

3.2.2 Reflexões acerca da codificação do direito processual coletivo brasileiro

Paulo Armando Mosconi D'Arcádia

*Professor da Universidade de Itaúna (Direito Tributário,
Direito Administrativo e Prática Jurídica Civil)*

Especialista em Direito Público

Mestrando em Direito Empresarial na Universidade de Itaúna

1. INTRODUÇÃO

O século XIX caracterizou-se pelas grandes codificações, cujos modelos adotados eram rígidos, fechados, estáticos e totalizantes, frutos do positivismo neutralizante, liberalismo e racionalismo da época.

Os códigos de processo civil existentes hoje seguem os modelos ultrapassados do século XIX, assim, não são instrumentos adequados para a proteção dos direitos e dos interesses massificados, o que originou a criação de microssistemas próprios que atendam aos anseios sociais de proteção dos direitos e interesses massificados.

Tem-se hoje a necessidade de uma tutela jurisdicional diferenciada. No último século, direitos como a saúde, educação, cultura, meio ambiente e outros de igual natureza fluida, tornaram-se base dos conflitos sociais e sua titularidade foi atribuída a qualquer cidadão. Essa nova categoria de direito mesmo mantendo seu caráter individual tem enfoque direto na sociedade de massa e, por conseguinte, transcendência à esfera individual.

Desta feita notabilizou-se a necessidade de um sistema que privilegia o tratamento coletivo dos problemas que são enfrentados por um número considerável de pessoas. Sistema esse que possibilita o acesso à Tutela Jurisdicional por indivíduos que se encontrariam à margem do sistema.

Diante da necessidade de enfrentamento desses problemas de modo eficiente, surgiram alguns institutos jurídicos aptos a propiciar o atendimento dessas necessidades da coletividade, tais como, Ação Popular, Ação Civil Pública, Ação Popular Ambiental, Mandado de Segurança Coletivo, Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental, ainda, meios que são oriundos do próprio Direito Processual Civil como o disposto do artigo 83, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor: “[...] para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações

capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

Como se pode notar, o Direito Pátrio é rico em meios que garantem a tutela desses interesses, o debate aqui proposto se norteará pela necessidade ou não de uma codificação própria do sistema de Tutela Jurisdicional Coletiva.

1.1 MICROSSISTEMAS

Como já dito, devido à generalidade, abstração e impermeabilidade às mudanças sociais, o sistema processual civil não corresponde aos anseios sociais massificados, principalmente relacionados a questões relativas à criança, ao ambiente etc. Surgiu então a necessidade da criação dos chamados microssistemas, também conhecidos como códigos setorizados, ou estatutos.

A criação desses microssistemas abalou drasticamente a concepção dos sistemas autossuficientes e impermeáveis até então existentes. Muitos até passaram a sustentar a tese de esgotamento do processo histórico – cultural da codificação e defendiam a criação desses microssistemas.

Foram apontados por Orlando Gomes três razões para a caducidade dos sistemas até então implantados:

- 1) Impossibilidade de conservar o estilo dos códigos;
- 2) Esvaziamento do Código Civil e conseqüente perda de sua função;
- 3) Aumento das leis especiais.

Devido aos fatores apontados e à crise do modelo hierárquico e axiológico do direito dos séculos XVIII e XIX, Theodor Viehweg defende a concepção do direito como problema, que seriam juízos normativos constituídos frente aos problemas concretos.

Descartadas as críticas a serem traçadas a este pensamento, ocorreu que este fator somado aos outros já apontados levariam a concepção de modelos de codificações móveis, dinâmicos e até abertos, onde prevalecem princípios e cláusulas gerais, que possibilitam além do dinamismo uma harmonia decorrente do diálogo com outras fontes normativas.

Surge, então, o chamado pós-positivismo que abrange todas as concepções de pensamentos que valorizam os princípios como mandamentos de otimização de uma ordem jurídica democrática, pluralista e aberta a valores, que abarca a atual concepção de neo-constitucionalismo.

