

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A TUTELA COLETIVA: POSSÍVEL RESPOSTA À QUESTÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE AND THE COLLECTIVE REDRESS: POSSIBLE ANSWER THE QUESTION OF SOCIAL RIGHTS

Francele Moreira Marisco¹
Jaime Leônidas Miranda Alves²

Recebimento em novembro de 2014.

Aprovação em dezembro de 2014.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo questionar se as inovações contidas no novo Código de Processo Civil, especificamente no que tange à tutela dos direitos coletivos vêm na forma de avanço à questão dos direitos sociais. Nesse diapasão, o processo é visto sob o prisma da inclusão social, e o Novo CPC traz novos mecanismos tais como a conversão, pelo Ministério Público e Defensoria Pública de ações individuais em ações coletivas, sempre que presentes os pressupostos da relevância social e da necessidade de compor o litisconsórcio no caso concreto. Acerca da metodologia, utilizar-se-á da dialética hegeliana, que permite a construção de conhecimento por meio da oposição de tese e antítese.. Como tese da pesquisa, tem-se a tutela jurídica dos direitos sociais, direitos fundamentais de segunda dimensão que se configuram como postulados positivos, ou seja, necessitam da atuação concreta por parte do Poder Público para que adquiram eficácia no plano material. Contrapõem-se à tese dos direitos sociais na forma de antítese, as modificações jurídicas que compõem o bojo do novo Código de Processo Civil, que, *quicá* resultará em um novo paradigma da tutela dos direitos coletivos no Brasil. Por fim, espera-se se tecer análise pautada numa hermenêutica constitucional, abordando de forma apropriada quais os reflexos do novo Código de Processo Civil, ao inovar os mecanismos de acesso à justiça por meio de tutela coletiva, à questão dos direitos sociais.

Palavras-chave: Código de Processo Civil; Direitos Sociais; Processo Civil; Tutela Coletiva.

Abstract: This paper aims to question whether the innovations in the new Civil Procedure Code, specifically regarding the protection of collective rights come in the form of advance to the matter of social rights. In this vein, the process is seen through the prism of social inclusion, as the new Civil Procedure Code brings new mechanisms such as the possibility that have the Parquet and Public Defenders to convert individual actions in collective one, it there is evidence of social relevance and the need of composing the joinder in this case. About the methodology, it is used the Hegelian dialectic, which allows the construction of knowledge through thesis and antithesis opposition. The thesis: the legal protection of social rights, fundamental rights of second dimension that are configured as positive postulates, which means, they need concrete action on the part of the Government to acquire concrete effectiveness. Antithesis: the legal changes in the new Civil Procedure Code, which, perhaps result in a new paradigm of protection of collective rights in Brazil. Finally, it is expected to make a analysis guided by the use of a constitutional hermeneutics, in order to comprehend

¹ Mestre pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2009), São Leopoldo-RS, Brasil. Especialista em Direito do Consumidor pela Universidade de Coimbra, Portugal. Professora da Universidade Federal de Rondônia – UNIR, Cacoal-RO, Brasil. E-mail: francele.marisco@gmail.com

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Rondônia - UNIR – *Campus* Cacoal-RO, Brasil. Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

appropriately which are the reflections of the new Civil Procedure Code when it comes to the matter of social rights.

Keywords: Social rights. Civil procedure. Collective protection. Citizenship.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente é investigar, sob um novo aspecto, a teoria dos direitos fundamentais e alguns de seus desdobramentos recentes, como o ativismo judicial e a tutela coletiva.

O ponto de partida é a contradição política entre a promulgação da Constituição Federal de 1988, carta com um nítido espírito social e a adoção, pelo Poder Executivo, de um modelo neoliberal de Estado, que relegou a segundo plano a agenda keynesiana.

Como consequência, tem-se a crise do constitucionalismo social e, por conseguinte, a crise dos direitos sociais que, malgrado estejam constitucionalmente previstos, não ultrapassam o aspecto formal de normatização.

Desta feita, não obstante a tutela coletiva esteja sempre associada aos direitos de terceira dimensão, - direitos coletivos, individuais homogêneos e difusos – aqui, pretende-se associar sua natureza aos direitos de segunda dimensão. Vale dizer, questiona-se a relação entre o plano de eficácia dos direitos sociais e a pretensão coletiva deduzida em juízo.

