

CONCEITO DE PROCESSO JURISDICIONAL COLETIVO

FREDIE DIDIER JR.*/HERMES ZANETI JR.**

Palavras-chave. Conceito primário. Processo. Processo coletivo. Ação coletiva.

Resumo. Este ensaio dedica-se a formular o conceito de processo coletivo, considerado como conceito primário fundamental da Teoria do Processo Coletivo.

“O conceito simplesmente põe o objeto, o que significa, contrapõe o pensamento a algo que se apresenta com uma consistência definida. *Sem essa consistência própria, que oferece resistência ao possível arbítrio do pensamento, a verdade somente se poderia conceber no sentido do idealismo absoluto [...]*” (Lourival Vilanova).

“Gran parte dei problemi e dei dissensi che hanno attraversato a attraversano la cultura giuridica dipende infatti dalla confusione tra questioni teoriche, questione dogmatiche, questioni fenomenologiche o di fatto e questione etico-politiche o di valore.” (Luigi Ferrajoli).

Qualquer teoria pressupõe um conceito fundamental primário¹, do qual todos os demais são satélites.

O conceito primário é uma categoria do pensamento que *delimita* o campo de objeto da ciência e *articula* “a multiplicidade dos conceitos numa coerente sistematização lógica”².

O conceito fundamental primário *delimita* o campo de atuação da ciência. Cada “território específico de objetos” exige uma ciência específica. O conceito fundamental primário demarca o setor da realidade que será objeto da investigação científica.

* Advogado e consultor jurídico. Livre-docente (USP), Doutor (PUC/SP), Mestre (UFBA) e Pós-doutorado (Universidade de Lisboa). Professor Associado da Universidade Federal da Bahia. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual e da Associação Internacional de Direito Processual.

** Promotor de Justiça (MPES). Doutor e Mestre (UFRGS). Professor Adjunto da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual e da Associação Internacional de Direito Processual.

¹ VILANOVA, Lourival. “Sobre o conceito do Direito”. *Escritos jurídicos e filosóficos*. Brasília: Axis Mvndi/IBET, 2003, v. 1, p. 10; DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 61 e segs.

² VILANOVA, Lourival. “Sobre o conceito do Direito”, cit., p. 10.

Além disso, o conceito fundamental primário *articula* os demais conceitos fundamentais, que comungam com ele a função de categoria do pensamento³, mas que dependem dele para serem elaborados. Sem o conceito fundamental primário a servir de elemento articulador, os demais conceitos jurídicos se tornam ininteligíveis⁴ do ponto de vista de uma rigorosa compreensão formal do objeto⁵.

O conceito primário do estudo sobre o processo coletivo é, obviamente, o conceito de *processo coletivo*.

Ao elaborar uma definição formal, deve-se seguir a lição clássica: determina-se o “gênero próximo” a que o objeto definido pertence e assinalam-se as suas especificidades⁶.

O processo coletivo pertence ao gênero processo jurisdicional: procedimento (ato complexo) destinado à produção de norma jurídica em razão do exercício da jurisdição.⁷ Não se cogitam, neste ensaio, o processo administrativo coletivo, que pode ser visualizado no inquérito civil público, nem o processo negocial coletivo, vislumbrado nas negociações para a celebração de convenção coletiva (de trabalho ou de consumo). O foco é o processo jurisdicional coletivo.

A especificidade do processo coletivo encontra-se no objeto litigioso.

O processo é coletivo se a relação jurídica litigiosa é coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo (comunidade, categoria, classe etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero *grupo*). Se a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo, está-se diante de um processo coletivo.

Assim, *processo coletivo* é aquele em que se postula um direito coletivo *lato sensu* (situação jurídica coletiva ativa)⁸ ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, p. ex.)⁹. Observe-se, então, que o núcleo do conceito de processo coletivo está em seu objeto litigioso: coletivo é o processo que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva.

³ VILANOVA, Lourival. “Sobre o conceito do Direito”, cit., p. 15.

⁴ VILANOVA, Lourival. “Sobre o conceito do Direito”, cit., p. 19.