O pós-positivismo mudou a concepção de sistema jurídico, alterando o sistema fechado e autossuficiente para o sistema aberto, móvel e composto de valores.

Podemos concluir, então, para não nos alongarmos

na evolução da concepção atual de sistema de direito ao ultrapassar os modelos de codificação antigos e a crise das codificações modernas, a nova concepção de direito como problema juntamente com a concepção de sistema, oriunda do pós-positivismo resultaram numa nova visão do que seria uma codificação que possibilita a efetivação do direito, sendo certo que a adequada individuação dos problemas deve ser alcançada com fundamento no sistema como um todo.

No Brasil, existem no ordenamento dois microssistemas de tutela jurisdicional coletiva (comum e especial), que, juntamente com o advento da CF/88 eclodiram uma grande discussão doutrinária relativa à Codificação do Direito Processual Coletivo brasileiro. A análise desses institutos demonstra que a doutrina brasileira e seu sistema jurídico encontra-se bastante avançado no que tange à proteção dos direitos ou interesses massificados, porém não esgotam a necessária discussão sobre a codificação do sistema.

2. MUDANÇA DE PARADIGMA

A evolução histórica do sistema jurídico brasileiro encontra três principais divisões: Brasil-Colônia, Brasil-Império, Brasil-República.

Durante o Brasil-Colônia, vigiam no País as Ordenações Portuguesas, Ordenações Afonsinas, Ordenações Manuelinas e por fim as ordenações Filipinas. Tais ordenações não se enquadram dentro de uma conceituação rígida e moderna de codificação.

Após a independência do Brasil, já, portanto Brasil-Império, as Ordenações Filipinas continuaram a compor o sistema jurídico brasileiro.

Grande avanço ocorreu com a Constituição do Império de 1824 que determinou a elaboração de um Código-Criminal fundado na justiça e equidade, fazendo com que em 1830 fosse criado o Código Criminal do Império, marco histórico de criação do primeiro código brasileiro.

Logo em seguida, em 1832, foi promulgado o primeiro Código de Processo Penal de Primeira Instância, o qual, também, dispunha sobre processo civil. O regulamento nº 737, de 1850, que completava o Código Comercial também foi um marco do direito processual brasileiro pela economia processual e simplicidade do procedimento.

Durante todo esse intervalo as causas cíveis continuavam disciplinadas pelas Ordenações Filipinas e por outras leis complementares e modificativas, fazendo com que o Governo Imperial incumbisse ao professor da Faculdade de Direito de São Paulo, Conselheiro Antonio Joaquim Ribas, a tarefa de reunir as leis em um único corpo, dando origem à *Consolidação das Leis de Processo Civil* que adquiriu força de lei pela resolução



imperial, de 18 de dezembro de 1876.

A Constituição da República de 1891, a primeira, instituiu a dualidade da justiça, possibilitando aos Estados organizarem suas justiças, o que foi alterado na Constituição de 1934 que restabeleceu o sistema da unidade do direito processual para todo o País.

Nota-se que o movimento de codificação inaugurado com a codificação napoleônica no início do século XIX, que recebeu destaque com o BGB (Código Civil alemão), espalhou-se pelo mundo, atingindo o Brasil como outros países da América Latina.

O Brasil acompanhando essa onda de codificação só veio conhecer seu primeiro código civil em 1916, fruto do trabalho de Clóvis Beviláqua, que se pautou na visão liberal individualista da sua época e na sistematização do BGB alemão (parte geral e parte especial).

Em sequência, outros códigos foram criados no Brasil-República, como o CPC/39, o CP/40, o CPP/41, o CPC/73, até o novo Código Civil de 2002, que já é resultado de uma nova metódica mais flexível, móvel e permeável a mudanças sociais.

A impermeabilidade e estrutura fechada dos códigos atuais que foram implantados no século passado ocasionou no Brasil a criação de microssistemas jurídicos, criação intensificada nas décadas de 1960 e 1970 por força da massificação e complexidade das relações sociais.

Dentre muitos, podemos destacar o microssistema de defesa do consumidor, nascido com a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), a Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, entre outras.

Merece maior destaque, ainda, dois microssistemas em especial, o *microssistema da tutela jurisdicional coletiva comum*, formado pela integração entre a Lei nº 7347/85 – Lei da Ação Civil Pública no seu art. 21, e, a Lei nº 8078/90 – Código de Defesa do Consumidor no seu art. 90. O outro é o *microssistema da tutela coletiva especial* (controle concentrado e abstrato da constitucionalidade), que no plano infraconstitucional se compõem pelas leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99.

Nota-se, então, apesar de ser o Brasil rico em disposições legais de tutela dos direitos coletivos, foi com o advento da CF/88 que a terceira onda renovatória do Direito se assentou com toda sua potencialidade, por força dos arts. 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, e, ainda, 129, III, da CF/88, entre outros.

3. DIREITO PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO

Na esteira do entendimento do Ilustre Prof. Gregório Assagra, sustentamos a vertente de ser o

Direito Processual Coletivo brasileiro um novo ramo do direito processual.

O conjunto de disposições legais e os fundamentos constitucionais que embasam a tutela jurisdicional coletiva no Brasil o colocam como um dos mais avançados do mundo. Já havendo sido consagrada de forma ampla a tutela jurídica material massificada, inclusive dentro da teoria dos direitos fundamentais, necessária é a concepção de um direito processual que garanta a efetivação desses direitos massificados resguardados constitucionalmente.

A própria Constituição Federal determina esse novo ramo do direito pátrio nos dispositivos: art. 1º art. 5º, art. 129, II, art. 125, e outros. Restando, assim, superada a divisão do Direito Processual em Civil e Penal por força constitucional, forçando uma nova forma de ver-se os institutos clássicos do Direito Processual Civil, como a legitimidade, pedido, coisa julgada etc., pois elaborados com base na técnica do liberalismo individualista não se prestam às diretrizes do processo coletivo.

Na esteira dos ensinamentos do prof. Gregório Assagra, os princípios relacionados com o Direito Processual Coletivo Comum, são:

- 1) Princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo;
- 2) Princípio da máxima prioridade jurisdicional da tutela jurisdicional coletiva;
- 3) Princípio da presunção da legitimidade “*ad causam*” ativa pela afirmação do direito;
- 4) Princípio da não-taxatividade da ação coletiva;
- 5) Princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum;
- 6) Princípio da máxima efetividade do processo coletivo;
- 7) Princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum;
- 8) Princípio da obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público;

Quanto aos relacionados com o Direito Processual Coletivo Especial, são:

- 1) Princípio da proteção do Estado Democrático de Direito;
- 2) Princípio do devido processo legal como cláusula constitucional interpretativa vinculatória genérica de dimensão processual e substancial;
- 3) Princípio da proporcionalidade como técnica constitucional de ponderação;
- 4) Princípio da supremacia da Constituição;
- 5) Princípio da interpretação conforme a Constituição;
- 6) Princípio da presunção de legitimidade da lei e dos atos normativos do poder Público;
- 7) Princípio da indesistibilidade da ação objetiva de controle em abstrato da constitucionalidade.

Propõe, ainda, o Prof. Assagra em sua obra, as regras de interpretação e aplicação do Direito Processual Coletivo, a primeira regra de interpretação a ser analisada pelo operador do direito na aplicação do Direito Processual Coletivo é a da completa integração entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, no intuito de resolução de problemas pertinentes à aplicabilidade do Processo Coletivo comum.

Também, temos como regra a aplicação subsidiária do CPC no processo coletivo, por força dos arts. 19 da LACP e 90 do CDC, desde que haja compatibilidade formal e material entre os institutos processuais.

A Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor são normas de superdireito processual coletivo comum.

E por fim, a aplicabilidade das regras de interpretação constitucionais, por ter o direito processual coletivo essa natureza.

4. CODIFICAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO

Cabe-nos, de forma sucinta, primeiramente, diferenciar código, consolidação, compilação e microssistema.

