

CIDADANIA, LEGITIMAÇÃO PARA AGIR E EFETIVIDADE NO PROCESSO COLETIVO

Juliana Maria Matos Ferreira*

Natália Chernicharo Guimarães**

Vicente de Paula Maciel Júnior***

RESUMO

O presente artigo pretende demonstrar a necessidade de fomento a pesquisas referentes ao processo coletivo, visto que este instrumento efetivo de implantação de direitos fundamentais é pouco utilizado na prática pelos juristas. A inadequada utilização de institutos de caráter privatístico e individual quando do trato de matéria referente à coletividade, que afronta o princípio da efetividade e o conceito de cidadania na processualística democrática, dificulta ainda mais a utilização do processo coletivo, que não é construído sob a perspectiva democrática. A principal questão que se discute é a limitação da participação no processo coletivo a representantes adequados, eleitos pela legislação brasileira. A limitação da participação parece ter como finalidade conferir celeridade aos procedimentos jurisdicionais, em que um elevado número de interessados estão envolvidos. Contudo, esta limitação, constitui, na realidade, uma ficção jurídica, que afasta os interessados/afetados da construção participada do pronunciamento jurisdicional final em desobediência aos princípios e garantias fundamentais, mostrando-se incompatível com a Constitucionalidade Democrática Brasileira. Tendo em vista o desenvolvimento da ciência processual, que alterou a sistemática do conceito de legitimado, bem como, o de parte, do pedido (de quem pede) para o provimento (dos afetados pelo provimento), demonstrar-se-á que a participação das partes (afetados pelo

* Mestranda em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada da PUC/Minas. Membro do Grupo de Pesquisa em Processo Coletivo da PUC/Minas. Professora do Instituto de Educação Continuada da PUC/Minas. Advogada.

** Mestranda em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada da PUC/Minas. Membro do Grupo de Pesquisa em Processo Coletivo da PUC/Minas. Bolsista da CAPES. Advogada

*** Pós-doutor pela Universidade de Roma La Sapienza, Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1996) e Graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1989). Coordenador do Grupo de Pesquisa em Processo Coletivo. Atualmente é juiz do trabalho - Tribunal Regional do Trabalho – Região. Professor adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

provimento) em todo o desenvolvimento do procedimento se faz essencial para assegurar as garantias constitucionais e a efetividade do processo coletivo.

PALAVRAS-CHAVE: PROCESSO COLETIVO; CIDADANIA; LEGITIMAÇÃO; AÇÃO TEMÁTICA; EFETIVIDADE.

ABSTRACT

The present article intends to demonstrate the necessity of promotion of the research referring to the collective process, since this effective instrument of implantation of basic rights little is used in the practical one for the jurist. The inadequate use of justinian codes of private and individual character when of the treatment of referring substance to the collective, that confronts the principle of the effectiveness and the concept of citizenship in the democratic process, makes still more difficult the use of the collective process, that is not constructed under the democratic perspective. The main question that it argues is the limitation of the participation in the collective process to the adjusted representatives, elect for the Brazilian legislation. The limitation of the participation seems to have as purpose to confer rapidity to the jurisdictional procedures, where one raised number of interested parties is involved. However, this limitation, that constitute, in the reality, a legal fiction, move away interested people from the participated construction of the final jurisdictional uprising in disobedience to the principles and the basic guarantees, revealing incompatible with the Brazilian Democratic Constitutionality. In view of the development of the procedural science, that modified the systematics of the concept of legitimated, as well as, of part, the order (of who it asks for) for the decisions (of the affected ones for the decisions), one will demonstrate that the participation of the parts (affected for the decisions) in all the development of the procedure makes essential to assure the constitutional guarantees and the effectiveness of the collective process.

KEYWORDS: PROCESSO COLETIVO – COLLECTIVE PROCESS; CIDADANIA – CITIZENSHIP; LEGITIMAÇÃO – LEGITIMATION; AÇÃO TEMÁTICA – THEMATIC ACTION; EFETIVIDADE – EFFECTIVENESS.

INTRODUÇÃO

Este trabalho possui por escopo a realização de uma análise crítica da utilização de conceitos que há muito precisam ser revisitados pelos juristas. Devido à utilização de conceitos e institutos do procedimento individual aos procedimentos coletivos, nos quais os afetados por um pronunciamento jurisdicional são difusos, indeterminados ou indetermináveis, o processo coletivo não atinge a efetividade esperada.

A proteção a direitos que envolvam um número indeterminado e, na maioria das vezes, indeterminável de interessados, tais como a qualidade de vida, as relações consumeristas e o meio ambiente passam a integrar a legislação de vários países como Itália e Brasil, conforme citado por Cappelletti¹ na denominada “segunda onda renovatória” do direito processual por meio de procedimentos que visam à tutela dos denominados direitos coletivos.

A Revolução Industrial do século XVIII e a Revolução Tecnológica do século XX representam os fatores históricos que conduziram ao desenvolvimento de tutelas jurisdicionais que visam à defesa de interessados coletivos pelas Constituições Brasileiras e pela legislação infraconstitucional.

Para viabilizar a procedimentalização das demandas coletivas, a legislação brasileira invoca procedimentos que excluem os legitimados naturais da ação, ou seja, os afetados pelo provimento², da construção participada do pronunciamento final, por meio da eleição de representantes adequados, tais como denotam as prescrições contidas no Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, na Lei de Ação Civil Pública e nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

A eleição de representantes adequados tem origem no Ordenamento Jurídico Italiano que, para conferir celeridade limita a participação dos indivíduos no processo.

A “individualização” do processo coletivo, de origem italiana e utilizada no processo coletivo Brasileiro, no intuito de conferir celeridade e ao que hoje vem sendo denominado de “efetividade”, afasta os afetados pela decisão jurisdicional da construção da mesma, obrigando a coletividade a conviver com decisões que não são

¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Antônio Fabris Editor, 1998.

² FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

produto de sua atividade argumentativa, infringindo disposição da Constituição Brasileira de 1988 que afirma que todo poder emana do povo³.

A opção feita pelo legislador ao limitar a legitimação para instauração de procedimentos que envolvam um número indeterminado ou indeterminável de indivíduos a “representantes adequados” parece demonstrar uma visão da ciência processual contrária ao modelo constitucional do processo⁴, por excluir o indivíduo que é tocado por um fato ou situação jurídica da participação, durante todo o procedimento, da construção da decisão, que produzirá efeitos em sua esfera de interesses.

O processo (espécie do gênero procedimento⁵), em consonância com os princípios e garantias constitucionais, é o único procedimento apto a legitimar o pronunciamento jurisdicional no Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, a legitimação para agir, no processo coletivo, concebida sob a perspectiva democrática, não deve partir da idéia de exclusão dos afetados pela decisão, e sim, de inclusão de maneira indistinta desses afetados, fazendo com que o processo seja uma instituição⁶ hábil para realizar a contínua construção do Estado Democrático de Direito.

Para efetuarmos a análise da efetividade do processo coletivo partir-se-á dos conceitos de legitimação para agir e de cidadania.

O conceito de cidadania baseado nos ensinamentos de José Alfredo de Oliveira Baracho e de Rosemiro Pereira Leal demonstra que “não há cidadãos sem democracia ou democracia sem cidadãos”⁷ e o indivíduo, cidadão, neste contexto, se apresenta como construtor e reconstrutor do Ordenamento Jurídico por meio da irrestrita condução ao devido processo constitucional.⁸

³ BRASIL; OLIVEIRA, Juarez de. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988. (Legislação brasileira)

⁴ ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*: il modello costituzionale Del processo civile italiano. 2. ed. Torino: G.Giappichelli Editore, 1997.

⁵ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. ed. 6. São Paulo: Thomson-IOB, 2005.

⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania*: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva, 1995.

⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

Quanto ao princípio da efetividade, será adotado, para efeitos deste artigo, o conceito do professor Rosemiro Pereira Leal que a define como a possibilidade de ganho de legitimidade pelo devido processo.⁹

No intuito de ampliar os estudos quanto aos referidos institutos, a opção pelo processo coletivo justifica-se por serem tais institutos pouco pesquisados na esfera processual coletiva, em virtude, principalmente, da dificuldade de inclusão da participação dos inúmeros envolvidos em um procedimento.

A dificuldade de conceituação dos denominados interesses ou direitos difusos pela doutrina demonstra a necessidade de ampliação do estudo do processo coletivo. Até o presente momento, referida dificuldade vem sendo mascarada pela utilização de “intérpretes-especializados” (representantes adequados) conforme preconizado pelos defensores da Teoria Instrumentalista do Processo.¹⁰

Como meio de inclusão da participação dos interessados na demanda coletiva será apontada a proposta das ações coletivas como ações temáticas¹¹, que amplia a legitimação para agir, transformando-se, portanto, meros procedimentos (forma assumida pelas ações coletivas atualmente) em processos.

1 A CIÊNCIA DO PROCESSO COLETIVO

No Ordenamento Jurídico Brasileiro, construído nas bases principiológicas do Estado Democrático de Direito, não há a possibilidade de se manter institutos com assento em um modelo de Estado Social.

O embaraço conceitual criado ao se distinguir o direito coletivo do direito individual compromete a pesquisa jurídica com prejuízo à construção do Estado Democrático de Direito, que possui suas bases teóricas na razão discursiva e não mais

⁹ Segundo os entendimentos de Rosemiro Pereira Leal, a efetividade é o ganho de legitimidade pelo sistema pelo devido processo, e, a legitimidade é a possibilidade do destinatário da norma se tornar co-autor do sistema.

¹⁰ Para Cândido Rangel Dinamarco, um dos principais defensores da escola Instrumentalista de Processo, em, *A instrumentalidade do processo*. Ed. 12. São Paulo: Malheiros, 2005, o processualista moderno mudou sua concepção acerca do processo, colocando-o como instituto a serviço da população na busca por resultados jurídicos-substanciais convergentes ao bem comum de todos. Para este jurista a jurisdição e o processo são instrumentos que tem por finalidade realizar valores sociais e políticos da nação.

¹¹ MACIEL JUNIOR. Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006.

na filosofia do sujeito voltada à reprodução do mundo da vida por decisões centradas na tradição e autoridade.¹²

As bases teóricas utilizadas para construção do procedimento individual, consideradas, atualmente, ultrapassadas, tendo em vista a constante necessidade de revisitação dos conteúdos dos conceitos, são utilizadas para a construção do procedimento coletivo. Denota-se, portanto, que as maiores dificuldades enfrentadas pelo processo coletivo se referem ao pouco cientificismo com que é tratado.

Quanto à dificuldade de estudo do processo coletivo, Fazzalari, ao se referir aos chamados “interesses difusos” afirma que:

a tutela do meio ambiente, do consumidor, da paisagem, ou àquela do interesse à formação põe-se, justamente, o problema de definir juridicamente os “interesses coletivos” que lhe são inerentes e quais os deveres correlatos e de estabelecer como tais “interesses” podem ser satisfeitos ou defendidos em sede jurisdicional.¹³

E prossegue:

No atual arranjo dos nossos processos jurisdicionais civis há, de fato, contra as tentativas de introduzir a tutela de um “interesse coletivo” como tal, insolúveis problemas: em matéria de pressuposto da “medida jurisdicional”, de legitimação para agir, bem como de eficácia da sentença.¹⁴

O estudo do processo individual brasileiro, com intuito de alcançar escopos metajurídicos, conforme defendido por Cândido Rangel Dinamarco¹⁵ encontra-se superado.

O número indeterminado ou indeterminável de interessados envolvidos em uma demanda coletiva e a necessidade da construção participada da decisão segundo os fundamentos do Estado Democrático de Direito refletem a premência de se repensar as especificidades do processo coletivo, que deve se fundar no discurso jurídico problematizante e não em uma isonomia mítica.

Nesse sentido, são precípuas as lições de Rosemiro Pereira Leal:

¹² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

¹³ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

¹⁴ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

Atualmente a existência de teorias concludentes e doutrinas se empenham na edição, dissertação, interpretação e sistematização das leis, atos e decisões jurisdicionais absolutamente desinteressados em questionar as realidades jurídicas e as implicações socioeconômicas da normatividade vigente.¹⁶

Na mesma linha de raciocínio, aduz que:

A Ciência Jurídica como conquista teórica pós-moderna da humanidade, e bases de múltiplos sistemas de explicação do direito, equivale a uma permanente conspiração da consciência dos povos contra o absolutismo das idéias jurídicas formadas e teorias destituídas de historicidade e privilégios dominantes pelo eufemismo da igualdade formal de direitos e defesa gráfica dos direitos humanos.¹⁷

A lesão e a ameaça a bens importantes para a vida em sociedade, tais como o meio ambiente, o patrimônio artístico, histórico e paisagístico, provoca em cada um dos lesados ou ameaçados o interesse em solucionar os problemas que envolvem referidos bens, vistos que os mesmos se consideram individualmente afetados.

Na medida em que a lei exerce a tutela destes bens que, em caso de violação, produzem conseqüências sobre um grupo de pessoas indeterminadas, deve, também, permitir que cada um desses indivíduos afetados possa, pessoalmente, desde que representado por pessoa habilitada, pleitear a proteção às possíveis lesões dos referidos bens.

Se o acesso à Jurisdição é amplo e irrestrito, segundo preleciona o direito de ação previsto no artigo 5º, inciso XXXV da CR88¹⁸, torna-se essencial a utilização do processo na criação e reconstrução permanente de institutos jurídicos.

Assim, denota-se que somente a ampliação da legitimação para a propositura de demandas coletivas, ressaltando o direito de participação dos interessados (afetados pelo provimento) em todo o procedimento, estaria de acordo com a teoria do direito de ação encampada pela Constituição Brasileira, que prevê o acesso incondicionado à Jurisdição.

16 LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

17 LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

¹⁸ BRASIL; OLIVEIRA, Juarez de. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988. (Legislação brasileira)

Ao estabelecer a inafastabilidade de apreciação pelo Judiciário de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV da CR/88) não restringiu o constituinte referido direito apenas às ofensas individuais, mas também às ofensas coletivas, ambas constitucionalmente asseguradas. Referida previsão reflete a inviabilidade de se afastar da discursividade procedimental os interessados nos processos coletivos, visto que a legitimação para agir nas ações coletivas atuais que se concentram em entes intermediários – Ministério Público, Sindicatos, Associações e Partidos Políticos, anula a possibilidade de participação dos reais interessados, que serão os afetados pelo provimento.

Para que as decisões proferidas nos processos coletivos sejam legítimas, torna-se necessário que os órgãos jurisdicionais atuem segundo os princípios concretizadores do Estado Democrático de Direito, em respeito ao devido processo constitucional, que proporcionará uma ordenação dialógica em contraditório realizada entre os destinatários da decisão. Desse modo, deve ser propiciada uma fiscalidade participativa¹⁹ constante em todo o procedimento de formação da decisão, iniciando-se pela ampliação da legitimação para agir nas ações coletivas, concretizando, assim, a implementação dos direitos fundamentais pelas garantias constitucionais do Modelo Constitucional do Processo²⁰.

2 A CIDADANIA

O procedimento de alienação (representação dos indivíduos por uma assembléia de especialistas) conforme preconizado por Hans Kelsen não pode ser adotado a fim de afastar a participação dos indivíduos na construção de suas realidades. A cidadania democrática se funda em uma legitimação fiscalizatória do sistema jurídico-político extensiva a todos indistintamente, não se permitindo o exercício de funções por onipotência baseadas em um pensamento axiologizado e sim, pela argumentação processualizada.²¹

¹⁹ HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume I e II. ed. 2. Tradução Flávio Beno Siebeneich. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

²⁰ ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale Del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G.Giappichelli Editore, 1997.

²¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

O pensamento, baseado em bases axiológicas, na esfera do processo coletivo, conduz à utilização de conceitos como “vontade geral”, “vontade coletiva”, “interesse público” por parte de um número reduzido de indivíduos (representantes adequados), que, com sua visão “privilegiada” definem o “bem comum”, em detrimento de uma conceituação participada. A simples eleição de representantes adequados pela legislação brasileira não pressupõe que estes representantes detenham o “poder” de estabelecer o que constitui a “vontade coletiva”.

A legitimação extraordinária, no intuito de conferir celeridade ao procedimento, limita a participação dos interessados na construção e fiscalização do sistema, afastando-os do debate democrático e, principalmente, da possibilidade de autoproteção em face de decisões arbitrárias.

A cidadania, concebida no Estado Democrático de Direito como a legitimação de todos os indivíduos para participar na constante construção e reconstrução do Ordenamento Jurídico, encaminha as bases para a legitimação para agir no processo coletivo.

3 A LEGITIMAÇÃO

Um dos objetivos primordiais do desenvolvimento do presente tópico é demonstrar que as decisões supostamente tomadas em nome do povo devem, realmente, ser construídas com a participação dos cidadãos, sob pena de ofensa ao artigo 1º da Constituição da República do Brasil de 1988.

A legitimação extraordinária como forma de estreitamento de acesso à jurisdição e limitação do espaço argumentativo do contraditório e da ampla defesa no curso do “processo”, acarreta a supressão de garantias fundamentais, e desconfigura o processo para mero procedimento.

O processo há de ser visto como instituição reguladora dos procedimentos de construção da norma seja no nível abstrato (lei), seja no nível concreto (decisão jurisdicional). A inserção dos destinatários das leis e das decisões na construção das mesmas confere ao processo e à respectiva decisão, a legitimidade. Assim, o processo passa a ser o elemento essencial na democracia, visto que se confere ao afetado pela decisão, a possibilidade de ser autor da mesma.

O descumprimento do texto constitucional, visto como ato de cumplicidade hermenêutica do Judiciário e do Executivo, ao restringir a possibilidade de participação dos interessados (legitimados originais) no processo coletivo, obsta a operacionalidade do sistema democrático.

Estabelecer que apenas alguns órgãos possuam a legitimação para agir nesses casos constitui afronta ao Estado Democrático de Direito e aos demais princípios constitucionais.

Destaca-se que no caso da tutela dos interessados coletivos, ocorre, geralmente, deliberação prévia por parte dos interessados, objetivando formar uma “vontade coletiva”. O “órgão” que legalmente possui legitimação para agir (associações e sindicatos), analisa e interpreta o interesse daqueles integrantes do grupo ou classe, para, em momento posterior, explicitar o ato volitivo da maior parte de seus integrantes. Contudo, mesmo que o Estado constitua órgãos com legitimação para agir na defesa dos direitos coletivos, como no caso do Ministério Público, nada poderá obstar a legitimação concorrente daquele que é diretamente afetado pelo ato ou fato.

A imposição de limites à legitimação para agir retira do indivíduo a possibilidade de atuar em defesa de seu interesse, impedindo-o, conseqüentemente, de exercer a fiscalização sobre os atos dos agentes públicos.

Nas demandas coletivas, pela possibilidade de o próprio Estado ser um dos afetados, torna-se de fundamental importância que os interesses políticos não se sobreponham aos individuais, e a única possibilidade de exercer esse controle, é conferir a cada interessado, a possibilidade de participação na demanda.

Sob o argumento de que a limitação da legitimação para agir viabiliza a tutela dos direitos coletivos e confere celeridade procedimental, os agentes políticos encaminham projetos de lei conferindo a legitimação somente a entes intermediários²², excluindo o indivíduo da possibilidade de demandar para a tutela de seu próprio interesse. Obviamente, os argumentos utilizados para justificar essa posição são extraídos do direito processual civil individual. Os juristas chegam a afirmar que a viabilidade da demanda coletiva estaria comprometida se a legitimação fosse estendida a todos os indivíduos, tendo em vista que o sujeito da ação não poderia ser identificado.

²² TEIXEIRA, Renato Patrício. *Legitimação para agir no processo coletivo*. 2006. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

A imposição de limites à legitimação para agir retira do indivíduo a possibilidade de atuar em defesa de seu interesse, impedindo-o, conseqüentemente, de exercer a fiscalização sobre os atos do agente público, que não possui “poderes” e sim exercem a função jurisdicional no limite estabelecido pela lei, construída segundo o devido processo constitucional.

Na medida em que cada um dos interessados sofrerá os efeitos do pronunciamento jurisdicional, nada mais correto que possam eles, independentemente de estarem organizados, concorrerem para a formação da decisão. No Estado Democrático de Direito não se permite que o juiz seja, solitariamente, o decisor que dará ao fato natureza individual ou coletiva. O pronunciamento jurisdicional hábil a incidir sobre a esfera dos bens de número indeterminado ou indeterminável de pessoas deverá ser construído pelos interessados, de forma participativa e isonômica, conforme assegura a Constituição Brasileira.

Ressalta-se que a determinação da natureza coletiva ou individual da demanda somente pode ser definida pela análise do fato, do bem da vida, com a observância do devido processo constitucional, no próprio processo coletivo jurisdicional.

Por todos os argumentos expostos, observa-se que a “legitimação extraordinária” conferida às associações, sindicatos, e órgãos públicos não se insere no viés democrático, desenvolvendo-se em confronto com os princípios constitucionais do processo (contraditório, isonomia e ampla defesa), razão pela qual, não pode a mesma subsistir no Estado Brasileiro que adota como modelo estatal, o Estado Democrático de Direito.

4 AS AÇÕES COLETIVAS COMO AÇÕES TEMÁTICAS

Como meio de viabilizar a procedimentalização do processo coletivo, que envolve um número indeterminado ou indeterminável de interessados, bem como, de sua inserção como estrutura da constitucionalidade democrática, o professor Vicente de Paula Maciel Junior²³ propõe o estudo das ações coletivas como ações temáticas.

A proposta das ações coletivas como ações temáticas visa instaurar um procedimento participativo na defesa de interesses difusos e possui como ponto de

²³ MACIEL JUNIOR. Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações “temáticas”*. São Paulo: LTR, 2006

partida um bem, fato, ou direito que afeta um número indeterminado ou indeterminável de pessoas, os denominados “interessados difusos”.

Segundo a linha de pesquisa objetivista rejeitada por Vigoriti²⁴ e acatada por Vicente de Paula Maciel Júnior²⁵, para construção da estrutura procedimental com fundamentos na processualidade democrática, a definição dos direitos difusos seria feita a partir do bem envolvido, sendo os legitimados para a demanda coletiva todos aqueles que direta ou indiretamente seriam afetados pela situação jurídica que atinge o determinado bem.

Para o jurista italiano, a explicação do fenômeno coletivo deverá ser feita a partir do entendimento da existência de uma renúncia por parte dos legitimados naturais em face de suas vontades individuais, para que em seu lugar surja uma vontade coletiva e única que terá como consequência a atribuição da legitimação para agir a um ente que irá exercer a representação de todos os interessados, vinculando a todos.

A justificativa de Vigoriti²⁶ para se afastar da linha de pesquisa objetivista e adotar a linha de pesquisa subjetivista é a inviabilidade de uma ação coletiva com a participação de todos aqueles que são atingidos por um ato ou fato, o que parece coadunar com a visão dos processualistas brasileiros seguidores da Escola Instrumentalista do Processo²⁷.

Contudo, as ações temáticas, que configuram uma estrutura normativa que se rege pelos princípios e regras constitucionais, ressaltando o caráter participativo, afastando as distorções entre as ações individuais e as ações coletivas, garantindo, desse modo, o ingresso dos interessados difusos (afetados pela decisão) na construção da decisão, adota, justamente, a linha objetivista.

Somente a título de elucidação, destaca-se que a ação temática recebe essa denominação porque visa à discussão de “temas”, atos ou fatos que afetam os interessados difusos, por meio da construção de um mérito participativo. Nesse sentido, Vicente de Paula Maciel Júnior destaca:

²⁴ VIGORITTI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo – la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979.

²⁵ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações “temáticas”*. São Paulo: LTR, 2006

²⁶ VIGORITTI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo – la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979.

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

(...) Isso significa que as ações coletivas que tratem de interesses difusos devem ser “ações temáticas”, no sentido de que elas devem propor questões para discussão em um processo judicial onde os diversos interessados tenham seus interesses representados através de temas objeto de discussão como mérito da ação proposta.²⁸

O procedimento sugerido na ação temática é um método organizado que se funda sobre um conhecimento científico correspondente e se insere na processualidade democrática, como técnica que se mostra adequada ao processo constitucional.

Nesse sentido, supera-se o conceito de processo como relação de caráter privatístico e autoritário, que afasta os interessados do procedimento, e possibilita-se que, a partir da análise do fato, bem ou direito lesado que afetam um número indeterminado ou indeterminável de pessoas, se identifiquem os interessados na ação coletiva (afetados pela decisão), os legitimados ao processo, que serão abrangidos por seus efeitos e que atuarão na construção do pronunciamento jurisdicional.

Verifica-se, portanto, que por meio de uma procedimentalidade participativa (ações temáticas) faculta-se a inclusão de todos os interessados na construção conjunta de suas realidades, em consonância com o fundamento da legitimidade, estruturante do Estado Democrático de Direito, que se explicita na possibilidade do destinatário da norma se tornar co-autor do sistema a que é submetido, ou seja, na possibilidade dos destinatários dos efeitos da decisão participarem de sua construção.

Evidencia-se, por conseguinte, que a ação temática absorve completamente os conceitos de cidadania e legitimação para agir sob a ótica do Estado Democrático de Direito.

5 EFETIVIDADE E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Na contemporaneidade, uma das maiores preocupações dos juristas vem sendo a efetividade do processo. No Brasil, após a edição da Emenda Constitucional n° 45, que acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5° da Constituição, os debates acerca da suposta “razoável duração” do processo parecem ser intermináveis.

²⁸ MACIEL JUNIOR. Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações “temáticas”*. São Paulo: LTR, 2006.

Obviamente, um dos pressupostos para a efetividade do processo constitui a razoável duração do mesmo e tal pressuposto já podia ser inferido na principiologia normativa da Constituição Brasileira mesmo antes de ter sido positivado. Contudo, como a mentalidade dos juristas brasileiros ainda é extremamente positivista e positivadora, a inserção do inciso LXXVIII ao artigo 5º da CR/88 traz à tona essa discussão antiga, que deve, contudo, ser reavaliada sob diferentes perspectivas.

Questionamentos essenciais para apontar uma possível solução para o referido debate parecem ser esquecidos, ou, sequer, cogitados. Tais questionamentos começam pelos seguintes: A efetividade pode ser vista como sinônimo de celeridade? Qual é a racionalidade que é utilizada sob a perspectiva de uma razoável duração? Se a efetividade for considerada sinônimo da celeridade, podem as garantias constitucionais ser suprimidas em nome de uma “rápida solução do processo?”

Indubitavelmente, há outras diversas questões que devem ser analisadas, contudo, traçaremos as linhas fundamentais dos questionamentos ora expostos, a fim de demonstrar que o problema da efetividade vem sendo trabalhado sobre bases equivocadas, apontando a ação temática como uma boa alternativa para a conciliação da efetividade com as garantias constitucionais.

A indistinção entre efetividade e celeridade parecer ser o ponto fundamental da questão. A celeridade, concebida como a rápida solução não pode ser equiparada, muito menos, confundida, com a efetividade. A efetividade, no contexto do Estado Democrático de Direito só pode ser concebida “pelos condicionamentos de garantias de direitos fundamentais na construção dos procedimentos”.²⁹ Assim, a efetividade é concebida, justamente, como o atendimento do devido processo legal (contraditório, ampla defesa e isonomia) durante todo o *iter* procedimental do processo.

Demonstrada a impossibilidade de equiparação dos termos celeridade e efetividade, passamos ao segundo questionamento. Partindo do pressuposto de que todo o Ordenamento Jurídico Brasileiro está condicionado aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a racionalidade que encaminha a “razoável duração” só pode ser a legitimidade (fundamento primordial do referido modelo estatal). A “razoável duração”, portanto, deve ser concebida como a duração que permite a ampla

²⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Verossimilhança e Inequivocidade na Tutela Antecipada em Processo Civil*. Revista da Faculdade de Direito da PUC-Minas, Belo Horizonte, v.2, n.3-4, 1999. p. 232.

participação dos destinatários da decisão na sua construção. Sob essa perspectiva, de fato, o processo somente será efetivo se for observada a “razoável duração”.

O terceiro questionamento resta prejudicado, tendo em vista a resposta negativa dada ao primeiro. Porém, uma observação acerca desta questão deve ser realizada: no Estado Democrático de Direito, sob hipótese alguma, as garantias processuais constitucionais podem ser suprimidas em nome da celeridade.

Superadas as questões colocadas e evidenciada a relação existente entre efetividade processual e garantias constitucionais (não há efetividade processual sem a observância das garantias constitucionais), passamos a demonstrar que a ação temática é uma possibilidade a ser considerada para que ocorra a efetividade do processo coletivo.

Concebida como uma ação que detém uma ampla esfera de participação, a ação temática, ao ampliar o rol dos legitimados para a propositura de ações que atinjam um bem que afete um número indeterminado ou indeterminável de interessados, se afigura como um instrumento extremamente democrático.

Possibilitada a participação de cada um dos interessados (afetados pela decisão) durante todo o procedimento, em contraditório, de forma ampla e isonômica, a ação temática assegura a observação das garantias processuais constitucionais, do devido processo legal e, conseqüentemente, da efetividade do processo.

Ademais, ressalta-se que a ação temática “é a proposta de uma nova relação em que se reconhece o processo coletivo como um mecanismo moderno e fundamental de controle pelos interessados, dos atos que possam afetar diretamente a vida de todos nós”³⁰, razão pela qual, deve ser a mesma considerada como uma das possibilidades mais adequadas para assegurar a efetividade do processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista todas as considerações tecidas no desenvolvimento do presente artigo, conclui-se que o instituto da cidadania constitui o conteúdo normativo que encaminha as bases da legitimação para agir no processo coletivo.

Nesse sentido, demonstrou-se que a adoção da legitimação extraordinária pela legislação brasileira afigura-se completamente inadequada na perspectiva do

³⁰ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas: As Ações Coletivas como Ações Temáticas*. São Paulo: LTr, 2006. p. 189.

Constitucionalismo Democrático Brasileiro. A exclusão dos legitimados originais da participação na construção da decisão no processo coletivo se contrapõe aos fundamentos do Estado Democrático de Direito e, portanto, não pode subsistir.

No intuito de adequar o modelo de processo coletivo atualmente utilizado no Brasil, que se sustenta em narrativas eminentemente individualistas, e utiliza a legitimação extraordinária como um mecanismo para conferir celeridade ao procedimento, a ação temática propõe a ampliação da participação dos afetados pela decisão (interessados) na construção da mesma, adotando o conceito de legitimação para agir encaminhado pela cidadania, em consonância, portanto, com a legitimidade democrática.

Assim, por meio da ação temática permite-se a participação de todos os interessados em todas as fases do procedimento, em contraditório, de forma ampla e isonômica, fazendo coexistir as garantias processuais constitucionais e a efetividade do processo coletivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G.Giappichelli Editore, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BRASIL; OLIVEIRA, Juarez de. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988. 168p. (Legislação brasileira).

BRETAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. Ed. 12. São Paulo: Malheiros, 2005.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GALLUPO, Marcelo Campos. *Da idéia à defesa – Monografias e Teses Jurídicas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume I e II. ed. 2. Tradução Flávio Beno Siebeneich. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. ed. 6. São Paulo: Thomson-IOB, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Verossimilhança e Inequivocidade na Tutela Antecipada em Processo Civil*. Revista da Faculdade de Direito da PUC-Minas, Belo Horizonte, v.2, n.3-4, 1999. p. 232.

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

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações “temáticas”*. São Paulo: LTR, 2006.

ORESTANO, Ricardo. *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*. Bolonha: II Mulino, 1978.

PELLEGRINI, Flaviane de Barros. *O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari*. Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito -Virtuajus, Belo Horizonte, v.1, p. 01-29, 2003.

PELLEGRINI, Flaviane de Barros. *O paradigma do Estado Democrático de Direito e as Teorias do Processo*. Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito -Virtuajus, Belo Horizonte, v.1, n. ano 3, 2004.

TEIXEIRA, Renato Patrício. *Legitimação para Agir no Processo Coletivo*. 2006. 400f. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

VIGORITTI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo – la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979.