PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

**O PROCESSO COLETIVO E A CIDADANIA NA IMPLEMENTAÇÃO DA
DEMOCRACIA**

Juliana Maria Matos Ferreira

Belo Horizonte
2011

Juliana Maria Matos Ferreira

**O PROCESSO COLETIVO E A CIDADANIA NA IMPLEMENTAÇÃO DA
DEMOCRACIA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Processual da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito Processual

Orientador: Prof. Dr. Vicente de Paula Maciel Junior

Belo Horizonte
2011

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

F383p Ferreira, Juliana Maria Matos
O processo coletivo e a cidadania na implementação da democracia / Juliana Maria Matos Ferreira. Belo Horizonte, 2011.
136f.

Orientador: Vicente de Paula Maciel Junior
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Participação do cidadão. 2. Cidadania. 3. Estado de direito. 4. Direito processual coletivo. I. Viana, Márcio Túlio. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 352

Juliana Maria Matos Ferreira

**O PROCESSO COLETIVO E A CIDADANIA NA IMPLEMENTAÇÃO DA
DEMOCRACIA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Processual, área de concentração: Direito Processual - O Processo na Construção do Estado Democrático de Direito, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito para obtenção do título de Doutor.

Prof. Dr. Vicente de Paula Maciel Junior (Orientador) - PUC Minas

Prof. Dr. Leonardo Augusto Marinho

Prof. Dr. Vitor Salino de Moura Eça

Prof. Dr. Cleber Lucio de Almeida

Prof. Dr. Aroldo Plínio Gonçalves

Belo Horizonte, de de 2011

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que de certa forma contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho.

Agradeço a Deus pelas experiências desta vida,

À minha família, base de tudo que sei e que sou, pois só nós sabemos o que passamos e o que aprendemos...

Ao Marcelo, companheiro de toda a vida, por sempre me entender, principalmente pela minha constante ausência.

Aos meus amigos, poucos, mas, sinceros.

Ao meu orientador, mestre e amigo para sempre.

Aos meus alunos e às Instituições que me acolheram por estes anos, por me permitirem verificar que escolhi o caminho certo.

Não estaremos a revelar nenhum segredo dizendo que a grande maioria nos nossos atuais círculos governamentais e parlamentares não acredita no povo brasileiro como entidade consciente, não lhe reconhecendo, portanto, nenhuma capacidade de discernimento e deliberação. O que se ouve a cada passo é que este povo, dado o seu grande atraso, do que precisa exatamente é de uma força que o tutele, o eduque e o conduza, protegendo-o mesmo contra si próprio, pois as suas deploráveis condições de educação e cultura o predispõem a todos os desatinos. Nesta escandalosa e terrível contradição é que reside a verdadeira causa do nosso já embaraço constituinte [...]. (José Maria dos Santos, 1944)

RESUMO

O objetivo geral do presente trabalho é a elaboração da defesa de modelo processual em consonância com a democracia participativa como mecanismo de implementação dos objetivos, princípios e fundamentos da Constituição de 1988. Visa-se a superação de barreiras constituídas pela processualística clássica no intuito de afastar os interessados da construção de procedimentos pelos quais, ao final, serão afetados, em contraponto à determinação da Constituição Federal de 1988 que garante o livre acesso à jurisdição pelo direito de petição conferido indistintamente a todos. O processo coletivo é alvo constante destas formas de dominação de um modelo que afasta o cidadão da participação de decisões por intermédio de expressões lacunosas e desprovidas de significado. Pretende-se mostrar como que a influência de sistemas padronizados do conhecimento permeiam nossos dias, até mesmo na linguagem que utilizamos. A nova processualística deve buscar meios de inclusão do cidadão, de modo que esta nova concepção deva difundir uma política de regulamentação social, derivada de um processo de consagração de direitos fundamentais, indispensáveis para exercício das funções do Estado. O objetivo específico refere-se à tentativa de se demonstrar que a utilização da proposta da teoria das ações coletivas como ações temáticas no processo coletivo, em conjunto com as novas tecnologias da informação poderão ser utilizadas para implementação de um sistema participativo introduzida pela Constituição Federal de 1988, que tem como objetivo principal a instituição do Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Participação.Cidadania. Estado Democrático de Direito. Processo Coletivo.

ABSTRACT

The overall objective of this paper is to develop a defense procedural model in line with the participatory democracy as a mechanism for implementing the goals, principles and foundations of the Constitution of 1988. It aims to overcome barriers formed by classical proceduralism to divert those interested from the construction of procedures by which, in the end, will be affected, in contrast to the determination of the Constitution of 1988 which guarantees free access to the jurisdiction by the right of petition granted to everyone without distinction. The collective processes are a constant target of these forms of domination of a model that keeps citizens from participation in decisions by means of indistinct expressions and meaningless.

It is intended to show how the influence of modeling systems and standardized knowledge permeate our day, even in the language we use. The new proceduralism should seek means of inclusion, and never exclusion of the citizens, so this new design is to spread a social regulatory policy, derived from a process of recognition of fundamental rights, indispensable for the exercise of State functions.

The specific objective refers to an attempt to demonstrate that the proposed use of the theory of collective lawsuit and collective lawsuit issues in the process, together with the new information technologies, could be used to implement a participatory system introduced by the Constitution of 1988, which has as its main objective the establishment of a Democratic Rule of Law.

Keywords: Participation. Citizenship. Democratic. Rule of law. Collective lawsuit.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A FORMAÇÃO DO ESTADO E A EVOLUÇÃO RUMO AO RECONHECIMENTO DA CIDADANIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	12
2.1 A Formação do Estado	12
2.1.1 <i>As Dificuldades de Implementação do Estado Democrático</i>	<i>17</i>
2.1.2 <i>A Democracia como Princípio Estruturante.....</i>	<i>22</i>
2.1.3 <i>A Evolução do Princípio Democrático no Estado de Direito e as Modificações no Conceito de Cidadania</i>	<i>24</i>
3 A INFLUÊNCIA DO DIREITO PROCESSUAL PARA MANUTENÇÃO DO SISTEMA REPRESENTATIVO.....	36
3.1 Abordagem histórica da coletivização do processo: do processo individual ao processo coletivo.....	46
3.1.1 <i>A fase instrumentalista do processo e os movimentos de acesso à justiça</i>	<i>46</i>
3.1.2 <i>O Direito Processual Coletivo.....</i>	<i>49</i>
3.1.3 <i>As Fases de Coletivização do Direito Processual Brasileiro</i>	<i>52</i>
3.1.3.1 <i>A ação popular como a procedimento de participação do cidadão</i>	<i>53</i>
3.1.3.2 <i>A ação civil pública como procedimento coletivo típico.....</i>	<i>56</i>
3.1.3.3 <i>O Código de Defesa do Consumidor e o princípio da interação e integração das normas processuais</i>	<i>58</i>
3.1.3.4 <i>O Constitucionalismo de 1988 e a nova abordagem da Ciência Processual</i>	<i>59</i>
4 O CONHECIMENTO HISTORICAMENTE CONSTRUÍDO E A LINGUAGEM COMO FORMA DE DOMINAÇÃO.....	66
4.1 O Procedimento Coletivo e a Alienação do Cidadão	76
5 O PROCESSO COLETIVO COMO MEIO DE CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA	89
5.1 O Modelo Participativo de Processo Coletivo: As Ações Coletivas como Ações Temáticas.....	90
5.2 A (Re)definição do Conceito de Cidadania e a (Re)construção Democrática - a Aplicabilidade da Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas.....	104
5.3 A Viabilidade da Participação na Ação Coletiva pela Informatização do Procedimento	111
6 CONCLUSÃO	120
REFERÊNCIAS.....	123

1 INTRODUÇÃO

A democracia como princípio propulsor da Constituição de 1988 precisa ser implementada. O ordenamento jurídico pátrio foi e é construído hodiernamente com base em um viés histórico oriundo do individualismo carente de técnicas capazes de viabilizar a instituição da democracia.

A democracia fundada em um modelo representativo contribui para perpetuar os sistemas que se dizem democráticos, mas que se fundam na condução da vida social segundo moldes autoritários e excludentes.

A participação dos destinatários das normas nos procedimentos decisórios deverá ser implementada de forma a viabilizar os objetivos traçados pela Constituição Federal de 1988.

Diante deste cenário, compreende-se a necessidade de revisão do direito processual para que a técnica procedimental venha a se adequar e permitir a participação dos interessados, a fim de que possam influenciar na construção do provimento compartilhado, que definirá o conflito de pretensões individuais e coletivas existentes.

O Estado Democrático de Direito e o Modelo Constitucional de Processo devem ser colocados a fundamentação aos questionamentos em torno do direito processual e da participação que surgem pós-Constituição de 1988, incluindo-se neste sentido, até mesmo as bases pelas quais foi instituída a constituição atual que se afirma democrática.

Nessa perspectiva, procuramos elaborar uma crítica quanto ao tratamento do direito processual como técnica que conduz a uma alienação dos sujeitos, que acabam alijados da participação na construção do provimento.

O processo, e em especial o processo coletivo, na atualidade pautam-se no modelo representativo, onde o titular ou destinatário do provimento não participa, mas é sempre representado por alguém ou algum órgão institucional que dirá em juízo qual é o interesse a ser defendido em nome de todos, o que conduz a uma limitação do conceito de cidadania, mediante fundamentação de decisões jurisdicionais pautadas no interesse coletivo, interesse público e interesse geral.

A escolha dos representantes da coletividade é fundamentada num discurso de justificação ética e de técnica procedimental de celeridade e viabilidade prática, que, conforme procuraremos demonstrar explicita-se autoritário e em desacordo com a ordem constitucional vigente.

Entendemos que essas escolhas feitas no passado precisam ser repensadas em face da nova proposta de reestruturação fundada nos direitos e garantias fundamentais já consagrados na Constituição de 1988.

Nesse sentido, a efetividade do processo deverá relacionar-se diretamente ao paradigma adotado, devendo, por tais razões, de acordo com o modelo de Estado Democrático de Direito adotado pelo Brasil, o direito incondicionado de movimentar a jurisdição ser entendido como garantido a todos. A legitimidade dos processos decisórios em um Estado Democrático de Direito é medida pela garantia de efetivos meios de participação na construção dessas decisões.

Nos mesmos moldes, a participação, de forma a se permitir a ampla argumentação, no curso do processo, deverá ser assegurada, independentemente do número de sujeitos envolvidos num conflito de interesses.

O direito incondicionado de movimentar a jurisdição, o contraditório, a ampla defesa, a isonomia, como consectários do devido processo legal não foram limitados.

Neste diapasão, se a Constituição não restringiu a participação, não cabe a legislação infraconstitucional restringi-la, sob pena de gerar norma eivada de inconstitucionalidade.

O processo deve ser estudado e seus institutos revistos segundo os moldes participativos instituídos a partir de 1988 e, nesse sentido, pautar a construção das normas procedimentais que o regerão.

Acreditamos que o instituto da legitimação deverá ser o primeiro a ser revisado, pois interferirá diretamente em toda a construção da técnica procedimental democrática.

Toda a construção elaborada no curso da presente tese procurou demonstrar a ausência de delineamentos claros e insuficientes quanto às garantias de participação no direito processual.

Procuramos também demonstrar que a ausência de uma técnica específica quanto ao modelo participativo não se limita à realidade brasileira, sendo

questionada por vários ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Apesar das afirmações supra, verificamos, ao longo do trabalho, a crescente tentativa de utilização de técnicas procedimentais que não corroboram com a realidade do direito processual brasileiro.

Assim, os parâmetros adotados para se permitir a celeridade processual e a resposta ao jurisdicionado não podem ser buscados a qualquer custo. A realidade do Estado Brasileiro, que se instituiu Democrático de Direito deve ser respeitada.

Em virtude desta realidade, o cidadão, entendido como aquele que sofrerá todos os efeitos de um modelo normativo, deverá participar da construção do mesmo, como colaborador da construção de um Estado verdadeiramente democrático, de modo a cooperar na legitimação da ordem pela participação, fiscalizando a atuação estatal e atuando diretamente na defesa do patrimônio público e privado.

Nesse contexto, entendemos que somente podemos compreender o importante conceito de cidadania a partir de uma perspectiva procedimental de amplo debate, de forma a se permitir a construção de procedimentos participativos legítimos. Neste ínterim, a legitimação conferida a todos, segundo os moldes asseverados, corroborará com o conceito de uma ordem democrática.

Defendemos que, dentro dessa nova lógica, deverá desenvolver-se o direito processual, independentemente da origem do número de envolvidos, o que permite a distinção hoje existente entre processo coletivo e processo individual.

Como teoria apta para o desenvolvimento do processo coletivo segundo um viés democrático, adotamos como marco teórico a teoria das ações coletivas como ações temáticas.

O ponto central abordado pela teoria é o pressuposto de que as ações coletivas, construídas na perspectiva do Estado Democrático de Direito, devem adotar um modelo participativo, aberto e responsável.

Em superação da análise dos conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos a partir da teoria subjetivista de Vigoritti, e afirmando a necessidade da revisão e consolidação desses conceitos a partir da corrente objetivista, verificamos que Vicente de Paula Maciel Junior defende que somente a partir dos fatos, poderemos verificar quais serão os legitimados naturais a participarem do debate processual para construção de uma decisão participada.

Apenas diante dessa possibilidade, acreditamos que será possível a construção de uma decisão por um número indeterminado ou determinável de interessados.

Assim, o presente trabalho procurou destacar que o processo coletivo, segundo a ordem Constitucional vigente, não deve se distanciar do Modelo Constitucional de Processo, devendo aos interessados, que sofrerão os efeitos de uma decisão, ser assegurada a oportunidade de participação na construção da mesma.

Acreditamos que somente pelo resgate de um modelo participativo, mediante a permissão de interferência procedimental, será possível a legitimidade das decisões e da construção da ciência processual sob o prisma do Estado Democrático de Direito.

2 A FORMAÇÃO DO ESTADO E A EVOLUÇÃO RUMO AO RECONHECIMENTO DA CIDADANIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 A Formação do Estado

O processo de formação de um Estado encontra-se diretamente atrelado ao seu resultado, decorrendo de um processo contínuo de formação de uma instituição. O Estado não é um produto pronto e acabado, encontra-se em constante transformação.

Como uma das mais antigas doutrinas políticas, quanto à distinção das três formas de governo, os enunciados de Heródoto expunham as noções populares da sabedoria grega, questionando o governo instituído pelo domínio de um só homem e os riscos de se implementar a tirania. Defende Heródoto que o governo do povo é com certeza melhor, pois nele, todos são iguais¹.

Denuncia também que o governo do povo pode se degenerar e transformar-se em uma desenfreada demagogia, razão pela qual prima como melhor forma de governo a boa monarquia.

Platão, em *A República*, descreve que o Estado idealmente perfeito é o constituído pela aristocracia ou pela República de Filósofos².

Para Platão, a democracia como forma de governo decorre da liberdade de se permitir ao cidadão fazer tudo aquilo que quer, conduzindo, desta forma a uma degeneração política, devido ao excesso de liberdade, a tirania³.

Repetindo os pensamentos de Platão, descritos em *O Político*, Aristóteles alude a duas formas fundamentais de governo: a democracia, quando os livres governam e a oligarquia, quando os ricos governam⁴.

Observa-se, contudo, que a classificação triádica de formas de governo

¹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 487.

² PLATÃO. **A república**. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. VIII – IX

³ PLATÃO. **A república**. p. VIII – IX.

⁴ ARISTÓTELES. **A política**. 15.ed. São Paulo: Ediouro, 1988, IV, 4, 1290b, I

tornou-se a mais comum, sendo citada por escritores da Idade Média, Renascimento e da Idade Moderna.

Para Bodin⁵, as diversas formas de ordenamento estatal são as diversas formas de governo, não formas diferentes de Estado. O governo é o meio de exercício do poder Estatal como expressão da soberania cabível ao Estado.

No mesmo sentido, Hobbes afirma que a diferença das formas de governo depende da diversidade das pessoas nas quais se atribui a soberania. Desta forma distingue a democracia da aristocracia ou da monarquia, segundo a atribuição da soberania ao povo, aos nobres ou ao rei⁶.

Montesquieu, de forma diferenciada, afirma que o governo pode ser republicano, monárquico ou despótico, primando o primeiro pela virtude cívica e no espírito público do povo; a segunda no sentimento da honra militar e o terceiro no temor. Neste sentido defende que a liberdade conferida aos cidadãos não depende da forma de governo, mas, da limitação dos poderes garantida pela ordenação do Estado⁷.

Independentemente do momento histórico vivenciado, observa-se que a liberdade e bem estar não dependem das formas de governo, mas sim como os governos permitem a participação dos cidadãos na formação da vontade estatal.

Os homens são partes integrantes desta instituição social. A pesquisa sobre a natureza e origens do Estado tem como precursores do pensamento antropológico Jean Jacques Rousseau, Adam Fergusonm Condorcet, que perquiriam a respeito da busca da perfeição da civilização, mediante sujeição das pessoas às leis, que deveriam ser iguais perante todos, sem privilégios ou direitos especiais; refletindo os costumes dos povos, sem dos mesmos se distanciar⁸.

Os pensadores do século XVIII trabalhavam segundo o entendimento de que a sociedade e o governo estavam unidos de forma a se tornarem mais perfeitos e que o progresso da sociedade e do Estado refletiam uma unidade, como se denota

⁵BODIN, Jean. **Les Six Livres de la République**. Paris, Fayard, 1986.

⁶ HOBBS, Thomas. **De cive**. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 7, §§ 1 e 2.

⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p III.

⁸ KRADER, Lawrence. **A formação do Estado**. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1970, p. 24

na sociedade americana no referido período⁹.

Corroborando o entendimento de que Estado e sociedade constituíam uma só instituição, Thomas Hobbes, filósofo inglês do século XVII, em sua obra – o *Leviatã* – afirma que antes da formação do Estado os seres humanos viviam isolados, uns dos outros, asseverando que:

Desse modo, está claro que durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum que os mantenha temerosos, estão na situação que se chama guerra; e é uma guerra de todo homem contra todo homem. Em tais condições, não há lugar para a indústria, porque seus frutos são incertos, e, conseqüentemente, não há cultura na terra; nem navegação; nem uso das mercadorias que podem ser importadas pelo mar; nem amplas construções; nem meios de mover e remover as coisas que requeiram muita força; nem conhecimento da face da terra; nem noção do tempo; nem artes; nem letras; nem sociedade; e, o que é pior de tudo, medo constante, e perigo de morte violenta, e a vida do homem, solitária, pobre, suja, embrutecida, e curta¹⁰.

Segundo o ponto de vista de Hobbes, o fim da solidão é compensado por benefícios da vida comunal; os homens se reúnem por seus benefícios e concordam em desistir de sua liberdade em prol da vida em sociedade¹¹.

Rousseau, em *Contrato Social*, sugere diferentes bases para o contrato dos indivíduos, que não decorre de ajustes livres. O contrato social é em si um direito sagrado que serve de fundamento para outros direitos, em consonância com ao pensamento antropológico atual¹².

Segundo Hegel¹³, o Estado não poderia ser criado pela lei, mas estaria diante da lei superior como um todo dependente, derivando a justificação moral da lei mais alta, apontando uma falácia lógica na doutrina do direito natural e do contrato social, que em um primeiro momento subordina a humanidade à lei da natureza e a *posteriori* reduz a liberdade pelo contrato social.

⁹ KRADER, Lawrence. **A formação do Estado**. p. 24.

¹⁰ HOBBS, Thomas. **De cive**. Oxford: Clarendon Press, 1983. p.35.

¹¹ HOBBS, Thomas. **De cive**, p. 35.

¹² ROUSSEAU, Jean-Jacques: **O contrato social**. trad. Pietro Nasseti 20º ed. São Paulo -SP Martin Claret, 2001. P. 128.

¹³ HEGEL, G. W. Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. 4. ed., Lisboa, Guimarães Editores, 1990.

A teoria do Estado corporativista aplicada na Itália por Mussolini entre 1920 e 1930 reflete uma manobra para envolver os indivíduos em um conjunto maior por meio da ficção da unidade da vontade e alcança o mesmo fim pretendido por Maquiavel, porém, por meios indiretos. Na sociedade e no Estado, os problemas sociais não são resolvidos, mas criados, podendo em determinadas hipóteses criarem uma moralidade predominante em razão de diferentes valores, tornando o Estado inatacável¹⁴.

Lewis H. Morgan, ao escrever a respeito do desenvolvimento da idéia de governo no século XIX investiga a origem do Estado sob um prisma moderno, considerando-o como ponto central para o desenvolvimento da sociedade, em um regime de progressão entre Estado-sociedade.

Robert Lowie, entre 1920 e 1930, defende a origem e desenvolvimento do Estado, afirmando que o mesmo surgia a partir de uma associação, um agrupamento de pessoas, com determinados propósitos, podendo ser encontrado em toda parte da sociedade humana. Aduz, neste sentido, que o Estado é uma potencialidade em todas as sociedades¹⁵.

Diferentemente, no mesmo período, ou seja, entre 1920 e 1930, assevera Richard Thurnwald que o Estado decorre da conquista de um povo por outro. O posicionamento de Thurnwald foi severamente criticado, levando-o a ponto de incluir fatores psicológicos para se explicar¹⁶.

Jellinek afirma a existência de três maneiras de concepção do Estado: como objeto direto, delineando o Estado como objeto e os homens como seus membros, constituindo também seu objeto, restando dentro do Estado um direito sem sujeito. Sob este prisma se deveria reconhecer uma ordem jurídica supra-estatal, onde o sujeito recepcionaria a soberania sobre o Estado objeto; como relação jurídica, de modo a afirmar que o Estado se constitui por meio das relações entre governantes e governados; como unidade de relações sociológicas, em que o Estado se constitui por meio de uma unidade de relações de dominação entre os homens em busca da conservação da existência individual e de felicidade.

Independentemente do ponto de partida, verifica-se que o surgimento e a

¹⁴ KRADER, Lawrance. **A formação do Estado**. p. 12-13.

¹⁵ KRADER, Lawrance. **A formação do Estado**. p. 12-13.

¹⁶ KRADER, Lawrance. **A formação do Estado**. p. 12-13.

formação do Estado decorrem de processos complexos, uma vez que o Estado se forma e se desenvolve de maneira diferenciada em distintos lugares e épocas, como cidades-Estado, Estados Imperiais, Estados teocráticos, estados tribais consaguíneos, Estados nacionais, Estados centralizados e Estados descentralizados, Estados oligárquicos, autocráticos e democráticos¹⁷.

Embora os Estados tenham tomado distintas formas, todos possuem certos traços em comum. Os Estados de hoje possuem limites territoriais fixos e a cidadania é estabelecida, segundo Krader¹⁸ pelo direito de ter nascido na terra ou descender de pais nascidos na terra, ou de se ter naturalizado, de modo que neles possa viver, desfrutando de direitos e obrigações.

Observa-se que a tendência histórica gira na tentativa de reduzir as formas estatais para prevalência dos Estados Nacionais, por meio de um processo de difusão da Europa para o restante do mundo.

O Estado Nacional desenvolveu-se na Europa ao final do período medieval e início dos tempos modernos, adaptando-se a muitas formas de ideologia políticas, não se baseando em uma descendência comum ou unidade étnica ou cultural, mas na unidade do governo em determinado território, cujos povos são de diferentes origens¹⁹.

Os ideais nacionalistas decorrem de experiências e interesses compartilhados, instituições, objetivos, símbolos comuns e uma mesma língua. Algumas nações, como a Suíça, são multilíngües²⁰

De maneira geral, os Estados apresentam problemas semelhantes pertinentes a dirigir e assegurar as vidas dos cidadãos e habitantes, de ajustar e orientar relações entre Estados, garantir o bem-estar de todos.

Além da dificuldade supra apresentada, quanto à organização do Estado, o atendimento a um sistema democrático torna-se também de difícil implementação em função das formas existentes de controle social.

A utilização do direito como meio de controle social é tema de bastante

¹⁷ KRADER, Lawrance. **A formação do Estado**. p. 16-17.

¹⁸ KRADER, Lawrance. **A formação do Estado**. p. 16-17.

¹⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

²⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. p. 18.

debate em torno das ciências sociais que prima pela implementação, no Brasil, de um país democrático. Neste sentido afirma Paula Cezar Santos Bezerra:

Dentre os temas mais discutidos pela sociologia e demais Ciências Sociais, o controle social constitui um dos mais importantes e fascinantes. Nesta seara está, precisamente, a concentração de esforço permanente e de vigilância que os grupos sociais exercem sobre a conduta de seus membros para uniformizá-la e adaptá-la aos padrões considerados vitais a sobrevivência do agrupamento. Só os indivíduos socializados podem ser objeto de observação sociológica²¹.

Sob este prisma, a instituição de um modelo democrático é alvo de críticas por vários estudiosos do direito que procuram explicitar os limites de atuação de governos “em nome do povo” e “para o povo”.

2.1.1 As Dificuldades de Implementação do Estado Democrático

As virtudes e os defeitos do regime democrático como governo do povo foram alvo de debates por longo período da história Ocidental, que demonstrou diversos males inerentes à democracia como a volubilidade e a demagogia, como traços inerentes à tradição da democracia da Antiguidade²².

A definição de Estado democrático perpassa pela redefinição dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, suplantando paradigmas tradicionais de forma a concretizar premissas segundo os parâmetros constitucionais, em função das constantes transformações sociais. No Estado social, a arbitrariedade podia ser evitada mediante aumento do poder político do Estado por ele mesmo. Já em um Estado que se pretende democrático, o meio eficaz para suplantar arbitrariedades deverá decorrer de reformas políticas, econômicas e sociais e por meio da efetiva participação dos cidadãos.

Em épocas mais recentes, essas restrições desapareceram quase

²¹ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça. Um problema ético-social no plano da realização do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 48.

²² DALLMAYR, Fred. **Para além da democracia fugida: algumas reflexões modernas e pós-modernas**. Trad. Paula Torres. In: Democracia hoje: novos desafios para a teoria Democrática Contemporânea. Jessé Souza (Org.). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 11.

inteiramente, tendo como consequência a aceitação nas sociedades mundiais de um conceito de democracia que procura defini-la ora como liberal, ora como popular, destacando-se na primeira hipótese os direitos individuais do cidadão e na segunda uma soberania e vontade popular quase absoluta²³.

Recentemente, vislumbramos uma amplitude do debate em torno da democracia, definida como pós-moderna, visando a desconstrução tanto as premissas individualistas como coletivistas do passado²⁴.

Nos escritos de filosofia-política a democracia é comumente apresentada como regime político justaposto a outros tipos de regime, afastada de qualquer dimensão da experiência, desconsiderada, segundo Fred Dallmayr²⁵, pelas suas inerentes lutas e agonias concreto-temporais.

Neste sentido, verificamos que não se pode desconsiderar do desenvolvimento da noção de democracia as experiências já vivenciadas pela humanidade, devendo-se perpassar pela Revolução Gloriosa da Inglaterra, pelas Revoluções Americanas e Francesas do final do século XVIII e pelos movimentos revolucionários que marcaram o crescimento da sociedade industrial do Ocidente ao longo dos últimos duzentos anos.

Destaca-se, neste contexto, que o desenvolvimento da democracia compreende mais do que uma simples substituição de uma prática de governo por outra, fazendo parte de uma história maior que traz em si implicações existenciais, de autoconhecimento humano.

Como exemplo de mudança de paradigmas inerentes à construção democrática, vislumbramos na Revolução Gloriosa da Inglaterra o precedente movimento renascentista de modificações de conceitos que persistiram durante toda a Idade Média, introduzidas por Bacon, Descartes e Hobbes.

No mesmo sentido, verificamos que contrariamente ao Estado Iluminista ou ao Estado-providência, cuja centralização do poder era conferida aos monarcas, responsáveis pela promoção do bem-estar de seus súditos, são desenvolvidas as noções de Estado de Direito, que se iniciaram na primeira metade do século XIX, visando expressar a realidade do Estado Moderno num ideal de racionalização

²³ DALLMAYR, Fred. **Para além da democracia fugida**. p. 11.

²⁴ DALLMAYR, Fred. **Para além da democracia fugida**. p. 11.

²⁵ DALLMAYR, Fred. **Para além da democracia fugida**. p. 11.

jurídica de vida²⁶.

