidade de elaboração de um código de Processos Coletivos e o aperfeiçoamento da LACP. Nesse sentido, em 2007, a Defensoria Pública foi incluída no rol de legitimados da LACP (lei n. 11448/07) e, dois anos mais tarde, em 2009, foi concluído o texto do anteprojeto da nova Lei da Ação Civil Pública, levando em consideração inúmeras proposições de dois anteprojetos anteriores de Código Brasileiro de Processos Coletivos (2004 e 2005).⁴⁷

Por fim, vale ressaltar a publicação da nova lei de Mandado de Segurança Individual e Coletivo (lei n. 12016/09) que regulamenta a previsão constitucional dos art. 5º, em seus incisos LXIX e LXX.

⁴⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional* – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 197.

⁴⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional* – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 199.

⁴⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional* – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 201.

Conclui-se aqui a existência de uma preocupação atual em relação à elaboração de leis cada vez melhores no que tange as ações coletivas. Contudo, estas leis pretendem ser melhores em que sentido? Ora, desde 1988 esta resposta já é conhecida. O esforço doutrinário e legislativo é voltado para melhor realizar o que foi trazido como direito fundamental pela Carta Constitucional, que não se olvidou dos direitos transindividuais e alçou-os ao posto de garantias fundamentais. É nesse sentido de realização constitucional que a evolução da tutela coletiva caminha hodiernamente.

2.2. Bases constitucionais

As normas constitucionais podem ser, basicamente, de dois tipos: materiais ou processuais. As primeiras fixam regras gerais para a regulamentação, pelo sistema jurídico, das condutas em suas relações intersubjetivas. As segundas estabelecem condições para que os parâmetros estabelecidos pelas normas materiais tenham congruência no plano da abstração e sejam efetivados no plano da concretude.⁴⁸

Dentre as normas processuais, encontra-se o *direito processual constitucional*, do qual um dos ramos é o *direito processual coletivo*. Este possui, pois, natureza e fundamentos constitucionais. Aliás, é a Constituição que dá a este ramo do direito processual sua autonomia como novo ramo do direito processual brasileiro. Os dispositivos nos quais reside tal fundamentação são, como aponta Assagra de Almeida:

o art. 1º, que instituiu o Estado Democrático de Direito; art. 5º, XXXV, que passou a garantir o acesso amplo à justiça, seja para tutela de direitos individuais, seja para a tutela de direitos ou interesses coletivos em sentido lato; art. 129, III, que deu dignidade constitucional à *ação civil pública* para a tutela de quaisquer direitos ou interesses difusos ou coletivos; e arts. 102, I, a, §§ 1º e 2º, 103, e 105, §2º, disposições constitucionais essas referentes ao controle concentrado da constitucionalidade das leis, e que é objeto do denominado *direito processual coletivo especial*.⁴⁹

⁴⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 141.

⁴⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 42.

Pode-se, ainda, separar os dispositivos referentes ao *direito processual coletivo positivado na Constituição em dois grupos: figuras específicas de tutela jurisdicional coletiva e regras e princípios genéricos e específicos que lhes são aplicáveis.*

Neste primeiro grupo, das figuras típicas, encontramos, por exemplo, as ações diretas declaratórias de inconstitucionalidade por ação ou omissão (art. 102, I, a, e 103, § 2º); a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º); o mandado de segurança (art. 5º, LXIX e LXX); o mandado de injunção (art. 5º, LXXI); a ação popular (art. 5º, LXXIII); a ação civil pública (art. 129, III e seu §3º), o dissídio coletivo (art. 114, §2º), a ação de impugnação de mandato eletivo (art.14, §§ 10 e 11) e a ação direta interventiva (art. 36, III).⁵⁰

O direito processual coletivo, contudo, não se relaciona apenas com os dispositivos diretamente referentes a si mesmo. Existe uma série de princípios constitucionalmente consagrados que podem servir-se da tutela coletiva como instrumento de efetivação. Dentre eles, podem-se citar as garantias referentes à dignidade da pessoa humana, a igualdade, o acesso amplo à justiça, por exemplo. Os processos coletivos são, como enuncia Assagra de Almeida:

vias pelas quais o Poder Judiciário exerce o seu papel de *protetor* dos valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, pelo exercício do controle difuso (incidental) da constitucionalidade das leis, ao mesmo tempo em que atua para efetivar, no plano concreto, os direitos e garantias constitucionais individuais consagrados na Lei Magna, como os referentes à dignidade da pessoa humana, às liberdades públicas, à igualdade, etc.⁵¹

Dentre os princípios promovidos pelo processo coletivo, um dos mais óbvios é, talvez, o do amplo acesso à justiça. Sobre este princípio, a Ministra Carmen Lúcia adverte:

O direito à jurisdição apresenta-se em três fases que se encadeiam e se completam, a saber: a) o acesso ao poder estatal prestador da jurisdição; b) a

⁵⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 143.

⁵¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 148.

eficiência e prontidão da resposta estatal à demanda de jurisdição; e c) a eficácia da decisão jurídica.⁵²

Fica clara, ao analisar as três fases, a contribuição que uma perspectiva transindividual do processo pode trazer ao direito à jurisdição.

Importante também frisar que os princípios constitucionais processuais gerais se aplicam também ao processo coletivo. Dentre eles destacam-se os princípios do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88), da ampla defesa e do contraditório.

Há, por fim, uma série de princípios específicos do direito processual coletivo que podem ser depreendidos do texto constitucional. Na nova carta magna, em seu art. 5º, XXXV, o judiciário é estabelecido como órgão de apreciação de qualquer alegação de direito, individual ou coletivo. Pode-se extrair daí o *princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo*, que surge atrelado às exigências trazidas pela Constituição ao Poder Judiciário. Afinal, o processo coletivo serve para realizar princípios que, se são de interesse do cidadão, o são também do Estado.

Outro princípio específico é o da *máxima prioridade jurisdicional da tutela jurisdicional coletiva*, depreendido do art. 5º, §1º, da CF. Este artigo determina a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Ora, se o processo coletivo serve ao intuito de realizar tais direitos e garantias, sua execução deve ser prioritária.

Por último, mas sem pretensões de esgotar o tema, há o *princípio da não-taxatividade da ação coletiva*, amparado nos artigos 5º, XXXV e 129, III, da CF, mas presente também no art. 1º, IV, da LACP. Tal princípio estabelece que qualquer direito coletivo poderá ser objeto de ação coletiva. A taxatividade que imperou durante muitos anos na tutela coletiva

⁵² Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 143.

brasileira é, por fim, finita. Daí pode-se até mesmo inferir a existência de outro princípio, a saber, *princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva*.⁵³

2.3. Principais Ações Coletivas

2.3.1. Instrumentos de tutela dos direitos coletivos: as ações civis públicas e a ação popular

A ação civil pública, instituída pela Lei n. 7347, destina-se a promover a tutela dos direitos e interesses transindividuais. Como coloca Zavascki, este tipo de ação:

Compõe-se de um conjunto de mecanismos destinados a instrumentar demandas preventivas, reparatorias e cautelares de quaisquer direitos e interesses difusos e coletivos, nomeadamente “as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais” causados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à ordem econômica e à economia popular (art. 1º).⁵⁴

Como forma variante de ação civil pública podemos citar os procedimentos instituídos pela lei n. 7853/89, que em seus artigos 3º a 7º faz referência à tutela dos direitos e interesses coletivos de pessoas portadoras de deficiência; a lei n. 8069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que faz o mesmo em seus arts. 208 a 224; da mesma forma, a lei n. 8078/90, o CDC, referente aos consumidores e a lei n. 10741/03, referente aos idosos. Todas estas ações, relacionadas aos diversos grupos contemplados, são denominadas ações civis públicas e obedecem, essencialmente, à linha procedimental estabelecida pela lei 7347/85.

⁵³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 570-575.

⁵⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 63.

Os direitos tutelados através das ações civis públicas são sempre trasindividuais, isto é, não pertencentes somente a um cidadão, mas a um grupo ou coletividade de pessoas.⁵⁵

Também no que tange à ação popular, pode-se destacar a natureza transindividual dos interesses por ela tutelados. O que a caracteriza, porém, é o exercício da ação por um membro da coletividade em nome da coletividade, como já era em suas raízes romanas.⁵⁶ Na ação popular, atribui-se a alguém que não é titular do direito, a legitimidade ativa para defendê-lo.

A ação popular, como foi anteriormente visto, é a mais antiga do nosso ordenamento, presente desde a Constituição de 1934. Ao longo dos anos, dois pontos permaneceram praticamente inalterados em seu funcionamento: a legitimidade ativa atribuída a qualquer cidadão; e a finalidade de pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público. Em 1977, através da lei 6513, o conceito de patrimônio público foi ampliado. Após, com a Constituição de 1988, a ação popular ganhou seu contorno atual:

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada a má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. (art. 5º, LXXIII, CF/88)

Por fim, convém citar a ação de improbidade, também no rol de ações de tutela dos direitos coletivos, instituída pela lei n. 8429/92, de caráter eminentemente repressivo.⁵⁷

2.3.2. Instrumentos de tutela coletiva dos direitos subjetivos individuais: ações civis coletivas e mandado de segurança coletivo

⁵⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 66.

⁵⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 90.

⁵⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 111.

A ação civil coletiva é uma alternativa ao litisconsórcio ativo facultativo previsto no Código de Processo Civil. Trata-se de uma forma coletiva de tutelar direitos subjetivos individuais.

Dentre as características das ações civis coletivas, podemos citar a repartição da atividade cognitiva em dois momentos: cognição das questões homogêneas e cognição das situações individuais, margem da heterogeneidade;⁵⁸ legitimação ativa por substituição processual: na fase da ação propriamente coletiva a demanda é promovida por quem não é titular do direito afirmado, mas na fase da ação de cumprimento, heterogênea, o titular do direito postula em nome próprio; sentença genérica, que faz juízo apenas sobre a porção homogênea da demanda; por fim, a liberdade de adesão do titular do direito individual, que compreende

(a) a liberdade de se litisconsortiar ou não ao substituto processual autor da ação coletiva; (b) a liberdade de promover ou de prosseguir a ação individual, simultânea à ação coletiva; e, finalmente, (c) a liberdade de executar, ou não, em seu favor, a sentença de procedência resultante da ação coletiva. Essas opções estão expressas na disciplina da ação coletiva da lei n. 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor)⁵⁹

Seguindo a mesma lógica da ação civil coletiva, encontra-se o mandado de segurança coletivo, inovação trazida pelo inciso LXX do art. 5º da Constituição. Tal dispositivo transformou o mandado de segurança já existente em “instrumento não propriamente para a tutela de direitos coletivos, e sim para a tutela coletiva de direitos subjetivos individuais”.⁶⁰

3. A problemática da interpretação e aplicação do Processo Coletivo no Brasil

3.1. O individualismo processual

⁵⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 173.

⁵⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 181.

⁶⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 227.

A *summa divisio* tradicional de Direito Público e Direito Privado não foi recepcionada pela nova constituição, de 1988. A divisão agora se dá entre Direito Coletivo e Direito Individual, em consonância com a teoria dos direitos e garantias fundamentais. A constituição passa a ser, pois, o ponto de união e conformação entre estes dois paradigmas.⁶¹

Nesta nova *summa divisio*, porém, nem sempre há regra prévia de preferência de um Direito ao outro. Exemplo disso pode ser encontrado no art. 81, *caput*, do CDC (lei n. 8078/90), ao dizer que *a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo*. Desse modo, há a liberdade de escolher entre um grupo e outro. Visto que ambos são direitos constitucionais fundamentais, a dúvida quanto à sua aplicação deve ser dirimida a partir dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Contudo, devido a mais variada gama de razões, percebe-se que a escolha entre o individual e o coletivo é feita mais freqüentemente a favor do primeiro, tradicionalmente consagrado, preterindo-se o Direito Coletivo, visto ainda hoje como uma precoce inovação, como se estivesse em fase de testes. Não raro, tal escolha extrapola o âmbito jurídico vindo fundamentar-se sobre outros aspectos da realidade, de forma a, às vezes, contrariar até mesmo os princípios que deveriam nortear tal decisão.

Como coloca Gregório Assagra de Almeida, “ainda é muito forte no Brasil a resistência à concepção coletiva do direito processual. Essa resistência tem raízes sociais, políticas, jurídicas, culturais e até mesmo econômicas”⁶². Tudo isso é fruto de uma concepção extremamente individualista do processo e, em última análise, do próprio Direito.

Na própria formação do profissional do Direito, já é perceptível um viés liberal-individualista⁶³. Não raramente, o estudante de Direito é doutrinado, ao longo do curso, a lidar substancialmente com conflitos interindividuais. O Direito processual

⁶¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada* - Belo Horizonte: Del Rey: 2008. p. 397.

⁶² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual* – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 586.

⁶³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual* – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 587.

coletivo, quando abordado, não passa de mera curiosidade acadêmica ou de um distante prognóstico da realidade jurídica futura, nunca do presente.

Há ainda, os efeitos da incômoda proliferação de cursos de direito no Brasil. A respeito deste problema, Antônio Alberto Machado diz

Essa política de massificação do ensino jurídico explica também a natureza da grade curricular das faculdades de direito que tendem a privilegiar matérias e disciplinas tecnológicas, em detrimento daquelas que apresentam um conteúdo mais humanístico e reflexivo. Tais opções curriculares podem ser entendidas até mesmo como parte da estratégia de despolitização do jurista e atrofia do seu senso crítico.⁶⁴

Igualmente, contribui para este quadro o atrelamento a uma concepção do Direito em que a ciência jurídica se apresenta independente e solitária. A carência de abordagens multidisciplinares do Direito dificulta a compreensão de sua função social e, conseqüentemente, dos mecanismos que foram se desenvolvendo e sendo positivados a fim de realizá-la. Exemplo destes mecanismos é o processo coletivo.⁶⁵

Outro entrave à abordagem coletivista do Direito, consagrada na Constituição de 1988, é o apego às normas infraconstitucionais pré-existentes. Várias dessas normas, ainda que recepcionadas pela nova Carta Magna, foram criadas em um contexto muito mais individualista que o atual. O Código de Processo Civil e o Código Civil, por exemplo, são repletos de regras ortodoxas liberais-individualistas elaboradas para a resolução de conflitos interindividuais.⁶⁶

Nota-se, portanto, que o Direito Individual é matéria muito mais codificada, fato que somado ao hábito interpretativo do qual dispõe este tipo de Direito, torna-o aparentemente mais acessível. Não se defende aqui o ponto de vista de que o Direito Individual prescindia de uma atenta interpretação. O que está sendo colocado é que o manuseio de tal direito parece menos complexo quando comparado ao Direito Coletivo, posto que este seja um território recentemente redescoberto e muito menos explorado.

⁶⁴ MACHADO, Antonio Alberto. *Ministério Público – democracia e ensino jurídico* – Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 109.

⁶⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual* – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 587.

⁶⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual* – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 587.

Prova incontestada do individualismo processual que reina hoje no Brasil é a análise da atuação dos legitimados coletivos ativos. Mais de 90% das ações coletivas propostas no país são de autoria do Ministério Público.⁶⁷ É lícito concluir, a partir deste dado que o recurso ao Direito Coletivo pelos outros legitimados é ainda hoje algo raro no nosso Direito.