⁵ Muito embora existam outras metodologias de abordagem do direito, outros pontos de vista (filosofia da justiça, dogmática jurídica e sociologia do direito), o direito se apresenta como uma linguagem, portanto, artificial e artificialmente controlável do ponto de vista da teoria do direito. Neste texto, defende-se a possibilidade da identificação formal de um conceito de processo coletivo válido do ponto de vista da teoria do direito, independentemente do ordenamento jurídico considerado e do direito nele veiculado. A principal virtude desta metodologia é crítica e projetual, cf. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del Diritto*. Roma/Bari: Laterza, 1997, p. 39 e ss.

⁶ Seguindo a lição aristotélica: “*Definitio fit per genus proximum et differentiam specificam*”. A propósito, MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Lógica del concepto jurídico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1959, p. 65; ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Alfredo Bosi (coord. da trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 236.

⁷ Cf. DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 68..

⁸ Direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos, no caso do direito brasileiro (art. 81 do Código de Defesa do Consumidor).

⁹ Sobre o processo coletivo passivo, DIDIER Jr., Fredie. *Código Modelo de Procesos Colectivos un diálogo iberoamericano comentarios artículo por artículo*. Antonio Gidi e Eduardo Mac-Gregor (org.). Cidade do México: Porrúa, 2008; DIDIER Jr., Fredie; ZANETTI Jr., Hermes. “Processo coletivo passivo”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2008, n. 165.

Essa definição se distingue da proposta por Antonio Gidi, “Segundo pensamos, ação coletiva é a proposta por um legitimado autônomo (*legitimidade*), em defesa de um direito coletivamente considerado (*objeto*), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (*coisa julgada*). Aí está, em breves linhas, esboçada a nossa definição de ação coletiva. Consideramos elementos indispensáveis para a caracterização de uma ação como coletiva a legitimidade para agir, o objeto do processo e a coisa julgada”.¹⁰

Não parece correto pôr, na definição de processo coletivo, as circunstâncias de ser instaurado por um legitimado autônomo e de ter um especial regime de coisa julgada.

Em primeiro lugar, a legitimidade extraordinária não é uma exclusividade dos processos coletivos – não é, enfim, uma sua especificidade. Basta lembrar os casos de legitimação extraordinária individual existentes em todos os ordenamentos jurídicos; *v. g.*, no ordenamento brasileiro, a legitimação extraordinária: a) do Ministério Público para promover ação de alimentos para incapaz; b) da administradora de consórcio para cobrar valor mensal do consorciado; c) do terceiro que pode impetrar mandado de segurança em favor de outra pessoa, nos termos do art. 3º da Lei n. 12.016/2009 etc.

Além disso, é possível cogitar, ao menos no direito brasileiro, uma ação coletiva ajuizada pela própria comunidade envolvida: a ação coletiva proposta pelas comunidades indígenas: art. 37 da Lei Federal nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio): “Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio”.

Também o regime da coisa julgada não é uma especificidade do processo coletivo. Dizer que a coisa julgada vinculará a coletividade, em processo coletivo, não acrescenta nada ao conceito, já que, sendo a situação jurídica litigiosa pertencente à coletividade, obviamente eventual coisa julgada a ela dirá respeito. Além disso, nada impede que o legislador crie uma disciplina de coisa julgada coletiva que, em certos casos, não vincule a coletividade – por exemplo, a coisa julgada penal somente ocorre nos casos de sentença absolutória, ou ainda, o regime da *extensão* dos efeitos da coisa julgada *secundum eventum litis* apenas para beneficiar os titulares dos direitos individuais, disciplinado no Código de Defesa do Consumidor (art. 103 da Lei Federal nº 8.078/1990).

Legitimidade, competência, coisa julgada coletivas não compõem o conceito de processo coletivo. Todas elas poderão receber disciplina jurídica própria, peculiar em relação ao processo individual, mas não é isso que torna coletivo um processo. O exame de cada uma delas é importante para identificar como se estrutura o processo coletivo em determinado país, mas não para identificar o que é um processo coletivo.