Nessa esteira, a pesquisa se justifica uma vez que, em resposta à manifesta incapacidade do estado neoliberal a garantir, no plano material, a consecução dos direitos sociais, passa-se a perceber uma modificação fenomenológica na relação dos três Poderes.

De tal forma, sendo certo que os direitos sociais – vistos como direitos potestativos do indivíduo e da coletividade – conferem ao Estado uma condição de sujeição, cada vez mais é latente na jurisprudência ações nas quais o Poder Judiciário profere sentenças no sentido de condenar o Executivo à prática de determinada conduta positiva, no que, num primeiro momento, parece tratar-se de uma invasão constitucional de competências.

Como resposta à crise do constitucionalismo social e, na mesma medida, uma solução à ingerência do ativismo judicial, apresenta-se a tutela coletiva.

Essa, no ordenamento jurídico pátrio, é medida cabível quando a pretensão deduzida em juízo versa, *incontinenti*, de direitos que escapem à esfera do indivíduo. Com efeito, sempre que se busca o conhecimento ou a satisfação de direito coletivo, difuso ou individual homogêneo, a tutela coletiva dispara como instrumento hábil a atender a um maior número de pessoas de forma mais célere.

Nesse diapasão, um processo que cuida de direito coletivo – *lato sensu* - evita que muitos outros, que versem sobre a mesma matéria, cheguem ao conhecimento do Poder Judiciário, diminuindo, por conseguinte, o número de autos a ser analisado. A prestação jurisdicional, nesse espeque, torna-se mais célere.

Noutro giro, a tutela coletiva, num primeiro momento, parece modificar, de forma substancial, os contornos do ativismo judicial, na medida em que passará o Magistrado a proferir comandos, em determinada medida, abstratos. E, uma vez que cada processo satisfaz uma coletividade determinada – e não apenas um indivíduo, isolado – na hipótese em que o ativismo tem por fim a consecução de direito individual ou social constitucionalmente previsto, cada vez mais ampla a tutela coletiva, menor será a necessidade do Poder Judiciário invadir as competências constitucionalmente estabelecidas.

Assim, por meio de uma metodologia que abarca a dialética hegeliana e a hermenêutica constitucional, busca-se investigar a relação existente entre os direitos sociais e a tutela coletiva, tendo como plano de fundo o novo sistema processual estatuído com a promulgação do Novo Código de Processo Civil, e de maneira especial, as normas que estabelecem comandos acerca da instrumentalização da tutela coletiva.

1 WELFARE STATE, ATIVISMO JUDICIAL E A CRISE DOS DIREITOS SOCIAIS

O Estado brasileiro é, notadamente, um estado que, no plano econômico adotou o modelo de Estado Social, ou *Welfare State*. Tal afirmação torna-se hialina quando se observa o teor da Constituição Federal de 1988, que, conforme é cediço, inaugurou, aqui, o Estado Constitucional Moderno.

Assim, a Constituição Federal de 1988, não apenas representou um salvo-conduto que superou a ditadora ao trilhar os caminhos da democracia, mas, inspirada em o que se denominou ‘supremacia axiológica’ (BARROSO, p. 70), trouxe os direitos fundamentais ao centro da discussão jurídica.

Ademais, no plano jurídico, a promulgação da Constituição Federal representou o deslocamento do núcleo do ordenamento jurídico, uma vez que deixou o antigo Código Civil de “exercer o papel de um direito geral que conferia uma certa unidade dogmática ao ordenamento. Nesse ambiente [...] é que a Constituição passou a ocupar um espaço de preeminência.” (NOJIRI, 2012, p. 90).

De tudo o que foi dito, destaca-se que a Constituição Federal de 1988, imbuída no movimento de constitucionalização do direito ordinário deu grande destaque à questão dos direitos fundamentais.

Nesse diapasão, os direitos fundamentais passaram a serem considerados cláusulas pétreas e, mais que isso, condição de possibilidade para o desenvolvimento do neoconstitucionalismo, na medida em que estabelecem o mínimo necessário à manutenção da vida digna do indivíduo e de toda a coletividade.