O poder executivo também carrega sua parcela de culpa na continuidade de uma abordagem essencialmente individualista do Direito. Baseado nas tendências neoliberais que antecederam a Constituição de 1988, o Estado brasileiro, no intuito de diminuir o poder de sindicatos e associações e de diminuir sua intervenção no mercado, acabou por prejudicar o processo coletivo. Afinal, este é um evidente instrumento regulador do qual dispõem as massas. Em ferrenha crítica a tais tendências, Assagra de Almeida coloca:

A ideologia neoliberal não conseguiria florescer sem o desprezo pelos direitos, principalmente os de cunho social (...) o desemprego torna-se questão estrutural e os direitos trabalhistas vão se esvaziando (...) Os direitos coletivos relacionados principalmente com a saúde, educação e segurança pública vão sendo colocados em segundo plano, principalmente em países do Terceiro Mundo, que passam a ter como meta principal o cumprimento das determinações do FMI e deixam ao deus-dará investimentos básicos em hospitais, escolas, segurança pública (preventiva e repressiva), estradas, etc.⁶⁸

Não se trata aqui de defender a posição de que o neoliberalismo é algo totalmente abominável. Decerto que esta corrente de pensamento possui também seus pontos positivos, principalmente no tocante ao sistema financeiro do país. Contudo, não se pode negar que esta atenção exasperada que se dá ao mercado no neoliberalismo é feita em detrimento de vários aspectos sociais e isto acaba por contribuir para a intensificação de uma perspectiva individualista do Direito e, conseqüentemente, do processo.

⁶⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual* – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 590.

⁶⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual* – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 94.

Dentre as ações mais específicas do poder público nacional, amparado pela ideologia neoliberal, no sentido de inibir a tutela coletiva dos direitos, podemos citar a Medida Provisória n. 1570-5, de 26 de março de 1997, posteriormente aprovada pelo congresso e transformada em lei n. 9494/97, que retirou da coisa julgada coletiva sua abrangência nacional.

Outro exemplo é a Medida Provisória n. 2180-35, de 2001, através da qual o Governo Federal modificou o art. 1º da lei n. 7347/85 ao acrescentar o parágrafo único com a seguinte redação: “não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.

Vistos os exemplos acima referidos, que são apenas alguns dentre vários, pode-se arguir a existência de “posturas *ideológicas neoliberais* autoritárias (...) que atingem as conquistas do *direito processual coletivo comum brasileiro*”⁶⁹. Tais posturas são verificadas principalmente nas ações do poder executivo, sancionado pelo legislativo. Resta, portanto, ao poder judiciário, o cumprimento de seu papel de efetivar os direitos e garantias sociais fundamentais violados e ameaçados de lesão. Nesse entendimento, Assagra:

Nesse contexto, o papel do poder judiciário é fundamental. A ele, diante da complacência do Legislativo Nacional, é que incumbe reconhecer a inconstitucionalidade dessas medidas autoritárias e, portanto, antidemocráticas. Só assim será possível minimizar os efeitos nefastos do *ideologismo neoliberal* aos direitos sociais e coletivos fundamentais no Brasil, para o que concorre a concepção do *direito processual coletivo* como um novo ramo do direito processual, de sorte a impor o seu desenvolvimento técnico e metodológico, a cargo da doutrina e também da própria jurisprudência, essa diante das situações conflitivas concretas.⁷⁰

Fica demonstrado, portanto, que o contexto social, econômico e político do Brasil favorece muito mais uma perspectiva individualista do processo. Fica também exposto o papel fundamental do judiciário na dinâmica da correta aplicação do direito

⁶⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual* – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 103.

⁷⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual* – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 103.

coletivo. Nesse sentido, para que este novo ramo do direito, fundamentalmente protegido pela Constituição de 1988, seja promovido, deve-se romper a inércia que leva à preferência do Direito Individual até mesmo quando este não é o mais coerentemente aplicável. Para que isto ocorra, é imprescindível uma interpretação constitucionalizada do processo e uma atuação presente do judiciário neste sentido. Não é, porém, o que se verifica na práxis.

3.2. A interpretação não constitucionalizada

Um enorme empecilho à efetivação do Direito Coletivo é a insistência em se proceder com interpretações não constitucionalizadas da norma. Observa-se, ainda hoje, um enorme apego às legislações processuais específicas do Código Civil e do Código de Processo Civil, elaboradas em uma época na qual a perspectiva individualista do direito era soberana. A tentativa de aplicar tais normas de forma rígida e ortodoxa no Direito Coletivo, não poderia ser bem sucedida. Isso porque a resolução de conflitos massificados faz necessária uma abordagem constitucionalizada de todas as regras⁷¹. É dizer, no Direito Coletivo, a necessidade de se interpretar as normas específicas *conforme* a Constituição é ainda mais evidente que no Direito Individual. Conforme aponta Assagra de Almeida,

O direito processual coletivo, como um novo ramo do direito processual, tem, por força de seu objeto formal ou material, natureza e dignidade constitucionais: é instrumento fundamental de proteção e de efetivação do Estado Democrático de Direito.

Em decorrência dessa natureza constitucional do direito processual coletivo, a ele se aplicam todas as regras e princípios de interpretação e de aplicação, próprios do direito constitucional, como, por exemplo, o princípio da interpretação conforme a Constituição, o da interpretação constitucional evolutiva, o da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, o da máxima efetividade das normas constitucionais, o da interpretação especificamente constitucional, o da unidade da Constituição, o

⁷¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual* – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 587.

da *máxima efetividade ou da eficiência ou da interpretação efetiva*. Além dessas diretrizes principiológicas, outras regras poderão ser observadas, para a devida interpretação e aplicação do *direito processual coletivo*, como a da *supremacia da Constituição*.⁷²

Nesse sentido, fica claro que qualquer tentativa de interpretação não-constitucionalizada do direito processual coletivo está fadada a equivocar-se. Na própria instauração do processo coletivo, uma abordagem constitucional é imprescindível para o efetivo cumprimento do direito fundamental de acesso à justiça. Basta pensar que o processo coletivo, quando instaurado, permite a um enorme número de indivíduos ver realizado seu direito a uma prestação jurisdicional. E este é o direito a partir do qual poderão ser tutelados os outros. Afinal, segundo Cappelletti e Garth⁷³, o acesso à justiça é o mais fundamental dos direitos, sem o qual não pode ser possível a democracia, pois dele depende a viabilização dos demais direitos. Dessa forma, ainda que uma análise superficial de normas processuais específicas aponte para a impossibilidade de uma tutela coletiva de direitos, deve-se sempre questionar quais princípios constitucionais estas normas seguem e até que ponto eles devem ser sobrepostos ao direito fundamental de acesso à justiça no caso concreto.

O que se pretende dizer, aqui, é que a análise rasa que teima em propor uma correspondência completa e literal entre norma e direito não cabe em um Estado Democrático de Direito. Isso porque somente a interpretação da norma, à luz da Constituição, pode traduzir quais são os direitos a ser tutelados, cuja observância leva, enfim, a realizar o conteúdo ético do Estado. A atenção dos juristas não pode, pois, concentrar-se somente na ordem normativa, devendo contemplar também a realidade social que permeia tal ordem, sob pena de não fazer sentido.

Nesse sentido, ensina Norberto Bobbio que o mais importante:

Não é saber quais e quantos são estes direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas

⁷² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual* – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 584.

⁷³ CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988. p. 11-12.

sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.⁷⁴

Decerto que o ordenamento jurídico brasileiro evoluiu muito com a nova Constituição e com as inovações legislativas posteriores, mas é apenas com uma correta interpretação destes textos que seus conteúdos serão devidamente revelados. Só assim o direito contido na norma pode ser elucidado e aplicado para que esta cumpra sua função. Isto vale, sobretudo, para a Constituição, que só existe, de fato, mediante sua interpretação. Como muito bem coloca Lênio Luiz Streck:

A sociedade como realidade simbólica é indivisível das funções políticas e dos efeitos de poder das significações. Por isso, a interpretação da Constituição, isto é, o sentido (norma) do texto constitucional é – parafraseando Radbruch – ‘o resultado do seu resultado’, que decorre, afinal, desse complexo jogo de relações intersubjetivas e das dimensões simbólicas do poder, que ‘cercam’ desde sempre o intérprete⁷⁵

Não obstante, há ainda certa insistência em prosseguir com o dogmatismo jurídico, como “forma degenerativa do positivismo jurídico, que conduziu a uma simplificação irrealística do próprio Direito ao seu aspecto normativo, deixando de lado outros valores não menos importantes”⁷⁶. Nesse sentido, a crítica de Cappelletti:

Nesta imposição formalista e degenerativa do positivismo jurídico, a interpretação da norma não é outra senão aquela do ‘resultado de um cálculo conceitual de estrutura dedutiva, fundado sobre uma idéia do ordenamento como sistema de normas fechado, completo e hierarquizado’, com a ‘doutrina do silogismo judicial segundo a qual também a decisão é o resultado objetivo de um cálculo dedutivo (...). Não menos importante é o fato de que nesta imposição formalística, acaba por haver uma identificação do direito positivo

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25.

⁷⁵ STRECK, Lênio Luiz. *Ontem os códigos; hoje, as constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo*, in ROCHA, Fernando Luiz Ximenes e Moraes, Filomeno (coordenadores). *Direito Constitucional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey. p. 541

⁷⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual* – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 103.

com a justiça, ou seja, que é o mesmo, uma recusa de avaliar o direito positivo tendo como base os critérios de justiça, sociais, éticos, políticos, econômicos.⁷⁷

A fim de se combater esta interpretação pobre do direito que o resume à letra da lei ou, quando muito, a uma corrente infundável de subsunções, o judiciário aparece como o protagonista que pode, e deve, mostrar o caminho da correta e atenta hermenêutica constitucional. Isto é ainda mais verdadeiro quando se trata do direito coletivo, posto que suas raízes diretas estão, não raramente, na própria Constituição.

3.3. O “pilatismo” do judiciário

Baseado no que foi dito acerca da necessidade de uma interpretação constitucionalizada do processo coletivo e da presença do judiciário neste campo de atuação, podemos diferenciar dois “vetores” nos quais as relações entre processo e Constituição se desenvolvem. O primeiro sentido vetorial é a Constituição – processo, no qual se tem a “tutela constitucional’ deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados a nível constitucional”. Daí, a necessidade de uma interpretação constitucionalizada, como foi tratado no tópico anterior. Por outro lado, há o sentido vetorial processo – Constituição, “a chamada ‘jurisdição constitucional’, voltada ao controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição (...) que apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídica, constitucional inclusive”⁷⁸.

Ainda segundo Dinamarco, “a tutela constitucional do processo tem o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional”⁷⁹ Em contrapartida, “fala-se na jurisdição constitucional, pensando-se agora diretamente

⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 61, 1991. p. 144.

⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11ªed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 27.

⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11ªed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 27.

na instrumentalidade do sistema processual à ordem social econômica e política representada pela Constituição e leis ordinárias”⁸⁰. É dizer, a jurisdição constitucional garante que o processo seja mais que um meio para a realização de um fim imediato (que é o julgamento), mas também de um fim remoto, que é a própria segurança constitucional dos direitos e da execução das leis.

Dito isto, aponta-se o judiciário como o grande responsável pela correta aplicação das leis em conformidade com a Constituição. Decerto que toda peça da sociedade desempenha um papel mais ou menos importante, mas nunca prescindível, na efetivação do Estado Democrático de Direito. Contudo, é sobretudo do judiciário a tarefa de zelar pela jurisdição constitucional e pela tutela constitucional do processo.

Infelizmente, não são poucas as vezes em que o judiciário frustra as expectativas da sociedade não cumprindo seu papel. Isto ocorre devido a diversos fatores, dentre os quais podemos citar desde aqueles perfeitamente naturais, como a falibilidade da justiça, até aqueles mais preocupantes, como o “pilatismo” deste poder.

O que se quer dizer com esta expressão é que, às vezes, o judiciário, ainda que apto a exercer sua função, esquiva-se de fazê-lo. Tal qual Pôncio Pilatos, diante do julgamento de Jesus Cristo, o judiciário, não raramente, “lava suas mãos”, seja alegando não ser competente para a tarefa, seja alegando não ser capaz.

Nesse sentido, alerta Willis Santiago Guerra Filho:

Nesse momento, penso que se pode deixar um alerta ao judiciário brasileiro, no sentido de que caso não assuma o papel central que lhe está reservado, na solução dos conflitos sociais, nosso quadro atual, em que se tem a absorção desses conflitos de formas alternativas, que deixam sempre um resíduo significativo de conflituosidade e insatisfação, tenderá a assumir cores cada vez mais sombrias, distanciando-nos cada vez mais da realização da sociedade delineada em nosso texto constitucional, ao que, acima de tudo, os juízes devem respeito.⁸¹

⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11ªed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 30.

⁸¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000. p. 103.

É claro que o mesmo judiciário, que pode transformar positivamente a realidade ao efetivar e zelar pelos direitos constitucionalmente tutelados, pode intervir também *negativamente*, ocasionando o retrocesso do Estado Democrático de Direito. Como exemplo de intervenção prejudicial do judiciário, podemos citar a posição do STF em relação ao mandado de injunção constitucional (equiparando-o à ação direta de inconstitucionalidade por omissão), onde resta cristalina a preferência por uma interpretação incongruente com o texto constitucional ⁸².

Da mesma forma, o judiciário peca ao

Deixar de cumprir sua especificação funcional constitucional protetora do Estado Democrático de Direito e chancelar como constitucional medidas provisórias e outras medidas legais restritivas de direitos e garantias constitucionais fundamentais, para atender aos ideários econômicos do governo federal
(...) ao concentrar-se nos comandos legais infraconstitucionais e esquecer de interpretá-los em conformidade com a Constituição como lei magna
(...) ao procurar por todas as formas extinguir o processo sem julgamento do mérito, evitando-se o enfrentamento e a resolução do litígio
(...) ao omitir decisão a bom tempo e não priorizar suas atividades jurisdicionais
(...) ao deixar de fundamentar suas decisões jurisdicionais, em flagrante desrespeito ao devido processo legal (art. 5º, LIV) e ao princípio da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX)⁸³

Em relação aos casos em que o judiciário tenta de todas as formas pôr termo ao processo sem que haja resolução de mérito, há uma perfeita identidade com o termo “pilatismo” do judiciário. Vale dizer, ainda, que isto vem ocorrendo, sobretudo, no campo das tutelas jurisdicionais coletivas, quando, por exemplo, o judiciário interpreta restritivamente a legitimidade ativa do Ministério Público nos casos de atos lesivos ao erário, a despeito do art. 129, III, da CF, que impõe como dever constitucional do Ministério Público a defesa pelo inquérito civil e pela ação civil pública do patrimônio público.

⁸² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual* – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 153.

⁸³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual* – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 154.

Mais que lavar as mãos, ser omissos, o judiciário chega algumas vezes a pecar por comissão. Exemplo trazido por Assagra de Almeida é o caso do julgamento de uma ação declaratória de inconstitucionalidade que ficou conhecida como “*pacote do apagão*”. Segundo o mesmo autor, “o STF divorciou-se de sua especificação funcional e ao invés de atuar como guardião da Constituição, conforme exige o disposto no art. 102, *caput*, da Lei Magna Pátria, utilizou-se de fundamentação política para deixar de aplicar a Constituição”⁸⁴.

Em crítica a esta mesma questão, Ivo Dantas afirma que

Não cabe ao constitucionalista – nem ao STF – salvar planos econômicos, sociológicos, morais ou quaisquer que sejam. Cabe-lhe (sobretudo ao Pretório Maior) a Defesa da Constituição, e esta, não temos dúvida, aponta para várias inconstitucionalidades do plano. Aliás, pelo que noticiou a imprensa, nas palavras do Min. Sidney Sanchez, isso fica bem claro, exatamente quando afirmou que se o plano fosse julgado inconstitucional, o povo não respeitaria seu conteúdo.⁸⁵

Ainda discorrendo sobre o plano de contenção de apagões, Dantas adverte:

Não se invoque a falta de chuvas para justificar a decisão do STF, pois o que estava em jogo não era a responsabilidade de São Pedro. O que se questionava, isto sim, era o fato de saber-se se a Constituição estava sendo respeitada, ou não. E não estava, logo, outro não poderia ser o caminho do STF senão o de pronunciar-se no sentido de sua inconstitucionalidade, restando ao Governo (entenda-se Executivo) promover campanha publicitária para demonstrar a necessidade de uma conscientização da população no sentido de poupar a energia que ele (Governo) não cuidou de produzir por outros meios.⁸⁶

Após o exposto sobre o caso do pacote do apagão, resta perguntar: se o judiciário não protegeu a Constituição nem mesmo em sua última instância, quem a protegerá? E a resposta a esta demanda é preocupante. Na verdade, a partir do momento em que

⁸⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual* – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 155.

⁸⁵ DANTAS, Ivo. *Supremo Tribunal Federal: Corte Constitucional ou academia sociológica?*, Revista Consulex, ano V, n. 108, 15 de julho de 2001, p. 66.

⁸⁶ DANTAS, Ivo. *Supremo Tribunal Federal: Corte Constitucional ou academia sociológica?*, Revista Consulex, ano V, n. 108, 15 de julho de 2001, p. 66.

o judiciário falhou em sua tarefa constitucional, qualquer comentário contrário passaria a ser interpretado como equivocado dentro da lógica interna do ordenamento. Daí, a seriedade e a importância da prestação jurisdicional correta e coerente constitucionalmente.

Outro exemplo análogo, que diz respeito agora ao processo coletivo, é o do reconhecimento jurisprudencial do dano coletivo. Uma das turmas do STJ decidiu em 2006 que o dano moral é restrito ao plano individual, a pessoas determinadas⁸⁷. Até que ponto esta decisão guarda coerência com o direito constitucional a uma tutela jurisdicional adequada (art. 5º, XXXV, da CF) ou com a “existência de uma *dignidade coletiva* que deve ser protegida por imperativo constitucional, de forma que todos os danos a ela causados devem ser reparados”?⁸⁸ Mais ainda, se o Direito Coletivo encontra-se agasalhado pela teoria dos direitos fundamentais, consagrada no Capítulo I do Título II da Constituição, até onde a interpretação feita de forma restritiva não é inconstitucional?

⁸⁷ STJ - REsp 598282/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Relator para o acórdão, Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, Data do Julgamento 2.5.2006, publicação no DJ 1º.6.2006.

⁸⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada* - Belo Horizonte: Del Rey: 2008. p. 579.

4. Análise Linguística do Processo Coletivo

4.1. Diferenças entre interesses e direitos

O *direito coletivo*, talvez pelo fato de estar inserido em um novo domínio processual, vem sendo frequentemente confundido com *defesa coletiva dos direitos*⁸⁹. Naturalmente, trata-se de duas coisas completamente diferentes, sendo aquele um direito pertencente a uma coletividade e esta uma forma de tutelar em grupo os direitos individuais de diversas partes. Não obstante a gritante diferença, é compreensível que haja este tipo de equívoco relacionado à linguagem utilizada no tratamento deste novo ramo do processo. Entende-se, pois, que é fundamental no estudo deste tema, antes que se passe a uma análise mais profunda da hermenêutica aplicada a este novo campo, um esclarecimento sobre as diversas nomenclaturas utilizadas. Tal esclarecimento deve iniciar-se através da distinção entre interesses coletivos e direitos coletivos.

Decerto que as expressões “interesses” e “direitos” não se equivalem. Os interesses, aos quais se faz referência aqui são aqueles legítimos, não o interesse em sua acepção mais ampla e vulgar, segundo a qual se trata simplesmente daquilo que “liga a pessoa a determinado bem da vida, tendo em vista o valor a ele atribuído pelo sujeito, em decorrência de utilidade representada pelo referido objeto”⁹⁰. Ainda sobre o interesse em sua acepção comum, Leonel afirma que:

No interesse simples ou de fato, a relevância do bem para o agente não ultrapassa os limites psicológicos, desprovida a princípio de qualquer espécie de proteção. (...) Os interesses simples remanescem meramente no plano primário da

⁸⁹ ZAVASCKY, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3.ed. Rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 37.

⁹⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 90.

existência-utilidade para o sujeito especificamente considerado, sem, contudo, ascender ao plano axiológico definido pelo legislador, o plano ético- normativo.⁹¹

Por outro lado, os interesses jurídicos ou legítimos possuem uma subjetivação jurídica que os diferenciam. Trata-se de “posições inerentes a determinados indivíduos, protegidas no ordenamento jurídico, podendo esta tutela ocorrer tanto no plano do ordenamento substancial como no instrumental”⁹².

Em contrapartida, o direito subjetivo, nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque:

nada mais é que a posição de vantagem assegurada pelo ordenamento jurídico material, que permite ao seu titular, numa situação concreta, invocar a norma a seu favor. Ostenta o titular do direito subjetivo um interesse juridicamente protegido pela norma substancial. Identifica-se uma situação concreta que retrata genérica previsão normativa, residindo a importância desta concepção na consagração da necessária correlação entre um poder e um dever, ambos emanados da norma jurídica.⁹³

O interesse jurídico poderia ser compreendido ainda como um antecedente do direito subjetivo, tal como coloca Humberto Quiroga Lavié⁹⁴. Proteger o interesse antes do nascimento do direito subjetivo subsequente seria cumprir uma função preventiva que beneficiaria todo o sistema jurídico, enquanto a proteção do direito já formado resguardaria mais exclusivamente a esfera de seu titular.

⁹¹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 90.

⁹² LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 91.

⁹³ BEDAQUE,, José Roberto dos Santos, *Direito e Processo – Influência do Direito material sobre o processo*, 2. ed., São Paulo, Malheiros, 1995, p. 10.

⁹⁴ LAVIÉ, Humberto Quiroga. *El amparo Colectivo*, p. 52. *Apud* MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no direito comparado e nacional*. 2ª ed. Rev., atual. E ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 209.

Contudo, pode-se arguir: se o Direito passa a tutelar um interesse jurídico, este não passaria a ser um direito? Ou melhor, qual a diferença entre interesses e direitos se ambos forem igualmente tutelados pela ordem jurídica. Diante da mesma proteção jurisdicional, a distinção entre interesse jurídico e direito subjetivo perderia sua razão prática e mesmo teórica. Este é o posicionamento de Kazuo Watanabe⁹⁵. Segundo este autor, o que impediu a aproximação entre os dois conceitos abordados não foi nenhuma razão de ordem processual, mas foi a interpretação, marcada pelo liberalismo individualista, de que os direitos subjetivos estavam sempre atrelados a um titular no mínimo determinável. Os interesses, em contrapartida, carentes deste titular, não poderiam confundir-se com direitos.

Nessa esteira, a doutrina clássica, como ensina Assagra de Almeida:

defende a utilização da terminologia “direito” somente quando a *titularidade* pertencer a *sujeito determinável*. Sendo os titulares indeterminados ou até indetermináveis (...) a doutrina clássica sustenta que a eles não poderia ser atribuído o *status* de *direitos*, os quais estariam inseridos na categoria dos interesses. Essa doutrina prefere o emprego das expressões 'interesse difuso' e 'interesse coletivo'.⁹⁶

Contudo, esta interpretação torna-se ultrapassada à medida que se percebe, na coletividade, um sujeito de direitos. É o que defende a concepção revisionista, em contraposição à clássica. Segundo essa corrente, há de ser falar não em interesses, mas em direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Não obstante, ainda que não se admita chamar tudo de direito, uma interpretação constitucionalizada do assunto aponta para a impossibilidade de se preterir direitos individuais a interesses coletivos pelo mero acidente metodológico de estes possuírem uma nomenclatura diferenciada. É necessário frisar que esta concepção clássica de direitos e

⁹⁵GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 718-719. Apud MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no direito comparado e nacional*. 2ª ed. Rev., atual. E ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 210.

⁹⁶ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.373.

interesses é fundada sobre uma visão liberal individualista que não corresponde às conquistas do Estado Democrático de Direito. Tendo nossa Constituição consagrado tanto os Direitos Coletivos quanto os Individuais como direitos constitucionais fundamentais (Título II, capítulo I), ambos merecem a mesma proteção jurídica, independentemente de como são chamados.

O que parece mais coerente, portanto, é o entendimento de que, não sendo direitos e interesses expressões sinônimas, elas tampouco são antônimas. Além de serem ambos igualmente alvos da preocupação constitucional, existe uma estreita semelhança entre seus significados. Quem coloca de forma cristalina tal posicionamento é Ricardo de Barros Leonel:

Do ponto de vista do processo, a distinção entre direitos subjetivos e interesses jurídicos é de difícil constatação. Assim como os direitos subjetivos configuram situações de vantagem reconhecidas pelo legislador, aos interesses jurídicos também é conferido idêntico tratamento, pois recebem a proteção até mesmo em sede constitucional.

Haveria, portanto, diversidade ontológica quanto a ambos os conceitos no plano processual? A resposta é negativa. De fato, se a identificação jurídica serve à melhor compreensão e instrumentalização de um fenômeno (premissa maior), e, no caso, a identificação de categorias diversas leva ao mesmo resultado (premissa menor), chega-se à ideia de que não há diferença de natureza quanto a ambas as categorias (conclusão).

Isto, evidentemente, não afasta a distinção mais visível, que existe no plano do direito material. Tanto os direitos subjetivos como os interesses jurídicos geram no âmbito do processo semelhante resultado, qual seja a possibilidade de proteção jurisdicional. Mas a diversidade pode ser identificada no grau de definição da situação jurídica, ou na flexibilidade maior ou menor dos conceitos indicados pelo legislador.⁹⁷

⁹⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 83.

A indiferenciação quanto à natureza de direitos e interesses é consagrada pelo próprio legislador, que em diversos textos legais opta pela semelhança de tratamento entre os termos. Exemplos disso são o art. 129, inc. III da CF/88, que confere ao Ministério Público a possibilidade de promover a tutela de interesses difusos e coletivos, e no inc. V, a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas; no art. 81 do CDC, faz referência à tutela dos “interesses e direitos”; e na lei n. 7853/89, em seu art. 3, ao tratar da tutela das pessoas portadoras de deficiência, faz uso da expressão “interesses”.

Corroboram com tal indiferenciação, Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, ao expor que na legislação “os termos interesses e direitos foram utilizados como sinônimos; certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os 'interesses' passam a ter o mesmo *status* de 'direitos’”⁹⁸.

Fica evidente, portanto que, do ponto de vista processual, principalmente no que diz respeito ao processo coletivo, “válido é o exame indistinto das posições ou situações concretas de vantagem protegidas juridicamente, como “direitos” ou “interesses” transindividuais. As conseqüências no plano normativo substancial e processual, para a tutela jurisdicional, serão as mesmas”⁹⁹.

Por isso, Assagra de Almeida afirma que a discussão acerca do enquadramento metodológico do Direito Coletivo – se seria direito ou interesse – “não tem muito sentido no Brasil”¹⁰⁰. Dessa forma, adota-se aqui a concepção intermediária, em relação às concepções clássica e revisionista de direito e interesse. É dizer, sendo o interesse protegido pelo sistema jurídico, ele é, ainda que com outra nomenclatura, uma espécie de direito. Acerca dos benefícios oriundos da opção pela tese intermediária, Almeida expõe:

Em razão de ter optado pela concepção intermediária, o CDC (art. 81, parágrafo único) utiliza-se das duas expressões: 'direitos ou interesses difusos, direitos ou interesses coletivos, direitos e interesses individuais homogêneos'. Com isso, a

⁹⁸GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 3.ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 503.

⁹⁹LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 89.

¹⁰⁰ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.373.

preocupação foi evitar discussões jurisprudenciais indesejadas. Esta obra tem a vantagem de se preocupar com a tutela prática dos direitos massificados e, com isso, evitar polêmicas prejudiciais à coletividade.

Ademais, a tese intermediária, além de não recusar a idéia de direitos coletivos subjetivos, procura manter a sintonia com todas as expressões previstas constitucionalmente. A constituição atual usa tanto a expressão “direitos coletivos” (Capítulo I do Título II), quanto a terminologia ‘interesses difusos e coletivos’ (art. 129, II, CF).¹⁰¹

4.2. Trans, meta ou supraindividuais?

Restou claro que a interpretação mais constitucionalmente coerente dos vocábulos interesse e direito é aquela que, ainda que não os admita como sinônimos, não percebe neles diferenças essenciais no que diz respeito ao tratamento jurisdicional que merecem. Passa-se, pois, à análise do caráter coletivo dos chamados interesses ou direitos coletivos.

Partindo do pré-suposto de que há interesses privados e públicos, tal classificação dicotômica mostrou-se insuficiente para abarcar todos os direitos perceptíveis na realidade. Afinal, há direitos que conseguem pertencer a estas duas esferas simultaneamente e, paradoxalmente, parecem não se adequar a nenhuma delas. Dá-se a tais interesses ou direitos a alcunha de supra ou metaindividuais¹⁰². Há ainda quem fale em direitos transindividuais.

A característica principal deste tipo de direitos ou interesses é o fato de eles não possuírem um titular individualmente determinado e, ao mesmo tempo, serem materialmente indivisíveis¹⁰³. Esta classe híbrida de direitos, flanando entre o público e o privado, guardaria maior identidade com aquele primeiro ramo, apesar de possuir também,

¹⁰¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.375.

¹⁰² LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 95.

¹⁰³ ZAVASCKY, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3.ed. Rev., atual. E ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 38.

um caráter privado. Isto porque tratam da idéia de coletividade, direitos que seriam de mais de um e de vários indivíduos ao mesmo tempo, como o direito de respirar, por exemplo. Concomitantemente, percebe-se um quê de privados nestes direitos, pois possuem uma infinidade de indivíduos que lhes são titulares.

Para decidir qual o nome ideal pelo qual devemos chamar estes direitos, coloca-se a pergunta: estariam estes direitos e interesses acima (supra) dos direitos e interesses individuais? Aqui se entende que não, afinal, aquilo que está acima não pertence ao que se verifica abaixo. Destarte, parece equivocado chamar os direitos e interesses coletivos de supraindividuais.

De forma análoga, o nome metaindividuais sugere a idéia de que tal classe de direitos estaria além (meta) dos direitos individuais. Dessa forma, também esta nomenclatura aponta para uma total incompatibilidade entre este terceiro ramo de direitos e os direitos individuais.

A incompatibilidade que se verifica com nomes que sugerem os direitos e interesses coletivos como completamente apartados dos direitos individuais justifica-se pelo fato de que, em última análise, o coletivo não existe sem o individual. Toda prestação coletiva serve para que, em alguma medida, os indivíduos componentes da coletividade em questão sejam beneficiados. Dessa forma, não há como ver os direitos e interesses coletivos como algo totalmente independente, acima ou além dos direitos e interesses individuais. Nesse sentido, o título que parece ser mais coerente é o de direitos ou interesses transindividuais, pois sugere que os direitos e interesses coletivos atravessam ou transpassam (trans) o campo dos direitos individuais, sem deixar de haver uma intersecção entre os dois campos.

Adotar-se-á, pois, nestes escritos, a nomenclatura de direitos ou interesses transindividuais para se referir aos direitos coletivos. Diz-se 'direitos ou interesses' porque, como foi visto, a distinção entre estas duas expressões, ainda que diferentes, não tem razão prática ou teórica do ponto de vista processual. Já o adjetivo 'transindividuais' justifica-se pelo fato de respeitar o conteúdo individual pelo qual passam os direitos e interesses coletivos.

4.3. Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

Os direitos coletivos, *lato sensu*, são materialmente indivisíveis e não possuem um titular individualmente determinado. Dessa forma, sua multiplicidade é relativa à sua titularidade, não ao direito em si. É dizer, trata-se de direito indivisível, mas direcionado a diversos titulares, daí sua transindividualidade. Estes direitos coletivos em sentido amplo dividem-se em duas modalidades de direitos transindividuais: os direitos coletivos *strictu sensu* e os direitos difusos.

Os direitos difusos são transindividuais, pois seus titulares são indeterminados. Como observa Assagra de Almeida¹⁰⁴, “o vocábulo ‘difuso’ significa derramado, estendido, disseminado, divulgado, generalizado, fluido”. No plano do direito, trata-se daquilo que é de um e de todos ao mesmo tempo.

Não há, nos direitos ou interesses difusos, titulares individuais e a ligação entre os titulares chamados difusos dá-se devido à situação de fato (por exemplo, os moradores de uma mesma região). Dessa forma, basta a alteração das circunstâncias fáticas para que haja mutação dos titulares ativos difusos. São indivisíveis, como todo direito coletivo *latu sensu*, de forma que sempre que satisfeitos ou lesados atingem todos os possíveis titulares. São, devido à sua natureza, insuscetíveis de apropriação individual, transmissão, renúncia ou transação. Sua defesa em juízo, devido ao fato de serem os titulares difusos, é sempre em forma de substituição processual, o que torna o objeto da lide indisponível para o autor da demanda, que não pode celebrar acordos, renunciar, confessar ou assumir ônus probatório¹⁰⁵. Um exemplo de direito difuso é o direito a um meio ambiente sadio (art. 225 da CR/88), ao ar que se respira, ou o direito que o consumidor tem de não ser alvo de publicidade enganosa e abusiva.

¹⁰⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 481.

¹⁰⁵ ZAVASCKY, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3.ed. Rev., atual. E ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 41-43.

Os direitos ou interesses coletivos *strictu sensu*, apesar de também serem transindividuais quanto aos titulares, difere dos direitos difusos na medida em que seus titulares são relativamente determináveis. Aqui é tampouco possível identificar titulares individuais, mas a ligação entre os diversos titulares baseia-se em uma relação jurídica (por exemplo, o Código de Ética Médica). Daí o fato de que os titulares ativos podem mudar através da adesão ou exclusão do sujeito à relação jurídica-base. No que diz respeito às decorrências da sua natureza, estas são as mesmas verificadas no caso dos direitos difusos. Um exemplo de direito coletivo *strictu sensu* são os direitos de classe, por exemplo, dos advogados e promotores, de terem representantes nos tribunais ¹⁰⁶.

Em contrapartida, existem também direitos que, apesar de não serem transindividuais, podem ser coletivamente tutelados. Trata-se dos direitos ou interesses individuais homogêneos. Aqui, a coletividade está apenas na forma como o direito será processado, não no direito em si. São vários direitos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade que permite a defesa coletiva de todos eles. A homogeneidade, nestes casos, segundo Assagra de Almeida, "deve ser colhida sob o prisma da real possibilidade de identidade ou pelo menos semelhança entre as causas de pedir de cada direito individual, não vinculadas estritamente à existência das mesmas questões de fato" ¹⁰⁷.

Consequentemente, a diversidade não é somente de titulares, como ocorre nos direitos coletivos *lato sensu*, mas também do objeto material, posto que possa ser dividido em unidades autônomas com titulares diferentes. Aqui, a coletividade tem um sentido instrumental, para permitir uma tutela jurisdicional mais efetiva.

Os direitos individuais homogêneos são, portanto, individuais, havendo perfeita identificação dos sujeitos. A ligação entre os sujeitos dá-se em virtude da afinidade entre seus direitos. São, pois, divisíveis e individuais, fazendo parte do patrimônio jurídico de seu titular, que é livre para deles dispor, transmitir, renunciar ou transacionar. Sua defesa em juízo dá-se, normalmente, por seu próprio titular ou por representação e a mutação no pólo

¹⁰⁶ ZAVASCKY, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3.ed. Rev., atual. E ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 41-43.

¹⁰⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.486.

ativo da demanda depende de fato ou ato jurídico típico e específico para o determinado fim¹⁰⁸.

4.4. Termos específicos do Processo Coletivo - Coisa julgada *secundum eventum litis* e extensão *in utilibus*

Como consequência direta da indivisibilidade dos interesses tutelados, tanto material quanto processualmente¹⁰⁹, o processo coletivo só poderia gerar uma sentença coletiva. Naturalmente, o fruto dessa sentença será uma coisa julgada diferente da tradicional.

A coisa julgada no processo coletivo difere daquela comumente gerada pelas sentenças em processos individuais porque deve satisfazer uma série de princípios pelos quais se justifica a tutela coletiva. Nesse sentido, Ricardo de Barros Leonel ensina que:

É incontroverso que a existência das demandas coletivas volta-se, entre outras coisas, a propiciar a solução dos conflitos de massa; à economia processual e à efetividade da prestação jurisdicional; ao efetivo acesso à justiça de situações não tuteláveis individualmente por diversos fatores, como, v. g., o pequeno montante econômico da pretensa; à pacificação social; ao afastamento do conflito de julgados, etc.

Para o cumprimento de tais metas surge a necessidade de modificação nos dois pólos essenciais da relação jurídica processual – legitimação e coisa julgada -, adequando-os às reais necessidades de tutela jurisdicional.¹¹⁰

Nesse sentido, acaba sendo necessária uma releitura das concepções tradicionais dos limites subjetivos do julgado afim de “extrair das antigas partituras novas sonoridades”¹¹¹.

¹⁰⁸ ZAVASCKY, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3.ed. Rev., atual. E ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 41-43.

¹⁰⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 258-259.

¹¹⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 258-259

¹¹¹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 260.

Evidentemente, não são poucas as críticas à imprescindível relativização de certos princípios individuais perante seu balanceamento com os princípios coletivos.

Comumente argui-se que a eficácia coletiva da coisa julgada feriria diversas garantias constitucionais. Afinal, estender os efeitos dos julgados a quem não foi parte no processo seria desrespeitar a esfera jurídica individual dos titulares dos interesses coletivamente tutelados.

Tal crítica pode ser combatida através do esforço que se tem, na sistemática atual do processo coletivo, no que tange à legitimação dos autores. Há uma série de critérios legais a serem preenchidos que visa tornar mais segura a aferição da representatividade adequada para propor tais ações.

No mesmo intuito de desarmar as críticas à extensão da coisa julgada coletiva, deve-se frisar que a abrangência da sentença é, *a priori*, benéfica aos interessados, sendo questionável quando prejudicial. Tal diferenciação é assim explicada por Leonel:

Se a extensão do julgado, em qualquer hipótese (improcedência ou procedência), a todos os indivíduos, significa provavelmente negativa de acesso à justiça às pessoas isoladamente consideradas, a extensão do julgado só quando da procedência não configura negativa de acesso ao responsável pela lesão, mas só encargo eventual de suportar nova demanda sobre o assunto. Se algum preço deve ser “pago” para o alcance da economia processual e da pacificação rápida e uniforme dos conflitos coletivos, que seja o preço menor: onera menos o sistema a sujeição do responsável pela lesão a nova demanda, que a inviabilização do acesso à justiça por parte do indivíduo interessado.¹¹²

Dessa forma, conclui-se pela extensão da coisa julgada somente quando isso for benéfico aos titulares do direito coletivo em questão. Insta salientar, contudo, que também haverá extensão da coisa julgada quando a ação, ainda que julgada improcedente, for demonstrada infundada. Em ambos os casos, há coisa julgada material.

¹¹² LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 265.

Não obstante, quando a improcedência se basear na insuficiência de provas, o julgado produz efeitos somente entre as partes do processo, não impedindo a renovação da demanda com base em outras provas (coisa julgada formal)¹¹³.

A este sistema de coisa julgada, convencionou-se chamar de coisa julgada *secundum eventum litis*. E acerca da extensão, diz-se ser *in utilibus* aos efeitos do julgado. É dizer, extensão na medida de sua utilidade para a finalidade da tutela coletiva.

5. A luta pelo reconhecimento

5.1. O obstáculo filosófico à aceitação do Direito Coletivo

A filosofia social e a forma através da qual os filósofos pensaram a política ao longo dos tempos podem fornecer valiosos subsídios para a compreensão da tutela coletiva de direitos e os obstáculos que até hoje se colocam diante dela.

Como foi anteriormente colocado, a partir da superação da *summa divisio* entre Direito Público e Direito Privado, a Constituição de 1988 consagrou uma nova divisão,

¹¹³ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 266.

desta vez entre Direito Individual e Direito Coletivo¹¹⁴. Dentro desta divisão, é marcante a preferência dos intérpretes da lei pela perspectiva individualista do direito. Isto devido a uma série de fatores.

Foram elencados, dentre tais fatores, certo preconceito da sociedade em relação aos direitos coletivos, ainda tidos como uma tentativa de inovação no campo jurídico. Uma inovação insegura, ainda vista com muita desconfiança, tanto no meio jurídico quanto no meio leigo. Discutiu-se também a falta de direcionamento coletivo no estudo do direito no Brasil. Os juristas pátrios são formados para lidar com disputas entre indivíduos e, sempre que surge algo que foge a esta lógica, é visto com certo preconceito.

Falou-se, ainda, sobre os obstáculos opostos pelo próprio Estado em face do Direito Coletivo. Este, principalmente através dos poderes executivo e judiciário, obsta a efetivação da tutela coletiva de direitos e dos direitos transindividuais. Ainda que o poder legislativo tenha demonstrado coragem e vanguardismo ao propor um número cada vez mais expressivo de diplomas cujo escopo é a promoção do Direito Coletivo, não são raras as vezes em que o executivo impede o êxito de tais iniciativas através, por exemplo, de medidas provisórias como algumas anteriormente citadas.

No mesmo sentido, o poder judiciário, fiscal da lei e protagonista do correto funcionamento do ordenamento jurídico, furta-se a cumprir seu papel em relação ao Direito Coletivo. Não são poucas as vezes nas quais os julgadores, sejam eles individuais ou de órgãos colegiados, *lavam suas mãos*, tal qual Pôncio Pilatos no julgamento do Cristo, em uma tentativa desajeitada de transferir a outras esferas do poder a responsabilidade de aplicar o Direito Coletivo.

Tal responsabilidade, contudo, é intransferível, posto que é o judiciário aquele, cujas atribuições permitem, de forma mais ampla, uma atuação eficaz no sentido de promover o direito e, conseqüentemente, o Estado Democrático de Direito. Afinal, de nada serve uma sofisticada legislação, como a brasileira vem se esforçando para ser, principalmente nos últimos 24 anos, se os diplomas legais não passarem de papel e tinta. O direito não está na norma inerte. O direito deve ser reconhecido pelo

¹¹⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

intérprete e efetivado na realidade social, sob pena de não existir. E neste processo de reconhecimento e aplicação, ninguém mais importante que o judiciário.

Contudo, é curioso notar que esferas sociais tão diferentes tenham em comum a mesma resistência em relação ao Direito Coletivo. Por que não é difícil encontrar em um chefe de Estado, em um parlamentar, em um juiz ou em um cidadão qualquer, seja ele médico, padre ou policial, a mesma resistência ao Direito Coletivo, sobretudo àqueles direitos ditos transindividuais? A resposta, ainda que complexa e inesgotável, caminha pelos campos da filosofia. Por trás desta questão, parece estar a forma através da qual o homem compreende os vocábulos *indivíduo* e *coletividade*.

Aliás, não é correto dizer que haja uma compreensão equivocada de tais vocábulos. Trata-se, na verdade, de uma compreensão *ultrapassada*. A forma como se opõe resistência a uma idéia de coletividade no Direito lembra muito a perspectiva de Estado que se nutriu até o fim da Idade Moderna, onde a organização política era um aglomerado de indivíduos. Conseqüentemente, qualquer coletividade subordinava-se à existência dos indivíduos que a compunham, elemento essencial de sua própria existência. Quem aparece para sugerir uma nova perspectiva é o jovem filósofo Georg Wilhelm Friedrich Hegel, ao propor sua *Realphilosophie*.

5.2. A coletividade como instrumento do indivíduo – concepção dos clássicos, de Maquiavel e de Hobbes acerca da *individualidade* e da *coletividade*

O Direito Coletivo ainda é preterido em relação ao Direito Individual porque o individualismo como um todo ainda faz mais sentido do que a coletividade para a maioria das pessoas. Isso porque a perspectiva filosófica que até hoje impera para a maior parte das pessoas vê a coletividade como mera reunião de indivíduos. Foi o que se pensou principalmente na antiguidade e na idade moderna. Atualmente, ainda que tenhamos já, há mais de 200 anos, trabalhos filosóficos que apontam para o contrário, aparentemente uma filosofia da coletividade ainda não se tornou familiar à maioria das pessoas.

A perspectiva individualista está presente já na política clássica, através de Aristóteles e seu *zoon politikon*. Segundo Axel Honneth ¹¹⁵, “somente na comunidade ética da pólis ou da *civitas*, que se distingue do mero contexto funcional de atividades econômicas devido à existência de virtudes intersubjetivamente partilhadas, a determinação social da natureza humana alcança um verdadeiro desdobramento”.

A partir de tal teoria, ainda que o homem dependesse do quadro social de uma coletividade política para realizar sua natureza interna, ele o fazia por uma razão individual. Dessa forma, a vida virtuosa e justa em sociedade, pregada pela doutrina política da época, objetivava o aperfeiçoamento do ser humano em sua esfera individual. O coletivo estava, pois, a serviço do indivíduo e era instrumento para a realização deste.

Estas idéias inauguradas na Grécia e importadas para Roma e seus domínios, ultrapassaram a idade antiga e tiveram força até o fim da Idade Média. Contudo, no final desta, começaram a surgir dúvidas acerca daquela perspectiva filosófica de política e sociedade cultivada desde os clássicos. Nesse sentido, ensina Honneth:

O processo acelerado de mudança estrutural da sociedade, começando na baixa Idade Média e encontrando no Renascimento o seu ponto culminante, não só admitia dúvidas a respeito desses dois elementos teóricos da política clássica (a ordem ética do comportamento virtuoso e o estudo das instituições e leis adequadas) como também já os privava em princípio de qualquer força intelectual para a vida; pois, com a introdução de novos métodos de comércio, a constituição da imprensa e da manufatura e por fim a autonomização de principados e cidades comerciais, o processo político e econômico desenvolveu-se a ponto de não caber mais no quadro protetor dos costumes tradicionais, e já não haver mais sentido pleno em estudá-lo unicamente a título de uma ordem normativa do comportamento virtuoso.¹¹⁶

Dessa forma, o estudo da política se emancipa dos anseios morais da sociedade e ganha uma investidura mais utilitarista e pragmática. Este fenômeno, naturalmente, pôde ser primeiramente observado nos pontos da Europa em que surgiram as

¹¹⁵ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. - São Paulo: Ed. 34, 2003. P. 31.

¹¹⁶ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. - São Paulo: Ed. 34, 2003. P. 32.

primeiras cidades autônomas, onde o comércio era o motor econômico da sociedade e a organização feudal começava a ser superada. Por exemplo, na Itália do século XVI, despedaçada em diversos ducados, cidades-estado, até mesmo repúblicas, como a sereníssima de Veneza e aquela Fiorentina. Localidades já essencialmente comerciais, cujos portos dominavam o comércio no mediterrâneo, sem olvidar de cidades como Siena e Florença, cuja atividade bancária já se destacava. Nesse sentido, Honneth:

Daí não se admirar que o caminho teórico para a transformação da doutrina política clássica em filosofia social moderna tenha sido preparado onde aquelas alterações estruturais na sociedade já haviam se efetuado com toda a evidência: nos tratados políticos que escreveu no papel de diplomata exonerado de Florença, sua cidade natal, Nicolau Maquiavel se desliga de todas as premissas antropológicas da tradição filosófica ao introduzir o conceito de homem como um ser egocêntrico, atento somente ao proveito próprio.¹¹⁷

No centro das inovações, em uma Florença renascentista imersa em disputas políticas externas com as outras potências toscanas e italianas, e internas entre as diversas famílias e grupos sociais ávidos por poder, Maquiavel teve diante de si uma infinidade de situações reais em que a política acontecia e o indivíduo se via obrigado a interagir com a coletividade. Contudo, fica claro que o que se busca na interação com a coletividade não é uma realização espiritual atingida através de um agir ético. Maquiavel percebe que o que se busca na política não é a elevação pessoal a um estado intelectual mais avançado. Não há nada que ver com a realização pessoal buscada pelo *zoon politikon* dos clássicos. A coletividade não é mais vista como instrumento necessário à evolução racional do indivíduo. O que o indivíduo busca, segundo Maquiavel, ao interagir com a coletividade, isto é, ao ser político, é a própria sobrevivência – a *autoconservação*.

Isso porque Maquiavel percebe a coletividade como um aglomerado de indivíduos com anseios diversos e não raramente conflitantes. Cada um, no afã de satisfazer as próprias ambições e na impossibilidade de realizá-las sozinho, interage com a coletividade para negociar seus interesses defendendo-os, trocando-os, deles dispondo,

¹¹⁷ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. - São Paulo: Ed. 34, 2003. P. 32.

a fim de se autoconservar da forma mais proveitosa possível. A coletividade seria, pois, uma complexa balança repleta de interesses a ponderar. Genialmente, Maquiavel percebe, ainda, que, ao atuar na ponderação de interesses alheios a si, o indivíduo poderia obter vantagens ou evitar prejuízos para seus próprios anseios. Nesse sentido, Honneth afirma:

Nas diversas reflexões que Maquiavel realiza sob o ponto de vista de como uma coletividade política pode manter e ampliar inteligentemente seu poder, o fundamento da ontologia social apresenta a suposição de um estado permanente de concorrência hostil entre os sujeitos: visto que os homens, impelidos pela ambição incessante de obter estratégias sempre renovadas de ação orientada ao êxito, sabem mutuamente do egocentrismo de suas constelações de interesses, eles se defrontam ininterruptamente numa atitude de desconfiança e receio.¹¹⁸

Nesse ambiente de receio e desconfiança em que todos pressupõem o egocentrismo do próximo, a política fica menos hipócrita, desvestida da roupagem ética dada pelos gregos. Uma vez que não há mais um compromisso com a busca pela realização da natureza interna racional dos indivíduos, perseguida pelos clássicos, Maquiavel se vê livre para redesenhar a filosofia política divorciada de exigências morais ou éticas. Nessa esteira, sobre Maquiavel, Honneth afirma que:

As categorias centrais de suas análises históricas comparativas estão talhadas para essa luta sempiterna por autoconservação, para que essa rede ilimitada de interações estratégicas, em que naturalmente Maquiavel enxerga o estado bruto de toda a vida social, porque elas não designam nada mais que os pressupostos estruturais da ação bem-sucedida por poder.¹¹⁹

Aduz, ainda, que:

Para Maquiavel, o ponto de referência supremo de todos os seus estudos históricos é sempre a questão de saber de que maneira o conflito ininterrupto entre os homens pode ser habilmente influenciado em favor dos detentores do poder; desse modo, em seus escritos, e até na exposição dos desenvolvimentos

¹¹⁸ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. - São Paulo: Ed. 34, 2003. P. 32-33.

¹¹⁹ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. - São Paulo: Ed. 34, 2003. P. 33.

históricos, mas ainda sem qualquer fundamentação teórica mais ampla, manifesta-se pela primeira vez a convicção filosófica de que o campo da ação social consiste numa luta permanente dos sujeitos pela conservação de sua identidade física.¹²⁰

A simplicidade de fundamentação teórica das idéias de Maquiavel é velozmente suprida no *Leviathan*, de Thomas Hobbes, apenas 120 anos depois. O pensador inglês teve o privilégio de se apoiar sobre os estudos de Galileu e Descartes, que revolucionaram o método científico. Dessa forma, a obra do filósofo inglês possui maior solidez teórica em relação aos escritos do fiorentino¹²¹.

Não se pretende afirmar aqui que a obra de Hobbes é mero desenvolvimento teórico das idéias de Maquiavel. Os dois filósofos, ainda que concordantes sobre certos aspectos, possuíam idéias marcadamente diferentes sobre o Estado e sua dinâmica social. As semelhanças, que são o que ora interessa a este trabalho, residem sobre a percepção que ambos tinham da necessidade de se viver em sociedade, dada a necessidade disso para a autoconservação individual. Como expõe Honneth,

Para Hobbes a essência humana, que ele pensa à maneira mecanicista como uma espécie de autômato movendo-se por si próprio, destaca-se primeiramente pela capacidade especial de empenhar-se com providência para seu bem-estar futuro. Esse comportamento por antecipação se exacerba, porém, no momento em que o ser humano depara com um próximo, tornando-se uma forma de intensificação preventiva do poder que nasce da suspeita; uma vez que os dois sujeitos mantêm-se reciprocamente estranhos e impenetráveis no que concerne aos propósitos de sua ação, cada um é forçado a ampliar prospectivamente seu potencial de poder a fim de evitar também no futuro o ataque possível do outro.¹²²

Nesse sentido, Hobbes desenvolve a idéia de seu famoso estado de natureza. Este estado não seria uma projeção da situação social antes do começo da socialização

¹²⁰ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. - São Paulo: Ed. 34, 2003. P. 33.

¹²¹ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. - São Paulo: Ed. 34, 2003. P. 34.

¹²² HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. - São Paulo: Ed. 34, 2003. P. 34

humana, mas uma exposição do que ocorreria se, de repente, o Estado deixasse de existir ¹²³. Nesse caso, os homens voltar-se-iam uns contra os outros em uma série de tentativas desesperadas de se preservar e realizar os próprios interesses, muitas vezes prejudicando os interesses alheios. Instaurar-se-ia uma guerra generalizada de todos contra todos, onde o homem seria o lobo do homem.

É a fim de evitar este ambiente caótico do estado de natureza que se justifica o reconhecimento de um soberano, ao qual se oferece uma parcela da própria liberdade em troca da certeza de se poder usufruir de forma segura da parcela restante. Ao invés de correr o risco de viver em um estado de natureza onde toda a liberdade pode ser impraticável, o indivíduo prefere ceder apenas uma parte dela ao seu soberano em um contrato social que cria e justifica a autoridade do Estado. Dessa forma, sintetiza Honneth:

Hobbes utiliza a construção teórica desse estado (de natureza) no sentido de uma fundamentação filosófica da própria construção da soberania do Estado: as conseqüências negativas manifestas da situação duradoura de uma luta entre os homens, o temor permanente e a desconfiança recíproca, devem mostrar que só a submissão, regulada por contrato, de todos os sujeitos a um poder soberano pode ser o resultado de uma ponderação de interesses, racional com respeito a fins, por parte de cada um (...) o contrato social só encontra sua justificação decisiva no fato de dar fim à guerra ininterrupta de todos contra todos, que os sujeitos conduzem pela autoconservação individual.¹²⁴

Dessa forma, fica demonstrado que, tanto para Maquiavel quanto para Hobbes, a política e a organização social possuem o escopo de garantir, ou ao menos auxiliar, a autoconservação dos indivíduos. Tal como os clássicos, ambas admitem que a coletividade seja um aglomerado de indivíduos. Contudo, prescindem das exigências morais e éticas dos antigos, que acreditavam na busca pela realização da natureza humana como justificação da vida em sociedade. O motivo agora é outro: sobreviver.

¹²³ BUCK, Gunther. *Selbsterhaltung und Historizität*, in EBELING, Hans (org.) *Subjektivität und Selbsterhaltung. Beiträge zur Diagnose der Moderne*. Frankfurt, p. 144 ss. *Apud* HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. - São Paulo: Ed. 34, 2003. P. 31.

¹²⁴ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. - São Paulo: Ed. 34, 2003. P. 35

Preocupados com sua autoconservação os indivíduos passam a ver a política como instrumento para a ponderação e conciliação de uma infinidade de interesses.

Assim, a modernidade termina com uma ação política reduzida “à imposição de poder, racional simplesmente com respeito a fins”¹²⁵. A esta visão empobrecida trazida por esta tendência da filosofia social moderna, Hegel se insurge através de sua filosofia política.

5.2. A alternativa hegeliana

Segundo Honneth, para Hegel, havia em sua época, basicamente, duas versões do direito natural que se distinguiam pela sua origem. De um lado, havia as teorias chamadas por ele de “empíricas”, que partiam de “definições fictícias ou antropológicas da natureza humana para projetar, com base nelas, e valendo-se de diversas suposições suplementares, uma organização racional do convívio social”¹²⁶. Trata-se de teorias tais como aquela de Hobbes, onde é pressuposto um estado de natureza, por exemplo.

Nas teorias “empíricas”, parte-se sempre de um estado de natureza no qual “os modos de comportamento admitidos como ‘naturais’ são sempre e somente atos separados de indivíduos isolados, aos quais crescem depois, como que do exterior, as formas de constituição da comunidade”¹²⁷.

Por outro lado, há as teorias “formais” de direito natural, que partem de um conceito transcendental de razão prática, aplicável universalmente aos indivíduos. É o caso dos imperativos categóricos de Kant, por exemplo. Nestas teorias, “as premissas atomísticas dão-se a conhecer no fato de as ações éticas em geral só poderem ser

¹²⁵ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. - São Paulo: Ed. 34, 2003. P. 36.

¹²⁶ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. - São Paulo: Ed. 34, 2003. P. 38

¹²⁷ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. - São Paulo: Ed. 34, 2003. P. 38.

pensadas na qualidade de operações racionais, purificadas de todas as inclinações e necessidades empíricas da natureza humana”¹²⁸.

Em todo caso, ambas as perspectivas de direito natural que se apresentavam diante de Hegel, possuíam em comum o fato de partir do indivíduo para explicar a coletividade. Segundo o próprio filósofo coloca, “no direito natural moderno, uma ‘comunidade de homens’ só pode ser pensada segundo o modelo abstrato dos ‘muitos associados’, isto é, uma concatenação de sujeitos individuais isolados, mas não segundo o modelo de uma unidade ética de todos”¹²⁹.

O que Hegel propunha, em contrapartida, era uma unidade ética de todos que não fosse mera aglomeração de indivíduos. – um estado de totalidade ética. Segundo afirma Honneth, para Hegel,

O caráter único de uma tal sociedade se poderia ver em primeiro lugar, como diz ele recorrendo a uma analogia com o organismo, na ‘unidade viva’ da ‘liberdade universal e individual’, o que deve implicar que a vida pública teria de ser considerada não o resultado de uma restrição recíproca dos espaços privados da liberdade, mas inversamente, a possibilidade de uma realização da liberdade de todos os indivíduos em particular. Em segundo lugar, Hegel vê os costumes como o *médium* social no qual deve se efetuar a integração de liberdade geral e individual; ele escolhe o termo ‘costume’ (*Sitte*) com cuidado, a fim de deixar claro que nem as leis prescritas pelo Estado nem as convicções morais dos sujeitos isolados, mas só os comportamentos praticados intersubjetiva e também efetivamente são capazes de fornecer uma base sólida para o exercício daquela liberdade ampliada; daí também, como diz no texto, o ‘sistema da legislação’ pública ter de expressar sempre os ‘costumes existentes’ de fato. Finalmente, em terceiro lugar, Hegel acaba dando um passo decisivo para além de Platão e Aristóteles, ao incluir na organização institucional da eticidade absoluta uma esfera que ele define provisoriamente aqui como ‘sistema de propriedade e direito’; a isso está ligada a pretensão de mostrar que as atividades mediadas pelo mercado e os interesses dos indivíduos particulares – o que em seu todo será sintetizado mais tarde sob o

¹²⁸ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. - São Paulo: Ed. 34, 2003. P. 39.

¹²⁹ HEGEL, G. W. F., *Über die Wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts*, in: *Jenaer Schriften 1801-1807*, p.45.

título de ‘sociedade civil burguesa’ (*bürgerlichen Gesellschaft*) – seriam uma ‘zona’ realmente negativa, mas ainda assim constitutiva do todo ético.¹³⁰

Dessa forma, abraçando o desafio de superar as premissas atomísticas às quais estava presa a filosofia social moderna, Hegel percebe a necessidade de propor um outro e novo sistema filosófico social capaz de abarcar a complexidade de uma comunidade social onde haja uma totalidade ética. Assim, Honneth afirma que:

Hegel tem de se perguntar de que maneira devem estar constituídos os meios categoriais com apoio nos quais se pode elucidar filosoficamente a formação de uma organização social que encontraria sua coesão ética no reconhecimento solidário da liberdade individual de todos os cidadãos.¹³¹

Parte-se, então, da “substituição das categorias atomísticas por aquelas talhadas para o vínculo social entre os sujeitos”¹³². Como o próprio Hegel coloca, “o povo (...) por natureza (é) anterior ao indivíduo; pois, se o indivíduo não é nada de autônomo isoladamente, então ele tem de estar, qual todas as partes, em uma unidade com o todo”¹³³. É esta a idéia básica que muda drasticamente a perspectiva sob a qual a filosofia compreende a sociedade. Supera-se o coletivo como ajuntamento de indivíduos para propor uma unidade sem a qual nem mesmo o indivíduo é possível.

Dessa forma, Hegel inverte o sentido das reflexões que se faziam até então. Ele não parte mais dos atos dos sujeitos isolados para chegar aos atos intersubjetivos. Ao contrário, ele parte “primeiramente dos vínculos éticos, em cujo quadro os sujeitos se movem juntos desde o princípio”¹³⁴, para depois chegar ao indivíduo.

De certa forma, esta idéia de que há no homem uma natureza política intrínseca é inspirada em Aristóteles. Contudo, diferentemente do grego, que entendia a vida política como única forma de realização do indivíduo, Hegel vai além e sugere que,

¹³⁰ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. - São Paulo: Ed. 34, 2003. P. 41-42.

¹³¹ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. - São Paulo: Ed. 34, 2003. P. 42.

¹³² HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. - São Paulo: Ed. 34, 2003. P. 42.

¹³³ HEGEL, G. W. F. *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten*. In: *Jenaer Schriften*, p. 505.

¹³⁴ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. - São Paulo: Ed. 34, 2003. P. 43.

mais que instrumento de aperfeiçoamento, a vida política, é dizer, o viver na coletividade, é algo imprescindível ao indivíduo, do qual depende seu próprio sentido.

Como ensina Joaquim Carlos Salgado, “pelo reconhecimento como indivíduo revela-se a socialidade do homem; não pode ser verdadeiramente humano, senão vivendo em sociedade”¹³⁵. E complementa:

A Filosofia de Hegel é, nesse sentido, o momento de superação do conceito de individualidade substancial de Aristóteles e da substância universal de Espinoza, por meio do momento de reflexão do eu no dualismo kantiano e fichtiano, entre o “existir” simplesmente (Dasein) e o ser para si (Fürsichsein).¹³⁶

Hegel se debruça, então, sobre um segundo passo: como ocorre a “passagem de um tal estado de ‘eticidade natural’ para a forma de organização da sociedade, definida de antemão como uma relação de totalidade ética”¹³⁷. Contudo, é importante notar que o problema aqui não é explicar como o individual torna-se coletivo. Afinal, já se admite que haja uma qualidade intersubjetiva intrínseca no ser humano. A questão é explicar como esta intersubjetividade natural *evolui* até as relações mais abrangentes de interação social. Trata-se do *vir-a-ser* da eticidade, algo já existente mais ainda não revelado, os “potenciais ‘morais’, já inscritos na eticidade natural na qualidade de ‘algo envolto e não desdobrado’”¹³⁸.

Colocam-se, pois, duas questões primordiais para que se compreenda o caminho filosófico aberto por Hegel. Em primeiro lugar, de que forma podem estar constituídos estes potenciais não desdobrados da eticidade, já inscritos nas primeiras estruturas da práxis social. Em segundo lugar, como se dá o processo através do qual a eticidade vai se revelando, desdobrando-se.

Para solucionar tais questões, Hegel recorre à doutrina do reconhecimento de Fichte. Segundo Honneth, este filósofo:

Havia concebido o reconhecimento como uma ‘ação recíproca’ entre indivíduos, subjacente à relação jurídica: no apelo recíproco à ação livre e na

¹³⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Hegel*. São Paulo: Edições Loyola, 1996. P. 247.

¹³⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Hegel*. São Paulo: Edições Loyola, 1996. P. 247.

¹³⁷ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. - São Paulo: Ed. 34, 2003. P. 43.

¹³⁸ HEGEL, G. W. F. *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten*. In: *Jenaer Schriften*, p. 505.

limitação simultânea da própria esfera de ação a favor do outro, constitui-se entre sujeitos a consciência comum, que depois alcança validade objetiva na relação jurídica.¹³⁹

Inspirado em Fichte, Hegel propõe, pois, sua leitura do reconhecimento recíproco:

Na medida em que se sabe reconhecido por um outro sujeito em algumas de suas capacidades e propriedades e nisso está reconciliado com ele, um sujeito sempre virá a conhecer, ao mesmo tempo, as partes de sua identidade inconfundível e, desse modo, também estará contraposto ao outro novamente como um particular. Nessa lógica da relação de reconhecimento, porém, Hegel vê inscrita ao mesmo tempo uma dinâmica interna que lhe permite ainda dar um segundo passo além do modelo inicial de Fichte: visto que os sujeitos, no quadro de uma relação já estabelecida eticamente, vêm sempre a saber algo mais acerca de sua identidade particular, pois trata-se em cada caso até mesmo de uma nova dimensão de seu Eu que vêm confirmada, eles abandonam novamente a etapa da eticidade alcançada, também de modo conflituoso, para chegar de certa maneira ao reconhecimento de uma forma mais exigente de individualidade; nesse sentido, o movimento de reconhecimento que subjaz a uma relação ética entre sujeitos consiste num processo de etapas de reconciliação e de conflito ao mesmo tempo, as quais substituem umas às outras. Como não é difícil de ver, Hegel carrega desse modo o conceito aristotélico de forma de vida ética com um potencial moral que já não resulta mais simplesmente de uma natureza dos homens subjacente, mas de uma espécie particular de relação entre eles; as coordenadas de seu pensamento político-filosófico se deslocam do conceito teleológico de natureza para um conceito social no qual uma tensão interna está constitutivamente incluída.¹⁴⁰

É assim que Hegel incrementa sua idéia inicial e se contrapõe, de forma teoricamente mais sólida, às teorias modernas, sobretudo de Maquiavel e de Hobbes. Contudo, Hegel não abre mão da teoria de uma luta originária, antes tida como uma luta pela autoconservação. Agora, porém, a luta é pelo reconhecimento, que só é

¹³⁹ HEGEL, G. W. F. *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten*. In: *Jenaer Schriften*, p. 505.

¹⁴⁰ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. - São Paulo: Ed. 34, 2003. P. 47.

possível intersubjetivamente, permitindo que o homem evolua em sua eticidade. Sobre isso, ensina Honneth:

O caminho pelo qual ele (Hegel) chega a isso consiste em reinterpretar o modelo de uma luta originária de todos contra todos, com que Thomas Hobbes, na seqüência de Maquiavel, inaugura a história da filosofia social moderna: se os sujeitos precisam abandonar e superar as relações éticas nas quais eles se encontram originariamente, visto que não vêem plenamente reconhecida sua identidade particular, então a luta que procede daí não pode ser um confronto pela pura autoconservação de seu ser físico; antes, o conflito prático que se acende entre os sujeitos é por origem um acontecimento ético, na medida em que objetiva o reconhecimento intersubjetivo das dimensões da individualidade humana.¹⁴¹

Dessa forma, Hegel sugere uma organização social que não se baseia na mera defesa da autoconservação. Conseqüência direta disso é o fato de o Estado não ser mais um remédio instantâneo aos anseios do homem, afinal, o reconhecimento que se busca nas relações intersubjetivas não é conseguido em um momento pontual. É, antes, um processo complexo de aperfeiçoamento e evolução da eticidade que desenrola na história. Nesse sentido, ainda Honneth:

Um contrato entre os homens não finda o estado precário de uma luta por sobrevivência de todos contra todos, mas, inversamente, a luta como um *médium* moral leva a uma etapa mais madura de relação ética. Com essa reinterpretação do modelo hobbesiano, Hegel introduz uma versão do conceito de luta social realmente inovadora, em cuja conseqüência o conflito prático entre sujeitos pode ser entendido como um momento do movimento ético no interior do contexto social da vida; desse modo, o conceito recriado de social inclui desde o início não somente um domínio de tensões moral, mas abrange o *médium* social através do qual elas são decididas de maneira conflituosa.¹⁴²

É, pois, dessa forma que Hegel quebra com a lógica imediatista de um individualismo que se preocupa somente com a autoconservação. Propõe, para tanto,

¹⁴¹ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. - São Paulo: Ed. 34, 2003. P. 47-48.

¹⁴² HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. - São Paulo: Ed. 34, 2003. P. 48.

uma teoria que explica as relações intersubjetivas como busca por reconhecimento. Mais do que o simples anseio de se realizar individualmente, reconhecer e ser reconhecido é contribuir para o desenrolar da eticidade. Esta, já presente em forma bruta nas primeiras relações humanas, deve ter seu conteúdo revelado através dos conflitos sociais e suas subsequentes resoluções. A coletividade é, pois, simultaneamente, princípio e fim da luta dos sujeitos por reconhecimento. É o instrumento no sentido de possibilitar o caminho da descoberta de seu próprio *vir-a-ser*. E é finalidade no sentido de guardar em si a totalidade ética que se busca.

5.4. O direito coletivo na luta por reconhecimento

Como foi anteriormente abordado, percebe-se uma franca resistência à aplicação dos Direitos Coletivos no Brasil. Não obstante sua consagração legislativa, sobretudo na Constituição de 1988, no mais das vezes a coletividade é preterida à individualidade. As razões para este dado são as mais diversas. Desde a má vontade do judiciário e do executivo, até o preconceito da população como um todo, pode-se, contudo, identificar um obstáculo sempre presente – a mentalidade individualista vigente ¹⁴³.

Essa mentalidade baseia-se na concepção de que o coletivo nada mais é que um aglomerado de indivíduos, sendo, portanto, o individual o princípio de toda relação intersubjetiva. Exatamente como defendia a filosofia social moderna, há cerca de 400 anos¹⁴⁴.

A consequência lógica desta concepção é aquela de que o coletivo só se justifica a partir do momento em que serve aos anseios dos indivíduos. Um adepto a tal teoria não poderia jamais escolher por um direito coletivo enquanto houvesse a opção por um individual. Afinal, direitos só poderiam ser atribuídos a indivíduos e, ainda que

¹⁴³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual* – São Paulo: Saraiva, 2003. P. 586-587.

¹⁴⁴ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. - São Paulo: Ed. 34, 2003. P. 34.

fossem atribuídos a uma coletividade, isto seria entendido como a soma dos direitos dos indivíduos que a compõem ¹⁴⁵.

No entanto, esta filosofia social moderna encontra-se superada. Analisar o direito coletivo a partir desta perspectiva é ultrapassado e pode conduzir a conclusões equivocadas. Somente através de uma teoria que compreenda a coletividade como algo diverso dos ajuntamentos de indivíduos, o direito coletivo poderá ser corretamente interpretado e aplicado. Afinal, o legislador admite a existência deste tipo de coletividade, principalmente quando aponta a existência de direitos transindividuais ¹⁴⁶.

O transindividualismo, como algo que está em todos e não está em nenhum, é uma característica legitimamente coletiva. O direito individual não é divisível, o que prova não se tratar de um somatório de direitos individuais. Da mesma forma, ele não flana pelo espaço alheio aos indivíduos. Ele nasce da intersubjetividade ¹⁴⁷.

Não menos importantes são os direitos individuais homogêneos, valiosa ferramenta de reconhecimento, pois permite que um indivíduo depare seus interesses com os de outros indivíduos até que se chegue à percepção de uma identidade. Afinal, nesta dinâmica intersubjetiva de semelhanças e diferenças, caminha-se em direção ao reconhecimento, ao *vir-a-ser* da eticidade ¹⁴⁸.

Apesar de tudo isso, ainda há uma teimosa resistência em se prosseguir com o individualismo raso e imediato das lutas por autoconservação. Isso, porém, não causa espanto. É muito mais fácil perceber a necessidade de sobreviver do que responder à questão do porque continuar vivo.

Uma visão limitada não é capaz de enxergar além da sobrevivência, isto é, da manutenção dos interesses imediatos. Isso, contudo, não extingue a existência de interesses mediatos que são tão ou mais importantes que aqueles de curto prazo. Aliás,

¹⁴⁵ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. - São Paulo: Ed. 34, 2003. P. 39.

¹⁴⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada* – Belo Horizonte: Del Rey, 2008. P. 378.

¹⁴⁷ ZAVASCKY, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3.ed. Rev., atual. E ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 41-43.

¹⁴⁸ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. - São Paulo: Ed. 34, 2003. P. 45.

um interesse mediato é, não raramente, a finalidade daqueles imediatos. Para perceber isto, contudo, é necessário enxergar mais longe.

As lentes que podem nos ajudar a ver esse horizonte longínquo, mas real, podem ser providas pela filosofia, como demonstra Hegel ¹⁴⁹. Mas, no caso do direito, mais que compreender filosoficamente porque o homem busca revelar uma totalidade ética, é fundamental achar os indícios de que esta foi a opção do legislador e saber interpretar como ele propõe esta busca. E isto, só é possível através de uma interpretação atenta e exigente.

6. Fundamentos hermenêuticos para a compreensão do processo coletivo

6.1. Breve evolução histórica da hermenêutica filosófica

A palavra grega *hermeneia* remete ao deus grego Hermes, mensageiro entre os deuses e os seres humanos¹⁵⁰. O que Hermes anuncia, no entanto, não é apenas uma

¹⁴⁹ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. - São Paulo: Ed. 34, 2003. P. 37.

¹⁵⁰ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria L. R. Ferreira. – Porto: Edições 70, 1986. P. 23.

comunicação, mas uma explicação das ordens divinas, traduzindo-as da língua dos deuses para a dos homens. Desse modo, nos fica explicitado que se trata muito mais do que mera troca de informações, mas sim de sua posterior decodificação, por parte do sujeito, a fim de saber qual o real conteúdo ou significado do que foi transmitido. Trata-se, pois, de uma teoria da interpretação.

A hermenêutica é abordada por diversos filósofos ao longo da história do pensamento ocidental. Destarte, parece ser interessante iniciar o presente capítulo a partir de uma breve notícia histórica dos principais filósofos que pensaram a hermenêutica a partir de Platão.

Para Platão, a hermenêutica não se voltava para um conhecimento, era um mero instrumento da razão, assemelhando-se à retórica¹⁵¹. Já a hermenêutica aristotélica é uma “teoria da expressão, pois ela vai tratar da expressão do juízo para se chegar ao verdadeiro pensamento daquele que criou a proposição”¹⁵². Preocupa-se, portanto, “com a expressão do pensamento, ou seja, os juízos formulados pelo autor para explicitar determinado fato”¹⁵³. Dessa forma, nota-se uma semelhança com a exegese, devido ao caráter meramente explicativo que a hermenêutica assume para Aristóteles.

Em Roma, surge a *interpretatio*, baseada na visão aristotélica sobre a ética. Trata-se da verdadeira aplicação do direito com presença de um terceiro neutro, igualdade entre as partes e contraditório. Nessa fase aparece o que mais tarde seriam os três cânones de Emilio Betti: a autonomia do objeto, a totalidade/coerência e a atualidade/adequação do objeto. Há também o surgimento da técnica analógica e do método gramatical, dentre outros. Finalmente, é em Roma que se inaugura a frase *in claris cessat interpretatio*, isto é, a hermenêutica deveria conter-se às circunstâncias de dúvida¹⁵⁴.

¹⁵¹ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 8.

¹⁵² SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 10.

¹⁵³ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 10.

¹⁵⁴ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 14-17.

Santo Agostinho, por outro lado, acreditava que toda interpretação giraria em torno da fé. Nesse sentido, a hermenêutica teria a função de transmissão de idéias. No entanto, uma transmissão com a finalidade de fazer crer¹⁵⁵.

Logo após, vieram os glosadores que, a partir de textos de direito romano, desenvolveram uma hermenêutica cujo método caracterizava-se por uma estrutura racional principalmente dedutiva, traços de historicidade e uma dogmatização incontestável do *Corpus Iuris Civilis*¹⁵⁶. Era, em suma, uma interpretação racionalista, mas com uma preocupação muito grande com a positividade do texto. Esse viés racional seria posteriormente intensificado com os comentadores, cujo princípio hermenêutico era “nem a partir da palavra, nem a partir da mente do legislador, apenas a partir da própria razão”¹⁵⁷.

Superada a Idade Média, surge o humanismo para privilegiar a história e a filosofia em detrimento da razão¹⁵⁸. É, portanto, um fortalecimento da cultura no processo hermenêutico. No entanto, a razão logo retorna no iluminismo com Descartes. Para ele, a razão era o único meio de encontrar a essência das coisas a despeito das aparências¹⁵⁹.

Em contraposição à recuperação da cultura clássica trazida pelo humanismo, que, como ensina Ricardo Salgado, “nega a existência de qualquer verdade fora da razão”¹⁶⁰, surge o romantismo. Este vem para combater uma visão excessivamente racionalista e traz em si uma preocupação constante com a linguagem simultânea a uma preocupação com a recuperação do passado.

A partir das tendências retomadas com o romantismo, houve o que podemos chamar de retomada do estudo da hermenêutica propriamente dita com

¹⁵⁵ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 17-18.

¹⁵⁶ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 19-20.

¹⁵⁷ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 24.

¹⁵⁸ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 25.

¹⁵⁹ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 27.

¹⁶⁰ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 27.

Schleiermacher. Esse autor dividia seu método hermenêutico em dois grupos: o gramatical e o técnico ou advinhatório. O primeiro determinava o espírito linguístico comum ao autor e ao público original, e determinava o sentido das palavras de acordo com seu contexto (surge o círculo hermenêutico). O segundo buscava a decisão sensível do autor, ou seu estilo. Para tanto, deve-se colocar a si mesmo no lugar do autor (psicologismo) e tentar, em outro momento, captar o universal por oposição ao particular¹⁶¹.

Finalmente, Dilthey, através da sua *Crítica da Razão Histórica* busca a *compreensão*. Não se trata da busca de um absoluto (distancia-se de Kant e Hegel) ou de uma razão histórica universal, mas de uma razão histórica individual onde cada um a interiorizará de um modo ímpar. Vale lembrar que, para Dilthey, compreender é mais que formular conceitos a partir da análise da natureza (isso seria explicar). Compreender é buscar sentido a partir de uma síntese de determinado fato humano, inserido em uma totalidade (cultura). A consequência disso aplicado à norma jurídica é a conclusão da insuficiência do mero desdobramento da lei para que se chegue ao seu sentido. Mais do que isso, é necessário que se relacione a norma com o ETHOS da sociedade em que está sendo aplicada. Somente assim é possível alcançar o verdadeiro sentido da norma e revelar o direito nela contido¹⁶².

Posteriormente a Dilthey, surge uma hermenêutica cuja intenção é a busca de uma ontologia que fundamente o conhecimento. Dessa forma, Gadamer, principal representante desta nova corrente, ampara-se filosoficamente em Kant, Hegel e Heidegger para expor seu pensamento, cuja explicitação pode ser considerada “o ponto de chegada da hermenêutica filosófica”¹⁶³.

Destarte, para que se prossiga com esta análise histórica da ciência hermenêutica, faz-se necessária uma breve menção aos três pilares da atual hermenêutica filosófica gadameriana: Kant, Hegel e Heidegger.

¹⁶¹ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 29-30.

¹⁶² SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 31.

¹⁶³ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 33.

6.2. Hermenêutica atual - Gadamer

6.2.1. Bases filosóficas

6.2.1.1. Visão lógica

Interpretar é buscar o significado por trás das palavras e proposições, revelando-os. Sendo o direito composto por normas traduzidas em palavras, uma interpretação dele é imprescindível para que se descubra o valor fundamentador de cada imperativo, a fim de realizá-lo efetivamente ¹⁶⁴. Sem que se haja uma real preocupação com o conteúdo simbólico de cada enunciado normativo, corre-se o risco de aplicar uma norma de forma que ela não realize o seu sentido, aquilo que ela pretende tutelar. Daí a importância de uma abordagem hermenêutica do Direito.

Igualmente, admitindo-se que o Direito é uma ordem normativa fundamentada em valores, interpretá-lo é buscar tais valores. Através de uma atenta leitura dos dispositivos legais, hierarquicamente dispostos, o significado do Direito deve ser extraído.

E não é apenas à norma que o homem atribui sentido. Pense-se, por exemplo, em uma obra de arte, que prima pelo que representa, não apenas por sua aparência. É procurando impregnar sua obra de maior conteúdo significativo que visual, que os modernos abandonam o modelo clássico de arte. Estes, em contrapartida, permaneceram atados ao *momento significante*, instante no qual ao objeto é atribuído o significado.

É evidente, contudo, que a expressão do significado ocorre sem o total aniquilamento do significante. Mesmo porque o significado não é dado e transmitido intuitivamente. Toda expressão é meio de comunicação e comunicar é pôr um

¹⁶⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. *Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais*. In Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais – vol. 20 n. 3 Jul-Set/1996. P. 15-16.

intermediário entre dois pontos. Destarte, o significante é um ponto comum entre dois intérpretes.

Dentro deles, dos intérpretes, tudo significa e é significado, sendo o pensamento a arena da interpretação. Afinal, o simples fato de algo ser pensado já pressupõe uma subjetividade, posto que é pensado por um sujeito. Assim, do mesmo significante podem-se extrair significados diversos, dependendo da subjetividade que o interpreta.

Como interpretações diferentes podem chegar ao mesmo significado é, portanto, uma das questões primordiais de que trata a hermenêutica. E é ela própria quem fornece elementos para que haja uma maior congruência de interpretações. Interpretações estas que devem ser coerentes com o momento significante e com o significado originalmente atribuído a ele.

É por isso que se diz que a hermenêutica atua no campo do conceito. Não se trata de analisar o objeto apenas, mas o que ele representa. Por isso, no caso do processo coletivo, por exemplo, a hermenêutica não pode conduzir à proposição de novos diplomas legais sobre o assunto. Seu papel é tentar extrair da legislação existente seu significado, o que ela pretende comunicar. E, do ponto de vista legislativo, não faltam substratos para tanto.

Esta, porém, foi até agora uma visão lógica da hermenêutica. É importante também abordá-la ontologicamente. Tratar-se-á de uma perspectiva da hermenêutica relacionando-a ao problema do ser.

6.2.1.2. Visão ontológica

Para compreender a hermenêutica em uma perspectiva do ser, deve-se voltar a atenção para três grandes filósofos: Kant, Hegel e Heidegger. São eles os fundadores das bases da hermenêutica filosófica proposta por Gadamer na atualidade¹⁶⁵.

¹⁶⁵ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 33.

O primeiro deles, Kant, acreditava que o ser indicaria simplesmente a existência de algo ou a ligação entre sujeito a predicado. O homem seria composto de um elemento natural (existência, ser) e um elemento espiritual (liberdade, dever-ser)¹⁶⁶. É, portanto, uma concepção dualista.

Para superar esta divisão entre ser e dever-ser, existência e liberdade, Heidegger propõe uma ontologia que indaga pelo sentido deste. Propõe então, o conceito fenomenológico de ser, segundo o qual o fenômeno é o que o ser é (e sempre será o ser de um ente). O ente em que o ser aparece é o “Dasein” (presença, ser-aí) do homem. Desta forma, para revelar o ser, restaria necessário o estudo do “Dasein”, aquilo em que o ser “puro” aparece. Isto é feito através do método fenomenológico que consiste na hermenêutica do sentido do ser. Nessa esteira, Heidegger aponta a linguagem como a morada do ser, afinal, a palavra é o meio de comunicação por excelência. Destarte, o ser se revela no ente através do logos (palavras)¹⁶⁷.

A partir de sua teoria, Heidegger coloca que o limite da existência de um indivíduo é a existência do outro. Na lição de Salgado, “como, porém a existência se limita somente quando a outra lhe oferece resistência, direito é o que pode expandir mais a sua vida”¹⁶⁸. Nesse sentido, o filósofo continua, “não se indaga da essência do direito; o direito não se justifica racionalmente, mas acontece no existir de cada um, do qual o único limite é o existir do outro, se este o limita”¹⁶⁹.

Ainda em uma perspectiva ontológica da hermenêutica, Hegel, em contrapartida, trilha um caminho diferente do de Heidegger, o da hermenêutica dialético-especulativa.

Segundo Salgado, “especulativo para Hegel é o momento da superação dos contrários, no qual se revela a identidade e a não identidade” (diferença)¹⁷⁰. Este

¹⁶⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. *Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais*. In Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais – vol. 20 n. 3 Jul-Set/1996. P. 21.

¹⁶⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. *Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais*. In Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais – vol. 20 n. 3 Jul-Set/1996. P. 21-22.

¹⁶⁸ SALGADO, Joaquim Carlos. *Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais*. In Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais – vol. 20 n. 3 Jul-Set/1996. P. 24.

¹⁶⁹ SALGADO, Joaquim Carlos. *Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais*. In Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais – vol. 20 n. 3 Jul-Set/1996. P. 24.

¹⁷⁰ SALGADO, Joaquim Carlos. *Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais*. In Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais – vol. 20 n. 3 Jul-Set/1996. P. 24.

autor lembra, ainda que a dialética é o processo pelo qual se detectam três movimentos do espírito (ser): a posição, a negação da posição e a negação da posição (momento especulativo) ¹⁷¹. Contradição, movimento interno e totalidade caracterizam o método dialético, através do qual se mostra o absoluto, o espírito ¹⁷².

Ora, é no terreno do espiritual, na forma da vontade, que o direito se revela. Revela-se como vontade livre. Assim, a liberdade é a essência da vontade e, portanto, a substância e determinação do direito ¹⁷³.

No pensamento hegeliano, outro conceito fundamental é o de absoluto ¹⁷⁴. Segundo Salgado, este é a “essência que dá o fundamento, que não se mostra apenas que é, mas o que é ou o sido (...) e como tal se mostra” ¹⁷⁵. Não se trata de um passado temporal, mas lógico no sentido de que o ser no final é o que ele foi anteriormente no processo. Enfim, não se trata de um ponto de chegada, mas um momento que diz o que foi o processo.

Outro ponto importante é o da alienação. A alienação é o processo pelo qual um ser torna exterior a si o que está nele e constitui sua essência. O pensamento analítico abstrato, que divide a realidade em essência e aparência, possibilita a alienação, afinal, o risco desse processo começa na entificação do significante, que, por sua vez, começa nessa separação da essência e da aparência ¹⁷⁶.

Dessa forma, o pensamento fenomenológico está mais suscetível à alienação. Em contrapartida, o pensamento dialético procura demonstrar a necessidade de superar o dualismo. Em Hegel, há uma unidade de essência e aparência, significante e significado, que constitui a base ontológica do seu processo hermenêutico. O processo

¹⁷¹ SALGADO, Joaquim Carlos. *Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais*. In Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais – vol. 20 n. 3 Jul-Set/1996. P. 24.

¹⁷² SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 54.

¹⁷³ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 48.

¹⁷⁴ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 53.

¹⁷⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. *Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais*. In Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais – vol. 20 n. 3 Jul-Set/1996. P. 26.

¹⁷⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. *Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais*. In Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais – vol. 20 n. 3 Jul-Set/1996. P. 27-28.

de interpretação é, para ele, o revelar-se da essência como verdade que se tornou certeza na consciência. O risco da alienação da essência livre do homem tende, portanto, a ser eliminado na interpretação dialética do mundo.

Nesse sentido, Salgado coloca que “se a substância do direito é ordenar uma sociedade livre, lei (instrumento de ordenação) e liberdade individual têm de ser vistos como momentos do todo que é o direito”¹⁷⁷. A interpretação do direito-norma que ignora sua essência (tornar possível uma sociedade livre) põe-na fora (alienação) do direito. Esse processo de alienação jurídica pode ser usado, muito negativamente, para justificar os interesses de grupos a cujo serviço pode ser posto o direito. Daí o direito tornar-se extremamente perigoso se desvincilhado de sua essência, a realização da liberdade¹⁷⁸.

Destarte, conclui Salgado:

Se a essência do direito deve revelar-se na sua existência, também objetivamente na norma, seu conceito é a própria liberdade que transparece no momento subjetivo como direitos da pessoa. Uma hermenêutica da norma tem como objetivo revelar seu conteúdo de liberdade.¹⁷⁹

6.2.2. A hermenêutica gadameriana

Preocupado em desenvolver uma metodologia própria das ciências do espírito, Gadamer conclui que não podemos encontrar verdades, mas apenas descrever causalidades ocorridas no fato estudado. Dessa forma, as ciências do espírito estariam ligadas ao método indutivo. A partir disso, somente pela compreensibilidade de seus fatos é que se pode falar em ciências do espírito. No entanto, não se trata da mesma indução usada pelas ciências naturais. A indução das ciências do espírito teria a

¹⁷⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. *Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais*. In Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais – vol. 20 n. 3 Jul-Set/1996. P. 28-29.

¹⁷⁸ SALGADO, Joaquim Carlos. *Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais*. In Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais – vol. 20 n. 3 Jul-Set/1996. P. 29.

¹⁷⁹ SALGADO, Joaquim Carlos. *Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais*. In Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais – vol. 20 n. 3 Jul-Set/1996. P. 29

necessidade de certas aptidões espirituais, como a riqueza de memória e prevalência de autoridades, além de preconceitos¹⁸⁰.

Admitir a necessidade de preconceitos pode soar estranho devido ao sentido negativo que esta palavra carrega na maioria de seus usos. Contudo, o preconceito de que fala Gadamer quer dizer prévio conhecimento da matéria a ser interpretada. Até por isso, a indução hermenêutica se diferencia da científica, que prescinde de tais preconceitos.

É possível notar, ainda, uma inspiração romana na idéia de preconceito trazida por Gadamer. Nesse sentido, ensina Ricardo Salgado:

Também vemos nesta definição uma similitude muito grande entre a idéia deste “senso de tato”, memória” ou “dessas aptidões de outra espécie” com o que é descrito pelos romanos através dos cânones, aqui claramente descrito o cânone da consonância. Pode-se dizer que o cânone da consonância corresponde ao que chamamos hoje de base de conhecimento, ou seja, segundo os romanos, para se obter uma interpretação jurídica correta, o intérprete já deveria apresentar um mínimo de conhecimento ou um conhecimento similar àquele que estava sendo apresentado a ele naquele momento.¹⁸¹

Vale chamar a atenção aqui para o fato anteriormente abordado sobre a lacuna de formação dos juristas brasileiros no tocante ao processo coletivo. Ora, se nas escolas de direito não há uma real preocupação em ensinar segundo uma perspectiva de direitos coletivos, a interpretação destes resta profundamente prejudicada, pois que não há o devido preconceito por parte dos intérpretes.

É por isso que Gadamer passa a estudar o processo de formação do homem como sendo a única forma de tornar possível a existência das ciências do espírito. Afinal, as ciências humanas estão, para ele, vinculadas “a um formar-se, a uma, como já foi dito, necessidade de conhecimentos prévios”¹⁸².

¹⁸⁰ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 75-77.

¹⁸¹ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 77.

¹⁸² SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P.79.

Essa formação consistiria não em um simples aprender, mas em manter-se aberto para diferentes pontos de vista. Formar-se seria buscar um pensamento histórico e estético que garante ao homem um sentido universal, do todo ¹⁸³.

Somente a partir da formação, pode ocorrer a fusão de horizontes, é dizer, a síntese entre dois momentos culturais diferentes: o do intérprete e que se apresentará com base em seus preconceitos e o daquilo de que se busca um novo sentido. Os dois pólos desta síntese operam como tese e antítese, em um movimento histórico-dialético que constitui a essência da compreensão.

A princípio, a aproximação de Gadamer com a dialética sugeriria uma aproximação com Hegel. No entanto, faz-se necessário lembrar que Hegel buscava descrever verdades absolutas, enquanto Gadamer não crê que isso seja possível, afinal, para ele, o conhecimento adquirido através do processo de formar-se do intérprete é parte do processo, gerando efeitos em seu próprio ser. A diferença reside, basicamente, no fato de que em Hegel, as experiências humanas historicamente vividas vão formar um espírito absoluto, enquanto em Gadamer, vão formar os preconceitos do intérprete ¹⁸⁴.

Gadamer garante uma possibilidade histórica do compreender, ultrapassando a finitude histórica do homem e dando ao significado um determinar-se incessante. Sempre será possível que depois de nós, outros compreendam de modo diferente determinado texto. Não há uma verdade absoluta ou um ponto final a ser alcançado. A hermenêutica de Gadamer permite possibilidades infinitas. Como ensina Ricardo Salgado:

Gadamer garante uma possibilidade histórica do compreender, ultrapassando a finitude histórica do homem e dando ao significado um determinar-se incessante. Sempre será possível que depois de nós, outros compreendam de modo diferente determinado texto.

Isto se dá graças à característica da compreensão de ser uma adequação (automediação) entre tradição e o presente. Assim, toda e qualquer compreensão nada mais é do que a simples reconstrução da pergunta que o

¹⁸³ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 79-80.

¹⁸⁴ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P.88-91.

texto nos impõe, mas esta reconstrução se dará não mais no momento originário do texto e, sim, no momento em que somos atingidos pelo mesmo. Com este entendimento podemos claramente ver que a compreensão, segundo Gadamer, se dará em virtude da fusão entre os horizontes do intérprete e o horizonte histórico da obra.

Fica claro que a dialética da pergunta e da resposta é o modo pelo qual pode surgir uma experiência hermenêutica, colocando, portanto, o modelo platônico como o correto para este fim, de modo que será na fusão dos horizontes que encontra sua explicação, tendo a linguagem como *modus* (meio, possibilidade) para que tal fusão ocorra.¹⁸⁵

Destarte, passamos ao problema da linguagem, que não diz respeito ao correto domínio da língua, mas ao correto acordo sobre o assunto. É a linguagem de conversação que dá a possibilidade de uma superação sujeito objeto, tornando viável a própria fusão dos horizontes, donde se conclui que está na linguagem o problema de todo o questionamento filosófico de Gadamer. Segundo ele, “o problema hermenêutico não é, pois, um problema de correto domínio da língua, mas o correto acordo sobre o assunto, que ocorre no *medium* da linguagem”¹⁸⁶. Mais que um mero intermediário entre sujeito e objeto, a linguagem seria a própria estrutura que torna possível tal interação.

A estrutura da linguagem seria, pois, a estrutura do dizível. Essa linguagem, tomada como universal é também uma condição prévia da experiência. É, nas palavras de Lênio Luiz Streck, “o meio pelo qual ocorre o acordo dos interlocutores e o entendimento sobre a coisa”¹⁸⁷.

¹⁸⁵ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 103.

¹⁸⁶ GADAMER. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, p. 561. Apud: SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P.104.

¹⁸⁷ STRECK, Lênio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. P. 169.

A filosofia hermenêutica desenvolvida por Gadamer se baseia, portanto, em alguns pontos principais, dentre os quais a valorização do preconceito, a fusão de horizontes e a linguagem como “condição de possibilidade”¹⁸⁸ da interação entre sujeito e objeto.

6.3. A aplicação da hermenêutica ao processo coletivo

O processo coletivo no Brasil já está positivado. Sobretudo após a nova Constituição, não faltam dispositivos legais a seu favor e a vontade do legislador em prol de um Direito Coletivo está neles contida. Contudo, há uma lacuna na interpretação de tais dispositivos que impedem que estes sejam efetivados.

Ora, se há uma fartura de leis a respeito do Direito Coletivo, inclusive constitucionalmente consagrado, o problema não deve estar no objeto, mas no sujeito. Na lógica gadameriana de uma fusão de horizontes, pode-se dizer que há o horizonte histórico da obra, residente na vasta gama de dispositivos legais realtivos ao tema¹⁸⁹. A falta deve se apresentar, pois, nos horizontes do intérprete.

A fusão de horizontes é uma ideia que esclarece a igual importância de objeto e sujeito na elucidação dos significados. De nada adianta a atribuição de determinado significado a um objeto se os intérpretes subsequentes não possuírem a sensibilidade e o preconceito (formação) adequados para extrair do objeto o seu pretense sentido.

É basicamente o que ocorre com o processo coletivo no Brasil. O objeto, isto é, a lei, fornece todos os subsídios necessários para uma real efetivação do Direito Coletivo. Contudo, os intérpretes, carentes da formação adequada, não conseguem depreender dos diplomas legais seu significado originário, posto que não possuem o devido preconceito¹⁹⁰.

¹⁸⁸ STRECK, Lênio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*, p. 197. Apud SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 104.

¹⁸⁹ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 103.

¹⁹⁰ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 76-90.

Não se quer defender aqui que a formação jurídica no Brasil é pobre. Absolutamente. O problema não é necessariamente qualidade, mas foco. Torna-se à questão de uma formação jurídica voltada para o direito individual. Os direitos coletivos, vistos como algo esdrúxulo, não entram na formação dos intérpretes pátrios com sua devida importância.

E o problema não se resume à formação acadêmica. Há na sociedade atual certo desconhecimento sobre o Direito Coletivo. O coletivo prossegue sendo percebido como aglomeração de interesses individuais. Sem a percepção de uma coletividade baseada no reconhecimento, como queria Hegel, não há como formar o devido preconceito imprescindível à interpretação de direitos transindividuais e individuais homogêneos.

Destarte, entende-se que uma séria lacuna de interpretação dos direitos coletivos pode ser atribuída à formação dos sujeitos. Nesse sentido, a responsabilidade por mudanças não passa por quem cria o objeto a ser interpretado - a lei, mas passa, sobretudo, por quem interpreta tal objeto após sua criação, no caso, o julgador.

Faz-se, portanto, premente, a inserção do julgador na lógica de uma compreensão do direito, que é retirado da norma através da interpretação. Daí a importância do judiciário na efetivação do Direito Coletivo. Afinal, este é inerte enquanto não passa de objeto, lei, aguardando sua interpretação. É a partir da fusão de horizontes, da qual participa ativamente o intérprete, que o significado da lei pode ser extraído e esta pode cumprir sua função.

Sendo a interpretação a única forma de extrair da norma seu significado de direito, a fim de realizar os valores por ela tutelados, e considerando o papel fundamental do intérprete no processo hermenêutico, é lícito concluir que só pode haver uma ordem jurídica efetiva mediante a inserção do julgador¹⁹¹. Este, assumindo seu papel de intérprete componente da fusão de horizontes, deve estar preparado, com o preconceito necessário, a fim de cumprir sua função hermenêutica.

6.4. A interpretação constitucionalizada do processo coletivo

¹⁹¹ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 121-130.

Exposta a importância da inserção do julgador, deve-se frisar que ela não pode ser feita de qualquer forma. O intérprete, dependendo de sua função, deve-se ater a determinados compromissos. Nesse sentido, como ensina Hommerding ¹⁹², o “juiz tem a responsabilidade (ética/constitucional) de proteger os direitos e garantias fundamentais, expressos na Constituição da República”. Só assim o significado por trás de tais direitos e garantias pode ser revelado. Afinal, tal significado não reside puramente na norma, mas sim na pré-compreensão que o julgador tem da Constituição.

Naturalmente, não se trata de admitir que o julgador pode dar à lei o sentido que ele bem entender. Há limites. “não se pode querer dar às coisas um sentido que elas não têm. A palavra não está à disposição do intérprete. É a palavra que o possui” ¹⁹³. Mesmo porque, o jurista está imerso em uma tradição. Ele vive em um contexto do qual não pode sair. Ainda que cada julgador possua suas particularidades, ele está envolto em uma tradição cultural, na qual foi formado. De forma ainda mais incisiva, está envolto em uma tradição constitucional que o vincula.

É por isso que a Constituição permeia todas as instâncias legislativas. Além de sua função sistêmica de norma superior, por ser a norma mais próxima da fundamental, a Constituição é também a tradição positivada, o limite e o norte do intérprete. Como ensina o professor Salgado, o mínimo e o máximo ético. Mínimo porque evita uma interferência excessiva nas opções do julgador. Máximo porque reúne dentre suas exigências os valores mais valiosos eticamente para uma sociedade ¹⁹⁴. Cria-se, pois, com a Constituição, os limites dentro dos quais se operará a correta interpretação.

Assim se justifica a relevância do reconhecimento do Direito Coletivo na Constituição. A partir do momento em que esta gama de direitos é positivada na carta magna, isso demonstra sua relevância para toda e qualquer interpretação jurídica. É

¹⁹² HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 178.

¹⁹³ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 179.

¹⁹⁴ SALGADO, Joaquim Carlos Salgado. *A idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo: Fundamentação e aplicação do direito como Maximum Ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

dizer, ao ditar os limites da interpretação do julgador, o legislador constituinte fez saber que direitos e procedimentos coletivos deveriam ser levados em consideração.

Dito isso, não há outra conclusão possível senão a de que o direito coletivo deve ser observado sempre que possível, posto que está na Constituição. E sua observância deve se dar de acordo com o “sentido” da Constituição.

O que deve ser, portanto, combatido, como aponta Hommerding, é o fato de a maior parte dos juristas,

Por estarem inseridos em uma tradição positivista e dogmática, desconhecadora do “sentido de Constituição”, pois com ela não estão familiarizados, e de como os institutos processuais devem ser compreendido, os juristas (processualistas), que não “interpretam”, “não deixam a coisa ser”. Isso porque o “mostrar-se” das coisas pode ser um aspecto tão assentado pela tradição que sequer é possível reconhecer o que de impróprio tem, ou mesmo por verdadeiro. Quando alguém se conforma, portanto, com algo acabado, está, em verdade, “encobrindo” a coisa. Assim, na interpretação do direito, por exemplo, quando o operador do Direito conforma-se com o que diz a lei, a doutrina ou a jurisprudência, mesmo que a solução do caso deva ser outra, estará “encobrindo” a coisa mesma, conformando-se com o “acabado”.¹⁹⁵

A interpretação deve ser, portanto, ativa. A inércia positivista, a acomodação em uma perspectiva individualista já consagrada em detrimento do novo, ainda que constitucionalizado, impedem os direitos e garantias fundamentais de serem efetivados. Nessa esteira, também o direito coletivo sofre a negligência de uma interpretação preguiçosa.

Somente com uma postura ativa, com a vontade de compreender a Constituição em sua totalidade, esta poderá cumprir seu papel. No meio dele, o Direito Coletivo poderá ser finalmente aplicado devidamente, deixando o campo da literatura jurídica para tornar-se realidade, quando os intérpretes estiverem preparados e inclinados a interpretá-lo constitucionalmente.

¹⁹⁵ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 181.

7. Conclusão

A proposta deste trabalho foi de analisar como tem sido compreendido o Processo Coletivo no Brasil, com o objetivo de se verificar qual a sua efetividade na tutela dos direitos transindividuais e individuais homogêneos.

Verificou-se que, apesar da ampla previsão legislativa e constitucional, o Processo Coletivo ainda esbarra na cultura individualista da comunidade jurídica como um todo e em outros dois aspectos que dizem respeito ao julgador: interpretações não constitucionalizadas da norma e “pilatismo” do Judiciário, que se omite sobre seu papel na transformação social e prefere “lavar as mãos” em questões mais complexas, como as que atinem a direitos transindividuais.

Verificou-se, também, que uma corrente de processualistas insiste em atribuir a resistência ou desconhecimento do Processo Coletivo ao fato de que a legislação que trata sobre o assunto se encontra de maneira esparsa dentro do nosso ordenamento, sendo, para eles necessária uma codificação das leis que tratam sobre o Processo Coletivo. Todavia, contra essa teoria, demonstrou-se como a legislação, tanto constitucional como infraconstitucional, já é bem desenvolvida. Portanto, não é a Lei que deve ser modificada e sim, a forma como é interpretada a Lei.

Destarte, conclui-se que, para a real efetivação do Processo Coletivo no Brasil, é necessária uma verdadeira revolução na forma como o julgador interpreta a Lei. A uma, rompendo os grilhões com o individualismo processual. A duas, passando-se a utilizar a Constituição em todos os julgamentos, colocando-a acima de qualquer Lei. Por fim, assumindo o julgador seu papel em relação ao cumprimento do Direito Coletivo, não furtando-se de desempenhá-lo.

Para tanto, aponta-se como caminhos factíveis para essa revolução a Luta pelo Reconhecimento de Hegel, para se superar o individualismo processual e a Hermenêutica Gadameriana, na qual deve haver uma fusão entre o horizonte do julgador e o horizonte histórico, residente na vasta gama de dispositivos legais relativos ao tema, bem como a própria Constituição.

Um caminho viável para isso é investir em um ensino jurídico que seja mais abrangente e que, além dos direitos subjetivos individuais, foque também nos direitos coletivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Direito e Processo – Influência do Direito material sobre o processo*, 2. ed., São Paulo, Malheiros, 1995.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Goutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUCK, Gunther. *Selbsterhaltung und Historizität*, in EBELING, Hans (org.) *Subjektivität und Selbsterhaltung. Beiträge zur Diagnose der Moderne*. Frankfurt, p. 144 ss. *Apud* HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. - São Paulo: Ed. 34, 2003.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

DANTAS, Ivo. *Supremo Tribunal Federal: Corte Constitucional ou academia sociológica?*, Revista Consulex, ano V, n. 108, 15 de julho de 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11ªed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FRANÇA, Junia Lessa; VASCONCELLOS, Ana Cristina de. *Manual para normalização de publicações técnico-científicas*. 8ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 7. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 718-719. Apud MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no direito comparado e nacional*. 2ª ed. Rev., atual. E ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 3.ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. pela BBR 14.724 e a. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HEGEL, G. W. F. *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten*. In: *Jenaer Schriften*.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. - São Paulo: Ed. 34, 2003.

LAVIÉ, Humberto Quiroga. *El amparo Colectivo*, p. 52. Apud MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no direito comparado e nacional*. 2ª ed. Rev., atual. E ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1998.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MACHADO, Antonio Alberto. *Ministério Público – democracia e ensino jurídico –* Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular – Proteção do erário público, do patrimônio cultural e natural e do meio ambiente.* São Paulo: RT, 1994.

MAZZEI, Rodrigo Reis & NOLASCO, Rita Dias(coordenadores). *Processo Civil Coletivo.* São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.*

NERY JUNIOR, Nelson. A ação civil pública no processo do trabalho in Ação Civil Pública, Lei 7347/85 – 15 anos, coord. Édis Milaré.

PALMER, Richard. *Hermenêutica.* Trad. Maria L. R. Ferreira. – Porto: Edições 70, 1986.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Hegel.* São Paulo: Edições Loyola, 1996.

_____. *Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais.* In Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais – vol. 20 n. 3 Jul-Set/1996.

_____. *A idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo: Fundamentação e aplicação do direito como Maximum Ético.* Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica Filosófica e Aplicação de Direito.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. *A Fundamentação da Ciência Hermenêutica em Kant.* Belo Horizonte: Decálogo, 2008.

STJ - REsp 598282/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Relator para o acórdão, Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, Data do Julgamento 2.5.2006, publicação no DJ 1º.6.2006.

STRECK, Lênio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo constitucionalismo.* In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa da pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e*

doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha e Lênio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005

_____. *Ontem os códigos; hoje, as constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo*, in ROCHA, Fernando Luiz Ximenes e Moraes, Filomeno (coordenadores). *Direito Constitucional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*, p. 197 Apud SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho – *A legitimação ativa nas ações coletivas: um contributo para estudo da substituição processual*, Belo Horizonte, 2003, UFMG (tese de doutorado).

YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Have: Yale University Press, 1987.

VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo*, p. 261. Apud ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.