¹⁰ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.16. Registre-se que seguimos substancialmente, com pequena diferença, o conceito de Gidi até a 8ª ed. do v. 4 do nosso *Curso de Direito Processual Civil*.

É certo que após a definição do processo coletivo será necessário definir um regime de garantias processuais adequadas ao objeto nele definido, assim como são previstas garantias para os processos jurisdicionais individuais, mas este é um momento seguinte, que não interfere no conceito definido. Aliás, a importância da distinção é exatamente esta, isolar os objetos permite perceber as diferenças no arco de seu desenvolvimento teórico.

O processo coletivo brasileiro, por exemplo, tem suas próprias características – variáveis, pois decorrentes de regras jurídicas que podem ser alteradas. Essas características compõem o devido processo legal coletivo brasileiro; compõem, enfim, o perfil dogmático do processo coletivo no Brasil.

São elas: a) a *legitimação para agir*, normalmente atribuída a um legitimado extraordinário; b) o regime da coisa julgada coletiva, que permite a extensão *in utilibus* para as situações jurídicas individuais; c) a caracterização da litigação de interesse público, que é requisito para o prosseguimento de um processo coletivo. Todas são características contingenciais do processo coletivo brasileiro – não compõem, porém, o conceito de processo coletivo.

Note que, alterada regra sobre legitimidade (permitindo a legitimação ordinária coletiva, como no caso das comunidades indígenas, ou criando uma regra aberta, como no direito estadunidense) ou sobre a coisa julgada (estendendo a coisa julgada também para prejudicar os indivíduos membros do grupo, como acontece nas ações eleitorais no Brasil), não se altera o conceito de processo coletivo: altera-se, apenas, a sua estrutura dogmática. Alterações deste tipo, no entanto, devem ser feitas com muita cautela, sobretudo porque tocam em pontos sensíveis, relacionados ao contraditório, e envolvem pontos cujo regramento constitucional brasileiro é muito tradicional.

Definido o processo coletivo, é possível definir ação coletiva e tutela jurisdicional coletiva.

Ação coletiva é, pois, a demanda que dá origem a um processo coletivo, pela qual se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva. *Tutela jurisdicional coletiva* é a proteção que se confere a uma *situação jurídica coletiva ativa* (direitos coletivos *lato sensu*) ou a efetivação de situações jurídicas (individuais ou coletivas) em face de uma coletividade, que seja titular de uma *situação jurídica coletiva passiva* (*deveres ou estados de sujeição coletivos*).

A conceituação correta de um objeto não é tarefa de somenos. O primeiro ato de qualquer abordagem científica do Direito é identificar o que se está investigando. Se se pretender, por exemplo, fazer um estudo de direito comparado entre os sistemas de proteção aos direitos coletivos, nos mais diversos países, antes de tudo é preciso definir o que se entende por processo coletivo, para, em seguida, iniciar a comparação.

A identificação precisa do que seja processo coletivo serve, ainda, para evitar um equívoco comum: confundir ação civil pública com ação coletiva. Ação civil pública é um exemplo de ação coletiva. Há diversos procedimentos para a tutela coletiva; o procedimento da ação civil pública é apenas um deles (Lei Federal nº 7.347/1985, reconhecida constitucionalmente no art. 129, III, da CF/88).

Há outros procedimentos especialmente criados para servir às causas coletivas: a ação popular¹¹ (Lei Federal nº 4.717/1965 e art. 5º, inc. LXXIII), a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo (art. 5º, inc. LXX, da CF/88) e as ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos (arts. 91 a 100 do CDC), a ação de improbidade administrativa (Lei Federal nº 8.429/1992) etc. Alguns autores defendem que também as ações de controle concentrado de constitucionalidade podem ser vistas como modalidades de tutela coletiva.¹² Não se admite, por outro lado, a utilização do procedimento dos Juizados Especiais para veicular uma ação coletiva¹³.

Também existe tutela coletiva no âmbito eleitoral: a ação de impugnação de mandato eletivo é, sobretudo, uma ação coletiva.

Os dissídios coletivos trabalhistas também são exemplos de ação coletiva.