Impõe-se observar, conforme estudo realizado por Ronaldo Bretas de Carvalho Dias²⁷, que a doutrina alemã, que inicialmente idealizou o Estado de Direito, passou a concebê-lo como realizador dos princípios da razão, do reconhecimento de direitos básicos de cidadania e da aceitação do princípio da separação dos poderes, em acatamento à doutrina de Montesquieu²⁸.

A partir dos ensinamentos de Montesquieu²⁹; em 1748, a referência à teoria da separação de poderes é ampla, de forma a tratar da indicação dos mesmos como sendo o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, sendo estes poderes harmônicos e independentes entre si, enunciando tal formação através da observação das principais Constituições de sua época. Para Montesquieu, a divisão do Poder tinha fundamento na garantia da liberdade dos cidadãos e neste sentido considerava como indispensável a organização em três poderes exercidos por órgãos diferentes, o executivo, o legislativo e o judiciário.

Canotilho, no mesmo sentido, assevera que ao Estado de Direito é atribuído inicialmente cunho alemão diante da assunção de uma política social mais definida. Contudo, assevera a importância do princípio inglês da Rule of Law, que vedava o arbítrio, e que primava pelo princípio da legalidade da administração, da igualdade perante o direito, da independência dos tribunais e da proteção das liberdades civis e políticas.

Arrola ainda as idéias de Estado Constitucional desenvolvido nos Estados Unidos por meio de uma constituição formal e de um processo com garantias (*due*

²⁶ DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. p. 93.

²⁷ DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. 93.

²⁸ DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. p. 94.

²⁹ Para Montesquieu quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, pois que se pode esperar que esse monarca ou esse senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. A proposta da separação dos poderes, além de buscar a proteção da liberdade individual, tinha por base também aumentar a eficiência do Estado, haja vista ser possível com a Separação de Poderes, uma divisão de atribuições e competências mais otimizada, tornando especializado em determinada função cada órgão do Governo. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

process of law) capazes de preservar os direitos de liberdade perante o poder público³⁰.

Destaca na França o conceito de *règne de la loi*, vinculado à noção de lei como expressão da *volontè générale*, como mecanismo de conscientização da defesa contra os abusos da administração³¹.

Afirma neste sentido Ronaldo Bretas de Carvalho Dias³² que o Estado de Direito é também um Estado Constitucional, como consequência do constitucionalismo desenvolvido no modelo francês e americano, justificando a existência de um Estado vinculado ao direito.

Dessa forma, aduz que o Estado Constitucionalmente estruturado desponta como dotado de funções que são regidas por leis votadas e aprovadas pelos representantes do povo³³.

Nesse sentido se desenvolvem os estudos do século XIX quanto às teorias do Estado e as teorias do processo, não se permitindo a referência às Constituições sem os seus princípios norteadores – o do Estado de Direito e o do Estado Democrático. Nesse sentido afirma Bretas:

A partir desse pensamento, sustentamos que o paradigma do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito devem ser compreendidos como sistemas jurídico-normativos consistentes, concebidos e estudados pela teoria do Estado e pela teoria constitucional, no sentido técnico de verdadeiros complexos de idéias, princípios e regras juridicamente coordenados, relacionados entre si por conexão lógico-formal, informadores da moderna concepção de Estado e reveladores das atuais tendências científicas observadas na sua caracterização e estruturação jurídico-constitucional.³⁴

Ressaltamos que os princípios estruturantes das Constituições desenvolvidas a partir do século XIX, segundo Canotilho³⁵, têm, cada um, um conteúdo específico,

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 350.

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 350.

³² DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. p. 99.

³³ DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. p. 99.

³⁴ DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. p. 101.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 346.

sendo que o princípio democrático não é o mesmo que o princípio do Estado de Direito.

Realizando a diferenciação entre os princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático segundo o entendimento de Karl Larenz, as normas expressas nas Constituições determinam, direcionam e conformam as atividades do Estado, limitando-as e direcionando-as, definindo o Estado de Direito como aquele cujas leis emanadas pelo Estado devem ser pelo mesmo cumpridas³⁶.

Quanto à idéia central de democracia destaca que está a mesma relacionada à fonte de legitimação do poder que é o povo, dele emanando o exercício do poder pelo Estado³⁷.

Corroborando tal posicionamento, define Mário Lúcio Quintão Soares o Estado Democrático de Direito como:

...forma de racionalização de estrutura estatal-constitucional. Para elaboração do conceito, devem ser conjugados elementos formais e materiais exprimindo a profunda imbricação entre forma e conteúdo. Assim, são princípios concretizadores do Estado democrático de direito. Princípio da constitucionalidade – respaldado na supremacia da constituição, vincula o legislador e todos os atos estatais à constituição, estabelecendo o princípio da reserva da constituição e revigorando a força normativa da constituição; sistema dos direitos fundamentais – a inserção no texto constitucional dos direitos humanos exige medidas para sua implementação. Este sistema exerce funções democráticas, sociais e de garantia do Estado democrático de direito; princípio da legalidade da administração (cerne da teoria do Estado de direito) – postula dois princípios fundamentais: o da supremacia ou prevalência da lei e o da reserva de lei; princípio da segurança jurídica – conduz à consecução do princípio de determinabilidade das leis, caracterizando-se como princípio de proteção da confiança dos cidadãos; princípio da proteção jurídica e das garantias processuais (proteção jurídica individual sem lacunas) – procedimento justo e adequado, de acesso ao direito e de concretização do direito. São garantias gerais de procedimento e de processo: a) garantias de processo judicial, de processo penal e de procedimento administrativo; b) independência dos tribunais e vinculação do juiz à lei; c) princípio de garantia de acesso ao judiciário, assegurando-se ao cidadão pleno direito de defesa; d) princípio da divisão de poderes – a separação dos órgãos de soberania permanece inatacável como garantia de liberdade, contudo, hoje, a ordenação funcional separada da ordem constitucional estabelece ordenação controlante-cooperante de funções.³⁸

³⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, p. 676, 1997.

³⁷ DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. p. 103.

³⁸ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 219-220.

Merece destaque, neste ponto, a Constituição da República de 1988, que ao consagrar o princípio democrático, procurou estabelecer uma ordenação normativa garantidora de um extenso rol de direitos e garantias individuais e coletivos e atribuiu aos entes Estatais uma série de funções para fins de implementação de seus objetivos arrolados no artigo terceiro e tornar efetivos os direitos fundamentais.

2.1.2 A Democracia como Princípio Estruturante

Ao defendermos a democracia como princípio constitucionalmente consagrado, acreditamos estar extrapolando os limites de um método de escolha de governantes e governados, visando abarcar aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais caracterizadores de um impulso dirigente de uma sociedade³⁹.

O princípio democrático deve ser entendido como em constante transformação, decorrente de uma sociedade aberta e ativa, não se limitando a uma concepção estática, de forma a se permitir aos cidadãos o seu desenvolvimento, mediante a liberdade de participação nos processos políticos, econômicos e sociais em consonância com o estabelecimento de uma sociedade livre, justa e solidária segundo os ditames da Constituição.

No mesmo sentido, verificamos quanto ao Estado de Direito como princípio jurídico-constitucional com dimensões materiais e organizativo-procedimentais⁴⁰.

No Brasil, a partir do reconhecimento da soberania pertencente ao povo, as teorias constitucionais do século XVIII e XIX passam a se ocupar dos mecanismos de exercício desta soberania, seja por maiorias, seja por meio de um único dirigente.

Partimos da premissa que as concepções de democracia que excluem os cidadãos de uma incondicional participação e incessante atividade fiscalizadora das funções estatais afastam-se de qualquer legitimidade, não se sustentando diante dos objetivos constitucionais e da perseguição da democracia participativa pretendida pela Constituição de 1988.

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 415.

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 414.

Quanto à democracia como direito assegurado a todos, segue a lapidar lição de Paulo Bonavides:

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para o qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. A democracia positivada enquanto direito de quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia; esta, porém, enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual.⁴¹

O direito à democracia nos termos da Constituição da República de 1988 deve ser garantido a todos, pessoas jurídicas, privadas, entes despersonalizados e grupos sociais, que deverá ser interpretado em consonância com a ampla participação, de forma a se buscar o atendimento aos interesses de todos os envolvidos em uma situação fática, de forma a se evitar o cerceamento de defesa, que inviabiliza manifestações.

Preconiza Liszt Vieira:

Um Estado Democrático é aquele que considera o conflito legítimo. Não só trabalha politicamente os diversos interesses e necessidades particulares existentes na sociedade, como procura instituí-los em direitos universais reconhecidos formalmente...Uma sociedade democrática não cessa de trabalhar suas divisões e diferenças internas e está sempre aberta à ampliação dos direitos existentes à criação de novos direitos.⁴²

Não restam dúvidas que além de representarem elementos constituintes do Estado de Direito os direitos fundamentais assegurados pela Constituição

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 571.

⁴² VIEIRA, Liszt. **Cidadania e Globalização**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2009, p.40.

constituem elementos fundamentais para realização do princípio democrático⁴³.

Neste íterim, entendemos que o espaço discursivo da democracia deve se estender ao âmbito jurisdicional, sobretudo, no curso do procedimento. Essa compreensão mostra-se de suma importância para as ações coletivas, nas quais se discute a participação dos sujeitos envolvidos em torno de uma questão litigiosa, que hoje se mostra justificada pela ponderação de interesses em prol do bem maior que seria a coletividade.

Por isso, destacamos a necessidade de se identificarem mecanismos que garantam, no curso do processo, o dimensionamento do problema da democracia e suas implicações no que tange a limitação de participação em afronta aos princípios e garantias constitucionais a partir de 1988.

2.1.3 A Evolução do Princípio Democrático no Estado de Direito e as Modificações no Conceito de Cidadania

A influência das estruturas normativas segundo os parâmetros existentes no ordenamento jurídico brasileiro sobre as teorias jurídicas é marcante. Tal influência nos permite verificar a realidade que, nessas hipóteses, tende a se tornar mera repetidora de afirmações desprovidas de qualquer fundamentação.

Para Cícero, em *A República*, o povo não pode ser entendido como uma aglomeração qualquer de homens, reunidos de qualquer forma, mas pela aglomeração associada pelo consentimento ao mesmo direito e por comunhão de interesses.

Os conceitos de cidadania e de cidadão vêm adquirindo diferentes conotações em consonância com direitos sociais e políticos e de acordo com a ordem Constitucional de cada país.

A origem histórica da cidadania vincula-se diretamente ao direito e aos *status* adquiridos pelos homens ao longo dos tempos, merecendo especial destaque nos séculos XVIII, XIX e XX.

Marshall, Bendix, Toqueville e Marx são responsáveis pela elaboração de um

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 431.

discurso urbano da cidadania, devido à distinção inicial realizada nos centros urbanos entre o público e o privado, que serviu de base para o aprimoramento do conceito de cidadania⁴⁴.

Jaime Pinsky⁴⁵ define que ser cidadão é o mesmo que possuir direito à vida, à liberdade e à igualdade perante a lei, em outras palavras, como a fruição de direitos civis.

Ao contrário dos autores citados acima, Jerome Brum, Gerschenkron, Barrington Moore e Eugene Weber, defendem que a cidadania vincula-se às relações de trabalho no mundo rural, no contexto das lutas camponesas para garantir os direitos mínimos⁴⁶.

Segundo Marshall o desenvolvimento histórico da cidadania relaciona-se a três fases dos direitos humanos: o elemento civil relacionado com os direitos civis de liberdade individual; o elemento político vinculado aos direitos de participação no exercício do poder político; e o elemento social consubstanciado nos direitos do bem-estar econômico e herança social⁴⁷.

Quanto aos marcos acima, destacamos que os direitos civis aparecem no cenário mundial no século XVIII, os direitos políticos no século XIX e os direitos econômico-sociais no século XX.

O conceito de cidadania relacionado ao direito decorre do sentido histórico libertário e revolucionário pela busca de emancipação dos sujeitos, enquanto grupos emergentes na história, o que permite a sua interligação com os direitos humanos.

A partir do aparecimento de um modelo democrático, verificamos que o indivíduo participante passa a ser centro da sociedade, devendo a inter-relação entre os sujeitos se pautar na máxima garantia de primazia dos mesmos.

A cidadania enquanto vivência dos direitos humanos deve ser entendida como uma conquista da própria humanidade, significando a realização democrática de uma sociedade, então compartilhada por todos.

⁴⁴ CÔRREA, Darcísio. **A construção da cidadania – Reflexões Histórico-Políticas**. Rio Grande do Sul: Unijí, 2006, p. 211.

⁴⁵ PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003. p.10.

⁴⁶ CÔRREA, Darcísio. **A construção da cidadania** p. 211.

⁴⁷ CÔRREA, Darcísio. **A construção da cidadania** p. 211.

Neste contexto, a liberdade dos cidadãos aparece como algo inquestionável, devendo a organização da sociedade assegurá-la. Decorrem deste entendimento as seguintes premissas: liberdade política, liberdade individual, liberdade de pensamento, liberdade de reunião, liberdade de ir e vir, dentre outras.

Contudo, observamos que os princípios de liberalismo arrolados, diante da ausência de mecanismos adequados para garantir direitos estabeleceram uma igualdade apenas teórica dos indivíduos, que permearam desigualdade e desequilíbrio social.

A intervenção do Estado para supressão das deformações da democracia liberal permitiu o desenvolvimento de uma teoria geral da cidadania visando à definição dos meios de participação do cidadão, como democracia direta, democracia representativa, democracia semidireta, veto popular, iniciativa popular, referendun, dentre outros.

Para Kildare Gonçalves Carvalho⁴⁸, a cidadania é o fundamento do Estado Democrático de Direito, com base no artigo 1º, II, da Constituição. Utilizando dos ensinamentos de Cretella Junior, afirma que se a nacionalidade é a sujeição, por nascimento ou por adoção do indivíduo ao Estado, para gozo e exercício dos direitos políticos, cidadania é a habilitação do nacional para exercício dos direitos políticos.

Define, inicialmente, a cidadania como status do nacional para o exercício dos direitos políticos, aplicáveis às pessoas físicas que podem votar e ser votadas⁴⁹.

O povo como elemento constituinte do Estado juntamente com a o território e o poder político, conforme definido nos Manuais de Direito Constitucional, consiste numa comunidade de pessoas.

O povo, neste sentido, é entendido como o sujeito e o destinatário do poder político que se institucionaliza, só existindo, portanto, dentro de uma organização política.

O conceito de povo não deve confundir-se com o de população, definindo esta última como um conceito econômico demográfico que difere do primeiro que corresponde a um conceito jurídico político.

Segundo Ivo Dantas a população constitui o elemento pessoal constitutivo do

⁴⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**: teoria do estado e da constituição : direito constitucional positivo. 17. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 180.

⁴⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. p. 180.

Estado, em razão do seu sentido demográfico-matemático, que difere do conceito psico-sócio-antropológico e jurídico-político-constitucional de povo, nação ou grupo social. Ivo Dantas conduz seu entendimento fundamentando-o no artigo 5º da Constituição que se refere aos brasileiros e estrangeiros residentes no país como destinatários da ordem jurídica e do poder do Estado Brasileiro, não distinguindo entre nacionais e estrangeiros quanto a tutela das normas constitucionais declaratórias dos direitos individuais⁵⁰.

Para Jorge Miranda⁵¹ a nacionalidade é conferida a todas as pessoas coletivas, podendo ser atribuídas até mesmo a coisas como navios e aeronaves; diferentemente da cidadania que apenas pode ser conferida a pessoas singulares.

Democracia para Kildare Gonçalves⁵² é definida como regime político, sendo o governo do povo, pelo povo e para o povo, que o exerce direta e indiretamente que se converte numa forma de vida que se converte que se institucionaliza politicamente no Estado como forma de convivência social.

Segundo Bitart Campos⁵³ a democracia é mais que uma forma de governo é primariamente um modo de viver dos associados, de conjunta experiência comunicada, ou ainda, a democracia é primariamente social, oral e espiritual e secundariamente política. É uma filosofia de vida, tanto como uma teoria de governo.

De acordo com Kildare Gonçalves Carvalho a democracia expressa valores que são a maioria, a igualdade e a liberdade⁵⁴.

A maioria é representada pelos eleitos, que na maioria das vezes representam na verdade interesses setoriais e oligárquicos que os afastam de qualquer tentativa de definir a democracia.

Corroborando com tal entendimento Robert Michels define que, no fenômeno democrático o que se observa é a concentração do poder em mãos de elites ou de

⁵⁰ DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado**: direito constitucional I. Belo Horizonte: Del Rey, 1989, pg. 106 e 107.

⁵¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Ed., 2000, pg. 83 e 84.

⁵² CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. p. 184.

⁵³ BIDART CAMPOS, German José. **Doctrina del Estado Democrático**. Buenos Aires: EJE, 1961. p. 203-204.

⁵⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. p. 185.

grupos dirigentes, assim como Gaetano Mosca e Gastón Bouthone⁵⁵

No mesmo sentido Luiz Pinto Ferreira⁵⁶ afirma que a livre deliberação da maioria não se mostra suficiente para determinar a natureza da democracia.

Definindo a democracia Pontes de Miranda⁵⁷ afirma:

Liberdade (fundo), igualdade (fundo) e democracia (forma) são três caminhos distintos, precisos, claros. São como três caminhos, três dimensões pelos quais se anda: sobe-se uma; por outra, vai-se para os lados; pela terceira, marcha-se para frente ou para trás. Não se pode por uma linha caminhar pelas três; nem avançar de um ponto, por uma delas, significa avançar pelas três. Cada uma existe independentemente das outras. A evolução tem de se processar nas três. Em certos momentos a Grã-Bretanha realizou mais liberdade. Os Estados Unidos, mais democracia. A Rússia, mais igualdade. Quem diz democracia, liberdade e maior igualdade refere-se, necessariamente, às três estradas. Estrada larga, subindo, é fusão das três. Mas, ainda, aí, não se confundiram as dimensões, isto é, os três conceitos.

Importante destacar que afirma Kildare⁵⁸ que basta a existência da sociedade para que a democracia exista, como se a mesma fosse algo inerente aos indivíduos, devendo liberdade e a isonomia ser considerados como objetivos do regime democrático, conforme se questionará adiante.

Ao se referir à participação democrática Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵⁹ sustenta que a mesma possui um duplo condicionamento, um subjetivo e outro objetivo, definindo o primeiro como a motivação para participar, de ordem psicológica e social e o segundo como a admissão a participação, de natureza política e jurídica, promovida por instituições que devem assegurar a amplitude participativa.

Assevera Rosemiro Pereira Leal⁶⁰ que o conceito vulgar de cidadania relaciona-se com aleatório e ocasional exercício de voto ou mobilizações sociais como forma de provocar transformações sociais, explicitando a fragilidade do

⁵⁵ MICHELS, Robert. **Sociologia dos partidos políticos**. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

⁵⁶ FERREIRA, Luis Pinto. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. Ed. Saraiva, SP, 1983, t. 1, p. 143.

⁵⁷ MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 183.

⁵⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. p. 185.

⁵⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito de participação política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 11.

⁶⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002, p. 151.

referido conceito.

Neste sentido, as técnicas desenvolvidas da democracia representativa complementaram um sistema de participação dos indivíduos por meio de mecanismos como designação de governantes ou eleições, direito ao sufrágio, limites do sufrágio, origem racial e nacionalidade.

A liberdade neste contexto passa a ser examinada como direito inerente a qualquer ser humano, devendo o Estado assegurá-la, o que permite vislumbramos como mecanismo de relação entre Estado e indivíduo. Nesse passo, convém ressaltarmos que a cidadania se relacionará com as incursões referentes às garantias e princípios constitucionais.

Assim, a liberdade e os demais direitos fundamentais, no Estado de Direito, são assegurados aos indivíduos, devendo ser garantidos até mesmo contra abusos cometidos pelo próprio Estado.

Independentemente do conceito adotado, conforme leciona José Alfredo de Oliveira Baracho⁶¹ não há cidadãos sem democracia ou democracia sem cidadãos.

Importante será asseverar se os conceitos de cidadania encontram-se em consonância com os conceitos de democracia.

Preleciona Rosemiro Pereira Leal neste sentido:

Cidadania é um deliberativo vínculo jurídico-político constitucional que qualifica o indivíduo como condutor de decisões, construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico da sociedade política a que se filiou, porém o exercício deste direito só se torna possível e efetivo pela irrestrita condição legitimada ao devido processo constitucional.⁶²

Buscando uma definição quanto ao conceito de povo, e sua conseqüente vinculação à democracia, Fábio Konder Comparato⁶³ aduz que o povo não é um conceito descritivo, mas operacional, sendo a sua noção já conhecida e utilizada na antiguidade clássica, desprovida da justificativa democrática existente nos dias atuais.

A noção de povo segundo os ditames modernos, com o surgimento das

⁶¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral da Cidadania – A Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais**, São Paulo: Saraiva, 1995, p.1.

⁶² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. p. 151.

⁶³ MULLER, Friederich. **Quem é o povo?**. São Paulo: Max Limonad, 1995, p. 13.

noções de democracia, não era tratado na antiguidade clássica que a utilizava em matéria de teoria política e de direito público.

O povo como destaca Frederich Muller é um conceito plurívoco e não unívoco, pelo qual tomamos como ponto fundamental o povo, enquanto titular da soberania, no sistema democrático⁶⁴.

O conceito de povo como titular da soberania democrática aparece nos tempos modernos, com os norte-americanos.

A aplicabilidade prática do referido conceito no sistema democrático, interfere diretamente na delimitação do conceito de povo. Povo, entendido como sujeito coletivo, limitado a uma só vontade, ou, ainda, o povo representado por representantes eleitos pela vontade majoritária não se conforma aos ditames democráticos.

Acreditamos inviável o entendimento do povo como um corpo unitário dotado de uma vontade unívoca.

Neste sentido, podemos verificar que um conceito limitado e homogêneo poderá conduzir a uma forma de imposição de vontades particulares e não de manifestação participada dos indivíduos. Conduzirá, neste passo, à prevalência da vontade dos representantes.

Com a definição instituída no século XVIII de um sistema democrático cujo poder emana do povo, a dificuldade de definição do mesmo merece ser suplantada para fins de estabelecimento de uma operacionalidade prática da democracia afastada de quaisquer ideologias e usurpações conceituais.

Observamos que as constituições com freqüência utilizam a expressão “povo”, mas, não descrevem a referida conceituação, pois limitam-se a perseguir fundamentos de legitimação das normas instituídas.

O preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988 aduz à instituição de um Estado Democrático. No título I, artigo 1º se refere à constituição da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, no qual todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

No mesmo sentido Lei Fundamental Alemã que invoca que a República Federal Alemã seria um Estado Federativo Democrático e de bem-estar social, no

⁶⁴ MULLER, Friederich. **Quem é o povo?**. p. 15.

qual todo poder do Estado emanaria do povo e deveria ser exercido pelo povo em eleições e votações, bem como por meio da atividade dos clássicos órgãos públicos divisores dos poderes.

Destacamos que a soberania popular reduzida aos ideais dos Estados Constitucionais Modernos é explicitada pelas exaustivas elucubrações em torno do mesmo, que fazem referência a um símbolo justificador de atitudes, relacionando-o na prática com mecanismo de dominação e supressão de vontades individuais.

Preleciona Fábio Konder Comparato quanto ao tema:

Assim, aquilo que na concepção voluntarista da soberania popular parecia um recurso contra o arbítrio do soberano, uma garantia de liberdade e segurança, transformou-se em fonte permanente de insegurança social e princípio determinante do absolutismo estatal. No momento em que a lei deixa de ser um limite à ação do Estado, para se tornar, ao contrário, instrumento de governo – o mais eficaz de todos -, o que desaparece não é a distinção entre lei e ato administrativo, mas a própria distinção entre lei e Direito, pois este último, como conjunto sistemático de princípios superiores à vontade arbitrária, deixa de existir como vivência coletiva.⁶⁵

O conceito de povo como retórica justificativa das ações do Estado confronta-se com o povo como práxis efetiva, pois, as diferenças existentes não devem funcionar como obstáculos para atuação do povo enquanto sujeitos ativos da construção e reconstrução do processo democrático.

Assim o adiamento desta participação configurará uma desvinculação do povo à democracia.

Se a justificativa de uma ordem democrática se limitar ao que entende como possível, deverá ser a mesma entendida como obstáculo à participação pelos governantes por meio do povo.

Segundo os delineamentos iniciais de Frederich Muller⁶⁶ o povo deve ser entendido em duas esferas: o povo-ativo e o povo-destinatário, como mecanismo de preservação e instituição de uma constituição democrática.

O problema central para o referido autor, ao realizar a distinção supra, se centra na idéia de que o povo, enquanto destinatário deve ser colocado em

⁶⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **Direito, Cidadania e Participação, Segurança e Democracia**. Bolívar Lamounier, Bolívar C. Weffort, Maria Victoria Benevides (org.). São Paulo: T.A. Queiroz, 1981, p. 210.

⁶⁶ MULLER, Friederich. **Quem é o povo?**. p. 43.

condições de perceber e defender a ordem democrática. Neste contexto, refere-se que a imposição de tal condição poderá conduzir à exclusão de grupos populacionais inteiros de todos os sistemas funcionais da sociedade.

As afirmações do autor justificam a defesa pelo mesmo de uma democracia representativa.

Além da errônea utilização do povo como legitimador de decisões, simultaneamente, apresentamos o seguinte questionamento que delimitará as premissas conceituais de “povo”: A legitimação seria garantida por todos os nacionais ou apenas pelos titulares de direitos eleitorais ativos e passivos?

A resposta ao questionamento esposado, independentemente de se vincular a uma forma de dominação, delineará os caminhos seguidos para a definição do povo.

Ressaltamos que o direito ao voto não é permitido a todos, e que a atuação segundo um modelo representativo limita a conceituação de povo-ativo às eleições e não numa contínua atuação e fiscalização do poder público.

A manutenção deste modelo de Estado parece ser tomada segundo parâmetros axiomáticos, transformando-se em consequência fundamental a explicitação e formalização de critérios que irão definir e regulamentar desprovidos de fundamentação. O regime representativo afasta-se dos ideais democráticos que o inspirou, sendo um condomínio dos que querem mais, segundo Bolívar Lamounier, e dos que querem menos a democracia⁶⁷.

Ademais, verificamos que as constituições expressamente tendem a contabilizar como povo ativo os titulares da nacionalidade, afastando os estrangeiros que ali vivem, permanecem, trabalham, pagam impostos e contribuições.

Vislumbramos que a restrição ao conceito de povo mostra-se incoerente a uma justificação democrática, razão pela qual não encontramos razão para nos afastarmos de um conceito mais abrangente de povo – os destinatários do sistema normativo.

Neste sentido, os representantes do povo, mediante suas atribuições, decorrentes das diferentes funções do Estado, editam normas, cujos destinatários, afetados, pelas mesmas, são todos, indistintamente.

⁶⁷ LAMOUNIER, Bolívar. **Direito, Cidadania e Participação, Segurança e Democracia**. Bolívar Lamounier, Bolívar C. Weffort, Maria Victoria Benevides (org.). São Paulo: T.A. Queiroz, 1981, p. 235.

O Estado e seus representantes não são titulares de poderes, e sim de funções, atribuições e responsabilidades, sendo que o determinado “poder” emana no “povo” e não está nele enquanto sujeito pertencente a uma coletividade que em nome da mesma atua.

Acreditamos necessária a superação da discriminação conceitual de democracia como decorrente da ampliação do sufrágio popular, pois o bem comum a ser perseguido incondicionalmente, na atualidade, consiste na garantia dos direitos fundamentais.

Podemos afirmar que as diferenças estabelecidas relativas aos direitos eleitorais, nacionalidade, afastam a tentativa de exclusão de diferenças e a implementação de igualdade a todos, na qualidade de seres humanos, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana e demais direitos e garantias fundamentais estabelecidos.

O povo deve ser entendido como multiplicidade diferenciada, organizada de forma igualitária e não discriminatória, devendo a legitimidade e a normatividade jurídica decorrer do devido processo.

Defendemos que a exclusão deslegitima. A legitimidade somente poderá advir da fundamentação de um povo real, que é o invocado pelo texto da Constituição.

A cidadania democrática deverá se fundar em uma legitimação fiscalizadora 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.⁶⁸

Neste íterim, 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, encaminhará as bases para a legitimação para agir no processo coletivo. Preleciona Rosemiro Leal, quanto ao tema:

Quando escrevemos, em direito democrático, sobre cidadania como conteúdo de processualização, ensejadora de legitimidade decisória, o que se sobrepõe é o nivelamento de todos os componentes da comunidade jurídica para, individual ou grupalmente instaurarem procedimentos à correção (fiscalização) intercorrente da produção e atuação do direito positivado como modo de auto-inclusão do legislador-político originário (o cidadão legitimado ao devido processo legal) na dinâmica testificadora da validade, eficácia, criação e recriação do ordenamento jurídico caracterizador e concretizador do

⁶⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. p. 150.

tipo teórico da estatalidade constitucionalizada.⁶⁹

Não basta o texto constitucional estabelecer que todo poder emana do povo, sem mecanismos de definição conceitual e de implementação de participação popular.

Quando nas democracias afirmamos que todo poder emana do povo, deverá este, pelo espaço argumentativo do devido processo, legitimar as decisões proferidas pelo Estado, por meio de uma ampla e irrestrita participação, como mecanismo de consolidação da democracia segundo um viés democrático.

Qualquer decisão pautada no guardião dos direitos dos cidadãos, que afaste a participação dos mesmos afronta o devido processo legal, a dignidade da pessoa humana assegurados com direitos fundamentais.

Assim, conforme aduz Rosemiro Pereira Leal⁷⁰, na teoria da democracia os direitos fundamentais são inafastáveis, pois configuram os pressupostos jurídicos da instalação processual do sistema democrático.

O quadro sinóptico abaixo aduz os principais pontos traçados no presente capítulo:

Quadro Sinóptico Capítulo 2

- A formação do Estado e sua constante transformação como mecanismo de implementação de uma instituição sólida, permanente e condutora dos moldes de vida social.
- As diferentes formas de organização Estatal e as dificuldades decorrentes para consagração um sistema democrático, como governo do povo e para o povo.
- A necessidade de definição de democracia que deve perpassar a simples superação de um tipo de governo por outro de forma a traçar implicações de autoconhecimento e participação.
- A defesa da democracia constitucionalmente consagrada no Brasil a partir de 1988 que deverá abarcar aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais de uma sociedade aberta e ativa, mediante a amplitude de participação para conquista dos objetivos traçados na Constituição.
- A primazia de uma democracia participativa em superação à democracia representativa.

⁶⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. p. 150.

⁷⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. p. 31.

- A participação incondicional dos cidadãos em uma atividade incessante de fiscalização das funções estatais como forma de se garantir a legitimidade do sistema.
- A fiscalização processual é delineada, no âmbito jurisdicional, pelo direito irrestrito de ação, principalmente no que concerne a defesa em juízo de direitos coletivos em sentido lato.
- A afastamento da participação conduz à definição de cidadania atrelada a questões territoriais, políticas e até mesmo de natureza econômica.
- O conceito de cidadania deve vincular-se a implementação de direitos e garantias fundamentais.
- A participação funcionará como mola propulsora a consagração da democracia e efetivará a definição de cidadania.- Um sistema que se pretende democrático não pode/deve se pautar em decisões de maiorias capazes de definir o que é melhor para todos, consagrando decisões em nome de uma elite representativa, responsável pela imposição de vontades particulares.
- O conceito de povo consagrado nas Constituições como os titulares de nacionalidade mostra-se incoerente com a justificação democrática, que deverá tratá-los como destinatários do sistema normativo.
- Defendemos que a exclusão deslegitima e que a ampla argumentação processualizada permitirá a definição de participação popular.

3 A INFLUÊNCIA DO DIREITO PROCESSUAL PARA MANUTENÇÃO DO SISTEMA REPRESENTATIVO

Anteriormente à obra de Bulow, *Teoria das Exceções e Pressupostos Processuais*⁷¹, o direito material e o direito processual eram entendidos como um todo unitário, o que se conhece pela fase sincretista ou imanentista do processo predominante na segunda metade do século XIX.

Tradicionalmente, a ciência processual estudada de forma autônoma em relação ao direito material inicia-se em 1868 com a obra de Oscar Von Bulow.

No período referenciado, o direito processual era estudado como mero acessório do direito material, não havendo sentido se referir ao processo de forma desvinculada do direito material (direito subjetivo) violado e submetido à apreciação do judiciário.

O caráter privatístico da ciência processual anterior aos ensinamentos de Bulow vê-se explicitado pelas teorias então desenvolvidas⁷²: Teoria do Processo como Contrato⁷³, de Pothier de 1800 e Teoria do Processo como Quase-Contrato⁷⁴, de Savigny e Guényvau de 1850.

Partindo da diferenciação entre pressupostos e exceções processuais, visando desvincular-se das interpretações equivocadas do Direito Romano quanto a estas últimas, de forma a manter a vinculação com o direito material, Bulow defende a existência de uma relação processual distinta da relação de direito material, possuidora de pressupostos próprios em sua obra *Teoria das Exceções e Pressupostos Processuais*.

⁷¹ BULOW, Oscar Von. **Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: LZN Editora, 2005, p. 6.

⁷² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 77.

⁷³ Segundo a referida teoria, as partes se submetem voluntariamente ao processo e ao seu resultado, por meio de um verdadeiro negócio jurídico de direito privado.

⁷⁴ Para a teoria do processo como quase-contrato, o processo, embora não possa ser definido como contrato, ao mesmo se assemelharia, pois, a vontade prevaleceria diante dos fenômenos jurídicos. Para esta teoria, a parte que ingressa em juízo já possui a consciência que o processo poderá ser favorável à mesma ou não, com o que concordaria, independentemente da aderência do réu.

Para Bulow os pressupostos processuais são antecedentes lógicos do surgimento da relação processual. Eles envolvem requisitos de admissibilidade e dizem respeito às pessoas, objetos e fatos para a efetivação da relação processual, não podendo ser entendidos sob a ótica das exceções processuais. Estas deveriam ser compreendidas como limites de argumentação da defesa do réu.

Ao realizar a distinção entre direito material e direito processual, procurou Bulow estabelecer quais eram os institutos que constituíam a relação jurídica processual, fixando uma técnica processual independentemente da pretensão deduzida em juízo, definindo o processo como:

[...] relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas provadas que constituem a matéria do debate judicial, apresentam-se como totalmente concluídas; a relação jurídica processual se encontra em embrião. Esta se prepara por meio de atos particulares. Somente se aperfeiçoa com a litiscontestação, o contrato de direito público, pelo qual, de um lado, o tribunal assume a obrigação concreta de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e de outro lado, as partes ficam obrigadas, para isto, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados desta atividade comum.⁷⁵

Pautando seu estudo da ciência processual sob influência do Estado Liberal, Bulow defende a divisão entre normas de direito material e normas de direito processual, classificando as primeiras como normas estáticas e as últimas como normas dinâmicas, conferindo ao juiz o poder-dever de dizer o direito no caso concreto, de forma a legitimar o Estado a resolver em nome dos particulares os conflitos de interesses⁷⁶.

A finalidade do processo na obra de Bulow é a resolução de conflitos por meio de uma decisão justa proferida pelo juiz, que pode se valer de mecanismos não jurídicos para por fim a um conflito. O processo era entendido como a própria relação processual e o procedimento como exteriorização do processo, definição que se mostra desprovida de coerência por tratarem do mesmo instituto.

Ao definir o processo como relação jurídica Bulow preconiza o seu conceito de direito subjetivo como poder da vontade individual sobre a conduta de outrem, o que denota a inadequação da teoria e a interligação com as teorias privatísticas que

⁷⁵ BULOW, Oscar Von. **Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais**. p. 6.

⁷⁶ BULOW, Oscar Von. **Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais**. p. 6.

partia de uma posição de supraordenação, conforme defende Aroldo Plínio Gonçalves⁷⁷ e de existência de vínculos de subordinação entre pessoas.

Para Bulow, devido à influência do Movimento do Direito Livre, o juiz poderá se valer de meios que compreendesse necessários, como o uso de sua sensibilidade, para resolução do conflito de interesses nas hipóteses de lacuna da lei, definindo a jurisdição como atividade do juiz sábio, intérprete sensível das leis, para dizer e criar o direito.

Nesse contexto o processo passa a ser entendido como instrumento da jurisdição, que se limita ao âmbito de atuação dos julgadores.

Bulow⁷⁸ estrutura os pressupostos de existência, validade e desenvolvimento do processo com fundamento na relação estabelecida entre juiz, autor e réu (Teoria da Relação Jurídica), deixando, para um segundo plano a apreciação do direito alegado pelas partes, o que evidencia a autonomia da relação jurídica processual e do direito de ação.

Pautados na teoria da relação jurídica, vários juristas tentaram classificar a relação estabelecida entre juiz, autor e réu, tratando-a ora como triangular (Wach), angular (Helwig) ou linear (Khoeler)⁷⁹, mas sem, contudo, afastar os ensinamentos já consolidados quanto à autonomia da relação processual da estabelecida com o bem da vida em disputa pelas partes decorrentes da relação de direito material.

Anteriormente ao estudo do processo de Bulow, a polêmica entre Windscheid e Muther, de 1856, a respeito do direito de ação já havia inaugurado uma nova tendência científica de independência procedimental, sendo os juristas citados responsáveis pela publicização do direito de ação⁸⁰.

⁷⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 97.

⁷⁸ BULOW, Oscar Von. **Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais**. p. 7.

⁷⁹ Wach entendia a relação processual entre o juiz e as partes como de direito público, e das partes entre si como de direito privado, numa perspectiva triangular. Khoeler afirmou que a relação seria de natureza privada, estabelecendo-se somente entre as partes, sendo o juiz mero colaborador e não partícipe, numa perspectiva linear. Para Planck e Hellwig as partes não estavam vinculadas uma à outra, mas ligadas ao juiz, sendo uma relação de direito público e angular.

⁸⁰ Windscheid formula o conceito de *anspruch*, que corresponde à pretensão ou razão, e está direcionado ao particular a quem o detentor da pretensão exercerá o seu direito de exigir a prestação. Muther, principal crítico de Windscheid, definia dois elementos para a ação, fazendo frente à noção proposta por este que relacionava a *actio* ao direito dirigido ao obrigado. Já que aquele identificava dois elementos para a ação, um de direito privado e um segundo, dirigido ao Estado, entendido como o direito à tutela jurídica.

Teorias posteriores foram desenvolvidas no intuito de definir o direito de ação, como a Teoria do Direito Concreto⁸¹ e a Teoria do Direito Abstrato⁸², corroborando o aperfeiçoamento da ciência processual.

Com o debate entre Windscheid e Muther sobre o direito subjetivo, afirma Aroldo Plínio Gonçalves⁸³ que a teoria da relação jurídica, assim como a conceituação do direito de ação, se aprimora.

O processo como relação jurídica parte da civilística do século XIX, de Bulow e Windscheid, e influencia os seguintes processualistas Chiovenda, Rocco, Satta, Calamandrei, Carnelutti e Liebman, atribuindo-se a este último o desenvolvimento do direito processual brasileiro.

Para Chiovenda, em 1903, a lei seria a manifestação da vontade geral destinada a regular a atividade dos cidadãos e dos órgãos públicos, de forma a regular a atribuição dos bens da vida a diferentes sujeitos, nos termos do que denomina como direito objetivo.

Neste íterim defende o direito subjetivo como aquele que se resolve na vontade concreta da lei, devendo, neste sentido, o processo assegurar a certificação desta vontade, ou seja, trata o direito subjetivo como vontade da lei concretamente subjetivada⁸⁴.

Pautado nos ensinamentos de Bulow afirma que o processo é uma relação jurídica de direito público entre as partes e o órgão jurisdicional e que a jurisdição é o poder e atividade do Estado de afirmar e atuar a vontade concreta da lei⁸⁵.

Chiovenda ao definir a relação jurídica, divide os direitos em duas categorias:

⁸¹ Adolph Wach, em 1885, desenvolve estudo científico demonstrando que a ação seria um direito autônomo, não se vinculando com o direito subjetivo material ameaçado ou violado, separando, portanto, o direito de ação do direito material. Entretanto, defende Wach que a existência da tutela jurisdicional só pode ser satisfeita através de proteção concreta, só existindo o direito de ação quando presente uma sentença favorável, o que demonstra a natureza concretista de seus estudos.

⁸² A Teoria da Ação como direito abstrato foi desenvolvida por Degenkolb, em 1877, na Alemanha, e por Plosz na Hungria. Segundo esta teoria, a diferenciação entre direito de ação e direito material invocado não era suficiente, visto que o direito de ação deveria ser entendido como direito de invocar a prestação jurisdicional do Estado, independentemente da existência ou inexistência do direito material, existindo a ação mesmo quando a sentença não concedesse ou negasse a existência do direito.

⁸³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. p. 76.

⁸⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual Civil**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2009, p.39.

⁸⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. p. 57.

direitos a uma prestação, tendentes a conseguir um bem da vida, mediante uma prestação positiva ou negativa; e direitos potestativos, como o poder de uma pessoa de exigir de outra um bem da vida⁸⁶.

Para ele o direito de ação é um direito potestativo, um poder jurídico autônomo de dar vida à atuação da vontade concreta da lei por meio dos órgãos jurisdicionais. A ação se realiza, segundo Chiovenda, mediante o processo, como instrumento de implementação da justiça mediante a garantia de atuação da vontade concreta da lei, como luta intelectual regulada pelo direito⁸⁷.

Percebemos que, embora Chiovenda tenha tentado se desvincular da relação de sujeição entre as partes, acabou por mantê-la, no que foi seguido pelos processualistas clássicos⁸⁸.

Assim Carnelutti⁸⁹, ao publicar em 1920 sua obra *Lições de Direito Processual*, define a lide como fenômeno extraprocessual, metaprocessual e metajurídico delimitada pela propositura da ação, ou seja, é um conflito sociológico que ingressa no mundo do processo.

Assevera Carnelutti⁹⁰ que as leis da natureza são leis éticas ou leis técnicas em que os sujeitos possuem ampla liberdade para cumpri-las ou não, defendendo que o cumprimento de leis éticas se refere a questões concernentes à justiça e que o cumprimento a leis técnicas se referem a questões de conveniência. Aduz que o direito deve, portanto, formular preceitos que correspondam às leis técnicas e às leis éticas.

Para Carnelutti o direito objetivo deve ser compreendido como conjunto de preceitos jurídicos que se constituem para garantir dentro de um grupo social a paz ameaçada pelo conflito de interesses de seus membros, definindo o processo como conjunto de atos destinados à aplicação de preceitos jurídicos, como método para

⁸⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. p.57.

⁸⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. p.71.

⁸⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. p.71.

⁸⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Campinas: Servanda, 1999.

⁹⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Sistemas de direito processual civil**. Vol. II. São Paulo: Classic Book, 2000.

afirmação e aplicação do direito⁹¹.

Carnelutti não se afasta do conceito de relação jurídica e a define como poderes e deveres que decorrem da participação processual e que o contraditório, como regra do processo, é a colaboração das partes, uma vez que cada uma possui interesse na justiça do resultado do processo. Para o processualista a relação jurídica processual determina poderes e sujeições para a solução da lide⁹².

Fundamentando-se nos ensinamentos de Bulow, Carnelutti⁹³ se refere à jurisdição como atividade do juiz na justa composição da lide pelo processo, em prol de uma pacificação social.

Os ensinamentos de Carnelutti denotam, mais uma vez, a vinculação a relações de subordinação entre partes.

Liebman⁹⁴, nascido em Leopoli, em 1903, foi aluno de Chiovenda na Faculdade de Direito da Universidade de Roma no período compreendido entre 1920 e 1924, e responsável pelo incremento da ciência processual no Brasil, em 1940, ao inaugurar a Escola Processual de São Paulo.

Liebman chegou ao Brasil em 1939, ano em que foi editado o primeiro Código de Processo Civil Brasileiro, inspirado nos códigos da Alemanha, Áustria e de Portugal. Quando se transferiu para o Brasil, Liebman era professor em franca ascensão na Itália, contudo, foi obrigado a ausentar-se de seu país em virtude da política de intolerância cultural e étnica implantada pelo regime fascista.

No Brasil, Liebman teve como seguidores, Alfredo Buzaid, Luiz Eulálio Bueno Vidigal, José Frederico Marques e Cândido Rangel Dinamarco, cabendo a Alfredo Buzaid a elaboração do anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973.

Para Liebman o juiz deveria ser compreendido como intérprete qualificado da lei, centralizando a atividade jurisdicional na autoridade do julgador, que deve ter como escopo a manutenção da justiça e da paz social, devendo desta forma, o julgador, valorar um fato como justo ou injusto, lícito ou ilícito. Segundo o processualista, a atividade jurisdicional é exercida apenas nas hipóteses em que há

⁹¹ CARNELUTTI, Francesco. **Sistemas de direito processual civil**. p.51-94.

⁹² CARNELUTTI, Francesco. **Sistemas de direito processual civil**. p.24-25.

⁹³ CARNELUTTI, Francesco. **Sistemas de direito processual civil**. p.51-94.

⁹⁴ LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de Direito Processual Civil**. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 3ª Ed. Vol. I. São Paulo: Malheiros Editores, 1980. p. 19.

o julgamento de mérito, definindo a atividade de julgar de acordo com o direito vigente a cada época⁹⁵.

Liebman⁹⁶ não realiza a distinção entre processo e procedimento de forma técnica, afirma ser o primeiro uma relação jurídica, ignorando a participação das partes na construção de um provimento final, razão pela qual aduz que as partes devem se sujeitar às decisões proferidas pelo juiz.

Defende, neste sentido, que o processo tem a função de servir à atividade jurisdicional, do juiz sábio e justo, que dará razão a quem a tiver⁹⁷.

Liebman embora defina que as partes são os sujeitos do contraditório instituído pelo juiz, não se refere a uma participação efetiva segundo um viés constitucional. Para o processualista, as partes são sujeitos contrapostos na dialética do processo, estruturadas em situações subjetivas ativas e passivas, cujo juiz é titular de um poder imparcial, que sujeitará as partes em relação ao provimento.

O exercício do direito de ação para Liebman encontra-se vinculado ao processo e ao julgamento de mérito, definido como direito de iniciativa e direito de impulso, que decorre da vinculação do particular de colocar em movimento uma função pública⁹⁸.

A Lei nº 5869/73 que instituiu o Código de Processo Civil Brasileiro demonstra forte influência dos ensinamentos de Liebman, no período em que esteve no Brasil. Quanto à participação dos sujeitos em juízo, o Código de Processo Civil procurou elaborar normas específicas no que tange ao procedimento de pretensões individuais, que seriam promovidos pelos próprios titulares do direito, afastando a possibilidade de defesa e juízo em nome próprio de direitos alheios, salvo mediante autorização legislativa, conforme se verifica em seu artigo 6º e será adiante desenvolvido.

Fazzalari⁹⁹, em 1975, procurando superar os estudos até então vigentes quanto ao direito processual, desenvolveu sua técnica procedimental de forma a

⁹⁵ LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de Direito Processual Civil**. p. 20.

⁹⁶ LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de Direito Processual Civil**. p. 55-58.

⁹⁷ LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de Direito Processual Civil**. p. 55-58.

⁹⁸ LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de Direito Processual Civil**. p. 197.

⁹⁹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual civil**. p. 33.

distinguir o processo do procedimento e propõe uma nova formulação para o direito de ação, contrariamente ao defendido por Chiovenda, mudando o enfoque do conceito de ação, antes relacionado com o pedido e à demanda, para vinculá-lo ao provimento¹⁰⁰.

Para tanto Fazzalari utiliza-se do conceito geral de legitimação, em seu duplo aspecto – situação legitimante e situação legitimada – e do conceito processual de legitimação para agir.

Elio Fazzalari, ao definir a legitimação para agir, assemelha-a à capacidade para agir, conforme se vislumbra na exigência de representação em juízo do menor e dos incapazes, assim como a capacidade para agir do juiz e dos demais auxiliares em juízo pela investidura¹⁰¹.

Desta feita aduz que juízes, auxiliares e partes devem possuir a legitimação para atuação em determinado processo como titulares de faculdades, poderes e deveres que serão exercidos ao longo da marcha procedimental. Neste sentido define a legitimação para agir:

A legitimação para participar de um processo é designada por legitimação para agir e, apesar do termo ser empregado geralmente em referência a legitimação das partes, não vislumbramos nenhuma dificuldade de usá-lo também a propósito da legitimação dos órgãos jurisdicionais, a partir do momento em que eles agem ao longo do processo.¹⁰²

Distingue o autor a legitimação para agir da legitimação para o processo, definindo esta última como aquela percebida pela possibilidade de se averiguar em um dado processo; a série de atos cabível a cada um dos sujeitos participantes, juiz, auxiliares e partes¹⁰³.

Distingue a situação legitimante da situação legitimada, sendo a primeira a situação com base na qual se determina qual é o sujeito que concretamente pode cumprir determinado ato e a segunda como um conjunto de poderes, faculdades e deveres cabíveis a um sujeito identificado no *iter* procedimental.

¹⁰⁰ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual civil**. p. 33.

¹⁰¹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual civil**. p. 363.

¹⁰² FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual civil**. p. 368.

¹⁰³ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual civil**. p. 368.

Neste contexto, Aroldo Plínio Gonçalves, em seu posicionamento:

[...] enquanto a situação legitimante é contemplada como aquela em presença da qual um poder, uma faculdade ou um dever são conferidos ao sujeito, a situação legitimada consiste em uma série de poderes, faculdades, deveres, que se põem como expectativa para cada um dos sujeitos do processo.¹⁰⁴

A legitimação para agir, que é de todos, se especifica em ação e função dada à posição jurídica dos sujeitos do processo. Enquanto a “função” é dada pela série de atos que correspondem à posição jurídica legitimada do sujeito investido da função jurisdicional (o juiz); a ação se forma pelo complexo que resulta da atuação conjunta e interdependente dos sujeitos do curso do processo e por isso não pode ser dele isolada.

Entende ainda que a legitimação para agir no processo jurisdicional civil deverá ser determinada em função do provimento final, pela possibilidade de verificar, ao final do procedimento, quais os sujeitos sofrerão os seus efeitos¹⁰⁵.

Observa-se que ao definir o provimento como um pronunciamento favorável a respeito do mérito da demanda, Fazzalari ressalta que não há que se questionar quanto à parte ativa ou passiva em um processo, pois, ambos, suportarão os efeitos da sentença de mérito, o que denomina de legitimados passivos em relação ao provimento requerido.

De forma complementar ao entendimento supra, aduz que ambos os sujeitos serão atuantes, legitimados ativos, para desenvolvimento do procedimento até se chegar à fase final – a sentença.

Em virtude desta participação constante das partes, afirma que o procedimento é o processo¹⁰⁶.

Complementa o processualista: “existe processo quando do *iter* de formação de um provimento participam, justamente, os destinatários de seus efeitos, em contraditório”¹⁰⁷.

Como a legitimação é aduzida segundo ambas as situações, legitimantes (situação fática) e legitimadas (faculdades, poderes e deveres procedimentais),

¹⁰⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do procedimento**. p. 152.

¹⁰⁵ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual civil**. p.118.

¹⁰⁶ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual civil**. 118-119.

¹⁰⁷ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual civil**. p. 380.

assevera que somente no curso do processo, e em contraditório, poder-se-à realizar o controle da legitimação para agir e não no início do mesmo¹⁰⁸.

Quanto à possibilidade de instauração de um procedimento por apenas um dos sujeitos do processo, quando mais de um sofra os efeitos do provimento, Fazzalari aduz que todos devem participar do processo, atuando desde o início ou, pelo menos, devem ser chamados a integrar o contraditório.

Ao discorrer quanto à impossibilidade de individualização dos destinatários do provimento nos chamados interesses coletivos, Fazzalari define a denominada legitimação extraordinária, invocando uma derrogação do princípio do contraditório, onde a exigência de participação dos destinatários dos efeitos do provimento é transferida a um segundo plano¹⁰⁹.

Explicita que a legitimação extraordinária não é fundada nos efeitos do provimento jurisdicional, mas sim como objetivo de se evitar um contraditório *monstrum* e tornar possível a aplicação de um contraditório seletivo¹¹⁰.

A instituição da legitimação extraordinária segundo o processualista deverá ser limitada e expressamente prevista em lei¹¹¹, permitindo-se a atuação no processo não como representante da parte e sim em nome próprio.

Devido à derrogação do contraditório, Fazzalari afirma que legitimação extraordinária poderia ser contemplada na justiça administrativa devido à ausência do interesse como elemento substancial caracterizador desta e não na justiça civil, em função da seletividade dos sujeitos que possam ingressar em juízo¹¹².

Justifica, por fim, a extraordinariedade da permissão procedimental por se tratarem de poucos e específicos casos que são considerados exceções diante das regras consideradas gerais para a legitimação.

No que concerne, entretanto, uma participação ilimitada frente a uma demanda coletiva, Fazzalari, em contraponto a sua própria teoria deixa em aberto a técnica procedimental capaz de definir e viabilizar um sistema efetivamente

¹⁰⁸ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual civil**. p. 369.

¹⁰⁹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual civil**. p. 371.

¹¹⁰ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual civil**. p. 401.

¹¹¹ Conforme artigo 81 do Código de Processo Civil.

¹¹² FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual civil**. p.403 – 404.

participativo.

3.1 Abordagem histórica da coletivização do processo: do processo individual ao processo coletivo

3.1.1 A fase instrumentalista do processo e os movimentos de acesso à justiça

A teoria da instrumentalidade teve como precursores, no Brasil, a denominada Escola Paulista de Processo, que sob a influência de Liebman passou a estudar o Direito Processual à luz do que havia de mais moderno à época, destacando-se os estudos de Luis Eulálio Bueno Vidigal, Alfredo Buzaid, Cândido Rangel Dinamarco, dentre outros.

Cândido Rangel Dinamarco, traduzindo Liebman, publica a obra “A instrumentalidade do Processo”¹¹³, cujo objetivo central era realizar o estudo do processo como meio e não como fim, explicitando os marcos iniciais da denominada Teoria Instrumentalista do Processo.

A concepção instrumentalista visa conferir ao processo a função de instrumento de pacificação social, de resolução de conflitos de forma justa, em consonância com as controvérsias sociais, políticas e jurídicas, atribuindo ao mesmo os denominados escopos metajurídicos¹¹⁴.

Vários juristas pautaram seus estudos em novos fenômenos como os conflitos sociais, dificuldades de acesso à justiça e elevadas custas judiciais, principalmente nas décadas de 60 e 70, o que propiciou, após a conquista da autonomia do direito processual, a elaboração da Teoria Instrumentalista do Processo¹¹⁵, como mecanismo de se viabilizar a resolução de problemas que ultrapassavam os limites

¹¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 324.

¹¹⁴ Importante delinear que os escopos metajurídicos defendidos por Dinamarco partem das idéias de Chiovenda que define o escopo do processo como o meio de atuação do direito material, acrescentando-lhe a função de pacificação com justiça, de conflitos sociais, e outras finalidades que extrapolam a realização do ordenamento jurídico, conforme discorre Aroldo Plínio, em sua obra, Técnica Processual e Teoria do Processo.

¹¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 384.

da função jurisdicional.

Dinamarco¹¹⁶ define que os fins da jurisdição deveriam ser pautados na pacificação com justiça e educação, canalizados, desta feita, nos próprios fins do Estado, mediante o aprimoramento da atividade jurisdicional.

Sob influência da fase instrumentalista do Processo, e, no intuito de superar as dificuldades advindas do Estado Liberal, quanto ao acesso à justiça, Mauro Cappelletti¹¹⁷ desenvolve o conhecido movimento de acesso à justiça, apresentando os três entraves principais relativos ao acesso ao judiciário e, conseqüentemente, as três soluções, as conhecidas ondas renovatórias do direito processual.

O acesso à justiça de Mauro Cappelletti¹¹⁸, alvo de crítica de muitos juristas, que se limitam a questionar a subjetividade da palavra justiça¹¹⁹, merece destaque por demonstrar as fases pelas quais o direito processual buscou aperfeiçoar-e.

Neste sentido, afirma:

O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.¹²⁰

A primeira onda renovatória do direito processual, para solução do acesso à justiça, segundo Cappelletti¹²¹, tem início em 1965 e busca garantir a assistência judiciária aos pobres, afastando-se a limitação do acesso apenas às classes dotadas de “poder” econômico.

A reformulação nos sistemas de assistência judiciária em todo o mundo pôde ser percebida nos seguintes períodos: 1965, nos Estados Unidos; 1972, na França,

¹¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 384.

¹¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988, p. 10.

¹¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 15.

¹¹⁹ Não se pretende questionar as divergências entre as expressões acesso à justiça ou acesso ao judiciário, pois, a terminologia empregada pouco importa se os objetivos a que se pretenda chegar forem os mesmos: a primazia dos direitos e garantias fundamentais, hoje inseridos na Constituição da República de 1988, conforme preconiza o Modelo Constitucional de Processo.

¹²⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p.13.

¹²¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 17.

na Suécia e na República Federal da Alemanha e em 1974 na Áustria e na Holanda. Desenvolveu-se na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha um sistema por meio do qual a assistência judiciária passa a ser estabelecida como um direito para todas as pessoas¹²².

A segunda onda renovatória defendida por Cappelletti refere-se à representação dos interesses difusos em juízo, pois, a concepção tradicional do direito civil, segundo Cappelletti, não permitia a proteção dos direitos transindividuais.

O processo visto sob a ótica de duas partes (autor-réu) e as normas clássicas do direito processual inviabilizavam a procedimentalização de direitos considerados como de grupos e do público em geral.

As regras existentes em torno da legitimidade e do procedimento, de cunho individual, não facilitavam a propositura de demandas envolvendo interessados difusos ou coletivos, e uma reformulação do procedimento visando abarcá-lo significaria uma reestruturação do processo, conforme se verifica nas palavras do autor: a propositura, por indivíduos, de ações em defesa de interesses públicos ou coletivos é, por si só, uma grande reforma¹²³.

No mesmo sentido, afirma que:

Embora as pessoas na coletividade tenham razões bastantes para reivindicar um interesse difuso, as barreiras à sua organização podem, ainda assim, evitar que esse interesse seja unificado e expresso¹²⁴.

E ainda:

A reivindicação dos novos direitos muitas vezes exige qualificação técnica em áreas não jurídicas, tais como contabilidade, mercadologia, medicina e urbanismo. Em vista disso, o Ministério Público e suas instituições correspondentes, muitas vezes, não dispõem do treinamento e experiência necessários para que sejam eficientes¹²⁵.

Segundo o autor a legitimação ativa na defesa dos interesses difusos deve

¹²² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 19.

¹²³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 49.

¹²⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 27.

¹²⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 52.

ser conferida a um “representante adequado” que atue em nome da coletividade, mesmo que os membros da referida coletividade não tenham sido devidamente citados.

Ao fazer referência a esta nova legitimação, aduz Cappelletti¹²⁶, conseqüentemente, a uma nova noção de coisa julgada, pois, afirma que, para se tornar efetiva a decisão, deverá a mesma obrigar a todos, independentemente da participação.

Assim como a coisa julgada, os questionamentos em torno da defesa em juízo de interessados coletivos demandaria a reestruturação da processualística até então existente.

Ao descrever a terceira onda renovatória do direito processual, Cappelletti¹²⁷ foca a sua atenção para as instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos, utilizados para processar e prevenir disputas nas sociedades modernas, o que a doutrina atual entende pela busca da efetividade do processo.

A efetividade representaria uma reformulação dos procedimentos, na estrutura do judiciário a fim de se atribuir maior oportunização de acesso e especialização de formas procedimentais, seja para conflitos individuais, seja para conflitos coletivos, em consonância com os dois movimentos anteriores citados de acesso à justiça.

As ondas renovatórias do direito processual elaboradas por Mauro Cappelletti demonstram as dificuldades apresentadas à ciência do processo que, acreditamos até o presente momento, encontram-se em fase de necessária superação.

3.1.2 O Direito Processual Coletivo

A estruturação clássica do direito processual, não apenas no Brasil, mas nos ordenamentos jurídicos internacionais, denota forte resquício da origem civilista do direito processual e do modelo de Estado Liberal, pois, ainda transparece a prevalência das pretensões individuais de direito material em juízo.

¹²⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 52.

¹²⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 67.

Embora as relações entre indivíduos constituam parte da realidade contemporânea, uma nova dimensão se faz presente: os conflitos em que se extrapola o quadro limitado das relações interindividuais.

Identificamos que a nova classe de direitos que decorre de valores que se mostram semelhantes¹²⁸ a determinados grupos, classes e organizações, decorrentes dos agrupamentos sociais e dos movimentos de massa, não encontra no ordenamento jurídico normas claras capazes de organizar a processualística coletiva.

Acreditamos ser equivocado o entendimento de que as manifestações de massa sejam recentes e em especial do século XVIII, como decorrente das reivindicações operárias e da Revolução Industrial. Tal conclusão, nos termos da presente pesquisa parece-nos simplista.

A afirmação que o início do processo coletivo se deve às manifestações do século XVIII e assim como a estruturação de procedimentos para a tutela de grupos e classes no período acima descrito deve ser utilizada apenas como um marco, em função da intensidade dos movimentos e do envolvimento de um número expressivo de interessados diante da sistemática agressão aos direitos e bens jurídicos.

Defendemos que desde que o homem se coloca em convívio com os demais a vida em sociedade e a necessidade de regulamentação da mesma mostram-se como realidades inafastáveis.

As manifestações da classe operária decorrentes do capitalismo liberal, o aumento da população consumidora, a concentração da população nos centros urbanos e a elevada desigualdade social serviram como fator determinante para a intervenção estatal em problemas que perpassavam a figura das pessoas, isoladamente consideradas.

O fenômeno de ascensão das massas funcionou como mola propulsora para modificação do direito frente à nova realidade, pois as dificuldades se acentuaram à medida que as situações da vida distanciam-se das normas procedimentais existentes.

A importância da participação dos indivíduos para a transformação do

¹²⁸ Utiliza-se a expressão valores por ter a presente tese como fundamento a pesquisa desenvolvida por Vicente de Paula Maciel Junior – Teoria das Ações Coletivas – As Ações Coletivas como Ações Temáticas, que considera os valores como a projeção dos interesses individuais manifestados em uma sociedade.

contexto ao qual estão inseridos, assim como a modificação da estrutura normativa que regulamenta a vida em sociedade pode ser demonstrada pelas palavras de Parsons traduzidas por Babalet:

Esses movimentos têm tendência para ganhar força à medida que a tensão do conflito entre os requisitos normativos para a inclusão e as limitações factuais que lhe são impostas se traduzem em pressões para agir. Os movimentos porém, não só exprimem tensão neste sentido mas também “agitam mais as coisas”.¹²⁹

É cediço que, diante das novas necessidades, a ciência processual não se quedou inerte.

A necessidade de elaboração de leis para defesa da sociedade de massas e para organização dos movimentos classistas que se formavam impulsionou o ordenamento jurídico de cunho individual-liberal ao reconhecimento de novos direitos e a elaboração de uma estrutura procedimental para defesa dos mesmos.

A dificuldade inicial para regulamentação do processo coletivo residia na existência de mais de um titular frente ao mesmo objeto ou pretensão, distanciando-se dos institutos processuais até então existentes como o litisconsórcio e da intervenção de terceiros, que se mostravam insuficientes.

Dessa forma, os “interesses” foram tratados como comuns, limitados a uma categoria ou grupo, e ampliaram o debate entre os processualistas no que tange à dificuldade de definição de comunhão de interesses em razão de um vínculo jurídico capaz de uni-las. A comunhão de interesses permite a postulação em juízo de um único sujeito representante dos direitos grupais, mantendo-se a tradicional dualidade autor-réu do direito processual.

Tal possibilidade, sem dúvida, representa uma controvérsia diante do instituto da legitimação no plano da legislação ordinária brasileira, mas que a técnica procedimental procurou aceitar mediante a permissão, em hipóteses excepcionais, de se atribuir à pessoa diversa daquela que se entendia como titular da situação litigiosa, a que se conhece pela legitimação extraordinária.

Neste sentido, alvo de maior atenção dos processualistas continua sendo, todavia, a defesa em juízo de coletividades que não se encontram vinculadas por uma relação jurídica base, capaz de enquadrá-las em grupos, classes ou categorias.

¹²⁹ BARBALET, J.M. **A cidadania**. Lisboa: Editorial Estampa, 1989, p 153.

Frisamos que tal situação decorre de um fato comum em que vários interessados encontram-se envolvidos, recebendo a denominação, segundo os moldes do ordenamento jurídico Italiano, de interesses coletivos ou difusos.

O problema maior que se encontra na defesa dos direitos citados acima reside na dificuldade de se assegurar aos titulares de pretensões a participação no processo e a consequente atividade jurisdicional eficaz.

Neste contexto, permeando as novas necessidades, as ondas renovatórias do direito processual de Mauro Cappelletti¹³⁰ foram utilizadas para delinear as barreiras que deveriam ser enfrentadas, em especial, na segunda onda renovatória dos direitos processuais, para se garantir o acesso à justiça aos interessados difusos.

A ausência de regulamentação quanto à representação em juízo dos interessados difusos, assim como a insuficiência das normas estatuídas no Código de Processo Civil proporcionaram a edição de leis esparsas para a defesa de direitos que se afastavam do modelo dualista tradicional e, mostraram-se como fundamental para o desenvolvimento da ciência do direito processual coletivo.

Gregório Assagra de Almeida acresce como de suma importância para a defesa de direitos transindividuais e desenvolvimento do processo coletivo, além da autonomia do direito processual e da fase instrumentalista do processo, a edição da Lei nº 7347/85 – Lei da Ação Civil Pública, a Constituição de 1988, que garante a defesa de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos¹³¹ e a edição da Lei nº 8078/90, o Código de Defesa do Consumidor, definindo-os como os *três grandes momentos no Brasil do fenômeno denominado mundialmente de movimento pela coletivização do processo*.¹³²

3.1.3 As Fases de Coletivização do Direito Processual Brasileiro

Diante do tradicionalismo da ciência processual marcado pela presença de

¹³⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 31.

¹³¹ A Constituição da República de 1988 estabelece como direitos e garantias fundamentais (Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais) os direitos e deveres individuais coletivos (Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos)

¹³² ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 18.

uma legislação de caráter individual, cujos procedimentos são regulamentados pelo Código de Processo Civil pautado na relação autor-réu, o ordenamento jurídico brasileiro timidamente editou as leis referentes aos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.

Embora Gregório Assagra de Almeida delimite, conforme já descrito, os momentos de coletivização do processo – a autonomia do direito processual, a edição Lei da Ação Civil Pública, o Constitucionalismo de 1988 e a edição do Código de Defesa do Consumidor – entende-se que não se pode esquecer das funções do extinto Conselho Nacional de Trabalho, Decreto 16.027 que disciplinava em seu artigo 2º a competência para apresentar estudos acerca de contratos coletivos do trabalho e sistemas de conciliação e arbitragem, das Comissões Mistas de Conciliação, criadas pelo Decreto 21.396 de 1932, destinadas à tentativa de composição de conflitos coletivos de trabalho entre empregados e empregadores; do Decreto lei 1237 de 1939, responsável pela edição de regras processuais trabalhistas; e da edição da Lei 5452 de 1943 – CLT que manteve os mecanismos existentes para os dissídios coletivos ; e a edição da Lei da Ação Popular, a Lei nº 4717/65.

A importância da referida lei poderá ser percebida ao longo do trabalho, por ser a mesma, até o presente momento, a única a permitir a defesa em juízo pelo cidadão do patrimônio público.

3.1.3.1 A ação popular como a procedimento de participação do cidadão

A Lei da Ação Popular, embora anterior à Constituição de 1988, que instituiu o Estado Democrático de Direito, confere legitimidade a todos os cidadãos para pleitearem a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, como se verifica em seu artigo 1º:

Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas

públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

Justifica-se, assim, a inclusão da Lei da Ação Popular como primeira a delinear os direitos coletivos no Brasil, principalmente por incluir o cidadão como legitimado.

Embora inúmeras críticas sejam tecidas pelos estudiosos do direito quanto à denominada “condição de cidadão” ou o “status de cidadão” escolhidos pela referida lei, qual seja, a comprovação mediante juntada de cópia de título de eleitor, não se pretende adentrar, no presente momento, na controvérsia.

José Afonso da Silva assim define a Ação Popular:

A ação popular é um instituto que diríamos tridimensional porque pode ser estudada sob o triplice aspecto constitucional, administrativo e processual, à vista de sua natureza de garantia constitucional da boa administração e agora também do meio ambiente ecologicamente equilibrado, de sua natureza de controle da correção da ilegalidade de atos de administração lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa e ao meio ambiente natural e cultural, e, enfim, de sua natureza de ação civil, com características peculiares que geram particularidades processuais e procedimentais nem sempre de fáceis soluções teóricas e práticas. Na verdade, a essência do instituto se encontra em sua natureza processual, sem o que não se realizaria nem como garantia nem como controle.¹³³

A ação popular foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro no inciso XXXVIII, do artigo 113, da Constituição de 1934, que conferia a qualquer cidadão a legitimidade para pleitear a declaração de nulidade ou anulação de atos lesivos ao patrimônio da União, Estados ou Municípios.

Inicialmente, a Ação Popular visava à proteção do patrimônio da União, Distrito Federal, Estados e Municípios; de entidades autárquicas; de sociedades de economia mista; de sociedades mútuas de seguro, nas quais a União represente os segurados ausentes; de empresas públicas; de serviços sociais autônomos; de instituições ou fundações, para cuja criação ou custeio o tesouro público haja

¹³³ MANCUSO. Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 5.

concorrido com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

Destacamos que a própria lei delimita num primeiro momento a conceituação de patrimônio público como os bens e direitos de valor econômico, artístico, histórico, estético ou turístico.

Diante do momento político vivenciado pelos brasileiros na década de 1930 – Ditadura Getulista – a ação popular foi suprimida da Constituição de 1937, retornando ao ordenamento jurídico brasileiro somente com a Constituição de 1946, nos mesmos moldes anteriores.

Com o advento da Constituição de 1988 o objeto da ação popular é ampliado, estabelecendo-se a possibilidade de seu ajuizamento para anular ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio-ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Destacamos que a pessoa jurídica não se legitima à propositura da ação popular, assim como o Ministério Público, sendo-lhe possível, contudo, assumir, no curso do procedimento, a posição de parte, seja no prosseguimento do feito, quando o autor popular desistir da ação ou der causa à extinção do processo sem resolução do mérito, seja interpondo recurso contra a decisão acaso proferida contra o autor popular.

Embora não obrigatório, o litisconsórcio entre dois ou mais cidadãos é sempre possível.

José Carlos Barbosa Moreira¹³⁴ cita que a legitimação concorrente e disjuntiva dos cidadãos comporta os seguintes riscos, conforme relatado por Proto Pisani: a colusão entre algum dos co-legitimados e a autoridade responsável pelo ato irregular e a possibilidade de utilização do autor popular da desistência da ação como instrumento de pressão em face da Administração Pública.

Como mecanismo de se afastar o litisconsórcio entre os co-legitimados, Proto Pisani¹³⁵, individualiza três possibilidades: atribuir legitimação para agir “disgiuntamente a tutti i membri della coletività interessata”; atribuí-la exclusivamente aos representantes de grupos e associações que tenham como fim institucional

¹³⁴ PISANI, Andrea Proto. Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi innanzi al giudice civile ordinario, **Giurisprudenza Italiana**, vol, 89, nº 6.

¹³⁵ PISANI, Andrea Proto. Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi innanzi al giudice civile ordinario, **Giurisprudenza Italiana**, vol, 89, nº 6.

expresso a tutela de interesses coletivos específicos; atribuí-la ao Ministério Público.

Observamos que, no que tange à ação popular o ordenamento jurídico brasileiro consagrou a primeira das hipóteses aventadas.

Objetivamos ressaltar que independentemente da natureza adotada para a legitimação do cidadão na ação popular, os fatores culturais, políticos, sociais e técnicos são utilizados, na atualidade, como inviabilizadores da efetiva participação do indivíduo nas demandas coletivas, o que denota um ambiente desfavorável às iniciativas populares frente ao Estado.

Neste sentido, o entendimento de José Carlos Barbosa Moreira, citado por Rodolfo de Camargo Mancuso:

Muitas vezes acontece que um indivíduo isolado, para sustentar em juízo esse tipo de pleito, defronta-se com adversários de grande poder político e econômico. De sorte que a sua luta – para repetir uma imagem que teve oportunidade de usar em algum artigo – poderia assemelhar-se à que travaria contra Goliás um Davi sem funda. Era preciso, então, repensar o problema da legitimidade.¹³⁶

A legitimação do cidadão limita-se, desta feita, à ação popular, sendo que as demais legislações referentes ao processo coletivo “definem” quais são os legitimados ativos para a defesa dos respectivos objetos tutelados em juízo, o que se denomina como uma eleição *ope legis*.

A evasiva justificativa para a “escolha” de representantes para atuação em juízo fundamenta-se na incapacidade do cidadão de atuar isoladamente, frente às questões sociais e políticas que envolvem as demandas coletivas, assim como a ausência de conhecimentos específicos no que tange a pretensão deduzida em juízo, motivo pelo qual, resta “esquecida” a ação popular.

3.1.3.2 A ação civil pública como procedimento coletivo típico

O projeto de Lei nº 4984/85, da Câmara dos Deputados e, posteriormente, no Senado Federal sob o número 20/85 foi transformado em lei em 1985, a Lei nº

¹³⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. p. 155.

7347/85 – a Lei da Ação Civil Pública.

Um dos principais fundamentos para a edição da referida lei decorreu das dificuldades decorrentes da ausência de legislação específica para defesa dos direitos coletivos em juízo e da insuficiência do artigo 6º do Código de Processo Civil no que tange à legitimidade das partes.

Saliente-se que a Lei da Ação Civil Pública representou um avanço no que se refere à defesa dos direitos coletivos por tratar de pontos sensíveis da processualística, como a legitimação, o objeto, o procedimento e a coisa julgada, alvos de constante debate.

Anteriormente à edição da Lei da Ação Civil Pública já havia sido implementada a Lei nº 6938/81, que dispunha sobre a Política Nacional do Meio-Ambiente, estabelecendo a legitimação exclusiva do Ministério Público para promoção da ação de responsabilidade civil.

Diante da timidez da referida lei, por restringir a legitimação apenas ao Ministério Público e ainda somente para defesa em juízo de interessados difusos, a Lei nº 7347/85 recebeu grande destaque no ordenamento jurídico.

A Lei da Ação Civil Pública institui a defesa em juízo de interessados difusos e coletivos por legitimados ativos que atuam em nome próprio na defesa da coletividade.

Dentre o rol dos legitimados estão Ministério Público, Associações, Sindicatos, dentre outros, que atuam com legitimação classificada como corrente e disjuntiva¹³⁷, conferindo a qualquer dos legitimados a postulação em juízo; e a legitimação de um, não depende da atuação de forma conjunta com os demais.

Insta salientar que, dentre os legitimados, os cidadãos não estão incluídos.

Como objetos tuteláveis pela Lei da Ação Civil Pública, observamos primeiramente a elaboração de um rol taxativo, que excluía as hipóteses não arroladas. Foram inicialmente descritas a proteção ao meio-ambiente, ao consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Além da limitação quanto ao objeto, a Lei da Ação Civil Pública restringia a proteção aos direitos difusos, não existindo no ordenamento jurídico a distinção

¹³⁷ LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 170.

entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, matéria instituída pela Constituição de 1988 e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Somente com a edição do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8079/90, temos a ampliação do âmbito de incidência dos objetos tutelados pela Lei nº 7347/85, incluindo a possibilidade de defesa de qualquer outro interesse difuso e coletivo.

Corroborando o objetivo de ampliação da Lei da Ação Civil Pública, a Lei nº 8079/90 permite a aplicação no que se refere às normas procedimentais dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor.

O notável desenvolvimento ocorrido com a edição da Lei da Ação Civil Pública e o constate debate da matéria pela mesma referenciada associada à ampliação da legitimação e dos objetos tutelados funcionou como marco inicial para o desenvolvimento da ciência processual coletiva e a sua consequente autonomia.

3.1.3.3 O Código de Defesa do Consumidor e o princípio da interação e integração das normas processuais

A comissão presidida pela professora Ada Pellegrini Grinover e integrada por Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Júnior e Zelmo Denari, foi responsável pela elaboração da legislação que foi aprovada como Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8078/90.

O Código de Defesa do Consumidor é considerado como mecanismo responsável pela implementação dos princípios da interação e integração das normas procedimentais coletivas.

Estabelece o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 90, a aplicabilidade integrada das normas procedimentais estatuídas tanto no Código de Defesa do Consumidor quanto na Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7347/85, conforme se verifica abaixo:

Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

Visando a consolidação da integração normativa, alterou o Código de Defesa do Consumidor o artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Procurou o legislador ao instituir o Código de Defesa do Consumidor efetuar a diferenciação entre as várias espécies de interessados tutelados, definindo os conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, afastando as incertezas quanto à definição dos mesmos.

O diploma também se refere à abrangência dos limites subjetivos da coisa julgada e da possibilidade de exclusão dos indivíduos lesados que possuam ações individuais em curso.

Além de representar um avanço em termos legislativos na defesa dos consumidores, mediante estabelecimento de legislação específica, a integração entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública representa o início do estudo procedimental da tutela coletiva, dotado de características próprias, afastando-o do procedimento civil, que apenas subsidiariamente será aplicado.

3.1.3.4 O Constitucionalismo de 1988 e a nova abordagem da Ciência Processual

No Brasil, a Constituição da República de 1988, ao instituir o Estado Democrático de Direito, constitui uma nova ordem para discussão das funções do Estado e dos mecanismos de participação popular.

A consolidação e proteção dos direitos fundamentais foram fatores determinantes para efetivação da cidadania. A Constituição de 1988 estabelece entre os seus fundamentos e objetivos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como

fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A Constituição de 1988, que institui o Estado Democrático de Direito, rompe conceitos privatísticos e autoritários, ampliando as indagações concernentes ao vínculo estabelecido entre a nova ordem constitucional instituída, o direito processual e a participação da sociedade.

O constitucionalismo processual de 1988 inaugura uma nova fase da ciência do processo, ocupando-se com a assecuração dos direitos e garantias fundamentais.

O reconhecimento de direitos fundamentais aos cidadãos sem a conseqüente aplicabilidade prática impossibilitava o exercício real dos mesmos, afastando-os do plano da eficácia.

O reconhecimento Constitucional dos direitos fundamentais, segundo José Alfredo de Oliveira Baracho¹³⁸, mostra-se insuficiente se não vier acompanhado de garantias que assegurem a efetividade e o livre exercício de tais direitos.

Para concretização da nova ordem instituída se faz necessária a superação das antigas e insatisfatórias normas técnicas e a implementação de uma ciência processual capaz de atender às novas exigências em consonância com os direitos e garantias fundamentais que se mostram inderrogáveis.

A manutenção no ordenamento jurídico de normas que almejam superar os limites para os quais foram instituídas, visando sanar as falhas decorrentes da omissão Estatal no desempenho de suas funções, não coadunam com os objetivos e fundamentos da Constituição de 1988.

¹³⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 11-12.

Na democracia, a construção da realidade pela qual a sociedade se submete deverá pela mesma ser produzida mediante o amplo debate e participação.

A viabilidade de concretização dos direitos fundamentais citada por Baracho¹³⁹ deverá ocorrer em sede jurisdicional pelo devido processo.

A vinculação entre Processo e Constituição é traçada pelo constitucionalista mineiro que aduz que os levantamentos sobre o processo constitucional partem de análise sobre o conceito, a extensão e limites das garantias constitucionais.

Prossegue afirmando que o processo como garantia constitucional se consagra nas Constituições do século XX com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana.

O estabelecimento de princípios processuais a nível constitucional, assim como a exigibilidade de cumprimento, trazem o delineamento para o Modelo Constitucional, devendo o processo ser entendido segundo Rosemiro Pereira Leal como “instrumentador da atividade jurisdicional pelos direitos fundamentais da isonomia, da ampla defesa e do contraditório”¹⁴⁰ e não como instrumento da jurisdição.

Segundo o Modelo Constitucional de Processo de Andolina e Vignera¹⁴¹, “as normas e os princípios constitucionais que se referem ao exercício das funções jurisdicionais, se consideradas na sua complexidade, concedem ao intérprete a determinação de um verdadeiro e próprio esquema geral de direito”.

Habermas¹⁴² conceitua o Estado Constitucional como “uma ordem política livremente estabelecida pela vontade do povo de modo que os destinatários das normas legais podem, no mesmo tempo, se reconhecerem como os autores da lei”.

Nos termos do texto da Constituição de 1988 notamos que o processo trata-se de uma instituição constitucionalizada onde se verifica a presença do direito constitucional de ação representado pela garantia de que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Art. 5º., XXXVI da

¹³⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**. p. 13-14.

¹⁴⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. p. 27.

¹⁴¹ ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. 2. ed. Torino: G.Giappichelli Editore, 1997, p. 7.

¹⁴² 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, p. 216.

CF/1988).

A visão que se pode ter com a leitura do citado artigo da Constituição refere-se à existência de normas de caráter proibitivo, vedando ao legislador a criação de instrumentos legais que impeçam o cidadão de levar suas reclamações ao judiciário, mesmo que o próprio Estado seja quem ameace ou lesione direitos.

Por outro lado, tal norma não pode ter como destinatário apenas o legislador, mas também o indivíduo, visto que deve ser interpretada sistematicamente com o previsto no inciso XXXIV, do citado art. 5º, que confere ao indivíduo o direito de ação, que como bem observa Couture¹⁴³, é uma espécie do direito de petição.

Com base nesta definição, afirma-se que o exercício do direito de ação traz como consequência a instauração do procedimento judicial que acarretará em uma resposta por parte do Estado.

Defende-se o direito de ação como o direito do indivíduo receber uma resposta para sua pretensão, seja qual for o conteúdo da mesma.

Assim, verificamos que não há uma delimitação para a defesa de lesão ou ameaça de lesão apenas aos direitos individuais. Se a Constituição não efetuou tal limitação, não deverá a legislação infraconstitucional fazê-la.

A constitucionalização da solidariedade e de coletivização do processo denota a tentativa de superação de uma fase liberal individualista das principais revoluções do século XVIII em que o processo se limita a assuntos particulares, como se verifica nas codificações processuais da França (1806), da Itália (1865), e da Alemanha (1877), que segundo Cappelletti¹⁴⁴ demonstram o caráter individualista e exclusivamente privado.

Ao se referir aos direitos transindividuais, Bonavides assevera:

[...] dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já o enumeram com familiaridade, assinalando-lhes o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos

¹⁴³ COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil**. Buenos Aires: EDIAR, 1948-1950.

¹⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Processo e ideologie**. Bologna: Società editrice, 1969, p. 14 e 86.

fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à comunicação, e ao patrimônio comum da humanidade.¹⁴⁵

A eleição de representantes pelo ordenamento jurídico que atuam em nome da coletividade (*controle ope legis*) retira do indivíduo o seu direito fundamental de ação e conduz o processo a conquista de escopos metajurídicos, que não condizem com a verdadeira pretensão dos sujeitos.

Ademais, observamos que a escolha, segundo o modelo adotado pela legislação brasileira referente ao direito coletivo, sequer perpassa pela opinião popular, ou seja, pela manifestação dos indivíduos representados.

Frisamos, contudo, que a manutenção de um sistema representativo, desprovido de um mecanismo de participação representa a permanência de um modelo utópico de democracia em que o povo escolhe seus dirigentes, esgotando-se na eleição a manifestação da vontade cidadã, afastando-os dos processos decisórios.

Dessa forma, inviável a manutenção da farsa quanto à garantia do acesso a jurisdição no processo coletivo por representantes de “interesses” da coletividade, assentada nos mesmos moldes do processo civil individual.

O processo coletivo, como mecanismo de concretização da democracia não atingirá o seu real alcance se não houver um aperfeiçoamento da técnica existente, que conseqüentemente conduzirá a uma reconstrução teórica.

Após a Constituição de 1988 observamos que a participação da sociedade na direção do Estado apresenta-se como mecanismo de superação de um modelo representativo.

Nos moldes de um sistema participativo, o povo deverá intervir em todas as esferas decisórias ou na execução das atividades estatais, como integrantes da coletividade, para a construção do processo como procedimento em contraditório, segundo o princípio de devido processo legal.

Vicenzo Vigoriti¹⁴⁶ ao examinar a relação entre processo e participação esclarece que o princípio da participação é elemento característico das relações

¹⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 523.

¹⁴⁶ VIGORITI, Vicenzo. **Interessi collettivi...**, p. 5.

entre Estado e sociedade, demonstrando que a participação não implicaria no utópico governo pelo povo ou da negativa de delegação de funções a representantes.

A participação, segundo o publicista, corresponderia ao controle imediato e consciente dos governantes, eis que é, em princípio, conhecer e intervir no processo decisório, e num momento posterior, exercício de controle¹⁴⁷.

Ronaldo Cunha Campos¹⁴⁸ afirma que o problema da participação não se mostra como recente. Segundo o autor, ainda que de outro ângulo, Maquiavel já citava a necessidade de um veículo de manifestação de crítica popular ao estado.

No mesmo sentido, Denti¹⁴⁹, em 1974, já ressaltava que a participação deveria representar uma forma de conciliação e absorção de choques entre a população e grupos dirigentes.

A intervenção do Estado nas várias funções e atividades sociais é marcante. Contudo, tal intervenção não pode se configurar como uma via de mão única, devendo, desta feita, se permitir a participação da sociedade no Estado.

Verificamos na atualidade uma vasta gama de decisões tomadas sem a participação dos sujeitos interessados e caracterizadas pela escassa publicidade, que, segundo Lassale¹⁵⁰, apresentam-se como de “baixa visibilidade”.

Como mecanismo de participação, abordaremos mais uma vez os entendimentos de Vincenzo Vigoriti, que se refere ao processo como meio de se permitir a participação social nos atos de governo.

A participação pelo devido processo é vista por Denti, que define a ação como mecanismo de participação. No mesmo sentido, José Alfredo de Oliveira Baracho ressalta a importância do processo como mecanismo indispensável à efetiva integração dos direitos sociais.

A importância conferida à Constituição de 1988 para o desenvolvimento do processo coletivo se deve exatamente ao esclarecimento quanto à restrição da

¹⁴⁷ VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi i processo – la legittimazione ad agire**. Milano: Giuffrè, 1979.p. 4-5.

¹⁴⁸ CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Ação Civil Pública**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

¹⁴⁹ DENTI, Vittorio. Le azioni a tutela di interessi collettivi, In: **Rivista di diritto processuale civile**, 1974, p. 537-538.

¹⁵⁰ LASSALE, Ferdinand. **“Qué es una Constitución?”**. Trad. de Wenceslao Roces. Barcelona, 1976, p. 74-75.

participação, pois, descreve no que tange aos direitos e garantias fundamentais a proteção a direitos e deveres individuais e coletivos e assegura a defesa do qualquer ameaça ou lesão a direitos.

Além da abertura à participação, observamos a elevação ao nível constitucional de normas de direitos coletivos como se vislumbra na inserção no Título II – Dos direitos e garantias fundamentais, o Capítulo I para proteção a direitos e deveres individuais e coletivos; na apreciação pelo judiciário à qualquer violação ou ameaça ao direito; a nova ótica constitucional estabelece a atribuição de competência ao Ministério Público para promoção do inquérito civil e da ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Por fim, destacamos que a partir de 1988 a restrição à participação individual ou coletiva, seja referente a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, configura negação da democracia, em violação explícita à nova ordem constitucional instituída.

Quadro Sinóptico Capítulo 3

- A autonomia da ciência processual a partir de Bulow em 1868, por meio de sua obra Teoria das Exceções e Pressupostos Processuais;
- A influência da manutenção da Teoria do Processo como Relação Jurídica;
- A influência do conceito de direito subjetivo como poder da vontade individual sob a conduta de outrem;
- Chiovenda, 1903, e a definição de direito subjetivo como vontade da lei concretamente subjetivada; e, do processo como relação jurídica de direito público entre as partes e o órgão jurisdicional e da jurisdição como poder e atividade do Estado para afirmar e atuar a vontade concreta da lei.
- Carnelutti, 1920, e a definição de lide como conflito sociológico que ingressa no mundo do processo cabendo à atividade jurisdicional a justa composição da lide, em prol da pacificação social. Ainda sob o prisma da relação jurídica defende que a relação jurídica processual determina poderes e sujeições para solução da lide.
- Liebman, 1940, e a definição do juiz como intérprete qualificado da lei, de forma a centralizar a atividade jurisdicional na autoridade do julgador, que deve se pautar na manutenção da justiça e da pacificação social. O processo deve ser entendido como uma relação jurídica em que as partes devem se sujeitar as “justas” decisões proferidas pelos juízes.

- Fazzalari, 1975, e a definição do processo como procedimento realizado em contraditório. Para Fazzalari, juízes, auxiliares e partes devem possuir legitimação para atuação em determinado processo, como titulares de faculdades, poderes e deveres. Assevera, contudo, que, em termos de processo coletivo deve-se derogar do princípio do contraditório de forma a se efetivar a legitimação extraordinária, devido a dificuldade de ampla participação.
- A teoria instrumentalista de processo defendida por Cândido Rangel Dinamarco, no Brasil e a utilização do processo como instrumento de pacificação social e de atribuição de escopos metajurídicos ao processo.
- As dificuldades de se assegurar a participação e o movimento de acesso a justiça defendido por Mauro Cappelletti demonstram os três entraves e as três soluções possíveis para facilitação do acesso ao judiciário, as ondas renovatórias do direito processual: a assistência judiciária; a defesa em juízo dos direitos difusos e a efetividade processual.
- O direito processual coletivo e as fases de coletivização do processo: a Lei da Ação Popular (Lei nº 4717/65); a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7347/85); o Constitucionalismo de 88 e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90).

4 O CONHECIMENTO HISTORICAMENTE CONSTRUÍDO E A LINGUAGEM COMO FORMA DE DOMINAÇÃO

A formação da sociedade, do Estado e do processo segundo a concepção de Habermas, reflete uma normatividade e um direito de caráter sociológico, por meio da delimitação dos denominados paradigmas liberal e republicano com fundamento em modelos isotópicos da história.

Nos Três modelos normativos de democracia¹⁵¹, cujo texto foi apresentado pela primeira vez na Cardozo Law School, no qual Habermas debateu as teses de *Between facts and norms* com seus colaboradores dos Estados Unidos, Habermas objetivava esboçar um modelo procedimentalista do Direito e da democracia e de política deliberativa que se diferenciasse tanto do modelo liberal quanto do modelo republicano.

O conhecimento explicitado por Habermas demonstra algo historicamente implantado em que a noção de paradigma reflete modelos de exemplaridades por meio de relações intersubjetivas, desvinculadas do conhecimento numa visão processual.

Para melhor esclarecimento quanto aos três modelos normativos de democracia descritos por Habermas¹⁵², interessante se torna explicitar a metodologia de trabalho desenvolvida pelo autor.

Habermas, no intuito de fundamentar as bases paradigmáticas de sua teoria do discurso, denominada terceira via Habermasiana, explicita as duas visões consagradas de política democrática: a liberal e a republicanista, visando demonstrar que da fusão dos dois modelos citados torna-se possível o estabelecimento de uma teoria procedimentalista (discursiva Habermasiana)¹⁵³

Para o objetivo almejado, Habermas inicia a sua explanação com a definição de processo democrático segundo uma visão liberal e segundo uma visão republicana¹⁵⁴.

¹⁵¹ HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia. A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002. p.277-292.

¹⁵² HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia. Cadernos da Escola do Legislativo**. n. 3. jan-jun 1995. Assembléia Legislativa de Minas Gerais. p. 107 – 121.

¹⁵³ HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. p. 107 – 121.

¹⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. p. 107 – 121.

Em um viés liberal, o processo democrático deve ser compreendido como realizador da tarefa de programar o Governo segundo os interesses da sociedade, sendo o Governo o ente representativo do conflito público-privado, em que as pessoas privadas se estruturam segundo os ditames da oferta-procura de uma sociedade mercadológica. Neste mercado liberal, a política exerce a função de reunião dos interesses privados e o conseqüente encaminhamento ao aparato governamental¹⁵⁵.

A política, segundo a visão republicana detém a função de constituição da sociedade, em que os membros de comunidades, por intermédio de suas consciências de dependências uns dos outros se organizam segundo padrões éticos, denominadas por Habermas como “ética real”. Essas associações, nos termos da política republicanista transformam-se em uma associação de parceiros livres e iguais que se orientam em razão do bemcomum, que se torna fonte de integração social¹⁵⁶.

Neste contexto, estabelece-se, nos termos republicanistas a autodeterminação cívica em que a denominada sociedade civil se constitui independentemente da administração pública e do mercado, evitando-se a supressão dos sujeitos seja pelas estruturas de mercado, seja pelo aparato governamental, o que, denota uma relevância estratégica que fornecem imagens contrastantes do cidadão¹⁵⁷.

Contrariamente, nos termos da visão liberal, o cidadão, será determinado nos termos dos direitos negativos que possuem em relação ao Estado e em relação a outros cidadãos, pois, como titulares de direitos, devem gozar da proteção do Estado na medida em realizam seus interesses segundo os limites estabelecidos pelo próprio Estado¹⁵⁸.

Segundo tal paradigma, os direitos políticos como o voto e a livre expressão são formas de oportunizar aos cidadãos seus interesses privados, servirão, mais

¹⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. p. 107 – 121.

¹⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. p. 107 – 121.

¹⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. p. 107 – 121.

¹⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. p. 107 – 121.

adiante para delimitação do conceito de democracia nos ditames liberais¹⁵⁹.

Nos termos do paradigma republicano, o cidadão será definido não segundo liberdades negativas e sim por meio de liberdades positivas que devem garantir a possibilidade de participação numa práxis comum de autores politicamente autônomos, livres e iguais¹⁶⁰.

Assim, por intermédio desta práxis comum, o processo político e a autoridade Estatal são organizados por intermédio da possibilidade de auto legislação dos sujeitos e se legitimam por meio da função de institucionalização das liberdades públicas.

Define-se, neste íterim a denominada razão do Estado, que residirá na formação da vontade e da opinião em que as normas se justificarão no atendimento ao igual interesse de todos, que serão delimitados pela formação política de opinião e da vontade¹⁶¹.

Tal formação, na visão republicana, ocorrerá por estruturas de comunicação públicas direcionadas para um entendimento mútuo, cujo paradigma será o diálogo.

A ordem jurídica terá a função, conforme preconizado, de garantir direitos subjetivos que devem sua existência a uma ordem jurídica objetiva que garantirá a vida comum, tendo, desta feita, o direito o papel fundamental de determinação da vontade política dominante¹⁶².

Contrariamente, define a visão liberal, o papel do direito e da ordem jurídica, cabendo ao primeiro se fundar em uma lei mais alta, que, nos termos do papel da ordem jurídica, determinará a quais indivíduos pertencem tais direitos¹⁶³.

A formação política da vontade na concepção liberal ocorrerá por meio da competição entre coletividades, cujo sucesso é quantificado pelos votos.

Ao prosseguir com a comparação entre os modelos republicano e liberal, Habermas aduz que, quanto ao significado original de democracia, o primeiro

¹⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. p. 107 – 121.

¹⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. p. 107 – 121.

¹⁶¹ HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. p. 107 – 121.

¹⁶² HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. p. 107 – 121.

¹⁶³ HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. p. 107 – 121.

apresenta-se em vantagem¹⁶⁴.

Tal vantagem é justificada em função da definição de democracia como utilização pública da razão conjuntamente exercida por cidadãos autônomos¹⁶⁵.

Contudo, critica Habermas a visão republicanista atual que tende a conferir uma interpretação comunitária à comunicação pública, criando um modelo denominado pelo filósofo como idealista, eis que vinculado a virtudes dos cidadãos¹⁶⁶.

Objetiva Habermas ao traçar a referida crítica, construir as bases para sua teoria discurso que parte da superação da visão idealista ditada acima.

Segundo Habermas, a formação democrática da vontade deve retirar sua força legitimadora de pressupostos comunicativos e não da convergência de convicções éticas. Estes pressupostos comunicativos, conforme afirma, decorem da multiplicidade de formas de argumentação, como por exemplo, discursos morais, éticos e pragmáticos¹⁶⁷.

As diferentes formas de argumentação definirão para Habermas questões denominadas como justas e capazes de justificarem o procedimento de elaboração das normas¹⁶⁸.

Neste diapasão pretende Habermas superar as questões éticas, que se relacionam com uma comunidade específica e a sua forma de vida, por meio do estabelecimento de questões de justiça, que refletem a compatibilidade com princípios morais que reclamam uma validade universal além da comunidade legal, ou restrita, conforme descrito.

Ao procurar essa superação em relação ao modelo republicano afirma o seu conceito procedimentalista de política deliberativa – a teoria do discurso Habermasiana¹⁶⁹.

De acordo com essa visão procedimentalista, o indivíduo somente se torna

¹⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. p. 107 – 121.

¹⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. p. 107 – 121.

¹⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. p. 107 – 121.

¹⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. p. 107 – 121.

¹⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. p. 107 – 121.

¹⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. p. 107 – 121.

consciente de sua participação na vida coletiva por meio de uma prática exercida em comum com os outros.

Neste sentido afirma Álvaro de Souza Cruz¹⁷⁰:

[...] A teoria do agir comunicativo constitui um esforço múltiplo do autor de construir simultaneamente uma teoria da racionalidade, uma teoria da sociedade e uma teoria da modernidade em cima de uma metalinguagem dos processos comunicativos, como desdobramento do projeto filosófico de uma pragmática universal.

Ciente da aproximação entre direito e moral por meio de seus ideais, Habermas revê seus posicionamentos e trabalha sua Teoria Discursiva do Direito numa relação de co-originariedade e complementariedade entre moral e direito, devendo a Constituição estruturar procedimentos para garantia de um fluxo de comunicação.

Neste sentido, defende que a validade normativa deve decorrer de um procedimento argumentativo de forma a viabilizar uma construção democrático participativa em que os destinatários normativos podem ser vistos como co-autores das normas que regularão as relações sociais nas quais estão inseridos.

As normas, o Estado e a sociedade, segundo tal entendimento, definir-se-ão por intermédio da estrutura das ações comunicativas.

A teoria do discurso habermasiana se apropria de elementos da visão liberal e da visão republicana para definir um procedimento denominado de ideal para deliberações e decisões.

Segundo Habermas, de acordo com a visão liberal, o processo democrático será definido por intermédio de compromissos entre interesses concorrentes, devendo a igualdade ser assegurada pelo direito ao voto, como forma de definição da composição representativa de corpos parlamentares¹⁷¹.

Neste sentido, o modelo liberal se vinculará a institucionalização jurídica de uma sociedade encarregada de garantir o bem comum, afastando-se da autodeterminação democrática de cidadãos.

A função da formação democrática da vontade limita-se a legitimar o exercício

¹⁷⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 54.

¹⁷¹ HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. p. 107 – 121.

do poder político, de modo a viabilizar um discurso de justificação pelo governo do uso do poder em nome de todos.

De acordo com a visão republicana o processo democrático terá como ponto de partida um consenso estabelecido e compartilhado pelo cidadão¹⁷².

Esta vontade política republicana torna-se responsável pela criação da sociedade como um todo político, limitando-se a democracia como a auto-organização política da sociedade.

A formação democrática da vontade segundo o entendimento adotado acima visa constituir a sociedade como uma comunidade política de manter a lembrança deste ato de formação em cada período de eleição.

Delimitando o processo democrático segundo a teoria do discurso Habermas¹⁷³ defende, em consonância com o republicanismo, a credibilidade ao processo de formação política da vontade; e que, de forma contrária, não confere à Constituição o papel de mera coadjuvante, eis que defende que o êxito da política deliberativa vincula-se a institucionalização de procedimentos e das condições de comunicação.

A intersubjetividade pretendida perpassa tanto pelos corpos parlamentares como pelas fontes informais da esfera pública, como meio de formação, segundo o autor, mais ou menos racional da vontade de opinião¹⁷⁴.

Neste contexto defende que a construção informal da opinião pública mostra-se capaz de se transmutar em poder comunicativo por meio de eleições políticas e que, o poder comunicativo é transformado em poder administrativo por meio da legislação¹⁷⁵.

O povo, para Habermas, segundo a visão republicana, é portador de uma soberania indelegável, de modo a inviabilizar a representação. *A contrario sensu* expõem os liberais que, seguindo um modelo de Estado Constitucional, todo o poder emana do povo, cujo exercício ocorrerá por meio das eleições e do voto¹⁷⁶.

¹⁷² HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. p. 107 – 121.

¹⁷³ HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. p. 107 – 121.

¹⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. p. 107 – 121.

¹⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. p. 107 – 121.

¹⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. **Três Modelos Normativos de Democracia**. p. 107 – 121.

Independentemente do marco utilizado para definição de um sistema democrático participativo, verificamos que a aprendizagem, a conservação, a transmissão da cultura decorrem das práticas sociais, que se organizam para expressar a cultura das comunidades humanas, que assumem condições de signos para transmissão dessa cultura de um indivíduo a outro a partir de inúmeras gerações.

Interessante verificar se as construções da linguagem, no sentido amplo da palavra, não se tratam de significantes de mesmos significados básicos, que se expressam por meio de sistemas de sinais e denotam uma particular formatação do mundo.

A conservação de um sistema de modelos de prática sociais permite a manutenção de um sistema que se diz democrático por meio de discursos desprovidos de fundamentação e de afastamento de participação dos destinatários normativos.

A Ciência, como saber ordenado, que estuda os signos e sua utilização denomina-se semiótica ou semiologia e nos demonstra a influência da psicologia social e geral para formação de uma realidade cultural construída ao longo dos tempos.

Saussure¹⁷⁷ confere à Semiologia parte de uma disciplina denominada de psicologia social e da psicologia em geral.

Pensamento diferente era o de Pierce, para quem deveria ser conferido à lógica as mesmas noções da semiótica, qualificando-a como a doutrina quase necessária ou formal dos signos.

Para Edward Lopes¹⁷⁸, cabe à semiótica o estudo de uma realidade cultural de uma comunidade e todas as espécies de sistemas de sinais que o homem construiu ao longo da história, tendo como objetivo o estudo do conhecimento da realidade fenomênica e como se espelham nos diferentes sistemas lingüísticos que recriam essa realidade.

O estudo da semiótica perpassa, neste sentido, pelas noções de ideologias, na implementação do conhecimento por meio de construções sociais de saberes. Os signos devem ser entendidos como método de transmissão do pensamento entre

¹⁷⁷ SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. 25. ed. São Paulo: Cultrix, 2003.

¹⁷⁸ LOPES, Edward. **Fundamentos da Linguística Contemporânea**. São Paulo: Cultrix, 2008, p. 16.

subjetividades, como mediador da relação entre os homens.

Desta forma, define Edward Lopes¹⁷⁹ que os signos são, por um lado, suportes exteriores e materiais da comunicação entre as pessoas e, por outro lado, são o meio pelo qual se exprime a relação entre o homem e o mundo que o cerca.

Neste sentido a organização social dessas mediações será responsável pela linguagem enquanto sistema criador de modelos e enquanto fonte produtora de ideologias sociais.

A linguagem, como primeiro método de internalização social do indivíduo carrega consigo os valores sociais na qual o indivíduo é membro, transformando-o em um sujeito, segundo os valores de seu tempo. Neste contexto, a língua falada equivale a um primeiro instrumento de controle comportamental do grupo social sobre cada um de seus membros.

A definição terminológica processual ou procedimental precisa ser revista sob este prisma.

A construção da ciência processual demonstra a utilização de termos distintos, mas, sempre com o objetivo de manutenção de um sistema de dominação, por intermédio da denominada relação jurídica, ou pela instrumentalidade do processo, ou, até mesmo por meio de decisões em nome do “povo” e para o “povo”.

Mister destacar que, enquanto falantes, torna-se necessário destacar a importância da consciência da condição mental da existência humana.

Pierce¹⁸⁰, ao descrever os sistemas semióticos propõe a descrição dos sistemas dos signos segundo três pontos de vista: primeiro da relação inter-sígnicas (função sintática), do signo com seu objeto (função semântica) e do signo para com seus usuários (função pragmática).

Os ensinamentos de Saussure¹⁸¹ contribuíram de forma grandiosa para o estudo da lingüística, principalmente no que tange a separação entre lingüística interna (fora do contexto sócio-histórico) e a lingüística externa (a vinculação de fenômenos externos/exteriores à lingüística), o que permite a compreensão da dicotomia pretendida por Saussure entre Sincronia (lingüística estrutural) e Diacronia

¹⁷⁹ LOPES, Edward. **Fundamentos da Linguística Contemporânea**. p. 16.

¹⁸⁰ PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. trad. NETO, José Teixeira Coelho, col. Estudos, Editora Perspectiva, 1977, São Paulo, Brasil.

¹⁸¹ SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. p. 20.

(lingüística histórica).

A resolução do impasse entre sincronia e diacronia é sugerida por Benveniste¹⁸² como decorrente de um equilíbrio entre as partes e uma estrutura.

Neste debate entre fenômeno histórico e social, defende Saussure¹⁸³ que a língua é um conceito social, diferentemente da linguagem ou discurso, para o qual corresponderia a uma parcela individual da *langue* (cada indivíduo escolhe os seus propósitos imediatos da comunicação), ou seja, situação posta em ação de um falante em cada uma de suas situações comunicativas concretas.

Ressalta ainda que a *langue* é a condição da existência para o que denomina de *parole*, a liberdade de combinações. A *parole* decorre como combinação individual que atualiza elementos discriminados em um código.

Defende Riccoeur¹⁸⁴ que para Saussure a linguagem corresponde a soma da língua e do discurso, em que a língua é a linguagem do discurso.

A linguagem estudada como objeto de dominação será o que procuraremos definir como metalinguagem, como línguas naturais que traduzem códigos modelados.

Decorre de tal noção o objetivo da lingüística enquanto ciência que estuda as denominadas línguas naturais, por meio das ciências humanas e da semiologia.

Cada língua recorta a realidade de um modo particular, desta forma pretende-se demonstrar que a definição de um sistema que se diz democrático, sem instituição de um modelo participativo dos destinatários normativos reflete uma construção retórica, que pretende a manutenção do status quo de alienação do cidadão por intermédio da perpetuação de metalinguagens.

A restrição do conceito de cidadão àquele que vota, por meio de um sistema que define a cidadania por intermédio do exercício deste direito político reflete a tentativa de conservação da metalinguagem da democracia instituída em 1988.

Efetuando um paralelo entre linguagem e processo, verificamos que, para que a língua cumpra seus fins é necessário que os membros de uma comunidade, compartilhem as mesmas experiências, em igualdade de implementação,

¹⁸² BENVENISTE, Émile. **Problèmes de Linguistique Générale I**. Paris, Gallimard, 1966.

¹⁸³ SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. p. 20.

¹⁸⁴ RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. trad. de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990.

conservação e efetivação de direitos fundamentais em um sistema que se pretende democrático.

4.1 O Procedimento Coletivo e a Alienação do Cidadão

No Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição da República de 1988, impera o princípio da liberdade somente limitada pela lei (princípio da reserva legal), o processo jurisdicional deve ser entendido como o espaço discursivo para a reconstrução dos fatos e aplicação da norma, na qual as partes apresentem em simétrica paridade, pela garantia do contraditório, seus argumentos, construindo o provimento final, que será o resultado lógico-racional do procedimento.

A lesão e ameaça a bens indispensáveis para a vida em sociedade tais como o meio-ambiente, o patrimônio artístico, histórico e paisagístico, provocam em cada um dos interessados a busca pela solução dos problemas.

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.

No direito francês ressaltamos a prevalência da máxima *pas d'intérêt, pas de action*, quanto à titularidade do direito de ação, que pretende explicitar a vedação da propositura da ação diante da ausência de um interesse jurídico no conflito, o que, em princípio, afasta qualquer ente privado de se legitimar numa ação em nome de outrem¹⁸⁵.

Partem os doutrinadores franceses do conceito de ação como um poder abstrato conferido aos particulares para obterem um pronunciamento judicial à respeito de seus direitos e interesses legítimos, abandonando as posturas clássicas que se referem a coincidência entre a ação e o direito. Neste sentido, estabelece o ordenamento jurídico francês, assim como o brasileiro, as seguintes condições da

¹⁸⁵ ESTAGNAN, Joaquin Silguero. **La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a traves de la legitimacion de los grupos**. Madrid: Dykinson, 1995.

ação: interesse e legitimidade.

A vedação quanto à postulação em juízo em nome de outrem permite verificarmos que os interesses privados, no ordenamento jurídico francês, ficam a cargo dos indivíduos e que os interesses denominados de públicos e sua consequente defesa aparecem como atribuições do Ministério Público.

O Ministério Público e as associações prevalecem como legitimados para ingresso em juízo de ações coletivas, sendo que a substituição processual pelos mesmos representa uma exceção à possibilidade de representação em nome próprio de direitos alheios, e não a regra.

O conceito de interesse público ampliou-se bastante nos últimos tempos na França, visando abarcar os interesses de consumidores, do meio-ambiente e da livre concorrência.

Do ponto de vista comparativo, observamos no ordenamento jurídico italiano que as controvérsias caracterizadas por um número elevado de pessoas é pouco desenvolvido.

Permite-se em algumas hipóteses em que há um maior número de interessados a formação de litisconsórcio, ativo ou passivo, e, ainda, em situações mais complexas, a derrogação de algumas regras de repartição de competência para se garantir uma decisão equânime para controvérsias semelhantes¹⁸⁶.

Embora existissem vários posicionamentos quanto à citada reformulação, juntamente com o posicionamento de Proto Pisani, destacamos os entendimentos de Stefano Rodota e Bricola, que apresentaram os seguintes problemas a serem superados: a publicidade do ato em juízo, a proposição das provas, a extensão do processo (renúncia e transação), a conteúdo declarativo da sentença, e os limites subjetivos da eficácia da sentença¹⁸⁷.

Embora a Constituição Italiana reserve a legitimação para agir a todos, para defesa de direitos e interesses legítimos, não possui mecanismos para a tutela dos direitos de massa, ao contrário do que podemos verificar no direito brasileiro.

Denota-se que, apesar da ampla discussão quanto ao direito coletivo na Itália, a concretização das normas reflete uma incipiência, que acreditamos derivar da

¹⁸⁶ ESTAGNAN, Joaquin Silguero. **La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a traves de la legitimacion de los grupos**. p.195-224.

¹⁸⁷ ESTAGNAN, Joaquin Silguero. **La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a traves de la legitimacion de los grupos**. p.195-224.

política legislativa do sistema. Na verdade a lei não evoluiu porque não há consenso sobre os conceitos fundamentais que estruturam os direitos coletivos. Além disso, essas modificações alteram também alguns conceitos aplicados ao processo civil individual.

Ao estabelecer a inafastabilidade de apreciação pelo Judiciário de lesão ou ameaça a direito não restringiu o constituinte referido direito apenas às ofensas individuais, mas também às ofensas coletivas, ambas constitucionalmente asseguradas.

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 na filosofia do sujeito voltada à reprodução do mundo da vida por decisões centradas na tradição e autoridade¹⁸⁸.

Se o acesso à Jurisdição é amplo e irrestrito, segundo preleciona o direito de ação constitucionalmente assegurado, torna-se essencial a utilização do processo na criação e reconstrução permanente de institutos jurídicos.

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.

O estudo do processo individual brasileiro, com intuito de alcançar escopos metajurídicos, em que a jurisdição e o processo são vistos como instrumento de realização de valores sociais e políticos da nação, conforme defendido por Cândido Rangel Dinamarco¹⁸⁹ encontra-se superado e não deve ser direcionado para o processo coletivo.

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 da diversidade e não em uma isonomia mítica.

¹⁸⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da decisão jurídica**. p. 68.

¹⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

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

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 das normas vigentes.¹⁹⁰

Na mesma linha de raciocínio, aduz que:

A Ciência Jurídica como conquista teórica pós-moderna da humanidade e base de múltiplos sistemas de explicação do direito equivale a uma permanente conspiração da consciência dos povos contra o absolutismo das idéias jurídicas formadas, e de teorias destituídas de historicidade e de privilégios dominantes pelo eufemismo da igualdade formal de direitos e da defesa gráfica dos direitos humanos.¹⁹¹

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.

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 construtores do Estado Democrático de Direito, em respeito ao devido processo constitucional, que proporcionará uma ordenação dialógica em contraditório realizada entre os destinatários da decisão.

Neste sentido, inegável que os poderes conferidos aos órgãos públicos ou entidades no desempenho das funções públicas devem representar, após a nova ordem constitucional, funções, como repartições de competência, jamais poder.

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

191 LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**. p. 15

A expressão “poder” coaduna com os modelos estatais anteriores, Estado Liberal ou Social, em que a personificação do poder era utilizada como mecanismo de dominação, afastando a possibilidade de participação social, seja para construção de suas realidades, seja para fiscalização da administração pública.

Assevera-se que a definição de poder conferida ao Estado é alvo de críticas por parte da doutrina, na qual corroboramos o entendimento segundo exposição de Vicente de Paula Maciel Junior¹⁹²:

Ao Estado vem sendo conferida na história uma proeminência em virtude da subjetivação de poder que lhe é atribuída. É como se o poder fosse o próprio Estado ou decorresse dele. Mas o Estado não tem poder propriamente dito. Ele, através de seus agentes, exerce competências de poder, que são funções criadas, delimitadas e atribuídas pela norma como funções de Estado.

Desse modo, deve ser propiciada uma fiscalidade participativa¹⁹³ constante em todo o procedimento de qualquer da decisão, no âmbito administrativo ou jurisdicional.

No âmbito jurisdicional a legitimação para agir nas ações individuais e nas ações coletivas de forma ampla corroboram, com a implementação dos direitos fundamentais pelas garantias constitucionais do Modelo Constitucional do Processo¹⁹⁴.

Segundo Ricardo de Barros Leonel¹⁹⁵ a “preocupação” com as garantias constitucionais do processo em uma demanda coletiva conduziria a impossibilidade de postulação em juízo devido ao elevado custo para o Estado dos referidos procedimentos. Neste sentido afirma que “exigir o respeito ao devido processo legal na sua formulação clássica – presença de todos os lesados em juízo para validade da sentença com relação a cada um deles – seria inviabilizar o acesso ao judiciário”.

Embora relacionada como origens remotas, seja no direito romano, seja no

¹⁹² MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas – As ações coletivas como ações temáticas**. Belo Horizonte: LTR, 2006.

¹⁹³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume I e II. ed. 2. Tradução Flávio Beno Siebeneich. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

¹⁹⁴ ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. 2. ed. Torino: G.Giappichelli Editore, 1997.

¹⁹⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual de Processo Coletivo**. p. 29.

direito inglês medieval, a previsão inicial de participação dos cidadãos para defesa de seus direitos em juízo decorreu da ação popular descrita inicialmente na Constituição de 1934, que, em momento posterior foi ampliada e regulamentada pela Lei nº 4717/65.

Ressaltamos que, somente em 1985 com a edição da Lei da Ação Civil Pública, verificamos um avanço no ordenamento jurídico em torno do direito coletivo, que foi complementado pela ordem constitucional de 1988 e pela Lei nº 8078/90 que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

A especificidade com que a matéria procurou se desenvolver pode ser verificada nas legislações em torno da defesa da criança e do adolescente, das pessoas portadoras de deficiência e ordem econômica e da economia popular, circunstâncias que permitiram o reconhecimento a nível internacional do ordenamento jurídico brasileiro, que passou a ocupar lugar de destaque no contexto mundial.

A evolução doutrinária do processo coletivo é tratada por várias obras que se referem aos institutos da legitimação, competência, funções do juiz e do Ministério Público, conexão, litispendência, liquidação, execução de sentença, coisa julgada, dentre outros.

Em busca do desenvolvimento do direito processual coletivo, visando suprir suas falhas e insuficiências ainda existentes, bem como conferir unidade legislativa, vários processualistas, como Antônio Gidi, Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, iniciaram projetos para elaboração de um Código de Processo Coletivo.

O constante debate entre os processualistas e a comunidade jurídica e acadêmica proporcionou a elaboração de vários modelos de Código de Processo Coletivo, sempre com a função de abarcar de forma ampla as peculiaridades que os envolvem.

Trataremos no presente tópico dos Projetos desenvolvidos por Antônio Gidi, por Ada Pellegrini Grinover e por Aluisio Castro de Gonçalves Mendes.

Antônio Gidi elaborou o Código de Processo Civil Coletivo, um modelo para países de direito escrito, como prolongamento dos estudos efetuados em 1993, quando da defesa de sua dissertação de mestrado.

O objetivo, segundo o autor, foi inspirar a redação do melhor Código de

Processo Civil Coletivo, em consonância com a realidade de países de tradição derivada do direito continental europeu.

Pautado na experiência do estudo da ciência do direito processual de forma comparada, conforme já delineamos na da presente pesquisa, Antônio Gidi se propõe a realizar um projeto inspirado no direito processual individual e coletivo de vários países, notadamente utilizando os institutos do direito brasileiro, americano, canadense, francês, italiano e escandinavo.

Procurando atender as especificidades das pretensões deduzidas em juízo no direito brasileiro, Antônio Gidi divide em dois títulos especiais o seu projeto, trazendo no primeiro título a tutela dos denominados direitos transindividuais, sendo titular um grupo como um todo e, no segundo título, a tutela dos direitos individuais, que considera como titulares membros de um grupo individualmente.

Ressalta Gidi que o projeto não foi elaborado para tentar solucionar as diferenças procedimentais entre as ações coletivas decorrentes do valor da pretensão ou o tipo da controvérsia, como os conflitos resultantes da responsabilidade civil em massa derivada de prejuízos causados por produtos químicos e a responsabilidade civil em massa derivada de prejuízos causados por um incidente como o naufrágio de um navio.

Destaca no mesmo sentido que o projeto não busca sanar as controvérsias com as quais se tem ocupado as ações coletivas norte-americanas das últimas décadas, como as pretensões envolvendo vários estados, custos, comportamento antiético e outros abusos.

Delimita que o objetivo do modelo de Código pretende-se mais modesto ao ocupar-se em introduzir um simples instrumento de tutela coletiva nos países de direito escrito que não dispõem de nenhum, optando pela valorização da compreensão imediata do conteúdo da norma e da divulgação de idéias para solução das controvérsias pela tutela coletiva de direitos, razão pela qual, desde o início, justifica a utilização de uma linguagem na redação dos dispositivos de forma atécnica.

Quanto ao cabimento, inicia o projeto descrevendo que será cabível a ação coletiva para tutela de pretensões transindividuais de que seja titular um grupo de pessoas e de pretensões individuais de que sejam titulares os membros de um grupo de pessoas.

De forma especial, delinea que poderá ser proposta a ação para tutelar direitos difusos, definindo-os como os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por relação jurídica comum ou por circunstâncias de fato; e os direitos individuais homogêneos, definidos como o conjunto de direitos subjetivos individuais ligados por uma origem comum de que sejam titulares os membros de um grupo de pessoas.

Quanto ao instituto da legitimação, tema central da presente pesquisa, observamos que Gidi procura trazer para o ordenamento jurídico brasileiro a legitimação segundo o modelo norte-americano, sugerindo como legitimados coletivos o Ministério Público, a União, os Estados ou Províncias, os Municípios e o Distrito Federal, as entidades e órgãos da administração pública, ainda que sem personalidade jurídica, as associações sem fins lucrativos, desde que legalmente constituídas há pelo menos dois anos.

O grupo como um todo e seus membros são qualificados no projeto como partes no processo coletivo, devendo, todavia, ser representadas em juízo por um legitimado coletivo, que deverá ser, sempre que possível, mais de um, de forma a promover a representação adequada dos referidos direitos.

Devido à imprescindibilidade da presença do Ministério Público, ressalta que se não ele não for parte, deverá participar como fiscal da lei.

A representação em juízo promovida pelas associações e órgãos da administração pública é limitada pela pertinência temática da demanda coletiva com os fins pelos quais foram instituídos.

No que se refere à representação dos membros do grupo destaca Gidi como requisito para condução da ação na forma coletiva a adequação da mesma, devendo o juiz analisar os seguintes fatores: competência, honestidade, capacidade, prestígio, experiência, o histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses do grupo, a conduta e a participação no processo coletivo e em outros processos anteriores, a capacidade financeira para prosseguir na ação coletiva, o tempo de instituição e o grau de representatividade perante o grupo.

O controle da adequada representação nos termos do artigo 6º do projeto poderá ser feito por qualquer legitimado, que poderá intervir a qualquer tempo e grau de jurisdição para demonstrar a inadequação da representação ou até mesmo para auxiliar o representante.

Além de elaborar a delimitação para a representação adequada, Gidi se refere à notificação adequada, que deverá corresponder ao mecanismo eficaz de se dar ciência a todos os envolvidos em uma demanda coletiva das circunstâncias do caso concreto, sendo, desta feita, tratada como uma função do representante.

A notificação adequada segundo Gidi permitirá, além do controle da representação, a suspensão de processos individuais em curso, para fins de vinculação do sujeito à coisa julgada coletiva, pois, defende que as ações coletivas não induzirão litispendência para as correspondentes ações individuais relacionadas à mesma controvérsia coletiva.

Importante destacar que, por se referir à representação coletiva e não à legitimação extraordinária, Antônio Gidi permite a elaboração de acordo com a parte contrária ao grupo, desde que os termos do mesmo forem adequados para tutelar os direitos e interesses do grupo e de seus membros, acordo este que vinculará a todos.

A continuidade das pesquisas¹⁹⁶ para a elaboração de um Código Modelo foi tema amplamente discutido e debatido no Brasil no final de 2003 nos cursos de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que prosseguiu na proposta inicialmente elaborada por Antônio Gidi.

Acrescentando às pesquisas supra, em 2004, a aprovação nas Jornadas do Instituto Ibero-americano de Direito Processual na Venezuela para a elaboração de um Código Modelo para Ibero-América, mostrou-se como incentivo para o prosseguimento dos projetos já em andamento.

Ada Pellegrini Grinover elabora no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) uma primeira versão do Anteprojeto, que, em 2005 recebe sugestões dos Programas de Pós-Graduação das Faculdades de Direito das Universidades do Rio de Janeiro (UERJ) e Estácio de Sá (UNESA) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual, visando, sempre, obter uma proposta mais reestruturada.

O Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, inicialmente elaborado em São Paulo, de forma mais técnica e estruturada do que o

¹⁹⁶ As referidas pesquisas tiveram como consequência a elaboração de várias obras em processo coletivo, dentre elas citamos as seguintes: Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, sob a coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe.

modelo anteriormente tratado, define que a ação coletiva será exercida para a tutela de interesses ou direitos difusos, entendidos como os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base; e para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, entendidos como o conjunto de direitos subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de grupo, categoria ou classe.

Nos moldes do projeto anterior delimita como requisito para a demanda coletiva a adequada representatividade do legitimado, que seguirá os mesmos critérios já traçados por Antônio Gidi.

Fundamental asseverar que o projeto em referência amplia o rol dos legitimados, acrescentando a legitimação do cidadão para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstância de fato; o membro de grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos; o Defensor do Povo; as pessoas jurídicas de direito público interno; as entidades sindicais, para a defesa dos interesses e direitos da categoria; as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos referidos pelo código, dispensada a autorização assemblear.

O Ministério Público e as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, são mantidos como legitimados, conforme o projeto anterior.

Observa-se quanto às associações a redução do critério de constituição de dois para um ano, mantendo-se, contudo, a pertinência temática.

A análise da representatividade adequada é mantida nos mesmos moldes do modelo anterior e, contrariamente ao designado por Antônio Gidi, o projeto em tela não se refere à notificação adequada e nem mesmo ao acordo adequado, não afastando, contudo a possibilidade de transação entre as partes em juízo.

As idéias iniciais apresentadas pelo projeto de São Paulo foram reestruturadas na esfera da UERJ-Unesa, sendo as sugestões incorporadas ao

Anteprojeto iniciado por Ada Pellegrini Grinover.

Dentre as alterações observamos que ao se referir ao objeto da tutela coletiva, segundo o exposto no Código de Defesa do Consumidor, há uma melhor divisão e conceituação entre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Definem como difusos os interesses ou direitos transindividuais de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; como coletivos, os interesses ou direitos transindividuais de natureza indivisível de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, e, por fim, como individuais homogêneos os direitos subjetivos decorrentes de origem comum.

Quanto à legitimação, as sugestões denotam um caráter de maior técnica, esclarecendo e delimitando conceitos.

Infere, neste sentido como legitimados concorrentes qualquer pessoa física, para a defesa de interesses difusos, desde que reconhecida sua representatividade adequada pelo juiz, demonstrada pelos mesmos requisitos já adotados anteriormente.

A proposta de revisão do anteprojeto visa afastar qualquer dúvida referente à legitimação da Defensoria Pública para defesa dos hipossuficientes assim como das entidades sindicais, restringindo, todavia, a atuação sindical para a defesa de direitos relacionados com a categoria.

São ainda acrescentados ao rol dos legitimados os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais, limitando a atuação dos mesmos assim como das associações e fundações de direito privado à pertinência temática.

As propostas acima receberam em dezembro de 2005 sugestões do Instituto Brasileiro de Direito Processual e, quanto ao objeto tutelado e à legitimação aperfeiçoou-se nos termos descritos abaixo.

Quanto ao objeto, foi adotada a terminologia anteriormente descrita, alterando apenas a definição dos interesses ou direitos individuais homogêneos, suprimindo a expressão “direito subjetivo” e restando definido como interesses ou direitos individuais homogêneos os decorrentes de origem comum.

Ao rol de legitimados foram acrescentadas, nesta última sugestão, as entidades de fiscalização do exercício das profissões e as fundações de direito privado.

A ampliação em termos de legitimação vem acompanhada de requisitos específicos para a propositura da demanda coletiva, visando um controle quanto à importância e desenvolvimento da demanda coletiva a ser proposta.

Quanto à adequação da representação, restringiu-se ao atendimento aos seguintes requisitos: credibilidade, capacidade e experiência do legitimado, histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses difusos e coletivos e a conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado.

Observamos que, embora pareçam poucas as diferenças entre os projetos acima arrolados, a tentativa de reestruturação e elaboração de um Código Modelo de Processos Coletivos mostra-se complexa e necessita de um amplo debate entre a comunidade jurídica como um todo, seja de profissionais, seja de acadêmicos.

Há mais de quinze anos o Professor Dr. Vicente de Paula Maciel Júnior iniciou sua pesquisa do Direito Processual Coletivo. Essas pesquisas, desenvolvidas principalmente no pós-doutorado junto à Universidade de Roma – La Sapienza, culminaram com a publicação do trabalho intitulado: Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas.

A teoria apresentada pelo professor é utilizada na presente tese, como marco inicial para desenvolvimento do processo coletivo segundo o viés democrático instituído a partir de 1988.

Visando dar prosseguimento e ampla divulgação quanto à pesquisa elaborada em torno do processo coletivo, o professor Dr. Vicente de Paula Maciel Junior ofertou no programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, para alunos de mestrado e doutorado, a disciplina de Direito Processual Coletivo¹⁹⁷.

Há dois anos surgiu a idéia de elaboração do projeto de código de processo coletivo baseado na proposta das ações temáticas, que serão detalhadamente descritas no último capítulo do presente trabalho.

A proposta de elaboração de um Código de Processo Coletivo desenvolvida no âmbito da PUC/Minas parte da necessidade de se viabilizar a participação em juízo de todos os interessados para se garantir a construção de um processo legítimo e em consonância com a ordem constitucional vigente.

¹⁹⁷ A referida pesquisa encontra-se em desenvolvimento e conta com a participação dos alunos da PUC Minas e o resultado poderá ser averiguado nos artigos, teses e dissertações quanto ao tema, como por exemplo, os trabalhos de Renato Patrício Teixeira, Josan Mendes Feres, Natália Chernicharo Guimaraes, disponíveis no site da PUC/Minas.

Neste sentido, a proposta se refere à possibilidade de qualquer interessado postular em juízo, independentemente de representação por entidades escolhidas pelo ordenamento jurídico.

Partindo da análise de um fato ou de um bem jurídico a ser protegido, o projeto de Código de Processo Coletivo parte da ampliação do instituto da legitimação, permitindo, por meio de uma técnica procedimental adequada que todos os interessados possam participar da construção de uma decisão pela qual serão afetados.

Nessa seara, não apenas o instituto da legitimação, mas toda a ciência processual é revista, visando se adequar ao modelo constitucional de processo.

Diante da tecnicidade com que a matéria é trabalhada, até o presente momento, o professor Dr. Vicente Maciel coordena as pesquisas visando a publicidade e participação da comunidade acadêmica na construção de um projeto de acordo com a ciência processual pós-moderna¹⁹⁸.

Quadro sinóptico capítulo 4

- As conseqüências da perpetuação do conhecimento historicamente construído como forma de manutenção de sistemas representativos ou de consagração do processo como relação jurídica;
- A utilização da linguagem como forma de dominação e de conservação de práticas sociais capazes de afastar a participação.
- A consagração de fundamentação das decisões “para o povo” e “em nome do povo” como mecanismo de fortalecimento do sistema representativo.
- A linguagem como forma de organização da sociedade por meio de criação de sistemas modelizantes e como fonte de ideologias sociais.
- A restrição conceitual de cidadão, como o sujeito titular de direitos políticos, como exemplo de se suprimir a construção participada de decisões.
- O procedimento coletivo como fonte explícita de afastamento à participação, em consonância com a construção da técnica procedimental que se pauta em um discurso de justificação excludente, sob o fundamento da legitimação extraordinária e de representantes da coletividade.

¹⁹⁸ A projeto de Código de Processo Coletivo, ainda em construção, encontra-se disponível no site da Faculdade Mineira de Direito: www.fmd.pucminas.br.

5 O PROCESSO COLETIVO COMO MEIO DE CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

No Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição da República de 1988, impera o princípio da liberdade somente limitada pela lei (princípio da reserva legal), o processo jurisdicional deve ser entendido como o espaço discursivo para a reconstrução dos fatos e aplicação da norma, na qual as partes apresentem em simétrica paridade, pela garantia do contraditório, seus argumentos, construindo o provimento final, que será o resultado lógico-racional do procedimento.

A lesão e ameaça a bens indispensáveis para a vida em sociedade tais como o meio-ambiente, o patrimônio artístico, histórico e paisagístico, provocam em cada um dos interessados a busca pela solução dos problemas.

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.

Salientamos que 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.

A legitimação extraordinária utilizada como técnica procedimental que se justifica na facilitação de acesso ao judiciário demonstra a tentativa de se explicitar uma jurisdição autossuficiente em seus fins metajurídicos.

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.

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, conduzindo a um procedimento de

alienação conforme preconizado por Hans Kelsen¹⁹⁹.

A cidadania democrática deve se fundar em uma legitimação fiscalizatória do sistema jurídico-político extensiva a todos indistintamente, não se devendo permitir o exercício de funções por onipotências, conforme se verifica na atuação quase que exclusiva do Ministério Público nos processos coletivos, e sim pela argumentação processualizada.

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.

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.

Se o processo possui como função o esclarecimento, a fiscalização e a declaração da norma para o caso concreto, aproveitando-nos das lições de Carnelutti, verificamos que não seria possível se imaginar uma decisão sem a participação dos interessados.

Percebe-se, após a discussão supra, que a busca por uma visão científica da legitimação no processo coletivo bem como a sua consonância com a ordem constitucional vigente e a elaboração de uma técnica procedimental adequada mostra-se imprescindível.

5.1 O Modelo Participativo de Processo Coletivo: As Ações Coletivas como Ações Temáticas

A legislação existente no ordenamento jurídico brasileiro visa a regulamentação de direitos que podem atingir um número indeterminado de interessados, que poderão estar inter-relacionados pela possibilidade de suportar os efeitos dela decorrentes.

¹⁹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da decisão jurídica** p 51.

Diante dessas características, compreende-se porque a técnica processual coletiva deve se adequar para permitir a participação dos interessados coletivos, a fim de que, pelo devido processo legal possam construir a decisão, em contraditório, que definirá o conflito de interesses existentes.

O Estado Democrático de Direito e o Modelo Constitucional de Processo devem ser colocados como fios condutores dos questionamentos que surgem pós-Constituição de 1988.

Nessa perspectiva, procuramos elaborar uma crítica à doutrina e à jurisprudência pátria quanto ao tratamento do processo coletivo como decorrência do processo individual e de seus institutos, porque isso acaba por ocultar as particularidades e diferenças inerentes a cada um deles.

A legitimação no processo coletivo na atualidade pauta-se no modelo de pretensões individuais, limitando-se a um padrão “autor-réu”, mediante a eleição de representantes da coletividade para a defesa dos denominados “interesses” coletivos, difusos ou individuais homogêneos.

A escolha dos representantes da coletividade é fundamentada num discurso de justificação ética e de técnica procedimental de celeridade, que, conforme procuramos demonstrar explicita-se autoritário e em desacordo com a ordem Constitucional vigente.

Entendemos que a busca pela celeridade com supressão de direitos e garantias fundamentais já consagrados na Constituição de 1988 precisa ser repensada.

Nesse sentido, a efetividade do processo deverá relacionar-se diretamente ao modelo de Estado adotado, devendo, por tais razões, de acordo com o modelo de Estado Democrático de Direito adotado pelo Brasil, o direito incondicionado de movimentar a jurisdição ser entendido como garantido a todos.

Nos mesmos moldes, a participação, de forma a se permitir a ampla argumentação, no curso do processo, deverá ser assegurada, independentemente do número de sujeitos envolvidos num conflito de interesses.

O direito incondicionado de movimentar a jurisdição, o contraditório, a ampla defesa, a isonomia, como consectários do devido processo legal não foram limitados às pretensões individuais.

Neste diapasão, se a Constituição não restringiu a participação, não cabe a legislação infraconstitucional restringi-la, como verificamos na Lei da Ação Popular, que limita a participação ao cidadão eleitor; a Lei da Ação Popular e o Código de Defesa do Consumidor, que elegem quais são os representantes dos interessados coletivos, difusos ou individuais homogêneos.

O processo coletivo brasileiro deve ser estudado segundo os moldes instituídos a partir de 1988 e nesse sentido pautar-se na construção das normas procedimentais que o regerão.

Acreditamos que o instituto da legitimação deverá ser o primeiro a ser revisado, pois interferirá diretamente em toda a construção de uma técnica procedimental segundo os moldes democráticos.

Toda a construção elaborada no curso da presente tese procurou demonstrar a ausência de delineamentos claros quanto a legitimação no que tange o processo coletivo, que ora é tratada como ordinária, ora como extraordinária, e até mesmo como um instituo *sui generis*.

Procuramos também demonstrar que ausência de uma técnica específica quanto aos procedimentos coletivos não se limita à realidade brasileira, sendo questionada por vários ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Ressaltamos, neste íterim, que a legislação brasileira referente ao processo coletivo é considerada, dentre as existentes, uma das mais avançadas.

Apesar das afirmações supra, verificamos, ao longo do trabalho, a crescente tentativa de utilização de técnicas procedimentais que não corroboram com a realidade do direito processual brasileiro.

Vislumbramos que a distinção quanto ao modelo adotado para elaboração das normas existentes no ordenamento jurídico influenciou, ao longo dos tempos, toda a condução da ciência do direito processual.

O simples “transplante” de institutos do modelo de *common law* para o *civil law* como mecanismo de construção da ciência processual precisa ser visto com cautelas²⁰⁰.

Assim, os parâmetros adotados para se permitir a celeridade processual e a resposta ao jurisdicionado não podem ser buscado a qualquer custo.

²⁰⁰ GIDI, Antonio. Class Action in Brazil – A Model for Civil Law Countries. Reprinted from the American Journal of Comparative Law. Volume LI, Spring 2003, Number 2.

A realidade do Estado Brasileiro, que se instituiu Democrático de Direito, deve ser respeitada.

Em virtude desta realidade, o cidadão, entendido como aquele que sofrerá todos os efeitos de um modelo normativo, deverá participar da construção do mesmo, como colaborador da construção do Estado, de modo a cooperar na manutenção da ordem, fiscalizar a atuação estatal e atuar, diretamente, na defesa do patrimônio público.

Evidenciamos que somente podemos compreender a cidadania numa perspectiva procedimental de amplo debate, de forma a se permitir a construção de procedimentos legítimos. Neste ínterim, a legitimação conferida a todos, segundo os moldes asseverados, corroborará com o conceito de uma ordem democrática.

Defendemos, dentro dessa lógica deverá se desenvolver o direito processual, independentemente da origem do número de envolvidos, o que permite a distinção hoje existente entre processo coletivo e processo individual.

Como teoria apta a fundamentar o estudo científico do processo coletivo segundo um viés democrático, adotamos a teoria das ações coletivas como ações temáticas²⁰¹.

O ponto central abordado pela teoria é o pressuposto que as ações coletivas, construídas na perspectiva do Estado Democrático de Direito, devem adotar um modelo participativo, aberto e responsável.

Em superação ao modelo subjetivista, que define os direitos e interesses a partir do sujeito e afirmando a necessidade de prevalência da corrente objetivista, verificamos que seu autor, Vicente de Paula Maciel Junior²⁰², defende a redefinição dos chamados direitos e interesses difusos, para concluir que somente a partir dos fatos ou circunstâncias de fato poderemos verificar quais serão os legitimados naturais a participarem do debate processual para construção de uma decisão participada. A importância desse conceito para o processo decorre do fato de que não se tem sujeitos legitimados previamente pela norma. Todos os interessados difusos que foram tocados pelos fatos ou circunstâncias de fato são legitimados para

²⁰¹ Ressalta-se que marco teórico da presente tese é a Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas desenvolvida por Vicente de Paula Maciel Junior na obra: **Teoria das Ações Coletivas – As ações coletivas como ações temáticas**. Belo Horizonte: LTR, 2006.

²⁰² MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas – As ações coletivas como ações temáticas**. Belo Horizonte: LTR, 2006.

o processo.

Apenas diante dessa possibilidade, acreditamos que será possível a construção de uma decisão por um número indeterminado ou determinável de interessados.

Assim, o presente trabalho procurou destacar que o processo coletivo, segundo a ordem Constitucional vigente não deve se distanciar do Modelo Constitucional de Processo, devendo aos interessados, que sofrerão os efeitos de uma decisão, ser assegurada a oportunidade de participação da construção da mesma.

Acreditamos que somente mediante o resgate da legitimação para agir dos interessados coletivos e da permissão de interferência no procedimento, será conferida a legitimidade das decisões e da construção da ciência processual sob o prisma do Estado Democrático de Direito.

Permeando o entendimento esposado quanto a conceituação de direito e interesse e o equívoco cometido pela equiparação conceitual dos institutos, Vicente de Paula Maciel Junior desenvolve em sua obra um modelo de procedimento coletivo em consonância com a ordem constitucional instituída com a Constituição de 1988.

Partindo da negativa da existência de interesses difusos e afirmando a existência de apenas direitos difusos, Maciel Junior, define a teoria das ações coletivas como ações temáticas.

Para o referido autor os direitos difusos correspondem às disposições legais que estabelecem a regulação de bens que afetam um número indeterminado e indeterminável de indivíduos. Nesse sentido delinea que difuso é o direito que tutela bens e que, como são os referidos bens que afetam um número indeterminado de indivíduos, não podemos estabelecer um interesse sobre os bens²⁰³.

Sob essa perspectiva reafirma que os interesses são sempre individuais e que os fenômenos coletivos devem ser entendidos a partir dos “bens” que constituirão temas que se relacionarão com os sujeitos interessados. Neste diapasão define os interessados difusos com os que manifestam seus interesses (sempre individuais) em face de um bem tutelado de forma ampla pelo ordenamento jurídico.

²⁰³ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas**. p. 20.

Neste sentido, a ciência do direito processual civil construída sob a égide do indivíduo e de seus interesses é questionada pelo reconhecimento de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos no ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente, verificamos que a doutrina é conduzida à aplicabilidade dos institutos do direito processual individual ao processo coletivo, desprezando, explicitamente, as peculiaridades necessárias para cada procedimento.

A equivocidade decorrente da utilização de conceitos ultrapassados demonstra a predominância de modelos Estatais já superados. A interligação entre o direito e a forma de organização Estatal reflete diretamente no desenvolvimento da ciência processual.

Neste sentido, verificamos que o processo individual brasileiro ainda traz consigo conceitos baseados em premissas que já foram suplantadas ao longo dos tempos e que, conseqüentemente, são transportadas para o processo coletivo.

Como exemplo de utilização equivocada de institutos do direito individual no direito coletivo, procuramos demonstrar, ao longo do presente trabalho, a conceituação da legitimação para agir.

Segundo um padrão individualista e pautado no ordenamento jurídico de outros países, verificamos no processo coletivo brasileiro a eleição de um representante adequado, que possui a função processual de representar todos os interessados, delineando os caminhos de interesses, que são individuais.

O modelo de representação adequada afasta, neste sentido, os legitimados naturais da demanda coletiva que são esquecidos pela legislação e perdem a oportunidade de participação.

A renovação de conceitos como o direito de ação, direito subjetivo, direito objetivo e relação processual, em obediência aos princípios e garantias fundamentais se faz presente no modelo Constitucional estatuído pela Constituição de 1988.

Ressaltando o conceito de ação nesta nova ordem Maciel Junior estabelece que a ação é um direito objetivo previsto no ordenamento e uma faculdade de agir dada àqueles que se encontram diante de um conflito de interesses.

A distinção entre as expressões *direito* e *interesse* é sabiamente tratada por

Vicente de Paula Maciel Junior²⁰⁴ em sua obra *Teoria das Ações Coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*.

Quanto ao uso das referidas expressões, Vicente de Paula Maciel Júnior tece minucioso estudo em sua obra e afirma:

É de fundamental relevância, que a terminologia sobre determinada matéria seja bem delimitada e conhecida, sob pena de não haver o entendimento e a unificação do discurso, e não ser possível o consenso.

O interesse nasce e se exaure na intenção do sujeito, em sua manifestação perante as outras pessoas, na sua esfera privada. Os interesses manifestados são afirmações de vontade do sujeito em face de um bem. Não ocorre a sua transformação em direitos. Estes não pertencem à esfera privada de manifestação da parte, mas sim à esfera pública. Os direitos existem como fenômeno tipicamente social. Não existe direito sem que haja o reconhecimento pelo Estado, pelos outros sujeitos, de que os poderes ou faculdades exercidos pela parte sobre o bem são legítimos. A partir do momento em que há o reconhecimento social, o respeito às faculdades e poderes exercidos pelo sujeito sobre o bem, estabelece-se o consenso de que aquele é o titular legítimo de um direito.²⁰⁵

Pretende o referido autor reconstruir o conceito de direito e interesse a partir da negação científica do conceito de direito subjetivo segundo o modelo tradicionalmente existente.

Para atingir o objetivo almejado, o autor analisa as origens e evoluções históricas da terminologia, passando pelos conceitos de Jeremy Bentham, Ihering, Augusto Comte, dentre outros, para descortinar os conceitos de interesse público, interesse geral, interesse coletivo, interesse difuso.

Para Maciel Junior²⁰⁶, o estudo de Ihering parte de uma concepção individualista que centrou no conceito de direito subjetivo e do interesse como componente do conceito de direito, definindo, neste sentido, o direito como o interesse juridicamente protegido.

Atribui à equiparação de conceitos de direito e interesse de Ihering o obscurecimento e impossibilidade de evolução da doutrina no estudo dos direitos coletivos e difusos.

²⁰⁴ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas**. p. 20.

²⁰⁵ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas**. p. 55.

²⁰⁶ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas**. p. 43.

No intuito de demonstrar, de forma simples, a impossibilidade de adoção da equiparação pretendida por Ihering, Maciel Junior²⁰⁷ traz como exemplo o conflito de interesses estabelecido entre uma estatal de controle ambiental, que embarga determinada empresa siderúrgica, que polui o meio-ambiente e ofende as normas existentes.

No citado exemplo, temos vários interessados envolvidos: a entidade estatal que atua com o poder de polícia e de acordo com as normas existentes; temos os interessados difusos na preservação do meio-ambiente saudável; temos o interesse da empresa na continuidade de desenvolvimento de sua atividade comercial; temos o interesse dos empregados da empresa que visam a permanência de sua relação de emprego.

Mantendo o raciocínio supra, verificamos que todos os delineados interesses poderão ser manifestados, sem que, contudo, possamos afirmar a prevalência de uns sobre os outros.

Neste sentido, diante de um conflito de interesses, preleciona Maciel Junior²⁰⁸ que somente após o devido processo legal é que poderemos nos referir à existência de direitos de qualquer dos envolvidos, ou seja, apenas pelo procedimento de validação judicial do interesse é que podemos nos referir à existência de direitos.

Anteriormente ao procedimento de validação, temos apenas interesses, jamais direitos, tornando-se impossível a prevalência de interesses enquanto em conflito.

Destaca ainda o autor que o procedimento de validação do interesse poderá ocorrer até mesmo na via extrajudicial, mediante o acordo das partes envolvidas, o que conceitua de procedimento de validação espontâneo ou social²⁰⁹.

Na perspectiva de Ihering, conforme defende Maciel Junior²¹⁰, não há como explicar satisfatoriamente a existência e legitimação de diversos interesses perante a norma. Como verificaríamos quais interesses poderiam ser considerados direitos?

²⁰⁷ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas**. p. 38.

²⁰⁸ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas**. p. 41.

²⁰⁹ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas**. p. 39.

²¹⁰ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas**. p. 39.

Qual seria o interesse juridicamente protegido?

Neste sentido define que “interesses são manifestações unilaterais de vontade de um sujeito em face de um ou mais bens”²¹¹. E continua, “o direito objetivo é o conjunto de normas abstratamente previstas e vigentes em um determinado país e que formam o seu sistema jurídico”.²¹²

Explicita que diante de um conflito de interesses verificamos manifestações de vontades distintas em face de um mesmo bem, perante o direito objetivo existente em um determinado país e que o direito subjetivo somente existirá após o reconhecimento espontâneo ou judicial (devido processo legal) do interesse.

O equívoco metodológico cometido por Ihering se resume, neste contexto, em pressupor que os interesses somente teriam importância para o direito a partir do momento em que ocorresse a previsão legal de tutela do mesmo, importando ao direito apenas o interesse juridicamente protegido, que redundamente, verificamos ser um direito.

Após as definições supra, resta claro que segundo Maciel Junior²¹³ não podemos nos referir a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, pois o interesse é definido como a manifestação de vontade de um sujeito frente a um bem, sendo, desta feita, sempre individual.

Neste contexto, a correta utilização terminológica segundo o autor seria interessados difusos, coletivos e individuais homogêneos, fundamentando que serão os mesmos definidos a partir de um objeto que toca um número indeterminado ou determinável de pessoas.

Os fatos e as circunstâncias dele decorrentes serão responsáveis pela identificação dos diversos interessados, que segundo a possibilidade e a forma de agrupamento, será permitida a qualificação dos mesmos nos termos acima citados.

Se a amplitude dos fatos não permitir a identificação dos interessados individuais estaremos diante de interessados difusos, mas, se o fato atingiu interessados pertencentes a um grupo ou categoria estaremos diante de interessados coletivos. Já se o fato atinge indivíduos não agrupados ou organizados que manifestam de modo homogêneo os seus interesses, estaremos diante de

²¹¹ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas**. p. 39.

²¹² MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas**. p. 39.

²¹³ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas**. p. 43.

interessados homogêneos.

As expressões utilizadas no direito coletivo atual, nos termos da teoria exposta mostram-se explicitamente equivocadas, pois denotam a ausência de esclarecimento e os reflexos da teoria de Ihering na indistinção entre direitos e interesses.

A diferenciação terminológica precisa ser concretizada.

Corroborando a distinção entre direitos e interesses, Aroldo Plínio assevera:

Que o direito subjetivo se configura como momento de verticalização da norma jurídica, que garante a pretensão exigível do titular em face da previsão feita no modelo normativo, o interesse seria outra modalidade de situação jurídica, que nem sempre contem de forma evidente a pretensão, concluindo que, quando obtém conteúdo jurídico o interesse passa a ser merecedor de garantias.²¹⁴

Conferindo aplicabilidade ao conceito esposado acima e transportando-o para o direito coletivo, o autor ressalta que o caráter participativo dos indivíduos para a defesa de interesses em conflito nas demandas coletivas.

Como mecanismo de aprofundamento da pesquisa, Maciel Junior elabora minucioso estudo quanto à utilização da expressão *interesse* em diversos ramos do conhecimento como a psicologia, a sociologia, a filosofia, sempre no intuito de demonstrar a equivocidade da utilização do termo e a necessidade de distinção entre as expressões direito e interesse.

Sem desmerecer o trabalho desenvolvido por Ihering que refletia o momento histórico vivenciado pelo mesmo, diante da necessidade de afirmação do indivíduo perante o Estado centralizador e forte, esclarece Maciel Junior²¹⁵ que a complexidade da sociedade pós-moderna não nos permite partir das mesmas premissas, assim como mantê-las.

A permanência de conceitos já ultrapassados permite, na atualidade, a utilização do interesse como pertencente a grupos, categorias ou classes que serão representados por um único sujeito capaz de delinear qual é o “interesse geral” do grupo. Talvez este seja o motivo para manutenção do equívoco.

²¹⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **A coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor e o conceito de parte**. São Paulo: Revista Forense; Separata v. 331, 1994, p. 1227-1228.

²¹⁵ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas**. p. 19.

Errônea, neste sentido, é a conferência de legitimidade apenas a um ente capaz de representar o grupo, estruturação que não deve servir de base para a procedimentalização do direito coletivo.

No Estado Democrático de Direito, instituído após a Constituição de 1988, a participação dos interessados nos processos decisórios que aos mesmos interessa valeu-se como a nova realidade.

A instituição de um modelo participativo proporcionará o amplo debate de todos os interessados, eis que, de forma correta e técnica, definimos os interesses individuais, devendo proporcionar a todos a defesa dos mesmos na construção do devido processo legal.

Aliás, a exclusão da possibilidade de ação individual e a atribuição da ação apenas a órgãos (MP, Procons, etc.) e associações constituem em completa falta de compreensão do fenômeno do direito difuso e uma considerável limitação na possibilidade de discussão dos problemas que afetam vários interessados.²¹⁶

Neste sentido, explicitamos mais uma vez o erro ao nos referirmos aos interesses coletivos, difusos, públicos, pois, tratam os mesmos de mera política legislativa que visa afastar o verdadeiro interessados da participação processual. Tal medida justifica a manutenção da inadequação terminológica entre direitos e interesses.

Visando a implementação de um modelo participativo, Maciel Junior, define as primeiras tratativas das 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 na estrutura da constitucionalidade democrática, propõe a instauração de um procedimento participativo na defesa de direitos difusos, iniciando-se com a análise de um bem, fato, ou direito que afeta um número indeterminado ou indeterminável de pessoas, os denominados “interessados difusos”.

Partindo da linha de pesquisa objetivista rejeitada por Vigoriti²¹⁷, Vicente de Paula Maciel Júnior²¹⁸, estabelece que para construção da estrutura procedimental com fundamentos na processualidade democrática, a definição dos direitos difusos

²¹⁶ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletiva**. p. 156.

²¹⁷ VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi i processo – la legittimazione ad agire**. p. 20.

²¹⁸ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas**. p. 156.

deverá 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 Vigoriti²¹⁹ para se afastar da linha de pesquisa objetivista e adotar a linha de pesquisa subjetivista decorre da 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 Processo²²⁰, que conferem ao processo a atribuição de perseguir escopos metajurídicos.

Entendemos que, 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.

A organização dos interessados não deverá permitir que os interesses individuais sejam suprimidos em prol de uma estruturação que afaste a participação.

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 afigura-se como um procedimento democrático.

Cada um dos interessados poderá, segundo teoria das ações temáticas em consonância com o princípio da inafastabilidade de apreciação pelo judiciário de lesão ou ameaça de lesão poderá postular em juízo a defesa do bem ameaçado ou lesado.

Neste sentido, verificamos que a determinação da natureza coletiva ou

²¹⁹ VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi i processo – la legittimazione ad agire**.p. 20.

²²⁰ 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.

individual da demanda somente pode ser definida pela análise do fato, do bem da vida, com a observância do devido processo constitucional, pois, independentemente da definição quanto à natureza coletiva ou não, os direitos e garantias constitucionais devem ser perseguidos.

No Estado Democrático de Direito não se pode permitir 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.

Neste íterim as ações temáticas, na perspectiva objetivista, 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.

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:

[...] 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.²²¹

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.

Sob essa perspectiva, temos que os bens, fatos e direitos, demonstrarão quais serão os interessados difusos, qualificando-os como legitimados naturais à propositura de ações em juízo. Tais legitimados são excluídos conforme os ditames

²²¹ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas**. p. 180.

das leis existentes referentes ao processo coletivo.

Asseveramos que um fato, bem ou situação jurídica constituirão o eixo norteador do fenômeno da legitimação para agir no processo coletivo, pois, conforme afirma Maciel Junior, nada mais natural do que a atribuição de legitimação aos interessados que serão atingidos pelo provimento final²²².

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.

Verificamos, 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 coautor do sistema a que é submetido, ou seja, na possibilidade dos destinatários dos efeitos da decisão participarem de sua construção. Não significa que todos os interessados virão fisicamente no processo. O que acaba ampliado é o “tema”, o objeto do processo, que é construído de modo participado, viabilizando a todos os que sejam de algum modo atingidos pelo provimento, que eles possam dizer e provar em juízo a respeito dos fatos e das situações jurídicas em que se vejam envolvidos.

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, reconhecendo o processo coletivo como mecanismo de controle pelos interessados, propondo-se uma legitimação pelo procedimento e o conseqüente controle pelo devido processo.

²²² MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas**. p. 177.

5.2 A (Re)definição do Conceito de Cidadania e a (Re)construção Democrática - a Aplicabilidade da Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas

A procedimentalização das ações coletivas como na atualidade denotam a inexistência da cidadania conforme preconizada em um país que se pretende democrático.

Considerando os desafios e limites que os juízes se deparam diante de um procedimento que envolve um número indeterminado de interessados tratamos do seguinte questionamento: ao proferir um pronunciamento judicial em que afetará toda a coletividade, sem querer, na maioria das vezes, a ciência daqueles que sofrerão suas consequências, podemos afirmar a existência de uma decisão legítima? O judiciário pode suplantar o modelo procedimental participativo em prol de uma decisão a “qualquer custo” ao jurisdicionado?

Visando demonstrar a intensidade das indagações expostas, cabe referência a audiência pública realizada pelo STF objetivando o debate com a sociedade em relação à pesquisa com células tronco, por sua relação direta com os questionamentos apontados.

O Supremo Tribunal Federal (STF) realizou, no dia 20 de abril, a primeira audiência pública de sua história, justamente para discutir um tema da Bioética: *Quando Começa a Vida?* – focalizando ação movida pelo Subprocurador-Geral da República, Cláudio Fontelles, contra a possibilidade de se manipularem embriões²²³.

O questionamento perpassa pelo julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI que pretende questionar o Art. 5º da Lei de Biossegurança, que permite, “para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento”, contanto que sejam embriões inviáveis ou congelados há três anos, e que haja o consentimento dos genitores.

Ao todo, foram convidados pelo STF 34 especialistas, dentre eles cientistas, professores, cirurgiões, médicos, palestrantes e antropólogos, contrários e favoráveis à utilização de embriões estocados em clínicas de fertilização humana, incluindo Procuradoria Geral da República; geneticistas e representantes da

²²³ Informações retiradas diretamente do site do STF.

Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CBB) e Presidência da República.

O debate promovido pelo STF contou com uma ampla participação visando o debate de distintos posicionamentos quanto a matéria.

No julgamento da ADI em questão, por maioria, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o embrião humano fertilizado in vitro é coisa, e não pessoa. Essa “coisa” ou “material biológico” ainda requer alguma proteção legal (como a proibição de sua comercialização), mas, segundo o tribunal, tal proteção já está presente no artigo 5º da Lei de Biossegurança. Ainda segundo a maioria, não é necessário um órgão federal para fiscalizar as “pesquisas”. Seria suficiente uma “autofiscalização” exercida pelos comitês de ética das próprias instituições, já prevista no parágrafo segundo do referido artigo.

Resultado do julgamento da ADI 3510 pelo STF		
A favor da destruição de embriões humanos para pesquisas	A favor da destruição de embriões humanos para pesquisas, mas com a ressalva de um órgão fiscalizador	Contra a destruição de embriões humanos para pesquisas
Carlos Ayres Britto (relator) Ellen Gracie Cármen Lúcia Joaquim Barbosa Marco Aurélio Celso de Mello	Cezar Peluso Gilmar Mendes	Menezes Direito Ricardo Lewandowski Eros Grau

A partir dessa situação, pretende-se indagar se a construção de um modelo participativo ainda deve ser considerada como inviável.

Conforme delineado acima, a participação de distintos interessados e afetados por decisões judiciais é viável, pois, conforme já defendido por Fazzalari em 1975, participação não requer efetiva atuação, mas, pelo menos, oportunização de participação procedimental.

A complexidade do sistema político e judiciário não pode nos conduzir à concepção de que a soberania popular será exercida somente por meio da

hierarquia imposta por representantes eleitos, como forma de se assegurar uma equivocada “legitimidade” democrática.

A partir do reconhecimento de uma soberania pertencente ao povo, os constitucionalistas dos séculos XVIII e XIX passaram a questionar a forma de exercício desta soberania.

A democracia semidireta parte da atuação de representantes em conformidade com interesses dos “cidadãos” que os elegem fundados nas propostas apresentadas no procedimento eleitoral, posteriormente ao alistamento, filiação partidária, registro de candidatos, votação e diplomação. Os governantes, uma vez investidos, se voltam para objetivos partidários, interesses econômicos e demandas imediatistas vinculadas à mídia.

A democracia representativa vigente no Brasil não é capaz de conduzir a procedimentos representativos da vontade do povo, do qual todo poder emana conforme aduz o parágrafo único do artigo primeiro da Constituição da República de 1988.

Defendemos ao longo do presente trabalho que a concepção de democracia segundo este viés padece de legitimidade, pois, afasta-se dos objetivos previstos na Constituição de 1988.

Observa-se, portanto, que a legitimidade decisória pode ser encontrada nos procedimentos que se mostram capazes de abrir a participação dos interessados e afetados por uma decisão, conforme pretendido na proposta das ações coletivas como ações temáticas.

Os mecanismos tradicionais e institucionalmente disponibilizados pela democracia representativa ou semidireta, como voto, referendo e iniciativa popular mostram-se insuficientes diante da complexidade dos conflitos sociais.

Considerando que a luta pela formação do Estado perpassou pela superação dos regimes absolutistas e da concentração de poderes nas mãos de governantes, mostra-se como desejável a implementação de um novo modelo de Estado capaz de manter o controle e a legitimação das decisões dos entes públicos.

Com efeito, não há dúvida que a Constituição da República de 1988 ao emoldurar um modelo de Estado Democrático abre espaço para participação não apenas dos operadores do direito, como também de todos os indivíduos e grupos sociais.

A busca acelerada por esta pretendida democracia constitucional não pode ser deturpada a fim de garantir uma falsa eficiência do sistema político, transformando o “cidadão” cliente do judiciário, inviabilizando sua participação.

O denominado ativismo judicial e a judicialização da política devem ser vistos com cautela de forma a evitarmos uma simples substituição terminológica quanto ao tipo de governo, sem, contudo, conferirmos um procedimento condizente com a realidade.

A simples substituição terminológica não se mostra eficaz se os objetivos mantidos forem os mesmos.

É preciso defender que a democracia representativa não é suficiente para realização do modelo de Estado pretendido pela Constituição de 1988. A retórica afirmativa que nem todos os cidadãos estão aptos a participar da vida pública, devido às privações educacionais e até mesmos materiais deve ser superado.

O democracia participativa não pressupõe uma participação de opiniões qualificadas mas sim de cidadãos, aqueles vivenciam situações e que precisam participar das decisões pelas quais serão diretamente afetados. A cidadania deve ser construída a partir da possibilidade de opinar conferida a todos, manifestação irrestrita a respeito de quaisquer questões.

Segundo essa concepção, as demandas coletivas assumem o papel de importante instrumento concretizador da democracia participativa, afastando, desta feita, metalinguagens de dominação que são conferidas a poucos.

A participação pode e deve fundamentar as decisões do executivo, do legislativo e do judiciário traduzindo a legitimidade das mesmas, de forma a se preservar as necessidades e capacidades das comunidades, de forma a identificar prioridades pontuais dos sujeitos afetados.

As próprias audiências públicas, cada vez implementadas com maior frequência, visam colher opiniões, independentemente da qualificação ou não dos interessados, que podem advir de diversos ramos da sociedade, para fundamentar decisões de ampla repercussão.

Por que não utilizarmos o modelo participativo das audiências públicas e implementá-los em consonância com a informatização do procedimento de forma a instituímos uma democracia participativa?

O diálogo entre o poder público e a sociedade precisa ser implementado

visando o debate entre os interessados envolvidos e afetados por decisões e por toda a coletividade.

Nos últimos anos o STF convocou quatro audiências públicas para tratar de matérias de ampla repercussão no cenário jurídico brasileiro, como as já citadas pesquisas com células tronco embrionárias, para colher informações necessárias ao julgamento da ADI 3510; a audiência pública para coleta de dados quanto a possibilidade de importação de pneus usados – pautados na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101; a audiência pública para tratar da possibilidade de interrupção da gravidez por anencefalia do feto – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54; e, por fim, as audiências públicas que se iniciaram em abril de 2009 para discussão de ações em trâmite perante o STF, dentre elas quanto ao fornecimento de medicamentos e políticas públicas no geral no que tange ao Sistema Único de Saúde²²⁴.

A iniciativa de realização de audiências públicas deve ser vista como o primeiro passo para a implementação do sistema participativo, não obstante a falta de um hábito participativo da sociedade brasileira. Tal falta de cultura participativa não deve obstar a oportunização de participação.

Contudo, importante destacar que as audiências públicas não podem representar um mecanismo meramente formal de efetivação da participação, ou seja, não podem as mesmas representar uma falsa idéia de publicização como forma a legitimar decisões já prontas e definidas.

A participação deve ser assegurada, legitimada e efetivada.

Portanto acredita-se que o exercício do direito de participar da vida pública e das questões que lhe são afetas definirão o cidadão. O direito à democracia cuja titularidade pertence aos cidadãos, às pessoas jurídicas públicas e privadas, a entes despersonalizados e grupos organizados traduz-se na participação e direito a que suas opiniões sejam consideradas na tomada de decisões.

No mesmo sentido os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de

²²⁴ Informações retiradas diretamente do site do STF.

Janeiro, Sérgio Cabral²²⁵.

O ministro Ayres Britto argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”, observou o ministro, para concluir que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF.

Os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto, pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

O julgamento do STF se deu em virtude da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277. A primeira foi apresentada em 2008 tendo como arguente o Governador do Estado do Rio de Janeiro (Sérgio Cabral), visando especialmente a que servidores estaduais homossexuais, conviventes em relações estáveis, também pudessem usufruir dos benefícios (a exemplo de licença e previdência) concedidos aos servidores unidos por laços heterossexuais.

A segunda (interposta originalmente como ADPF em 2009) teve como arguente a Procuradoria Geral da República. Reclassificada como ADI pelo STF (conforme pedido alternativo da própria PGR, aceito pelo Supremo), objetivou, em suma, o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre "homem e mulher" (para que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis alcançassem os companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo).

A base jurisprudencial que encaminhou os ministros do Supremo a esta louvável e histórica decisão deve-se, em especial, à coragem de diversos(as) juízes(as) singulares e desembargadores(as) de alguns tribunais de justiça

²²⁵ Informações retiradas diretamente do site do STF.

brasileiros, que, desde o fim da década de 90 (do século XX), vinham reconhecendo, gradualmente, o afeto como o lastro de existência e de sustentação das uniões entre pessoas do mesmo sexo; motivo pelo qual as ações afetas a tais relacionamentos, cada vez mais, passaram a tramitar nas Varas de Família - que são, de fato, as competentes para a apreciação de tais demandas. E a esteira jurídico-teórica do reconhecimento familiar das uniões homossexuais, nestes julgados, foi a analogia (art. 4ª da LICC; art. 126 do CPC) com o instituto da união estável que, à luz da principiologia constitucional - especialmente da dignidade humana e da igualdade -, presta-se a estender os mesmos efeitos jurídicos às relações afetivas entre pessoas de sexo idêntico. De fato, como bem ficou pontuado por alguns ministros do STF em seus votos, não havendo, por ora, lei que regulamente tais relações (homoafetivas) no país, a lacuna pode e deve ser suprida - para que o Judiciário não chancele uma série de injustiças.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, em matéria de reconhecimento de direito previdenciário e de assistência médica, já vinha sedimentando esta base jurisprudencial, como são marcos os seguintes julgados: "A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica". (REsp 238.715/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 07.03.2006, DJ 02.10.2006, p. 263) / "Diante do § 3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali, gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva". (REsp 395.904/RS, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, julgado em 13.12.2005, DJ 06.02.2006, p. 365) Em setembro de 2008, este mesmo Tribunal, através de sua Quarta Turma, por 3 votos a 2, abriu precedente para que as ações de reconhecimento de união estável entre homossexuais não fossem obstadas sob a alegação de impossibilidade jurídica do pedido.

Todos estes temas tratados pelo STF, envolvem direitos e deveres que envolvem não apenas os Ministros que participaram do julgamento, mas, sim, de toda a coletividade. A tratativa do processo segundo temas específicos que envolve um número indeterminados de interessados deverá ser viabilizada de forma a implementarmos o debate e a participação.

5.3 A Viabilidade da Participação na Ação Coletiva pela Informatização do Procedimento

As conquistas trazidas pela sociedade da informação foram ao longo dos anos aproveitadas pelas diversas ciências, com especial relevo na engenharia genética, nos estudos de mapeamento dos genes.

A construção civil, arquitetura, a indústria bélica e automotiva, aeronáutica, foram também beneficiadas pelas conquistas do conhecimento informático.

As redes sociais, os contatos em tempo real sobre as informações uniram as pessoas através da rede mundial de computadores. Entretanto, essas conquistas não geraram um ganho real em termos de participação democrática nas estruturas sociais.

A internet e os instrumentos de informática têm servido para controlar o cidadão e não para libertá-lo. Até hoje esses mecanismos não serviram para que o cidadão fiscalizasse, ou participasse, embora isso facilitasse e em certo ponto resolvesse o problema do colocado no passado sobre o “contraditório monstro”.

Porque não permitir que as conquistas da informática viabilizem um modelo de processo coletivo no qual haja a participação efetiva e direta do cidadão?

A tecnologia da informação desenvolvida no final de século XX denota o novo paradigma tecnológico ao qual nos submetemos. A transformação tecnológica expande-se de forma significativa de forma a elaborar um elo de comunicação entre os campos tecnológicos e a sociedade mediante o desenvolvimento de uma linguagem digital que tem como objetivo o armazenamento, recuperação, processamento e transmissão de informações.

Esta nova linguagem precisa ser implementada de maneira a assegurar a comunicação e a publicidade de informações para a produção do conhecimento de forma cíclica e não a manutenção de centralização do conhecimento

Defende Castells²²⁶ que o uso das tecnologias passou, nos últimos tempos, por três estágios distintos: a automação das tarefas, as experiências de uso e a reconfiguração das aplicações, conferindo aos dois primeiros estágios um

²²⁶ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede** – volume I: A era da informação: economia, sociedade e cultura. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

conhecimento que se conquistou usando; e, no terceiro, o conhecimento é conquistado fazendo.

Ao aprender “fazendo” defende Castells que os usuários reconfiguraram a tecnologia e realizaram novas descobertas de novas formas de saber, o que permite uma visão cíclica do conhecimento. Neste sentido define o autor que a mente humana é vislumbrada como força direta de produção, não apenas para a decisão mas para a produção.

Neste novo paradigma a informação e a sua conseqüente publicidade funcionam como matéria prima que devem operar sob uma lógica, a denominada lógica de redes, por intermédio da utilização da tecnologia da informação²²⁷.

Afirma Castells²²⁸ que uma das características dos sistemas de redes é a flexibilidade, que denota não apenas a flexibilidade dos processos, como também das organizações e instituições, que devem operar em um sistema integrado de informações.

Como tendência, observamos que os processos na era da informação estão cada vez mais organizadas em torno de redes capazes de constituir uma novo paradigma social por intermédio da difusão lógica de informações, resultados, política, economia, cultura, etc.

Ao levar em consideração que o processo deve respeitar espaços de participação popular de dimensão estadual, setorial e territorial/local, cabe ao Judiciário organizar a sincronização das diferentes dimensões de participação, garantindo os meios para participação, de forma a elaborar diretrizes e metodologias para um processo de formação continuada, que leve em consideração diversos aspectos sociais e culturais de inclusão desses atores que participam dos rumos do Estado Democrático Brasileiro.

Nesse sentido cursos de formação devem ser implementados de forma a conduzir a uma democracia participativa por intermédio da construção de um processo que possibilite a integração dos vários segmentos sociais na construção do planejamento e no controle social, valorizando os sujeitos sociais ligados a movimentos sociais, sindicais, representantes de trabalhadores, etc, baseado no empoderamento da sociedade de modo a garantir mecanismos integrados de

²²⁷ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. p. 10.

²²⁸ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. p. 10.

valorização democrática.

Defendemos a implantação de um novo modelo de desenvolvimento, pautado na transparência dos atos e na consolidação da participação popular em diversos fóruns deliberativo-consultivos poderá ser implementada por intermédio do uso das tecnologias da informação.

As constantes atualizações e mudanças, o gerenciamento das informações, ao longo de um processo deverá promover uma formação, no povo, da consciência constitucional de suas liberdades, de seus direitos fundamentais, de sua livre organização de poderes.

Deste modo quando associamos o aprofundamento da democracia, o controle social do Estado e a tecnologia da informação a um sistema on-line de fiscalização, temos que chegar a um modelo organizacional capaz de dar conta das diversas variações de um processo, bem como da capacidade de adaptação procedimental diante das atitudes dos atores sociais frente ao sistema.

A implementação de um sistema de comunicação claro e padronizada dos dados de cada procedimento, pareceres com visibilidade ampla ou reduzida, datas, metas, funções específicas e registros padronizados de informações poderá representar um marco inicial do modelo participativo.

O território passa a ser percebido como o espaço onde são desencadeados as políticas públicas do Estado e que por isso deve ser planejado de forma criteriosa e com participação popular.

Nesses espaços de formação compartilhada processual podemos aprofundar conhecimentos visando inovações para o desenvolvimento do país.

A essas etapas deveriam ser fornecidos subsídios para a elaboração de diagnósticos, visão de futuro para o Estado e a planificação dos objetivos, diretrizes, estratégias, programas e projetos, todos articulados por meio de ajustes institucionais onde negociações e pareceres seriam possíveis por meio de formações contínuas que levassem em conta a inclusão social e digital dos agentes envolvidos

Nesse contexto a implantação de um programa que leva em consideração a inclusão digital em territórios historicamente excluídos propiciará benefícios a sociedade, haja vista os ganhos educacionais, financeiros e políticos.

A tensão entre democracia e capitalismo, surge dentro da sociedade e a

discussão de novos modelos de democracia é o novo alvo. Neste contexto novas formas de democracia, que levam a sociedade à participação, a democracia popular, ao resgate da ética fundante da democracia nos seus princípios de liberdade, igualdade e participação merece destaque.

A criação de espaços públicos, que conduzam a sociedade à participação popular, tem estreitado as relações sociedade e Estado. Vivemos um momento de ruptura com as tradições estabelecidas na democracia representativa, onde é necessário o estabelecimento de inovações, quer sociais, institucionais ou tecnológicas, todas ao serviço de um modelo democrático a serviço da participação popular.

Alba Maria Pinho de Carvalho é categórica ao afirmar que:

Inegavelmente uma das conquistas básicas dessa (re)criação de política no exercício da democracia participativa é a criação de um espaço público informal, descontínuo e plural, no qual se elaborou e se difundiu um “consciência do direito a ter direitos”²²⁹.

Enfim, temos que assumir que os sistemas de participação popular emergem em meio à crise da democracia liberal e ao avanço das tecnologias da informação. O cenário é de “uma pluralidade de atores, em movimentos de múltiplos formatos e natureza, experimentando caminhos de participação que viabilizam os valores da liberdade e da igualdade”²³⁰.

A celeridade de tramitação dos procedimentos é alvo de debate há muito pela ciência do processo. A Emenda Constitucional 45/2004, alterou o artigo 5º da Constituição de 1988 com o objetivo de assegurar a todos no âmbito judicial e administrativo a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de tramitação.

Alexandre Freitas Câmara, lecionando sobre o princípio do devido processo legal, afirma que:

A garantia de acesso à ordem jurídica justa, assim, deve ser entendida como a garantia de que todos os titulares de posições jurídicas de vantagem possam ver prestada a tutela jurisdicional,

²²⁹ Texto de autoria de Alba Maria de Pinho Carvalho, conforme referências.

²³⁰ CARVALHO, A. M. P. **Radicalizar a democracia**. Disponível em: <www.esplar.org.br/download/artigo.doc>. Acesso em 10-06-2011.

devendo esta ser prestada de modo eficaz, a fim de se garantir que a já referida tutela seja capaz de efetivamente proteger as posições de vantagem mencionadas²³¹

Em decorrência da alteração promovida no texto constitucional surge a proposta de transformação da técnica procedimental, visando substituir os autos, em meio físico, para um sistema eletrônico, pautados na celeridade e economia processual.

Em consonância com a terceira onda renovatória do direito processual proposta por Cappelletti, que prima pela garantia da eficácia das decisões judiciais, inúmeras propostas foram apresentadas como a criação dos juizados especiais e a redução de recursos.

É neste cenário de tentativa de informatização do processo que deve ser (re) pensada toda a Ciência do processo de forma a viabilizar a implementação de um processo participativo.

Os entraves apresentados pelos juristas que defendem a inviabilidade de um sistema participativo devido ao número de interessados envolvidos pode ser superado por intermédio da informatização do processo.

A Lei nº 11.419, de 19 dezembro de 2006, dispõe sobre a informatização do processo judicial a partir da digitalização de documentos e da dispensa do uso do papel, do arquivamento e do manuseio virtual dos autos, bem como do acesso e da transmissão de dados, da prática de atos processuais e da prestação de serviços judiciários por meio eletrônico por meio da rede mundial de computadores - internet.

No art. 125, II, do Código de Processo Civil - CPC -, já se determinara a rápida solução do litígio; e outros dispositivos desse Código, como os que preveem o procedimento sumário e a tutela antecipada, procuram acelerar a solução da lide.

Em que pese a diversidade de previsões e inovações normativas sobre o dever de celeridade na tramitação dos processos, o processo judicial brasileiro sempre foi marcado por excessiva morosidade que, muitas vezes, acabava por inviabilizar a efetivação da decisão judicial.

Em razão disso, foram várias as iniciativas legais de incorporação gradativa de novas tecnologias para a prática dos atos processuais, que representaram verdadeiros marcos no processo de informatização dos serviços judiciários.

²³¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004. p. 36.

Primeiramente, cabe reportar-se à Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, que regulamenta o protesto de títulos e outros documentos de dívida e que, no parágrafo único de seu artigo 8º, permite o apontamento de protesto de duplicatas mercantis por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados.

A Lei nº 9.800, de 26 de maio de 1999, denominada Lei do Fax, por sua vez, permitiu às partes a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens do tipo *fac-símile* ou outro similar para o encaminhamento de petições escritas, sem, contudo, afastar a necessidade de apresentação dos originais em juízo e sua autuação no processo físico, a fim de comprovar a sua autenticidade.

Já a Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, que tratou da instituição dos juizados especiais no âmbito da Justiça Federal, permitiu o uso do meio eletrônico no recebimento de petições.

Importante avanço foi o trazido pelo Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, que, regulamentando a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, - que instituiu o pregão no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios - permitiu essa modalidade de licitação na forma eletrônica, mediante lances realizados na rede mundial de comunicação, para aquisição de bens e serviços comuns.

De forma mais ampla e abrangente, a EC nº 45/2004 introduziu, no título “Dos Direitos Fundamentais”, a garantia à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Esse acréscimo trazido pela Emenda significou a consagração constitucional do princípio da celeridade processual e a sua elevação a direito e garantia fundamental, fundamentos de várias legislações posteriores.

Nesse sentido, a Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, trouxe modificações ao art. 154, parágrafo único do CPC, permitindo aos tribunais a comunicação dos atos judiciais mediante certificação digital.

Ainda sob este viés destaca-se a Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009, que autorizou a realização de interrogatório e de outros atos no processo penal por meio da videoconferência.

A Resolução nº 16, do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, e o Provimento 02, do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, permitiram, já nos anos de 1993 e 1996, respectivamente, a apresentação de peças processuais por

meio do aparelho de *fac-símile*, condicionando a validade dessas, nessa altura, à apresentação dos documentos originais.

A Resolução nº 287 do Supremo Tribunal Federal - STF -, de 14 de abril de 2004, permitiu a prática de atos processuais por *e-mail*, sejam esses petições ou documentos. Já a Resolução nº 13 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de 11 de março de 2004, foi mais adiante, autorizando a implantação do processo eletrônico nos juizados especiais e limitando, em seu artigo 2º, a partir de sua implantação, o ingresso e a postulação apenas pelo meio eletrônico.

Outras regulamentações surgiram no âmbito do Superior Tribunal de Justiça - STJ - e da Justiça Federal, como a Resolução nº 397, de 18 de outubro de 2004, do Conselho da Justiça Federal - CJF -, que autoriza a utilização de certificação digital; o Ato Normativo nº 34, do STJ, de 2 de março de 2005, que institui o fornecimento *on line* de certidão de andamento processual; o Ato Normativo nº 88, do STJ, de 14 de junho de 2002, criando a Revista Eletrônica da Jurisprudência; o Ato Normativo nº 267 do STJ, de 8 de setembro de 2004, que valida como documento oficial as decisões monocráticas disponíveis na página específica de seu *site*.

Foi com a Lei nº 11.419/06, originária do Projeto de Lei nº 5.828/01, apresentado como anteprojeto pela Associação dos Juízes Federais do Brasil - Ajufe -, que se pretendeu dar um grande passo na informatização do processo e na positivação do direito constitucional a um processo célere, introduzido pela EC nº 45/2004.

A referida lei previu a implantação de um processo judicial totalmente virtual, desde a petição inicial até o provimento jurisdicional, inclusive com a comunicação eletrônica dos atos processuais.

O artigo 14 da Lei nº 11.419/06 estabelece a preferência pelo uso de programas com códigos abertos, acessíveis a todos por meio da rede mundial de computadores; e recomenda, ainda, a padronização dos sistemas a serem desenvolvidos pelos tribunais para o processamento em meio eletrônico do processo judicial.

Nesse aspecto, o Conselho Nacional de Justiça disponibilizou para os tribunais do País um *software* de tramitação, armazenamento e manipulação de processos em meio digital, denominado Projudi, que reproduz todo o procedimento judicial em meio eletrônico.

Cabe ressaltar a importância de o Judiciário disponibilizar, em suas dependências, computadores para o livre acesso de toda pessoa interessada em realizar consulta da movimentação processual, digitalização de documentos e utilização de serviços.

O contraditório, como em decorrência do devido processo legal, conforme inicialmente defendido por Fazzalari e complementado por Andolina e Vignera, assim como por José Alfredo de Oliveira Baracho deve ser entendido como garantia de participação dos interessados na construção do provimento jurisdicional final.

A garantia deve ser assegurada. A participação ou não do jurisdicionado caberá ao mesmo decidir, desde que em consonância com o devido processo legal, cabendo ao mesmo suportar o ônus pela sua inércia.

A informatização e a desburocratização do trâmite procedimental permitirá o afastamento dos argumentos que pretendem afastar o modelo participativo de processo. Não se pretende, na verdade, criar um novo processo, mas apenas implementá-lo conforme previsão constitucional.

Ações conjuntas que facilitem o intercâmbio de conhecimentos, tecnologias e soluções, assim como de interação de sistemas, serão extremamente importantes para a unificação dos trâmites em todos os tribunais e para a agilização dos processos.

Por meio do acesso aos autos, o cidadão realiza o objetivo primordial do princípio da publicidade, qual seja, o de fiscalizar a adequação da atuação dos magistrados, do Ministério Público e dos defensores, e do conteúdo de seus atos.

A informatização do processo permitirá a reformulação das rotinas procedimentais de forma a otimizar o serviço prestado ao jurisdicionado em consonância com a celeridade, economicidade e conseqüentemente efetividade do processo.

Esperamos-se, portanto, que essa nova forma de trabalho proporcione a efetivação de um modelo que pretende democrático, assegurando a ampla participação do jurisdicionado.

Quadro Sinóptico Capítulo 5

- A permissão à participação de forma indiscriminada como mecanismo de se inaugurar um processo de se pretende democrático.
- O processo coletivo como ponto de partida para abertura à participação e como forma de se concretizar a democracia participativa;
- A cidadania democrática pautada em uma legitimação fiscalizatória extensiva a todos, de forma a viabilizar a argumentação processualizada;
- A proposta das Ações Coletivas como Ações Temáticas como técnica procedimental apta ao processo coletivo segundo os ditames Constitucionais.
- As audiências públicas realizadas a partir de temas como utilização de células tronco, uniões homoafetivas, como exemplos de utilização da Teoria das Ações Temáticas.
- Os meios eletrônicos como mecanismos de se viabilizar a participação.
- O processo eletrônico e as ações temáticas: um novo rumo à participação e a implementação da democracia.

6 CONCLUSÃO

A presente tese procurou seguir as bases terminológicas propostas pela Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas.

Ademais, procurou-se demonstrar que somente a implementação de um sistema participativo viabilizará a conquista dos objetivos e fundamentos insculpidos na Constituição de 1988.

A técnica procedimental estudada até os dias atuais persiste na manutenção, embora tenham sido feitas várias tentativas de superação da existência de uma relação jurídica em que ao magistrado se confere “poderes” para avaliação das pretensões trazidas a juízo.

O Código de Processo Civil Brasileiro explicita tais afirmações, apesar de várias reformas e debates referentes ao debate do PLS 166 que pretende reformar amplamente a legislação processual.

Ao longo do trabalho, procuramos abordar a vinculação terminológica na manutenção de um sistema representativo.

A interligação dos conceitos de Estado, Democracia e Cidadania inicialmente procuraram explicitar como os mesmos se complementam e que a deturpação de um deles, conseqüentemente refletirá nos demais.

Nesta perspectiva, examinamos no Capítulo I os referidos conceitos, visando assentar as bases do sistema representativo para demonstrarmos até que ponto o tratamento atual de Estado, Democracia e Cidadania torna-se adequado aos ditames Constitucionais.

Das primeiras conclusões surgem, portanto, que a cidadania vinculada ao direito político de votar mostra-se associada a noções referentes a privilégios e se une a uma lógica de exclusão e não à garantia indistinta.

Constatamos que, de maneira a corroborar com manutenção de um sistema de exclusão à participação, a ciência processual, sempre vinculada à noção de relação jurídica, subjuga as partes e as mantém afastadas da construção, em contraditório, das decisões pelas quais serão atingidas e/ou afetadas.

Neste íterim, em continuidade às pesquisas até então elaboradas, procuramos demonstrar que assim como o processo individual o processo coletivo

torna-se responsável pela alienação dos atuais “cidadãos”.

Ademais, ressaltamos que no processo coletivo tal afastamento à participação é mais acentuado, pois as decisões jurisdicionais são tomadas em prol de “interesses gerais”, “coletivos” e “públicos”.

A justificativa utilizada pela doutrina para manutenção de representantes adequados da coletividade no processo coletivo é, ainda que vagarosamente, transportada para o processo individual.

A influência do conhecimento historicamente construído e a dominação da linguagem, por intermédio do que chamamos de metalinguagem, não pode inviabilizar a reconstrução da ciência processual.

A superação precisa ocorrer.

A preservação do *status quo* pela doutrina e pela jurisprudência, relacionadas a um sistema representativo, corroboram com a alienação do cidadão, que é mantida e vinculada às bases terminológicas que fazemos uso.

Algumas teorias, como a Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas, pretendem implementar esta reestruturação.

Não restam dúvidas de que as teorias que pretendem inovar e se constituir sob o viés pretendido pela Constituição são severamente criticadas. Mas, as críticas fortalecem e comprovam que condizem com a realidade vivenciada pelo “cidadão” brasileiro.

Aos poucos, as reformas da ciência processual demonstram como estas teorias, como a que adotamos, refletem os objetivos pretendidos pela Constituição.

O sistema representativo deverá ser suplantado em prol de um sistema participativo.

O argumento que aduz que a participação mostra-se inviável, diante das grandes repercussões processuais, mais uma vez é um dogma. A informatização do processo reflete tal possibilidade.

O contraditório, por intermédio da informatização do processo, será assegurado. A oportunização da participação dos sujeitos será efetivada em consonância com o princípio do devido processo legal.

Diferentes especialistas, técnicos e cidadãos deverão se manifestar nos processos, conforme demonstram as experiências das audiências públicas que a cada dia se tornam parte de nossa rotina.

Apenas diante dessa possibilidade, acreditamos que será possível a construção de uma decisão por um número indeterminado ou determinável de interessados.

Assim, o presente trabalho procurou destacar que a ciência processual segundo a ordem Constitucional vigente não deve se distanciar dos liames traçados na Constituição, devendo aos interessados, que sofrerão os efeitos de uma decisão, ser assegurada a oportunidade de participação da construção da mesma.

Acreditamos que somente mediante o resgate da participação, mediante a permissão de interferência procedimental, se proporcionará a legitimidade das decisões e da construção da ciência processual sob o prisma do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ALLEN, C. **The Law in the Making**. Oxford: Clarendon Press, 1927.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALPA, Guido. **La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi**. Lucio Lanfranchi org. Torino: G.Giappichelli Editore, 2003.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

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

ARAGÃO, Egas Moniz. **Sentença e coisa julgada – exegese do código de processo civil (arts. 444 a 475)**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003.

ARISTÓTELES. **A política**. 15.ed. São Paulo: Ediouro, 1988, IV, 4, 1290b, I.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ASSIS, Araken de. Substituição Processual. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo: Dialética, 2003, n. 09, p. 9.

BAKER, J. H. **An Introduction to English Legal History**. London: Butterworths LexisNexis, 2002.

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.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

BARBALET, J.M. **A cidadania**. Lisboa: Editorial Estampa, 1989.

BENVENISTE, Émile. **Problèmes de Linguistique Générale I**. Paris, Gallimard, 1966.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça. Um problema ético-social no plano da realização do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 48.

BIANCA, Cesare Massimo. **La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi**. Lucio Lanfranchi org. Torino: G.Giappichelli Editore, 2003.

BIDART CAMPOS, German José. **Doctrina del Estado Democrático**. Buenos Aires: EJE, 1961.

BLUMSTEIN, Andree Sophia. The Class Action Fairness Act of 2005 (CAFA) makes two big adjustments to class action practice. Tennessee Bar journal, n. 41, p. 16-23, abr. 2005.

BODIN, Jean. **Les Six Livres de la République (1576)**. Paris, Fayard, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORÉ, Louis. **La Defensa de los Intereses Colectivos frente a las Jurisdicciones Francesas**. GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada. México: Editorial Porrúa, 2003.

BULOW, Oscar Von. **Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: LZN Editora, 2005.

BUCKLAND, W. and MCNAIR, A. **Roman Law and Common Law**. Cambridge: University Press, 1965.

BURNHAM, William. **Introduction to the Law and legal system of the United States**. 3 ed. St Paul: West Group, 2002.

BUZAID, Alfredo. **Agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Ação Civil Pública**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

CAMPOS JÚNIOR, Ephraim de. **Substituição processual**. São Paulo: RT, 1985.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo e ideologie**. Bologna: Società editrice, 1969.

CAPPELLETTI, Mauro. **La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976.

CAPPELLETTI, Mauro. **Giustizia e società**. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

CAPPELLETTI, Mauro. Il villaggio e il mondo: riflessioni di un trentino emigrato nel diritto comparato . **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1987.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Campinas: Servanda, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Vol. II. São Paulo: Classic Book, 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CARRATA, Antonio. **La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi**. Lucio Lanfranchi org. Torino: G.Giappichelli Editore, 2003.

CARVALHO, A. M. P. **Radicalizar a democracia**. Disponível em: <<http://www.esplar.org.br/download/artigo.doc>>. Acesso em 05 de jan. 2011.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do estado e da constituição : direito constitucional positivo**. 17. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede – volume I: **A era da informação: economia, sociedade e cultura**. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CERRI, Augustu. **La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi**. Lucio Lanfranchi org. Torino: G.Giappichelli Editore, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di Diritto Processuale Civile**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1940.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. Paolo Capitanio. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2009.

COLA, Livia di. **La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi**. Lucio Lanfranchi org. Torino: G.Giappichelli Editore, 2003.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **La Garanzia Costituzionale Dell’Azione Ed Il Processo Civile**. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1970.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito, Cidadania e Participação, Segurança e Democracia**. Bolívar Lamounier, Bolívar C. Weffort, Maria Victoria Benevides (org.). São Paulo: T.A. Queiroz, 1981.

CORAPI, Diego. **La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi**. Lucio Lanfranchi org. Torino: G.Giappichelli Editore, 2003.

CÔRREA, Darcísio. **A construção da cidadania. – Reflexões Histórico-Políticas**. Rio Grande do Sul: Unijí, 2006.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

D'ALBERT, Marco. **La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi**. Lucio Lanfranchi org. Torino: G.Giappichelli Editore, 2003.

DALLMAYR, Fred. **Para além da Democracia Fugida: algumas reflexões modernas e pós-modernas**. Trad. Paula Torres. In: Democracia hoje: novos desafios para a teoria Democrática Contemporânea. Jessé Souza (Org.). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado: direito constitucional I**. Belo Horizonte: Del Rey, 1989

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DENTI, Vittorio. Le azioni a tutela di interessi collettivi, In: **Rivista di diritto processuale civile**, Padova: Cedam.1974.

DENTI, Vittorio. Aspetti processuali della tutela dell'ambiente. **La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori**: atti del convegno (volume pubblicato com il contributo del Consiglio nazionale delle ricerche). Milano: Guiffrè, 1978.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Apontamentos sobre o Estado Democrático de Direito*. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <[http://www.fmd.pucminas.br/Revista Eletrônica VIRTUAJUS](http://www.fmd.pucminas.br/Revista_Eletrônica_VIRTUAJUS)> Acesso em: 30 ago. 2009.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie, ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Editora Jus Podium, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

DONZELLI, Romolo. **La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi**. Lucio Lanfranchi org. Torino: G.Giappichelli Editore, 2003.

ESTAGNAN, Joaquin Silguero. **La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a traves de la legitimacion de los grupos**. Madrid: Dykinson, 1995.

FAZZALARI, Elio. Il giusto processo e i 'procedimenti speciali' civili. **Rivista Trimestale do Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, anno LVII, 2003.

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

FERREIRA, Luis Pinto. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. Ed. Saraiva, SP, 1983.

FREITAS, José Lebre de. **La acción popular em el derecho português**. GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada. México: Editorial Porruá, 2003.

GIDI, Antonio. Class Action in Brazil – A Model for Civil Law Countries. Reprinted from the American Journal of Comparative Law. Volume LI, Spring 2003, Number 2.

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

GIDI, Antônio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, nº 108, 2003.

GIDI, Antônio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **La tutela de los derechos difusos, coletivos e individuales homogêneos**: hacia um código modelo para iberoamérica. México: Porruá, 2003.

GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil – un modelo para países de derecho civil**. Tradução: Lucio Cabrera Acevedo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

GIORGETTI, Alessandro; VALLEFUOCO, Valerio. **Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel Mondo**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2008.

GIUSSANI, Andrea. **Studi Sulle “Class Actions”**. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1996.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **A coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor e o conceito de parte**. São Paulo: Revista Forense; Separata v. 331, 1994.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade**. In: MILARÉ, Édís. **Ação civil pública: Lei 7.347/1985: 15 anos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, WATANABE, Kazuo Watanabe (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Editora

Revista dos Tribunais, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Três Modelos Normativos de Democracia. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

HEGEL, G. W. Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. 4. ed., Lisboa, Guimarães Editores, 1990.

HOBBS, Thomas. **De cive**. Oxford: Clarendon Press, 1983.

KRADER, Lawrence. **A formação do Estado**. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1970.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALE, Ferdinand. **“Qué es una Constitución?”**. Trad. de Wenceslao Roces. Barcelona, 1976.

LEAL, Márcio Mafra. **Ações Coletivas: História, teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos continuados da teoria do processo**. São Paulo: IOB Thonsom, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

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

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 8. ed. rev.

e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

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

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

LOPES, Edward. **Fundamentos da Linguística Contemporânea**. São Paulo: Cultrix, 2008.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela Coletiva – 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor**. Paulo Henrique dos Santos coord. São Paulo: Atlas, 2006.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Convenção coletiva de consumo – interesses difusos, coletivos e casos práticos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Direito e interesse*. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <[http://www.fmd.pucminas.br/Revista Eletrônica VIRTUAIJUS](http://www.fmd.pucminas.br/Revista_Eletrônica_VIRTUAIJUS)> Acesso em: 3 out. 2009.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas – As ações coletivas como ações temáticas**. Belo Horizonte: LTR, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. São Paulo: RT, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millenium, 1999.

MAURINO, Gustavo; NINO, Ezequiel; SIGAL, Martín. **Las Acciones Colectivas – Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jurisprudencial y Comparado**. Buenos Aires: Lexis Argentina, 2005.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas: no direito comparado e nacional**. São Paulo: RT, 2002.

MICHELS, Robert. **Sociologia dos partidos políticos**. Brasília: Universidade de Brasília, 1982

MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: RT, 2002.

MILARÉ, Edis (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: RT, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. rev. e actual. [Coimbra]: Coimbra Ed., 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 183

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito de Participação Política**. Rio de Janeiro, Renovar, 1992

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, 1969.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. *In*: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1988.

MULLER, Friederich. **Quem é o povo?** São Paulo: Max Limonad, 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: RT, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: RT, 2006.

ODORISIO, Emanuele. **La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi**. Lucio Lanfranchi org. Torino: G.Giappichelli Editore, 2003.

OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz. **Substituição processual**. São Paulo; RT, 1969.

OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz. **Tutela jurisdicional dos interesses coletivos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

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

PANZAROLA, Andrea. **La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi**. Lucio Lanfranchi org. Torino: G.Giappichelli Editore, 2003.

PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. trad. NETO, José Teixeira Coelho, col. Estudos, São Paulo: Editora Perspectiva, 1977

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. **O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari**. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <[http://www.fmd.pucminas.br/Revista Eletrônica VIRTUAJUS](http://www.fmd.pucminas.br/Revista_Eletrônica_VIRTUAJUS)> Acesso em: 12 outubro.2009.

PEKELIS, Alessandro. Verbete “Azione (Teoria Moderna)”, In: **Novíssimo Digesto Italiano**, Totino, UTET, vol. 2, p.33.

PETRILLO, Chiara. **La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi**. Lucio Lanfranchi org. Torino: G.Giappichelli Editore, 2003.

PINTO, Maria Hilda Marsiaj. **Ação civil pública: fundamentos da legitimidade ativa do Ministério Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PISANI, Andrea Proto. Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi innanzi al giudice civile ordinario, **Giurisprudenza Italiana**, vol, 89, nº 6.

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003.

PLATÃO. Platão: **A república**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

PUNZI, Carmine. **La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi**. Lucio Lanfranchi org. Torino: G.Giappichelli Editore, 2003.

RICOUER, Paul. **Interpretação e ideologias**. trad. de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990.

ROUSSEAU, Jean-Jacques: **O contrato Social**. trad. Pietro Nasseti 20º ed. São Paulo -SP Martin Claret, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1985.

SATTA, Salvatore. **Diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 2000.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. 25. ed. São Paulo: Cultrix, 2003.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Interesses Difusos e Coletivos**. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, Ovídio A. Baptista; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: RT, 2006.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TARUFO, Michelle. **La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi**. Lucio Lanfranchi org. Torino: G.Giappichelli Editore, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 1 vol. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TROCKER, Nicolo. **Processo Civile e Costituzione**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.

TROCKER, Nicolo. Gli Interessi Difusi nell' opina della Giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1987.

VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. **Da Ação Cível**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e Globalização**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2009.

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

VIGORITI, Vincenzo. **Garanzie Costituzionali Del Processo Civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1970.

WATANABE, Kazuo. Tutela **Jurisdicional dos Interesses Difusos: a legitimação para agir**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.) A tutela dos interesses difusos. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 85-97.

WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polêmica intorno all'actio**. Firenze: Sansoni, 1954.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Coletiva – 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor**. Paulo Henrique dos Santos coord. São Paulo: Atlas, 2006.

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

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo coletivo**. Salvador: JusPODIUM, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Tutela Coletiva – 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor**. Paulo Henrique dos Santos coord. São Paulo: Atlas, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.