Enquanto o código é um sistema de regras jurídicas, com conteúdo histórico e político, formado por um espírito inovador e novo corpo legislativo, enquanto a consolidação é um recolhimento de normas já existentes, principalmente nos momentos de exaustão legislativa, porém de forma harmônica e orgânica e leva em consideração a matéria, sendo realizado pelo Estado, caracterizando-se mais avançado que a compilação que era feita por particulares e não tinha caráter legislativo. Já microssistema é o conjunto de leis de cunho social, que abandonam a técnica legislativa de comando genérico e abstrato da norma para subjetivá-la. Utilizam linguagens setoriais e tratam de forma exaustiva as matérias pertinentes, abrangendo questões de direito material interdisciplinar e processual.

A principal vantagem da codificação seria a uniformização de seu objeto formal, tornando-o mais visível e uniforme. Simplifica o sistema jurídico codificado permitindo sua melhor compreensão e ordena os métodos de interpretação e princípios.

A codificação pode representar retrocessos no plano constitucional e infraconstitucional, além de engessar o sistema. Ainda, a precoce codificação valendo-se de modelos estrangeiros sem a devida discussão pode fazer ruir o sistema avançado do país.

A visão adequada para a criação de um Código de Direito Processual Coletivo é a constitucional, com

base nos princípios do Estado Democrático de Direito, orientada pelas garantias fundamentais consagradas na Carta da República. Assim, a visão instrumentalista não é suficiente para a criação de um Código Processual Coletivo, ao menos que se a redimensione à luz dos direitos e garantias constitucionais, de forma que listaremos alguns princípios arrolados pelo Prof. Assagra que norteariam a concepção de um Código Processual Coletivo:

- 1)Princípio democrático;
- 2)Princípio da proibição de retrocesso;
- 3)Princípio do devido processo legal.

Além de dever guardar obediência aos princípios e regras de interpretação e aplicação do direito constitucional e aos direitos e garantias individuais. As diretrizes são:

- 1)Afastar-se da importação de modelos estrangeiros;
- 2)Evitar dispor sobre inúmeros requisitos específicos de admissibilidade processual;
- 3)Disciplinar de forma global os institutos estruturais do direito processual coletivo;
- 4)Romper com as amarras decorrentes da aplicabilidade subsidiária do CPC;
- 5)Ter boa técnica jurídica, baseada, sempre que possível, na linguagem constitucional;
- 6)Manter a coerência entre os modelos de direito processual coletivo especial e comum;
- 7)Preservar as peculiaridades de cada área do direito material coletivo;
- 8)Evitar a orientação unicamente pelo método teleológico do resultado;
- 9)Desviar-se da idéia de um código pequeno em seu objeto formal para a busca da sua aprovação no Congresso Nacional.

5. CONCLUSÃO

Nos tempos atuais é muito difícil conceituar código. A conceituação de código esbarra primeiro na idéia de código como um sistema de normas, de acordo com o conceito ultrapassado de código totalizante e fechado, segundo porque a conceituação também depende do contexto histórico em que é elaborado. Nos dias atuais a complexidade das relações, multiplicidade de teorias sobre o direito, transformação da visão fechada para uma visão aberta e móvel que procura soluções mais justas e adequadas à sociedade, dificulta mais ainda a conceituação de código.

Muitos autores tentaram conceituar código, porém, o mais importante ao tentarmos conceituar código é levar em consideração a visão técnica de sistema como ordem e unidade, mas é necessário que deve-se elaborar um código delimitando o objeto da



codificação, a natureza jurídica deste objeto, os objetivos especiais e gerais, as vantagens, a metodologia e as diretrizes principiológicas.

A pergunta que nos parece restar é: **O Brasil necessita realmente de um código de direito processual coletivo?**

Certo é que a codificação pode ser benéfica ao direito processual coletivo, porém, no caso do Brasil que já possui um microssistema de tutela coletiva avançado, devemos ser cautelosos diante da codificação. Os riscos encontram-se no pouco debate acerca do tema, a falta de consolidação técnica e principiológica para estruturação

do código, sob pena de incorrerem em retrocesso das conquistas já conseguidas no ordenamento.

6. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.