Para uma determinada concepção, a ação penal condenatória é, também, substancialmente, uma ação coletiva. Mas é possível pensar em outros exemplos de *ações penais de conteúdo coletivo*, como, v.g., o *habeas corpus* coletivo. Também é possível uma visão diferente, reservando um espaço privilegiado de discussão para bens jurídicos novos, que se identificam com os direitos coletivos defendidos pelos autores deste texto, o meio ambiente, o direito econômico, o direito do consumidor, a ordem urbanística etc. Para esses bens, teria surgido um *direito penal supra-individual*, no qual se verifica que a tutela desses bens jurídicos coletivos, surgidos com mais força após a Constituição de 1988 – bens ligados muitas vezes a uma macrocriminalidade – se dá de forma especial, diferente da tutela do “direito penal básico”, “restrito à tipificação de condutas atentatórias contra a vida, a saúde, a liberdade e a propriedade (denominado também de Direito Penal nuclear)...”¹⁴, inclusive com a possibilidade de ação coletiva *ex delicto* para tutelar a responsabilidade civil decorrentes do ato ilícito.

¹¹ Sobre a defesa de direitos difusos pela ação popular, ver MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados interesses difusos”. In: *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 110-123.

¹² “Na ADIn, para o controle abstrato da constitucionalidade das normas, não há interesse subjetivo, mas interesse difuso, de toda a coletividade, na higidez da norma federal ou estadual comparada com o texto constitucional federal”. (NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 1396). Assim, também, DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. “Aspectos processuais da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade)”. *Ações constitucionais*. 6ª ed. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2013; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2, t. 3; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 140.

¹³ Entendendo possível a utilização da ação coletiva no âmbito dos Juizados Especiais, com argumentos muito bons, RODRIGUES, Geisa de Assis. *Juizados especiais cíveis e ações coletivas*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. Frise-se, porém, que a Lei Federal nº 10.259/2001, atentando contra o proposto de forma esboçada no texto citado, vedou o acesso à justiça de pequenas causas por demandas coletivas (cf. art. 3, parágrafo 1, inc. I da Lei 10.259/01). A Lei n. 12.153/2009, Juizados Especiais Estaduais da Fazenda Pública, ratifica esse entendimento, mantendo a coerência do microsistema dos Juizados Especiais (art. 2º, § 1º, I).

¹⁴ FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. (no prelo). No mesmo sentido: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. “Direito Penal Supra-individual”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Note-se que o próprio CDC permitiu o transporte *in utilibus* da eficácia da sentença penal, nos termos do art. 103, § 4º, originando uma nova hipótese de *actio civilis ex delicti*, a “ação coletiva *ex delicti*” ou “ação civil pública *ex delicti*”. (TAHIM JR., Anastácio Nóbrega. “Ação civil pública *ex delicti*”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2004, n. 115, p. 28-54).

Assim, pode-se dizer que a violação de um direito coletivo é ato ilícito que pode dar ensejo a demandas cíveis ou penais. *Embora isso não seja muito examinado pela doutrina, a tutela jurisdicional dos direitos coletivos pode ser feita por meio de ações penais.* Há crimes cuja vítima é a coletividade. Crimes relacionados à proteção da concorrência, das relações de consumo ou do mercado de capitais são bons exemplos. O bem jurídico tutelado por esses tipos penais é um direito coletivo *lato sensu*. Nesses casos, a sentença penal condenatória repercutirá no âmbito cível, beneficiando a vítima da conduta criminosa. Há, também aqui, transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva (art. 103, § 4º, do CDC).

Essa premissa é importante para a solução de diversos problemas dogmáticos.