Direitos fundamentais são em certa medida definidos como direitos humanos positivados, em determinado momento, em uma Constituição e, nessa senda, acerca dos direitos humanos, Alexy (2013, p. 73) confere-lhes a estrutura de princípio como dimensão central de análise de proporcionalidade. Obtempera:

Direitos humanos são direitos abstratos. Eles se referem simpliciter, por exemplo, à liberdade e à igualdade, à vida e à propriedade, à liberdade de expressão e à proteção da personalidade. Como direitos abstratos, os direitos humanos inevitavelmente colidem com outros direitos humanos e com interesses coletivos, como a proteção do meio ambiente e a segurança pública.

Daí porque posicionar-se no sentido de que não obstante a questão da justificabilidade dos direitos humanos ser respondida por sua própria necessidade, tem-se que os direitos, uma vez positivados e, por isso, fundamentais, revestem-se de caráter judiciável. Vale dizer, os direitos fundamentais emanam, sob o prisma do Estado, um dever, seja ele positivo (*Eingriffsverbote*), seja negativo (*Schutzgebote*)..

Haveria, assim, não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbot*), e, de forma latente, ambas tuteladas pela Constituição Federal.

Os direitos fundamentais – e cabe aqui mencionar a balizada classificação doutrinária de dimensões de direitos – são percebidos sob as óticas subjetiva e objetiva. A compreensão de uma ótica objetiva é o que, atualmente, possibilita falar em deveres do Estado para com o indivíduo, ou dito de outra forma, em prestações positivas das quais não cabe ao Estado se escusar, ainda que sob a alegação de uma hipotética reserva do possível.

A Constituição Federal de 1988 buscou enfrentar a questão social por meio de uma agenda que garanta um mínimo de condições para os cidadãos e, nesse aspecto, elevou à natureza de norma constitucional “temas como previdência social, assistência social, educação, saúde, geração de emprego, miséria, habitação, transportes, saneamento básico e reforma agrária, são fundamentais”(MEZZARROBA; SOUZA, p. 2012, p. 476) .

Os direitos sociais, por conseguinte, vistos como direito de segunda geração, surgem “a partir dessa lógica constatação, a evolução da dogmática constitucional propiciou significativos avanços acerca da aptidão funcional dos direitos fundamentais, expandindo sua força garantista para além do abstencionismo estatal, exigindo do Estado uma atuação ativa”. (FELDENS, 2012, p. 44).

Toda essa digressão teórica apenas para salientar que a Constituição Federal de 1988 se destacou das demais constituintes da história brasileira ao conferir aos indivíduos direito potestativo de exigir a concretização, no plano material, do rol de direitos previsto constitucionalmente.

Essa posição de sujeição estatal, característica do constitucionalismo social, acontece a partir da opção legislativa do Constituinte em carregar o texto da Constituição Federal de normas programáticas, no mister de estabelecer, ainda que no plano formal, o baluarte da justiça social.

Uma vez que os direitos fundamentais são normas para o futuro ou, vale dizer, normas de eficácia mediata e diferida, para que atinjam o plano material dependem a) da atuação positiva do legislador constituído no sentido de complementar sua significação e; b) da consecução de políticas públicas com o intuito de que o mito dos direitos sociais ultrapasse a sua mera normatização.

Nesse jaez, acerca das implicações da relevância dada pelo constituinte aos direitos sociais e sua natureza de princípio-fim, dispõe Mancuso (2004, p. 328)

Ao contemporâneo Estado Social de Direito não mais contenta uma singela divisão em Poderes (palavra que denota um ranço autoritário, ligado a uma concepção arcaica e estática da Autoridade Pública), mas, antes e superiormente, cabe falar numa divisão em Funções, visão mais afinada com a ideia de um Estado retributivo e prestador, engajado socialmente – o ideário do Welfare State – e comprometido com a consecução de metas e programas adrede estabelecidos, no ambiente de uma desejável telocracia.

O amplo rol de direitos sociais previsto na Constituição Federal de 1988 teve como uma de suas consequências a ampliação da atuação do Poder Judiciário, fenômeno conhecido como ativismo judicial. Desta feita, conquanto permite-se o entendimento de que os direitos sociais são judiciáveis, uma vez que, em não sendo implementados no campo fático, surge para o indivíduo – ou a coletividade – a possibilidade de pleitear a sua consecução em juízo.

Com efeito, passa o Poder Judiciário a condenar o Poder Executivo à prática de determinada conduta ativa. É o que parte da doutrina denomina, em determinada esfera, de invasão constitucional de competências, ou de judicialização da política. Acerca do tema, Habermas (2003, p. 306):

Orientada por normas fundamentais, a jurisprudência precisa voltar seu olhar, normalmente dirigido para a história institucional da ordem jurídica, para problemas do presente do futuro. Icenborg Maus teme, de um lado, que a justiça intervenha em competências legislativas para as quais ela não possui uma legitimação democrática e que ela promova e confirme, de outro lado, uma estrutura jurídica flexível, a qual vem ao encontro da autonomia dos aparelhos do Estado – de tal modo que a legitimação democrática do direito também pode ser solapada por este lado.

O ativismo judicial é, por conseguinte, um dos reflexos da crise do *Welfare State*, vez que surge a partir do momento em que – imbuídos pelo princípio do acesso pleno à justiça – cada vez mais indivíduos rompem a inércia do Poder Judiciário com o fim de reclamar por aquilo que está constitucionalmente assegurado.

A manifesta incapacidade do Estado em concretizar de maneira efetiva os direitos sociais ganha relevo na medida em que, não obstante a Constituição Federal traçar os contornos de um Estado Social, o sistema de governo adota uma política neoliberal, aproximando-se do chamado ‘estado mínimo’. Tudo em resposta à crise econômica que acometeu o Ocidente na década de 1990.

Com efeito, na contramão do que está constitucionalmente previsto, inclusive como fundamento da República – haja vista que os direitos fundamentais vem como, em primeiro plano, instrumento à consolidação da dignidade humana – os anos de 1990 rompem, no Brasil, com a teoria keynesianista como resposta às exigências internacionais, tais como do Congresso de Washington, do FMI e do Banco Mundial, adotando por vezes, um modelo liberal de Estado. Como consequência, passou-se a imprimir um novo contorno à visão dos direitos sociais.³ Ademais, há de ressaltar que, nas palavras de Sarlet “a crise do Estado Social de Direito é, também e de certa forma, a crise da democracia”. (2001, p. 4)

Assim, está-se frente a um Estado que prevê, mas não cumpre; vultoso número de indivíduos, que exige seus direitos perante o Poder Judiciário e; por um fim, um Judiciário moroso que, no mister de salvaguardar preceitos constitucionais, com eles esbarra ao estender por demais seu limite de atuação.

³[...] uma série de direitos garantidos passa a ser revista e, diante de um modelo internacional globalizante, a legislação trabalhista é a primeira a sofrer as consequências com a intensa busca em suprimir os direitos trabalhistas em favor da flexibilização do mercado e a mudança do modelo do Estado-Providência, que passa a ser visto como um ônus excessivo e gerador da crise fiscal que assola os países do Norte e, por via de consequência, os países do Sul devem redirecionar suas agendas para atender aos interesses de uma nova ordem que se instala. No Brasil, a globalização pega o país no contrapé, pois a então recente Constituição de 1988 descreve uma série de direitos sociais, que, passam a ser lidos pela agenda neoliberal como assistencialismo. Dessa forma, a interpretação da Constituição passa a obedecer às regras de um Estado mínimo e, por essa ótica, os direitos são lidos como privilégio que o Estado regulador não pode tolerar e, portanto, a privatização dos serviços públicos é imprescindível para garantir o ajuste fiscal e, principalmente, cumprir com a agenda internacional. (MEZZARROBA; SOUZA, 2013, p. 477)

No próximo indagar-se-á se cabe falar em tutela coletiva como solução à questão dos direitos sociais.

2 INTERESSES METAINDIVIDUAIS E TUTELA COLETIVA: POSSÍVEL RESPOSTA À QUESTÃO DOS DIREITOS SOCIAIS?

A tutela coletiva é, sem dúvidas, uma alternativa à questão da morosidade do Poder Judiciário que desponta na chamada sociedade de massa. Com efeito, antes de determinar os contornos da tutela coletiva, mister se faz compreender o interesse coletivo lato sensu, este *conditio sine qua non* à existência e instrumentalidade daquela.

Nesse sentido, o interesse coletivo lato sensu é tido como o “interesse pessoal de um grupo de pessoas, ou seja, como o interesse de uma pessoa jurídica, que em última análise não deixa de ser um interesse individual, em razão do reconhecimento de personalidade jurídica àquela” (BELINETTI, 2005, p. 667). Dito de outra forma, o interesse coletivo se consubstancia em uma soma de interesses individuais levados a conhecimento do Poder Judiciário. Desta feita, é certo que os interesses coletivos lato sensu – ou, como denomina parte da doutrina, metaindividuais, visto que ultrapassam a esfera de interesse do indivíduo – relacionam-se diretamente com a terceira dimensão de direitos fundamentais – mais especificamente à parte dos direitos fundamentais que cuida em tutelar os chamados direitos de fraternidade.

Ademais, no confronto clássico entre direitos públicos e privados, Silva (2003) preleciona que os interesses metaindividuais situam-se em uma zona intermediária, rompendo, portanto com a clássica definição de direito subjetivo.

Nesse sentido:

Destarte, os direitos que integram essa nova categoria de interesses são definidos como aqueles que, malgrado não sejam propriamente interesses estatais, são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas. Estes excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam a constituir interesse público embora destes se aproximem, mas sob outro enfoque. (SILVA, 2003, p. 49)

Nesse jaez, os direitos metaindividuais, não obstante ultrapassarem a esfera de interesse do indivíduo, uma vez que são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas, não constituem interesse público.

Conforme entendimento doutrinário abalizado, o interesse coletivo lato sensu, ou metaindividual, compreende os interesses difusos, os coletivos stricto sensu e os individuais homogêneos. Necessário se faz, por conseguinte, conceituar esses institutos para que seja,

então, possível compreender de maneira adequada os aspectos relevantes entorno da tutela coletiva.

Assim, observa-se que cuidou o Código de Defesa do Consumidor, ao estatuir o microsistema de proteção e defesa dos consumidores, em definir o que viria a ser considerado interesses difusos – “os transindividuais, de natureza indivisível e de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.”(art. 81, I) -, interesses coletivos - “os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.”(art. 81, II) – e interesses individuais homogêneos – “os decorrentes de origem comum” (art. 81,III)

A partir de agora, analisar-se-á as espécies de interesses metaindividuais, a começar pelo direito difuso. Diz-se direito – ou interesse difuso – àquele inerente a toda a coletividade, de forma indeterminada. Ou seja, trata-se de interesse no qual seus sujeitos não podem ser identificados na medida em que inexistente ‘vínculo jurídico ou fático preciso unindo os lesados pelo fato danoso’ (SILVA, 2003, p. 51). Sob a ótica objetiva, interesse difuso é aquele caracterizada pela individualidade do objeto.

Também os interesses coletivos *stricto sensu* se caracterizam pela individualidade do bem jurídico, vale dizer ‘uma única ofensa prejudica a todos e uma solução a todos beneficia (BELINETTI, 2005, p. 672) . Diferenciam-se dos interesses difusos, noutro giro, no aspecto subjetivo, uma vez que o direito coletivo tem por pressuposto a existência de uma relação jurídica ou fática existente entre os membros do grupo (titulares do direito).

Conforme lição de Belinetti (2005, p. 673) a relação jurídica é preexistente à lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico e pode ocorrer entre os membros do grupo ou entre estes e a parte contrária. Com efeito, a diferença marcante entre os interesses difusos e o coletivo é justamente o fato de neste existir relação jurídica entre aos titulares do direito.

Já no tocante aos interesses individuais homogêneos, conforme estabelecido no art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor, estes são os interesses que se originam de fato comum. Nesse cotejo, imperioso destacar que interesses individuais homogêneos são o que pode-se considerar acidentalmente coletivos, tendo em vista que, consentânea lição de Watanabe (2001, p. 751), são “individuais em sua essência, sendo coletivos apenas na forma em que são tutelados”.

É certo, então, que os interesses individuais homogêneos são direitos individuais que, por compartilharem de uma origem comum, o legislador entendeu por bem tratar-lhes de

maneira coletiva, movido, *quicá*, pela economia processual e princípio constitucional do acesso à justiça.

Tendo compreendido os aspectos que distinguem o interesse individual dos metaindividuais, cumpre agora, consignar os pontos relevantes acerca da tutela coletiva e como esta tem o condão de interferir no plano de eficácia dos direitos sociais.

Primeiramente, há de se destacar que o processo civil é, desde suas raízes, enxergado sob a ótica individual. Ou seja, da mesma forma que a concepção clássica da relação jurídica tem como condão proteger direitos individuais, o processo é o instrumento de efetivação desses direitos.

Pensar em tutela coletiva, nesse sentido, representa verdadeira releitura dos direitos – individuais e metaindividuais – e do próprio princípio constitucional do acesso à justiça. Fala-se, por conseguinte em um novo paradigma processual, segundo o qual “a visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos «direitos públicos» relativos a interesses difusos.” (CAPELLETI; GARTH, 1988, p. 51)

Nesse afã, cumpre destacar que as bases teóricas acerca da tutela coletiva remontam ao direito comparado, na *class action* do *Common Law*. Acerca do tema, Bueno (1996, p. 93):

A *class action* do direito norte-americano pode ser definida como o procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum.

No mesmo diapasão, a *class action* era justamente a possibilidade jurídica de uma ou mais de uma pessoa atuar em defesa de interesse metaindividual. Nesses casos, o polo ativo da ação representava os demais interessados, não se configurando, necessariamente, um litisconsórcio. Sob esse prisma, a tutela coletiva era observada no que tange o próprio objeto da relação jurídica pleiteada, uma vez que este aproveitava a toda uma coletividade.

A ação coletiva, que de forma hialina encontrou respaldo nas *class actions* norte-americanas consiste justamente na ideia de que “o litígio pode ser levado a juízo por uma única pessoa, em razão da legitimação extraordinária dos co-legitimados.”(MOREIRA, apud GIDI, 1995, p. 15),

Noutro giro, Gidi (1995, p.16) afirma que o que, caracteriza a ação coletiva é o fato desta ser proposta por um legitimado autônomo, em defesa de um direito coletivamente

considerado, sendo certo que os efeitos da sentença surtirão efeitos sob toda a coletividade. Fala-se por conseguinte em coisa julgada coletiva.

A importância da tutela coletiva remonta justamente no fato de ser possível socorrer diversos direitos metaindividuais – ou até mesmo individuais homogêneos – sem que seja necessário abarrotar de processos o Poder Judiciário.

É por isso que fala-se que a tutela coletiva está intimamente relacionada ao princípio constitucional do acesso à justiça e nesse sentido, evita-se que, em determinados casos, de um fato que gerou dano coletivo, surjam milhares de ações cujo custo para o aparelho estatal acaba por ser maior à reparação pleiteada. “De outra banda, pela via coletiva, o valor patrimonial da causa passa a ser relevante e, não raras vezes, exorbitante, o que viabiliza a propositura da ação.” (SILVA, 2003, p. 46)

Nesse sentido, além de implicar em acesso à justiça, tutela coletiva passa a ser sinônimo de economia processual, daí porque sua conexão com os direitos sociais, especialmente quando instrumentalizado via ativismo judicial.

Vale dizer, não obstante todo o ideário acerca da tutela coletiva e das ações coletivas tenha como base teórica a construção acerca dos direitos de terceira dimensão – fraternidade -, uma vez que se possibilita ao Estado satisfazer o interesse de um grupo na sociedade de massas – às vezes por meio até da consecução de políticas públicas – está-se a sujeitar o Poder Público a efetivar os direitos constitucionalmente estabelecidos. Com efeito, a tutela coletiva passa a ser considerada um instrumento para, além da fraternidade, alcançar-se a solidariedade e igualdade material, corolários do constitucionalismo social.

3 A TUTELA COLETIVA TRATADA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A grande novidade contida no Novo Código de Processo Civil – ou NCPC – acerca da instrumentalização da tutela coletiva diz respeito à possibilidade de conversão que iniciou-se de forma individual em ação coletiva.

Assim, conforme redação sancionada pela presidente Dilma Rousseff, será possível, na vigência do Novo Código de Processo Civil converter em ação coletiva ação individual desde que estejam presentes, *in casu*, pressupostos de relevância social, bem como a dificuldade em formar o litisconsórcio. Para tanto, deverá ser ouvido o autor da demanda, após prévio requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública.

Os casos em que será viável a conversão de ação individual em ação coletiva dizem respeito a hipóteses de ‘falsas ações individuais’. Ou seja, trata-se de situação fáticas nas quais há a aparência de direito individual, daí porque a ação nascer de forma individualizada.

Tal se comprova com um exemplo clássico de direito de vizinhança, no qual o indivíduo, incomodado com a lesão ocasionada pela fumaça emitida por um de seus contíguos, propõe ação de obrigação de não fazer. No caso em tela, a emissão de fumaça – abuso de direito, insta salientar – configura-se como direito difuso, uma vez que atinge diretamente o meio ambiente. No caso em tela, todos são legitimados à propositura da ação, visto tratar-se de direito comum de todos. Daí porque não admitir-se a conversão quando, *in casu*, a defesa de interesse individual homogêneo.

Por ser hipótese de ‘falsa ação individual’, não parece adequada a utilização do termo ‘conversão’, haja vista que realmente o que ocorre é a revelação do caráter coletivo.

Para que seja possível a conversão em tela é necessário que o objeto pleiteado judicialmente tenha alcance coletivo, vale dizer, deve-se tratar de bem difuso ou coletivo, e a ofensa à qual busca-se reparação deve ocorrer nas esferas do indivíduo autor da ação e também da coletividade.

Outra possibilidade é a conversão em ações que tenham por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo. Aqui, a tutela coletiva vem como instrumento a evitar-se decisões contraditórias sobre casos semelhantes.

Nesse sentido, são legitimados concorrentemente para requerer a conversão da ação individual em demanda coletiva, além do próprio autor, o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, as entidades e órgão da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos coletivos e difusos, além das associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses transindividuais.

Como se pode ver, compõem o rol de legitimados àqueles competentes a exercer a defesa dos interesses dos consumidores em juízo (Lei nº. 8.078/1990.), bem como os que lhe são facultados a proposição de Ação Civil Pública (Lei nº. 7.347/85).

Como dito, malgrado a Ação Civil Pública e o microsistema de proteção ao consumidor da Lei nº. 8.079/1990 prestarem à defesa dos direitos coletivos stricto sensu, difusos e individuais homogêneos, a aludida conversão prevista no Novo Código de Processo

Civil, está impossibilitada de ocorrer quando tratar-se de direito individual que compartilhe de origem comum (individual homogêneo).

Com efeito, ocorrendo a conversão, a ação de caráter ordinário terá sua natureza cambiada para extraordinária, uma vez que estará presente a representação *ad causam*, na medida em o autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo.

A conversação, aqui, aparenta ser medida idônea balizada no espírito da instrumentalidade das formas e que tem como fim a consecução dos direitos coletivos, de forma célere, respeitando o devido processo legal, a economia processual e o princípio constitucional do acesso à justiça. Nessa toada, é lícito considerar um avanço, ainda que modesto, no que tange à tutela dos direitos metaindividuais.

Noutro giro, observa-se que outras alternativas, tais como a instituição de litisconsórcio ativo, previsto no art. 5º, §2º da Lei da Ação Civil Pública, de plano, pela simplicidade aparentam se aproximar mais dos baluartes que devem nortear o processo civil, como a celeridade e o acesso à justiça, já evidenciados.

Outro ponto de destaque é o papel regalado à Defensoria Pública. Nesses termos, o Novo Código de Processo Civil assevera, no título referente a esta instituição, o mister de exercer a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita.

A menção expressa aos direitos coletivos apenas realça os desdobramentos do constitucionalismo social contidos no texto do Novo Código de Processo Civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme evidenciado, não obstante escape dos estudos tradicionais de direitos fundamentais, há uma estreita relação entre a tutela coletiva e os direitos sociais. Com efeito, conquanto a tutela coletiva tenha como mister a instrumentalização de mecanismos para a defesa de interesses de grupos, sejam eles determinados ou não, - e, por isso, fala-se em fraternidade - no mais das vezes, o desenrolar do processo judicial coletivo finda com uma determinação – ativismo judicial – com o fim de obrigar o Poder Executivo a executar políticas públicas – direitos sociais, portanto.

Nesse diapasão, a pesquisa, realizada mediante o método dialético hegeliano e, sob o aspecto jurídico-interpretativo de uma hermenêutica constitucional, possibilitou auferir os seguintes resultados:

- a) Os direitos sociais, devido à sua eficácia positiva, necessitam de implementação por meio de políticas públicas nesse sentido. A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, deu-se especial proteção aos direitos fundamentais como um todo, sendo estes levados ao centro do ordenamento jurídico, isso tudo como consequência do denominado constitucionalismo social. Contudo, o Estado desviou-se do modelo econômico social – keynesianismo – e aproximou-se do estado neoliberal. Ficou-se frente à uma incongruência constitucional: o Estado estabelecia; previa, mas não garantia, o que acostumou-se chamar de crise do Estado Social, ou crise dos direitos sociais.
- b) Há, sim, relação entre a tutela coletiva e os direitos sociais, uma vez que, estes, passam a funcionar, por vezes, como condição de possibilidade daqueles. Dessa forma, a instrumentalização da tutela coletiva implica, ao final, em comandos judiciais capazes de afetar toda uma coletividade, ainda que indeterminada. Assim, uma vez que admite-se que a tutela coletiva tem por objeto a defesa de interesses metaindividuais, uma vez que escapam à esfera do indivíduo, é certo que no mais das vezes o que se busca é a proteção coletiva de um direito social constitucionalmente assegurado.
- c) A relação existente entre direitos sociais e a tutela coletiva implicou em um novo paradigma no processo civil que, atualmente, passa a ser compreendido sob uma ótica fraterna. Por consequência, não raramente o fenômeno do ativismo judicial se manifesta, na forma de invasão constitucional de competência. Não obstante a manifesto sua natureza de invasão de competências, o ativismo passa a ser admitido a partir do momento em que, em decorrência do neoconstitucionalismo, admite-se que o Estado Constitucional não é fim em si mesmo, mas apenas meio de alcançar o máximo da eficácia dos direitos fundamentais, particularmente os direitos sociais.
- d) O Novo Código de Processo Civil tornou manifesta a necessidade de se proteger adequadamente os direitos transindividuais. Nesse diapasão, inovou ao trazer em seu texto diversas referências às ações coletivas. Embebido de um espírito social, o Novo Código de Processo Civil dedicou capítulo exclusivo para tratar da Defensoria Pública e, nesse mister, a consagrou como instituição para a defesa dos interesses individuais e coletivos daqueles menos afortunados.
- e) Um dos mecanismos contidos no Novo Código de Processo Civil diz respeito à possibilidade de conversão de ações individuais em ações coletivas. Nesse sentido, custa dizer que tratam-se de ‘falsas ações individuais’, ou seja, ações em que o bem

jurídico tutelado é interesse coletivo *stricto sensu* ou difuso. Nessas hipóteses, é lícita a conversão, uma vez que a sentença surtirá efeito *erga omnes*, desde que estejam presentes os requisitos. Acerca dessa medida, não se pode prever seu (in)sucesso. É certo, todavia, que trata-se de avanço moderado no que tange à tutela dos direitos coletivos e sociais.

- f) Por fim, destaca-se que deixou o Novo Código de Processo Civil de inovar de maneira satisfatória no que tange à instrumentalização das ações coletivas. Os mecanismos de maior efetividade parece que continuarão sendo aqueles contidos no Código de Defesa do Consumidor e na Lei da Ação Civil Pública. Não obstante, deve-se admitir que as modestas inovações contidas representam, de forma hialina, manifestação no sentido de alcançar o princípio constitucional do acesso à justiça, o devido processo legal e a economia processual. Ademais, demonstram o mister do legislador constituído em construir, ainda que a passos curtos, um processo civil que atenda às expectativas de um constitucionalismo fraterno e social.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*, 2005. Disponível em:

<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>
Acesso em 21/10/2014.

BELINETTI, Luis Fernando. *Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e Individuais homogêneos*. In: Estudos de Direito Processual Civil, Ed. RT, 2005, p.666/671

BUENO, Cassio Scarpinella. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. In: Revista de Processo, v. 82, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 93

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1988.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição penal*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOSTA, Esping-Andersen. *O futuro do welfare state na nova ordem mundial*. Lua Nova: Revista de Cultura e Política. 1995, n.35, pp. 73-111.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEZZAROBA, Orides; SOUZA, José Fernando de. *O positivismo jurídico: em busca de um novo paradigma emancipador a partir dos conflitos sociais no Brasil*. In: Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Argentina. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013.

NOJIRI, Sergio. *Neoconstitucionalismo versus Democracia: um olhar positivista*. Curitiba: Editora Juruá, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico. Ano I, vol. I, n.º 1, Abril de 2001, Salvador - Bahia, Brasil.

SILVA, Viviani Leite da. *A coisa julgada nas ações coletivas*. Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção de Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Luís Roberto Gomes. 2003.