Alguns exemplos.

a) Coisa julgada na ação de improbidade administrativa. O legislador brasileiro é silente. A ação de improbidade administrativa é ação coletiva. Em um aspecto (o reparatório), se assemelha à ação civil pública; em outro, à ação civil do direito administrativo sancionador, que se avizinha das garantias das ações de direito penal, mas com elas não se confunde, aplicando-se o direito comum. As três são ações coletivas, cada qual submetida a um procedimento próprio. Para identificá-las como ação coletiva, é preciso bem compreender o que seja um processo coletivo. Na tarefa de suprir essa aparente lacuna legislativa, o intérprete deve levar tudo isso em consideração. A coisa julgada na ação de improbidade deve, então, observar essas peculiaridades: no que diz respeito à pretensão reparatória, segue-se a regra do microsistema processual coletivo (conjugação da ação civil pública e do Código de Defesa do Consumidor); no que diz respeito à pretensão punitiva, a regra do direito administrativo sancionador, neste aspecto, do direito comum.¹⁵

b) A insuficiência normativa em torno dos dissídios coletivos trabalhistas é evidente. Identificá-los como ações coletivas é o primeiro passo para a busca de soluções dogmáticas dos seus problemas (legitimidade, coisa julgada, liquidação, competência etc.).

c) Também são coletivas as ações propostas contra coletividades, normalmente substituídas processualmente por sindicatos ou associações. É o que acontece com as ações possessórias propostas em razão de invasões de prédios de Reitoria, por estudantes, ou “ocupações” de imóveis urbanos ou rurais por “movimentos sociais”, muito comuns no Brasil. É exatamente o que acontece com as ações em que discute o direito de greve e em que se pleiteia o retorno dos empregados ao trabalho: são, também, ações coletivas. Embora

¹⁵Neste sentido: “Trata-se de demanda com alto teor sancionatório. Em relação a essa parte do objeto litigioso do processo, parece mais adequado, realmente, seguir o regime jurídico da coisa julgada comum: qualquer decisão de mérito, favorável ou não à pretensão do autor, está apta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada material [...] Alguns autores insistem na equiparação da ação de improbidade com a ação penal, não se trata disso.” DIDIER Jr., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, v. 4, p. 397. Conferir ainda, com referências bibliográficas mais amplas: DIDIER Jr., Fredie; ZANETI JR., Hermes. In.: Alexandre Albagli Oliveira, Cristiano Chaves, Luciano Ghigone (orgs.). *Estudos sobre improbidade administrativa em homenagem ao Prof. J.J. Calmon de Passos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 355-364.

claramente ações coletivas, são tratadas como ações individuais, submetidas às regras do processo individual. Porque ações coletivas *passivas*, espécie de ação coletiva pouco estudada, sofrem de *hiporregulação normativa*. Não há dúvida de que uma das causas deste descaso doutrinário e legislativo é o erro metodológico na identificação do que seja um processo coletivo.

d) O procedimento para a fixação da tese jurídica (arts. 543-B e 543-C, CPC), no julgamento dos recursos especiais ou extraordinários repetitivos, possui como objeto litigioso uma situação jurídica coletiva (situações jurídicas individuais homogêneas)¹⁶. É, assim, espécie de processo coletivo. Por isso, a ele devem ser aplicadas, subsidiariamente, as regras do processo coletivo. Exatamente em razão disso, a desistência do recurso pelo recorrente somente pode ser eficaz em relação ao processo para o julgamento do objeto litigioso do seu recurso, que é individual; em relação ao processo para a fixação da tese, a desistência é inócua, exatamente como é inócua, de regra, no direito brasileiro, a desistência em processos coletivos (art. 9º, Lei n. 4.717/1965; art. 5º, §3º, Lei n. 7.347/1985; arts. 5º e 16 da Lei n. 9.868/1999).

O Superior Tribunal de Justiça chegou a uma conclusão semelhante, no julgamento dos recursos especiais n. 1.058.114 e 1.063.343: considerou ineficaz a desistência do recurso em relação ao procedimento de fixação da tese jurídica, sem, porém, considerá-lo como procedimento coletivo; assim, não conseguiu fundamentar a sua decisão, que aparentemente contrariaria o art. 501 do CPC¹⁷. Identificado corretamente o fenômeno, o uso da analogia com as regras do processo coletivo seria suficiente para fundamentar a decisão, evitando malabarismos argumentativos e a perplexidade dos jurisdicionados.

¹⁶ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 11ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, v. 3, p. 347-349.

¹⁷ Art. 501 do CPC: "O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso".