

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

Victor Hugo Santiago Lobato de Campos

AÇÕES COLETIVAS TEMÁTICAS:

ampliação do contraditório na construção do mérito participativo

Belo Horizonte

2020

Victor Hugo Santiago Lobato de Campos

AÇÕES COLETIVAS TEMÁTICAS:
ampliação do contraditório na construção do mérito participativo

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Vicente de Paula Maciel Júnior

Área de concentração: Direito Processual

Belo Horizonte

2020

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C198a	<p>Campos, Victor Hugo Santiago Lobato de Ações coletivas temáticas: ampliação do contraditório na construção do mérito participativo / Victor Hugo Santiago Lobato de Campos. Belo Horizonte, 2020. 97 f.</p> <p>Orientador: Vicente de Paula Maciel Júnior Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito</p> <p>1. Direito processual coletivo. 2. Contraditório (Direito) - Brasil. 3. Estado democrático de direito. 4. Devido processo legal - Brasil. 5. Participação popular - Brasil. 6. Audiência pública - Inovação tecnológica - Legislação - Brasil. 7. Magistrado - Poderes e atribuições - Brasil. I. Maciel Júnior, Vicente de Paula. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p> <p>CDU: 347.922</p>
-------	---

Ficha catalográfica elaborada por Fernanda Paim Brito - CRB 6/2999

Victor Hugo Santiago Lobato de Campos

**AÇÕES COLETIVAS TEMÁTICAS:
ampliação do contraditório na construção do mérito participativo**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Processual

Professor Doutor Vicente de Paula Maciel Júnior – Orientador – PUC Minas

Professor Doutor Vitor Salino de Moura Eça – PUC Minas

Professor Doutor João Alberto de Almeida – Professor Convidado

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2020.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por iluminar os caminhos durante a conclusão do trabalho, principalmente nos momentos de ansiedade, desesperança e medo.

Aos meus pais, Karla e Moacyr, exemplos de amor incondicional e de conduta, além do apoio durante toda a jornada. À minha irmã Giovanna, pelas inúmeras conversas que muito auxiliaram na escrita da obra. À Zazá, por todo amparo durante os anos de trabalho.

À Isabela, modelo de fé inabalável, de perseverança, esforço e amor, estímulo diário para o avanço deste trabalho. Aos amigos Arthur, Bruno, David, Leonardo, Lucas, Pedro e aos demais, pela compreensão nos momentos de ausência, sem que isso, em nada, prejudicasse os fraternais laços de amizade.

Ao professor e orientador Vicente de Paula Maciel Júnior, não somente pela orientação e suporte técnico na realização do trabalho, mas também por seu compromisso com o conhecimento jurídico, o que faz, diariamente, com brilho e galhardia no magistério e na magistratura. Meus sinceros agradecimentos.

Ao mestre e professor Aroldo Plínio Gonçalves, grande incentivador e inspirador da minha incursão ao Direito Processual e prosseguimento na vida acadêmica, com quem tenho o prazer de conviver diariamente na advocacia, absorvendo um pouco de seu vasto conhecimento a cada dia. Deixo registrados meus mais profundos votos de respeito e admiração.

Aos ilustres colegas advogados de escritório, em especial Miguel e Gabriela, por todo apoio e compreensão pelas horas ausentes ante os inúmeros compromissos acadêmicos.

Aos professores do Programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, pela transmissão de conhecimentos indispensáveis para a concretização do trabalho.

Aos colegas de Mestrado, em especial aos senhores Gabriel Gratek, Bruno Borges, Hugo Malone e Nacle Antônio Aziz, no compartilhamento de experiências e angústias próprios da vida acadêmica.

Aos estudiosos do Direito Processual de ontem, de hoje e de amanhã.

Aos bem aventurados que se recusam às respostas fáceis e fazem da pesquisa e da reflexão uma forma de emancipação da humanidade.

RESUMO

A aproximação conceitual do Processo com a Constituição traz consigo a demarcação da ruptura no tocante às suas relações com a jurisdição, deixando de ser mero instrumento de resolução de lides jurídicas, para se afirmar como procedimento técnico-autônomo, consagrador dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório, da proteção e de promoção das garantias da pessoa humana.

No Brasil, o fim do período militar em 1985 e a promulgação da Constituição Federal de 1988, com ampliação do acesso efetivamente democrático à jurisdição, demarcam a transformação do processo como método trivial de resolução de conflitos, para efetivo procedimento garantidor dos princípios constitucionais, juntamente à participação concreta das partes na formação do ato decisório judicial. Todavia, nos processos coletivos notam-se flagrantes lacunas, sejam em âmbito doutrinário sejam na esfera legislativa, que submetem a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos a procedimento semelhante à tutela dos direitos individuais, em anacrônica interpretação e aceitação das ideias desenvolvidas por Rudolf von Ihering, acarretando em uma confusão terminológica e semântica entre direito e interesse.

As respostas para o problema das questões judiciais coletivas foram ineficazes, com a formação de litisconsórcios colossais, que desafiam a efetividade da prestação jurisdicional, centralização da capacidade postulatória do Ministério Público e demais órgãos legitimados, quase todos estatais, resultando na criação do que se batizou de “processos-monstro”, que se perdem ao longo do tempo sem que haja resolução satisfatória e participação democrática aos envolvidos. Revela-se, assim, a necessidade de revisão de uma teoria da ação coletiva que permita conciliar a ampliação do contraditório coletivo – demonstrado pela ampliação da possibilidade de influência e diálogo dos legitimados ao processo no provimento final – a um novo paradigma de processo coletivo, que traz consigo nova interpretação para a tutela dos direitos difusos, coletivos e transindividuais, em conformidade com os ditames estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito, tendo em vista as flagrantes transformações sociais no tocante à informação, à tecnologia, à linguagem e aos novos problemas de dimensão ampliada.

Palavras-chaves: Processo Coletivo – Contraditório – Influência – Diálogo – Jurisdição – Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

The conceptual approximation of the Process to the Constitution brings with it the demarcation of the rupture with regard to the positioning of the process in relation to the jurisprudence, which is no longer a mere instrument for resolving legal disputes, but to assert itself as a technical-autonomous procedure, consecrating the constitutional principles of broad defense, the adversary, the protection and promotion of the guarantees of the human person. In Brazil, the end of the military period in 1985 and the promulgation of the 1988 Federal Constitution, with the expansion of effectively democratic access to the jurisdiction, demarcate the transformation of the process as a trivial method of conflict resolution, for an effective procedure to guarantee constitutional principles, together to the concrete participation of the parties in the formation of the judicial decision-making act. However, in the collective proceedings there are glaring gaps, be it in the doctrinal sphere or in the legislative sphere, which subject the protection of the diffuse, collective and individual homogeneous rights to a procedure similar to the protection of the individual rights, in anachronistic interpretation and acceptance of the ideas developed by Rudolf von Ihering, resulting in a terminological and semantic confusion between law and interest. The answers to the problem of collective legal issues were ineffective, with the formation of colossal litisconsorcios, which challenge the effectiveness of the judicial provision, centralization of the postulatory capacity of the Public Ministry and other legitimate bodies, almost all state-owned, resulting in the creation of what was baptized of “monster processes”, which are lost over time without satisfactory resolution and democratic participation to those involved. Thus, the need to revise a theory of collective action that allows reconciling the expansion of the collective contradiction - demonstrated by the expansion of the possibility of influence and dialogue of those legitimized to the process in the final provision - to a new paradigm of collective process, which brings with it a new interpretation for the protection of diffuse, collective and transindividual rights, in accordance with the dictates established by the Democratic State of Law, in view of the flagrant social transformations n with regard to information, technology, language and new problems of an expanded dimension.

Keywords: Collective Process – Contradictory – Influence – Dialogue – Jurisdiction – Democratic Rule of Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgRg	Agravo Regimental
Ampl	Ampliada
AREsp	Agravo em Recurso Especial
Art.	Artigo
Atual	Atualizada
Coord.	Coordenador
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
Ed	Edição
EDcl	Embargos de Declaração
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
Nº	Número
Org.	Organizador
Rel	Relator
REsp	Recurso Especial
RISTJ	Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
V.	Volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PROCESSO COLETIVO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CIÊNCIA PROCEESUAL, TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA, PRINCIPIOLOGIA, INSTITUTOS E DIREITO COMPARADO.....	14
2.1 Evolução da Ciência Processual: contextualização histórica, autonomia e Processo como relação jurídica	14
2.2 Processo Constitucional e garantia do devido processo democrático.....	20
2.3 O processo coletivo e a tutela jurisdicional coletiva	24
<i>2.3.1 O avanço científico-tecnológico e seus impactos na ciência processual coletiva</i>	<i>24</i>
2.4 Conceito de Processo Coletivo	26
<i>2.4.1 Direito e interesse: semelhantes ou distintos?</i>	<i>30</i>
2.5 Princípios do Processo Coletivo e da tutela jurisdicional coletiva	34
2.6 Evolução do direito processual coletivo no Brasil e microssistema legal coletivo	35
2.7 Processo coletivo no Direito Comparado.....	37
<i>2.7.1 Ações coletivas nos EUA: o sistema das class actions.....</i>	<i>38</i>
<i>2.7.2 Tutela coletiva nos países de civil law</i>	<i>40</i>
2.8 O processo coletivo face aos problemas de dimensão ampliada: desafios concentuais e a recuperação do conceito de contraditório	42
3 O CONTRADITÓRIO COMO AMPLIAÇÃO DO RECORTE DE DIÁLOGO E INFLUÊNCIA NAS AÇÕES COLETIVAS	44
3.1 O processo como relação jurídica: incompletudes conceituais	46
3.2 O processo como espécie de procedimento.....	49
3.3 O processo como procedimento em contraditório: ampliação do recorte participativo dos interessados na construção do provimento.....	51
4 AÇÃO COLETIVA COMO AÇÃO TEMÁTICA: MÉRITO PARTICIPATIVO E AMPLIAÇÃO DO DIÁLOGO E INFLUÊNCIA DOS DESTINATÁRIOS DA DECISÃO JUDICIAL.....	57
4.1. Legitimidade no Direito Processual Civil.....	60

4.2 Legitimação no Direito Processual Coletivo	63
4.3 A “morte” do direito subjetivo e o conceito de ação como faculdade.....	68
<i>4.3.1 A ação como faculdade.....</i>	<i>72</i>
4.4 Ação coletiva como ação temática e formação do mérito participativo	75
4.5 Ações temáticas vistas sob prisma prático	88
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	90
REFERÊNCIAS	92

1 INTRODUÇÃO

O mundo contemporâneo caracteriza-se pela tomada de decisões e escolhas feitas em massa pela coletividade, quer em dimensão e complexidade, quer em âmbito público ou privado. Os avanços tecnológicos verificados nas últimas décadas contribuíram para criar, tal como cunhado com propriedade por Manuel Castells (CASTELLS,1999), a sociedade em rede, que se interliga por plataformas virtuais, determinando os rumos de toda a comunidade global.

As consequências dessa transformação digital são relevantes e visíveis, nos mais diversos aspectos políticos, sociais, econômicos e comportamentais. A ruptura tecnológica impõe nova lógica de atuação do Estado, estando superados seus anacronismos dos modelos Liberal e Social. Assim, adota-se sua versão democrática, objeto de diversas e intensas discussões e deliberações sobre seu desempenho perante a comunidade política que o legitima.

O Estado Democrático de Direito tem, como marco principal, a fundamentação de suas decisões, nas suas vertentes administrativa, legislativa ou judiciária, que, neste trabalho, tomaremos por denominar provimento, as quais não se admite que sejam prestadas de forma arbitrária ou autoritária, sem que haja respaldo perante o povo.

Tal característica é vista de forma manifesta e cristalina na prestação da atividade jurisdicional, em que o processo se demonstra como instrumento legitimador das decisões estatais, elaboradas em observância aos princípios e garantias constitucionais, dos quais se destacam a ampla defesa e o contraditório, vigas mestras do devido processo constitucional.

Todavia, a complexidade das mudanças tecnológicas impõe a necessidade de olhar diferenciado no tocante à prestação jurisdicional em âmbito coletivo, há muito tempo relegada à mera reprodução metodológica das ações judiciais individuais. Há de se ressaltar que os estudos desenvolvidos pela Escola Mineira de Processo ainda cuidam de romper com visões arcaicas e com respaldo técnico questionável no que tange à prestação jurisdicional das ações individuais, visto que grande parte da doutrina e dos tribunais pátrios insistem em reputar o processo como relação jurídica, permitindo que os sujeitos processuais sejam detentores de direitos e deveres entre si quanto às matérias de direito processual discutidas no transcurso do procedimento.

Não resta dúvida de que o caminho para uma nova compreensão de processo como espécie de procedimento, cuja característica distintiva seja o contraditório, ainda seja longo e requeira o avanço dos estudos, tal como os que foram desenvolvidos pela chamada teoria constitucionalista de processo. Entretanto, as mudanças sociais clamam por uma nova configuração da legitimidade das decisões judiciais coletivas, se por democráticas assim se queira considerar.

Nesse sentido, o presente trabalho pretende discutir e desenvolver interseções entre os estudos da teoria estruturalista de processo, desenvolvida na década de 1970, na Itália, por Elio Fazzalari e introduzida no Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves que concebe o processo como procedimento, estruturado em normas e atos judiciais concatenados, desenvolvidos em contraditório pelos interessados no provimento final, com o trabalho de compreensão de ação coletiva como ação temática, tal qual trabalhado por Vicente Maciel de Paula Júnior em Minas Gerais. Não se negam os avanços trazidos ao direito processual brasileiro desde o fim do período militar em 1985 e pela promulgação da Constituição Federal de 1988, com a consagração das garantias processuais no Texto Constitucional, conferindo-lhes aspecto vinculante em qualquer procedimento estatal, seja em âmbito administrativo, legislativo e jurisdicional. Contudo, dadas as mudanças sociais e digitais, são flagrantes as carências, tanto em aspecto legislativo quanto doutrinário, do desenvolvimento de trabalhos e estudos para garantir uma efetiva tutela jurisdicional coletiva que esteja atrelada aos anseios do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, percebe-se que o Processo Coletivo no Brasil ainda está ligado a concepções superadas, como, por exemplo, a de Rudolf von Jhering, que vincula a existência de direito à de um interesse juridicamente tutelado. A símile é quase perfeita quanto aos chamados direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, previstos no Código de Defesa do Consumidor em que se podem perceber equívocos na conceituação de direitos e interesses.

Da mesma forma, é nítido que a participação dos interessados ao provimento jurisdicional coletivo se dá de forma mitigada, eis que a capacidade postulatória e probatória para ajuizamento de ações coletivas está a cargo de entes estatais e associações civis coletivas – Ministério Público, Defensoria Pública, Associações de classe, Sindicatos – o que impede maior possibilidade de influência e diálogo dos interessados ao provimento final e, aqui, por interessados, entendem-se: aqueles cuja esfera jurídica, patrimonial ou pessoal é alterada em função do provimento estatal.

De tal modo, para demonstrar as deficiências da tutela coletiva nacional e apontar propostas que possibilitem maior participação dos interessados no provimento final, denominado contraditório coletivo, faz-se necessário retomar os conceitos que dão forma ao Processo Coletivo.

Assim, o Primeiro Capítulo desta obra destina-se a revisitar os conceitos, princípios institutos do Processo Coletivo, bem como estabelecer paralelos com os mesmos conceitos e institutos no Direito Comparado. Pretende-se ainda demonstrar a evolução histórica do Direito Processual Coletivo, instrumento indispensável à efetivação dos direitos coletivos *latu sensu*, estando aqui abarcados os direitos difusos, coletivo *strictu sensu* e individuais homogêneos. Ainda no capítulo inicial, será demonstrado o Direito Processual Coletivo em perspectiva aos chamados problemas de dimensão ampliada, bem como suas deficiências para com a efetivação de direitos dos verdadeiros interessados ao provimento estatal e seus anacronismos ideológicos, com reproduções de metodologia utilizadas em ações de caráter individual, inclusive no tocante à legitimação.

No segundo capítulo, discorrer-se-á sobre a teoria estruturalista de processo, concebida por Elio Fazzalari, na Itália, nos anos 1970, e introduzida no Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves, que trouxe, como contribuição, a redefinição de processo como espécie de procedimento estruturado em atos normativos concatenados, efetivados em contraditório simétrico entre os sujeitos processuais, como forma de preparação para a decisão jurisdicional – provimento estatal.

É importante ainda apresentar como o contraditório é fundamental para a efetividade do Estado Democrático de Direito, uma vez que se mostra como ponto crucial para a fundamentação das decisões tomadas pelo Estado.

Por fim, o derradeiro capítulo deste trabalho discorrerá sobre a abordagem dos estudos que desenvolvem a possibilidade de se tratarem as ações coletivas como ações temáticas, tal qual proposto por Vicente Maciel de Paula Júnior. Essa estratégia será utilizada de modo que o leitor compreenda que esse modelo importa em maior possibilidade de influência e diálogo dos interessados ao provimento estatal, atrelando o Processo Coletivo aos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito almejado pela Constituição, tendo como norte, a interseção entre o contraditório e a concepção de ação coletiva como ação temática, na tentativa de desenvolver o que denominamos como contraditório coletivo. Isso importará na ampliação da possibilidade de influência e diálogo dos interessados diretos ao provimento judicial coletivo, isto é, daqueles que efetivamente tem a esfera jurídica modificada em função da decisão judicial.

Como efeito, serão ainda discutidos os novos papéis a serem ocupados pelos entes estatais e associações civis de classe, que acreditamos, deixam de ter a exclusividade da capacidade postulatória para a ação coletiva, mas passam a atuar de modo conciliatório com os interessados diretos. Diante dessa perspectiva, cumpre ainda expor os meios e os instrumentos que são utilizados como forma de propiciar maior possibilidade de participação, ou seja, de influência e diálogo dos interessados diretos na preparação do provimento estatal.

Desse modo, escolhemos para tanto o uso de ferramentas tecnológicas, as redes sociais, dado seu caráter instantâneo e abrangente. Isso permite a determinação de tendências e tomadas de decisão dos mais diversos assuntos, sejam banais ou de problemas de dimensão ampliada, com consequências imediatas para determinação de políticas públicas, sociais e econômicas.

Analisaremos, também, o papel que as audiências públicas podem oferecer aos interessados diretos. Isso, porque elas possibilitam contato direto do povo, a comunidade política do Estado, com os entes estatais por ele legitimados, contato esse muitas vezes prejudicado pela burocracia imposta pelos próprios entes.

A presente obra não tem pretensões de apontar soluções cabais ou precisas que permitam superar as deficiências técnicas e incompletudes democráticas no tocante à tutela de direitos coletivos. Há muito a se pesquisar, discutir, experimentar e teorizar. O Estado Democrático de Direito, conforme nos alerta Jürgen Habermas (HABERMAS,1997), é empreendimento arriscado, falível e inacabado, demandando revisão de conceitos e fundamentos de forma latente. As mudanças tecnológicas impõem novo olhar para a atuação do Judiciário em relação à melhor efetivação de tutela dos direitos coletivos, no qual o povo não mais é visto como instrumento passivo para a concretização de suas pretensões, mas sim como agente integrador e participante ativo de seu destino. A Ciência do Direito Processual não pode mais desconsiderar esse fator.

2 PROCESSO COLETIVO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CIÊNCIA PROCEESUAL, TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA, PRINCIPIOLOGIA, INSTITUTOS E DIREITO COMPARADO

2.1 Evolução da Ciência Processual: contextualização histórica, autonomia e Processo como relação jurídica

O Processo, como ciência autônoma, pode-se assim dizer, foi concebido por Oskar von Büllow com a edição de sua Teoria das Exceções e Pressupostos Processuais em 1868 (BÜLLOW, 1964). Até a referida data, o Processo era entendido como mero apêndice do direito material discutido pelas partes nos autos, com objetivo visado pelo processo a consubstanciar-se na relação do próprio direito individual ou subjetivo ameaçado ou lesado contra a agressão sofrida (THEODORO JÚNIOR, 2015).

A obra de Büllow, entretanto, rompe com as teorias de processo com cunho privatístico, mais notadamente de Pothier, Teoria do Processo como Contrato, na qual expressa “*em juízo se contrai obrigações, da mesma forma que nas estipulações*” (ALVIM, 2003) e Savigny, Teoria do Processo como Quase Contrato, em que consagra que “*a parte que ingressava em juízo já consentia que a decisão lhe fosse favorável ou desfavorável, ocorrendo um nexo entre autor e juiz, ainda que o réu não aderisse espontaneamente ao debate da lide*” (LEAL, 2005), atribuindo autonomia à relação processual, na qual haveria distinção em relação ao direito material discutido na lide. Isso resulta na distinção entre processo e procedimento, daí a origem do direito processual como objeto de estudo apartado do direito material, baseando-se em critérios teleológicos para que fosse estabelecida a sua distinção (GONÇALVES, 2001).

A teoria de Büllow define o Processo como relação jurídica autônoma, singular e unitária (BRÊTAS, 2015), desvinculada da relação de direito material que é discutida nos autos pelas partes, que situava-se em plano posterior à formação do próprio processo, vinculando os sujeitos processuais— autor, réu e juiz – de poderes, direitos e deveres, em situação anômala ao vínculo obrigacional verificado nas relações jurídicas de Direito Privado, com notada influência dos institutos civilísticos do Direito Romano. Tal concepção é um resgate dos primórdios estudos em Processo realizados durante a Idade Média, com enfoque para a máxima que Búlgaro exprimiu: *judicium est actum trium personarum, iudicis, actores et rei* – o processo é ato de três personagens, juiz, autor e réu, em tradução literal.

A concepção de Processo como relação jurídica, posteriormente denominada como Teoria Instrumentalista de Processo desencadeou estudos entre juristas alemães, mais destacadamente Wach, Hellwig e Köeler (LEAL, 2018), na tentativa de excursionar pela indagação de como seria a relação processual entre o magistrado e as partes, se triangular (Wach), angular (Hellwig) ou angular (Köhler) e como seriam, de tal forma, as atribuições de direitos e deveres entre cada um dos sujeitos processuais.

A Teoria do Processo como Relação Jurídica teve diversos adeptos também entre os juristas italianos, notadamente Chiovenda, Carnelutti, Satta, Calamandrei, Rocco e Liebman, com grandes repercussões no direito processual brasileiro posteriormente.

Chiovenda, tido como o grande sistematizador da ciência do direito processual (BRÊTAS, 2015), afirma que antes de se poder julgar o pedido de atuação da lei formulada no processo, isto é, antes da aplicação do ordenamento jurídico na relação de direito material trazidas aos autos, deve-se examinar o procedimento. Essa prática resultaria em uma situação de pendência, no decurso da qual não se sabe se o pedido é fundado ou não, situação que resulta na atribuição de direitos e deveres entre os sujeitos processuais, o que é expresso pelo notável doutrinador italiano: *il processo civile contiene un rapporto giuridico* – o processo civil contém uma relação jurídica (CHIOVENDA, 1940).

Reproduzida nas universidades italianas nas décadas seguintes, a teoria instrumentalista de processo teve grande repercussão no direito processual brasileiro, haja vista um de seus grandes expoentes, Erico Tulio Liebman ter sido discípulo de Chiovenda, na Itália, nos primórdios do Sec. XX, tendo depois fugido para o Brasil em razão do advento da Segunda Guerra Mundial. 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 (FERREIRA, 2009).

Na América do Sul, Liebman atuou como Professor na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, divulgando os conceitos e ensinamentos da Teoria Instrumentalista de Processo na academia paulista. O desenvolvimento dos ensinamentos na Faculdade do Largo de São Francisco e a criação da Escola Paulista de Processo, obtiveram grande repercussão no meio acadêmico e jurídico em todo o território nacional, haja vista a grande influência econômica, política, social e cultural do Estado de São Paulo em razão de ser a unidade federativa de maior força econômica. Isso faz com que a referida teoria seja seguida e divulgada por magistrados, advogados, membros do

Ministério Público e demais agentes do Direito, quase sem nenhuma contestação quanto aos seus fundamentos e pressupostos conceituais.

Dentre os mais notáveis expositores e divulgadores da Escola Paulista de Processo está Alfredo Buzaid, responsável pela elaboração do Código de Processo Civil de 1973, cujo texto é fortemente marcado e influenciado pelos ensinamentos de Liebman, especialmente no que dizia respeito das condições de ação. Entre elas, a possibilidade jurídica do pedido, prevista no inciso VI do artigo 267 do CPC de 1973, causa de extinção do processo do julgamento do processo no caso de sua ausência, em consonância à concepção eclética Liebman sobre a ação, na qual a define como direito subjetivo instrumental e um poder ao qual não corresponde a obrigação do Estado, igualmente interessado na distribuição da justiça; poder esse correlato com a sujeição e instrumentalmente conexo com uma pretensão material (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO,2010).

Em que pese o anacronismo da Teoria do Processo Como Relação Jurídica ao resgatar conceitos do direito processual medieval e assemelhar o Processo à um vínculo obrigacional de Direito Privado, atribuindo direitos e deveres aos sujeitos processuais, não se deve perder de vista a sua contribuição à ciência do direito processual. Isso, porque retirou do processo a característica de fim em si mesmo, desvinculando o processo das propostas teóricas que o conectavam ao direito material, trabalhando seus pressupostos próprios de existência e desenvolvimento, além de retirá-lo da órbita do direito privado, transferindo-o para o direito público (BOSQUE, 2009).

A ampla divulgação no continente europeu e, posteriormente, na América Latina confirmou o movimento de evolução da Ciência Processual, que já se avistava deste a polêmica entre Windscheid e Muther, de 1856, a respeito do direito de ação que já havia inaugurado uma nova tendência científica de independência procedimental, sendo os juristas citados responsáveis pela publicização da do direito de ação (FERREIRA, 2009). Contudo, não se pode deixar de questionar os fundamentos da Teoria da Relação Jurídica, que resgata conceitos anacrônicos e ultrapassados dos estudos em direito processual desenvolvidos no Medievo, bem como aproxima a prestação jurisdicional de um vínculo obrigacional de Direito Privado, eis que atribui aos sujeitos processuais, juiz e partes, direitos e deveres tais como na relação entre devedor e credor.¹

¹ O conceito de direito de ação surge exatamente como produto das divergências doutrinárias defendidas por Windscheid e Muther, que, como bem explica Aroldo Plínio Gonçalves, nasce sob o signo de um conceito de relação jurídica estabelecido por uma noção de direito subjetivo. Há de se ressaltar ainda que é

Atenta Aroldo Plínio Gonçalves que o problema que se coloca em se considerar o processo como uma relação jurídica está na própria relação jurídica, eis que ao se admitir o processo como vínculo obrigacional tal como em relação de Direito Privado, um sujeito processual tenha o poder de exigir do outro uma determinada conduta, na qual direitos das partes entre si e delas em relação ao juiz, que figuraria como sujeito passivo da relação, comparecendo para prestar alguma conduta (GONÇALVES, 2012). No mesmo sentido, atenta que a própria compreensão de relação jurídica, inclusive no âmbito do direito material, já não concebe a possibilidade que um sujeito possua o poder de possuir de exigir do outro o cumprimento de determinada conduta, justificativa pela qual o particular tem, na função jurisdicional, a possibilidade de pedir que o Estado o substitua na imposição de um ato de caráter imperativo (GONÇALVES, 2012). E conclui afirmando que, portanto, não poderia haver vínculo subjetivo entre os sujeitos processuais eis que, juridicamente, nenhuma delas poderia impor à outra a prática de qualquer ato processual.

O desenvolvimento e o aprofundamento dos estudos da Teoria da Relação Jurídica no Brasil fez surgir a “Escola Instrumentalista de São Paulo”, cujo expoente maior foi Cândido Rangel Dinamarco, com a publicação de sua obra magna “A Instrumentalidade do Processo”, em que prega pela compreensão do Processo como instrumento da prestação jurisdicional, revestido de finalidades que saíam da esfera jurídica, destinada a salvaguardar a ordem jurídica, a paz social, a segurança e a previsibilidade das decisões judiciais, dando poder ao magistrado para melhor direcionar o curso do procedimento a fim de obter resultados úteis (DINAMARCO, 2003).

Em crítica à essa concepção, Rosemiro Pereira Leal (2018) afirma que “*os teóricos dessa escola (teoria instrumentalista) conectaram o processo como se fosse uma corda a serviço da atividade jurisdicional nas mãos do juiz para puxar pela coleira mágica a justiça redentora para os homens, trazendo-lhes paz e felicidade*”. De fato, a concessão de poderes ao magistrado para que interfira no procedimento de modo a assegurar a preservação da paz social nos parece movimento arriscado, eis que atribui ao subjetivismo e a boa vontade do magistrado a melhor interpretação no tocante à preservação da paz social e do império da lei, o que colide frontalmente aos melhores ditames do devido processo constitucional, no qual há estreita observância dos direitos e

a partir da obra de Windscheid que a própria ideia de direito subjetivo é formulada, concebido como faculdade jurídica abstrata, em que o titular de uma *facultas agendi* usava sem prestar contas a ninguém, ou como poder garantido porque dotado de exigibilidade. (Gonçalves, p. 65)

garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal, em especial a ampla defesa e o contraditório.

Sobre a Teoria Instrumentalista de Processo, afirma Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias que a mesma:

(...) ignora, por completo, na sua propecta e misonéista elaboração estrutural de fundo romanista, a marcante, crescente e irreversível tendência da constitucionalização do processo, a partir do momento histórico em que o moderno Estado Democrático de Direito estabeleceu, expressamente, no texto de sua Constituição, múltiplas garantias de caráter processual, dentre elas, o contraditório, viga-mestra da garantia constitucional, por isto., fundamental, mais extensa, do devido processo legal, destarte, formatando o devido processo constitucional, ou como preferem alguns, o modelo constitucional de processo. (BRÊTAS, 2015)

A outorga da melhor interpretação do procedimento ao juiz, além de constituir solipsismo judicial e uma subjugação total ao subjetivismo, em afronta aos ditames da constitucionalidade, conforme dito supra, sinaliza para outro ponto da Teoria Instrumentalista que requer enfoque: os escopos metajurídicos do processo.

Enxergando o processo como meio, ou como apêndice da jurisdição, a Teoria Instrumentalista conferindo-lhe finalidades que deixam a órbita meramente jurídica para se destinarem a outros campos, assumindo o Processo características semelhantes às de política pública, assemelhando-se a ato da Administração Pública que deva observar a conveniência e oportunidade para ser executado, atingindo determinado objetivo específico, no qual o juiz deveria manejar o processo a serviço do interesse público, do bem estar do povo e da paz social em critérios metajurídicos (LEAL, 2018).

Vê-se, por exemplo, a definição de técnica processual que é dada por José Carlos dos Santos Bedaque, afirmando que a mesma tem como objetivos “*conferir segurança ao instrumento, no sentido de proporcionar absoluta igualdade de tratamento aos sujeitos parciais do processo, possibilitando-lhes influir substancialmente no resultado*” e ainda “*garantir seja a tutela jurisdicional, na medida do possível, resposta idêntica à atuação espontânea do direito material, quer do ponto de vista da justiça da decisão, quer pelo ângulo da tempestividade*” (BEDAQUE, 2006).

Cumpra ainda destacar que a aproximação da prestação da tutela jurisdicional com as feições de política pública, o entendimento de que o Processo, além de sua função de pacificação social e resguardo da lei, é instrumento hábil para garantia do desenvolvimento econômico do país e para a melhora no ambiente de negócios, desde que seja realizada com celeridade. É como destaca Fernando da Fonseca Gajardoni (2003,

pp. 47-48) em que atenta para que a demora da prestação jurisdicional tenda a ser prejudicial não apenas às partes demandantes, mas também ao país no aspecto econômico, visto que implica no aumento de risco ao ambiente dos negócios do Brasil nos periódicos divulgados anualmente pelo Banco Mundial.

A Teoria Instrumentalista de Processo, além de vincular ao Processo os supracitados escopos metajurídicos, na qual a finalidade da tutela jurisdicional ultrapassa não somente a solução do conflito levado aos autos, atribuído como obstáculo à promoção da justiça e ao desenvolvimento socioeconômico do país o procedimento e à técnica processual, como se caso eles fossem aplicados à sua integralidade, impossível seria permitir o progresso da sociedade.

Deve-se atentar, entretanto, que o procedimento e a técnica processual não constituem óbices ao desenvolvimento do Brasil ou impossibilitam que o Processo atinja as finalidades de promoção da paz social, de distribuição da Justiça ou possibilite os negócios privados, o que significa perpetuar a jurisdição em seu conceito de atividade de dicção e aplicação do direito por grupos humanos patrimonializados, que se mitificam em dinastias ao longo da história das sociedades hierarquizadas (LEAL, 2008).

Faz-se notar que por mais que se tenha conseguido retirar o processo da órbita privatística e ultrapassada do Direito Romano, sua atual configuração ainda resguarda características autoritárias e com forte grau de subjetivismo, o que impede a sua completa concretização e legitimação perante o enlace da democracia e do Estado de garantias.

De extrema contribuição, neste sentido, como forma de superar o caráter privado e impositivo do processo e da atividade jurisdicional a contribuição da Teoria Estruturalista de Processo, concebida por Elio Fazzalari, introduzida no Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves, que parte do princípio de renovação da ideia de procedimento, contemplando a norma jurídica a partir de sua estrutura lógica, contemplada não apenas como ‘canône de valoração exclusiva’, como regra vinculante e expressiva dos valores de uma sociedade, mas também em relação à conduta por ela descrita, que a conecta a uma valoração normativa (GONÇALVES, 2012).

Somada à essa visão estrutural da norma e em sua relação com o sujeito, Fazzalari define o Processo como espécie de procedimento, cuja especificidade se dá em razão da presença do contraditório, o que possibilita os sujeitos processuais de participarem e influenciarem diretamente o conteúdo da decisão jurisdicional, denominada provimento, o que será posteriormente desenvolvido e abordado de forma mais ampla nesta obra em capítulo próprio.

Tem-se assim um fator de marcante distinção em relação às concepções de Processo como instrumento da jurisdição, não se admitindo mais que se veja o procedimento como subjugação dos sujeitos processuais, nos quais ambos são devedores e credores de direitos uns dos outros, o que marca, definitivamente, a passagem do Processo como objeto de estudo de Direito Público.

Tal compreensão, entretanto, se concretiza e chega à sua plenitude com a consagração do Processo e de suas garantias, mais notadamente o direito ao contraditório e ampla defesa, que compõe o devido processo legal, expressamente na Constituição, revestindo-os do mais alto grau de observância e aplicabilidade no ordenamento jurídico.

2.2 Processo Constitucional e garantia do devido processo democrático

A ruptura da concepção de Processo como relação jurídica se deu com a compreensão de processo como espécie de procedimento em contraditório, preconizada por Elio Fazzalari e introduzida no Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves com a publicação da obra “Técnica Processual e Teoria do Processo” em 1992. Ao enxergar o Processo como procedimento estruturado em normas que vinculam os sujeitos processuais – partes e magistrado – com a garantia máxima do contraditório, ou a possibilidade efetiva de se dialogar e influenciar os efeitos da decisão judicial, ou provimento – de qual as partes sofrerão seus efeitos, tem-se a total superação dos últimos resquícios de concepção da ciência processual como objeto do Direito Privado. Isso ocorreu, por mais que a teoria de Büllow já lograsse sucesso com essa distinção – mas agora de forma definitiva, sem que haja deveres e direitos entre os sujeitos do processo, vez que não há de se falar em vínculo obrigacional entre os que atuam nos autos.

De toda forma, tal como anteriormente mencionado, a consagração final de tal ruptura se dá com o reconhecimento dos direitos e garantias processuais – contraditório, ampla defesa e devido processo legal - expressamente citados no texto da Constituição, o que faz surgir um novo ramo do Direito Processual em consonância aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, o **Processo Constitucional**.

Cumprе destacar que na atual conformação do Estado Democrático de Direito, com a observação do fenômeno do constitucionalismo pós-Segunda Guerra Mundial, torna-se praticamente impossível discutir direito constitucional sem discutir sobre processo e ainda discutir sobre processo sem que haja correlação intrínseca com o direito constitucional (BRÊTAS; SOARES, 2014).

Nicolo Trocker (1974), em análise ao movimento constitucionalizante da Itália e da Alemanha à época da promulgação da Lei Fundamental de Bonn de 1949, aponta que após os horrores da Guerra e a superação do totalitarismo, se viu a adoção do Estado de Direito em mais de cinquenta países ao redor do globo, com expressas garantias da separação dos poderes, dos direitos fundamentais do indivíduo e das liberdades democráticas.²

O mesmo pode se aferir do próprio texto do Código de Processo Civil de 2015. Isso, porque a despeito de ainda conter resquícios da Teoria Instrumentalista, que tanto influenciou a promulgação do antigo Código de 1973, conforme destacado anteriormente, consagra expressamente nos seus 10 (dez) primeiros artigos a necessidade de que o processo civil se pautar pela observância irrestrita às normas da Constituição Federal.

A aproximação conceitual entre os estudos da ciência do Direito Processual e da Constituição parte do pressuposto da supremacia das normas constitucionais sobre as normas de direito processuais. Conforme informa Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2002), no ano de 1956, no México, com a publicação dos primeiros estudos e artigos de Héctor Fix-Zamúdio, com destaque também para Eduardo Couture, cuja influência é notadamente marcante na obra de José Alfredo Baracho, publicada no ano de 1984, cuja notoriedade não se dá apenas pela pertinência científica do tema, mas também por o trabalho ter logrado êxito por sua publicação antes do fim do período militar no Brasil, que se encerraria no ano de 1985, e bem anterior à promulgação da Constituição da República de 1988, que instaurou o Estado Democrático de Direito no país, com a consagração dos princípios orientadores e formadores do Processo Constitucional.

Preconiza Baracho em seu trabalho que a aproximação entre a Constituição e o processo gera o surgimento do Direito Constitucional Processual ou Direito Processual Constitucional, que exprimem a exata condensação metodológica e sistemática entre em que se examinam as relações do processo com a Constituição. Reflete ainda que o Direito Processual Constitucional abrange, por um lado, a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo, e por outro lado, a própria jurisdição constitucional (BARACHO, 1984).

² O pós-Segunda Guerra Mundial se notabilizou, sobretudo nos países da Europa Ocidental mais afetados pela destruição e miséria trazidas pelo conflito, por uma forte evolução constitucional, política, econômica e cultural. É nessa época em que as bases estruturantes do Estado Democrático de Direito são lançadas, como pôde ser visto em França, Itália e Alemanha. Infelizmente, embora a América Latina tivesse prestigiosos avanços nos estudos sobre o Direito Constitucional e suas relações com o Processo, como se observa em Couture, Héctor Fix-Zamúdio e Baracho, a experiência democrática só foi lograda décadas mais tarde, com as quedas dos governos ditatoriais na América do Sul.

Por fim, ensina o ilustre jurista mineiro que a tutela jurisdicional do processo engloba o direito de ação e de defesa e outros postulados que desses decorrem. A jurisdição constitucional compreende, por seu turno, o controle de constitucionalidade das leis e dos atos da Administração Pública, e ainda o controle constitucional das liberdades com o uso dos “remédios constitucionais – processuais”, ou os procedimentos listados expressamente na Constituição, tomando como exemplo o *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança e ação popular, expressamente consagrados no art. 5º da Constituição Federal, entre os incisos LXVIII, LXXII, LXIX e LXXIII, respectivamente, estando ressalvada sua regulação em legislação infraconstitucional própria.

Destaca-se ainda a relação entre o Processo e o direito constitucional que é estabelecida por Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera que defendem a estruturação das normas comuns pelo Texto Constitucional, dentre elas as normas processuais, o que geraria uma espécie de processo regulada pela Constituição, a qual os juristas italianos denominaram de “modelo constitucional de processo”, no qual o processo está no centro de gravidade de toda a estrutura de atuação dos valores constitucionais”, eis que torna-se um “instrumento dinâmico de leitura e releitura contínua, e portanto evolutiva, dos preceitos constitucionais e a ideia-força de sua atuação concreta”.

O modelo constitucional do processo, ainda segundo os doutrinadores italianos é marcado por três características essenciais: a expansividade, variabilidade e a perfectibilidade (ANDOLINA; VIGNERA, 1997).

É nesse sentido que Luigi Paolo Comoglio (1970) destaca que, na parte I da Constituição Italiana, dentre os direitos mais importantes do indivíduo, estão as garantias processuais, enunciadas no art. 24 do Texto Constitucional italiano, das quais se destaca o direito de ação.

Em comparativo com o sistema normativo alemão, Nicolo Trocker (1974) chama atenção para o fato de a Lei Fundamental de Bonn, primeiro texto legal a consagrar o Estado Democrático de Direito na Alemanha, despender notável tratamento ao direito de ação, previsto nos artigos 14, 15, 19 e 34. Aduz que em relação à Constituição de Weimar, de 1919, a garantia do direito de ação em plano constituinte representa umas das inovações mais significativas, pois elimina o predomínio do Poder Executivo nos conflitos entre os cidadãos, além de instituir um amplo controle judiciário sobre todos os atos da autoridade pública.³

³ Destaca Vincenzo Vigoriti (1970) no estudo do instituto do *due process of law* do sistema judicial americano, que a possibilidade de uso do devido processo como garantia ‘plástica e flexível’ de justiça no

A validação dos princípios, conceitos e institutos do direito processual pela Constituição Federal, tal qual se verifica nos países que adotaram o Estado Democrático de Direito como paradigma, tomando a devida cautela com o uso do termo, que aqui não se refere a um modelo padronizado ou eternizado no sentido preconizado por Platão e Aristóteles, mas sim como sistema, ou “prisma globalizante” na acepção desenvolvida por Arthur de Almeida Diniz, compreendendo o indivíduo como parte viva de um universo que também é vivo se retroalimenta desse próprio indivíduo

Portanto, tomando o Processo como parte viva de um sistema maior, o Estado Democrático de Direito – que também é construído ao longo do tempo, é a junção do direito processual com a Constituição a responsável pela preservação dos direitos e garantias fundamentais que são pilares estruturantes da democracia e do Estado de Direito, antídoto contra qualquer espécie de autoritarismo e subjetivismo retrógrados, em desconformidade com um sistema pelo qual em que os atos do Estado não mais emanam da consciência, do arbítrio puro do decisor ou do bel prazer, constituindo incessante prática de fundamentação dos órgãos legitimados a decidir, garantida a participação e a possibilidade de influência e diálogo daqueles que irão suportar os efeitos de tal decisão.

Desta feita, a preservação do Processo em suas relações diretas com a Constituição é de fundamental relevância para a própria existência do Estado Democrático, sem o qual sua aparência se daria apenas de modo retórico.

Entretanto, em que se pese o notável desenvolvimento da ciência processual desde o advento da obra de Büllow até a constitucionalização do processo, observamos que toda a transformação do Processo se dá quase somente em perspectivas das ações judiciais individuais, carecendo a mesma metamorfose e amadurecimento principiológico e conceitual no âmbito do processo coletivo, objeto de estudo e análise deste trabalho.

Todavia, para que se possa debater o possível desenvolvimento da ciência processual coletiva, em especial no tocante ao contraditório e a ampliação do recorte de influência e diálogo dos legitimados ao processo, é necessário discorrer sobre o próprio processo coletivo, em seus princípios, conceitos, institutos pátrios e do direito comparado, bem como dimensionar as consequências do avanço tecnológico e comunicativo perpetrado pelas inúmeras plataformas digitais, de modo a avaliar o seu impacto direto na jurisdição e na ciência processual coletiva.

processo, seja em âmbito penal, seja na seara cível, bem como a consciência da historicidade da noção de justiça processual e, portanto, dos julgamentos nela fundamentados, são, sem dúvida, as maiores descobertas da jurisprudência e doutrina das últimas décadas.

2.3 O processo coletivo e a tutela jurisdicional coletiva

Para melhor assimilação dos conceitos, princípios e institutos do processo coletivo atual, é fundamental entender os impactos gerados pelo desenvolvimento da ciência e da tecnologia, capazes de influenciar todos os segmentos sociais, mais destacadamente os aspectos sociológico, político e econômico, ante o brutal rompimento gerado no modelo econômico, agora gestado a partir do recolhimento de dados e informações flutuantes. Neste sentido, parte-se da definição de tecnologia como “*o uso de conhecimentos científicos para especificar as vias de se fazerem as coisas de uma maneira reproduzível*” em conceituação de Harvey Brooks e Daniel Bell reproduzida por Manuel Castells (1999). Desse modo, passa-se a analisar as consequências desses conhecimentos perante a ciência processual coletiva na forma como atualmente é compreendida.

2.3.1 O avanço científico-tecnológico e seus impactos na ciência processual coletiva

O ser humano tem como característica a de ser gregário, de conviver em sociedade, quase como um impulso imanente, tal como apontado por Aristóteles, que ao discorrer sobre a criação da pólis grega, afirmando que a “*a cidade é uma criação natural, e que o homem é por natureza uma animal social, e que é por natureza e não por mero acidente, não fizesse parte de cidade alguma, seria desprezível ou estaria acima da humanidade*” (1988) e já trazendo importantes reflexões sobre o papel da linguagem e a comunicação no contexto de formação das comunidades humanas, alegando que “*o homem é o único entre os animais que tem o dom da fala*” e que:

(...) a fala tem a finalidade de indicar o conveniente e o nocivo, e portanto também o justo e o injusto; a característica específica do homem em comparação com os outros animais é que somente ele tem o sentimento do bem e do mal, do justo e do injusto e de outras qualidades morais, e é a comunidade de seres com tal sentimento que constitui a família e a cidade.

No mesmo sentido, é impossível imaginar que o ser humano viva isolado de outro ser semelhante, como na parábola de Robison Crusóe (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1991, p.23), o que evidencia a imprescindibilidade da coletivização da

vida, das aspirações e do desenvolvimento em conjunto aos seus semelhantes, restando sempre ressaltado o seu enfoque individual e psíquico.⁴

A contemporaneidade é influenciada vigorosamente pelo avanço científico e tecnológico, mais preponderantemente pela tecnologia da informação, estando incluídos o conjunto convergente de tecnologias em microeletrônica, computação - software/hardware – telecomunicação/radiofusão e optoeletrônica (CASTELLS, 1999). Deve se atentar ainda para o cenário de transformações em que Castells aponta no segmento político-social, com o advento de uma “*revolução tecnológica concentrada nas tecnologias da informação*” que transformaram a base material da sociedade em ritmo acelerado.

A revolução informacional provoca alterações profundas ainda na linguagem e na comunicação social, eis que nesse momento não há mais um monopólio da comunicação a partir de órgãos estatais, imprensa, televisão, rádio e o meio artístico, abrindo-se a possibilidade de uma comunicação direta, difusa e massificada, tornando um sistema de comunicação que abrange grande parte da população mundial – especialmente a de países desenvolvidos economicamente e tecnologicamente – o que a transformou em parte da cultura de massa (CASTELLS, 2000).⁵

As aspirações, os problemas, os questionamentos e demais tomadas de decisão de uma comunidade política são a partir de agora dimensionados de forma massificada e coletivizada, escutada por plataformas digitais (redes sociais) que permitem a interlocução instantânea, qualquer seja o momento ou local, com a oportunidade de se expressarem diversas opiniões, inclusive com consequências práticas em tendências de consumo, costumes e até mesmo em políticas públicas.

⁴ O estudo relacionado ao envolvimento psíquico do indivíduo com um determinado grupo de pessoas que extrapolam as relações interpessoais como família, amigos e trabalho foi desenvolvido por Sigmund Freud em “*Psicologia das massas e análise do eu*”. Na obra, o psicanalista define a psicologia social ou psicologia das massas tendo como objeto de investigação a influência simultânea exercida sobre o indivíduo por um grande número de pessoas com as quais ele está ligado por um vínculo qualquer. A psicologia das massas trata, portanto, do indivíduo como membro de uma tribo, um povo, uma casta, uma classe, uma instituição ou como elemento de um grupo de pessoas que, em certo momento, e com uma finalidade determinada, se organiza em massa. O conceito de massa organizada estabelecido por Freud em muito se aproxima das definições dos grupos coletivos organizados, como por exemplo associações e sindicatos na defesa dos chamados direitos coletivos *strictu sensu*.

⁵ Aponta Rosemiro Pereira Leal que os graves problemas que afligem a gestão dos Estados de Direito, com enormes contradições e transtornos para todos os povos, decorrem de obscuridades cognitivas que o homem tecnológico se recusa a pesquisar. No tocante ao desenvolvimento tecnológico, ainda não se esclareceu de que técnicas deriva a tecnologia e como esta busca os saberes para se transformar em ciência, pouco se importando com as consequências nefastas que sua evolução pode representar para a própria sobrevivência do planeta e do homem. (LEAL, 2015)

Não restam mais dúvidas, desta feita, que as questões coletivas passam a ter nova configuração, na qual assumem uma dimensão ampliada, com repercussões que afetam toda uma comunidade, de forma intensa, direta e, paradoxalmente, de forma difusa e descentralizada.

É salutar, nessa direção, a lição trazida por Vicente de Paula Maciel Júnior (2006), atentando para o fato o Estado Democrático de Direito se conformar em sociedades complexas, com a difusão da racionalidade, que se concretiza na infinidade de processos decisórios em que a sociedade é colocada, com o reconhecimento formal do direito de participação da própria sociedade nos processos decisórios.

A compreensão de um processo coletivo aberto, democrático e dialético se faz crucial num momento de completa alteração do modo de vida adotado pelos povos no século XXI, passando de um modelo analógico para o digital, devendo observância irrestrita às estruturas e princípios configuradores do Estado Democrático para que tal conversão logre êxito no desenvolvimento da humanidade.

2.4 Conceito de Processo Coletivo

Diante dos desafios e perspectivas que o processo coletivo terá pelo advento da revolução tecnológica e científica, forçoso é retomar os conceitos, institutos, princípios, sua perspectiva histórica – principalmente no Brasil – além das semelhanças e distinções no Direito Comparado, para a partir daí se conceber suas virtudes, incompletudes e questionamentos, principalmente no tocante à ampliação do recorte de participação dos sujeitos que sofrerão diretamente com os efeitos de um provimento jurisdicional coletivo.

As conceituações de processo coletivo ou tutela jurisdicional coletiva em muito se aproximam das noções de processo desenvolvidas pela Teoria Instrumentalista na definição de processo em âmbito individual, verificando-se em muitas de tais definições uma atribuição de escopos metajurídicos ao processo, que muito ultrapassam a sua real finalidade dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Ricardo de Barros Leonel (2002) define o processo coletivo como “*instrumento destinado a tornar acessível a justiça para aquelas situações em que ocorram ameaças ou lesões a interesses e direitos que pelos métodos tradicionais do processo de cunho clássico ou individual não seriam tuteláveis*”, atentando-se desde já para o fato de a definição do autor paulista trazer consigo um amálgama entre a ideia de direitos e

interesses, em consonância às ideias de Rudolph von Ihering, diferenciação da qual se tratará posteriormente neste trabalho.

Para Zanetti e Didier (2007), o processo coletivo é aquele que se *postula um direito coletivo latu sensu (situação jurídica coletiva ativa) ou que se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos) de titularidade de um grupo de pessoas*. Afirma ainda o jurista baiano que uma relação jurídica é coletiva quando em um de seus termos se encontra um sujeito, ativo ou passivo, identificado como um grupo, aqui compreendido como comunidade, classe ou categoria, e de outro lado um direito ou um dever ou estado de sujeição referente a um determinado grupo, prevalecendo o vínculo subjetivo entre o direito e o grupo.

Por fim, estabelece que o núcleo do conceito do processo coletivo está na tutela jurídica do grupo e seu vínculo subjetivo com o objeto litigioso.

Daniel Amorim Assumpção Neves (2016) define a tutela jurisdicional coletiva como uma versão ampliada da tutela jurisdicional individual, concebendo-a como uma “*espécie de tutela jurisdicional voltada à proteção de espécies de direitos materiais*”, destacando que a “*determinação de quais seriam esses direitos é tarefa do legislador, não havendo uma necessária relação entre a natureza do direito tutelado e a tutela coletiva*”, o que possibilitaria que “*direitos de natureza individual podem ser protegidos pela tutela coletiva, bastando para isso que o legislador expressamente determine a aplicação desse tipo de sistema processual – microssistema coletivo- a tais direitos*”.

A tutela jurisdicional coletiva ainda subdivide-se quanto ao sujeito e ao objeto. Afirmam Maurino, Nino e Sigal (2005) que a dimensão coletiva do sujeito se encontra presente quando os demandantes exercitam algum tipo especial de legitimação representativa que se caracteriza pela faculdade de auto instituir-se como representante de outros por parte do sujeito que exerce a legitimação processual. Por sua vez, na dimensão coletiva objetiva, o objeto da pretensão é definido, postulado e solicitado pelo autor, e resulta em um remédio para a afetação que origina o litígio.

As definições de processo coletivo trazem consigo as noções de defesa dos chamados direitos (ou interesses) coletivos *latu sensu*, os quais se subdividem em direitos difusos, coletivos *strictu sensu* e individuais homogêneos.

Os direitos difusos estão previstos no art. 81, parágrafo único, inciso I do Código de Defesa do Consumidor, definidos como aqueles de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por uma circunstância de fato.

Atenta Teori Albino Zavascki (2007) que o direito difuso é de natureza transindividual, ou ainda metaindividual ou transindividual, estando ligado a um aspecto subjetivo, afirmando sua natureza a partir da identificação do seu titular, nesse caso, de uma coletividade que se liga por uma ocasião factual.

Partindo da concepção subjetiva quanto à definição de direito difuso, pode-se afirmar que é o direito em que não se pode admitir que o titular seja um indivíduo ou mesmo um grupo organizado e determinado de pessoas – associações e sindicatos; - eis que é concernente a toda a coletividade.

Nesse sentido, afirma Ricardo de Barros Leonel (2002) que os direitos (ou interesses) difusos são aqueles que se referem a grupos menos determinados – ou indetermináveis – de pessoas, não existindo um vínculo jurídico plenamente auferível das mesmas quanto à tais direitos, com esses assumindo como característica predominante objeto indivisível, como por exemplo as questões relacionadas à proteção do meio ambiente e da preservação da cultura e do patrimônio histórico, em que não se pode afirmar que pertencem a um ou outro indivíduo ou grupo específico de pessoas, mas sim à toda comunidade política que se conecta à proteção jurídica desses direitos.

Os direitos coletivos *strictu sensu*, estão previstos no art. 81, parágrafo único, inciso II do art. 81 do CDC, sendo definidos como aqueles direitos transindividual, também de natureza indivisível, dos quais sejam titulares um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Destaca Barros Leonel que nos direitos coletivos *strictu sensu* há dois fatores de diferenciação: limitação dos interessados coletivos, em razão da necessária organização prévia para o pleito dos direitos; e a existência de uma relação jurídica que embase o liame existente entre os interessados.

No ordenamento jurídico brasileiro não há exemplificação mais cristalina no que diz respeito à tutela dos direitos coletivos *strictu sensu* do que a atuação dos sindicatos, seja em âmbito privado, com a formação de normas coletivas – acordos e convenções coletivas de trabalho – seja perante à própria Justiça do Trabalho, contanto inclusive com previsão normativa constitucional para sua atuação e organização, art. 8º da CF e com extenso capítulo entre os artigos 510 e 611 da CLT.

Por fim, os direitos individuais homogêneos, também constam no art. 81, parágrafo único do CDC, estando presentes no inciso III, no qual são definidos como aqueles direitos decorrentes de uma origem comum.

Carmine Punzi (2003) estabelece como distinção entre os interesses difusos e os interesses coletivos. Afirma que o elemento que os une é o fato de resguardarem uma pluralidade de sujeitos mais ou menos determinada ou pelo menos determinável. Segundo o autor italiano, o interesse difuso não é qualificado necessariamente baseado numa ideia de pertencimento a um determinado grupo, enquanto o interesse coletivo resguarda sempre um grupo organizado, aos quais normalmente o legislador destaca uma determinada relevância, citando como exemplo associações, partidos políticos e sindicatos.

Cesare Massimo Bianca (2003) aponta como ponto de distinção entre os interesses difusos e coletivos o fato de esse último estar ligado aos direitos das categorias profissionais. Critica o tratamento terminológico conferido pela legislação italiana, que trata os referidos interesses como sinônimos.

Salienta Barros Leonel que o tratamento processual coletivo conferidos a tais direitos se dá em razão da conveniência da tutela coletiva, tendo sua inserção ocorrido como opção política interligada à noções de economia e efetividade processuais.

Destacam-se por serem determináveis quanto ao número de interessados, serem efetivamente individuais, divisíveis quanto ao seu objeto e originarem de um fato comum a todos os seus titulares, sendo que este “fato” não necessariamente configura uma unidade eventual no tempo e no espaço, mas sim a mesma fonte e espécie de conduta ou atividade que gere danos em escala ampliada (LEONEL, 2002).

Verifica-se das conceituações trazidas que a concepção de processo coletivo contém em si uma forte influência da compreensão liberal e civilista de processo, eis que ainda condicionam a finalidade da tutela jurisdicional coletiva à existência de manifestações individuais de vontade, no caso representadas por grupos sociais, estendendo ao processo coletivo à noção da presença de um vínculo subjetivo entre o titular de um determinado direito ou interesse a um determinado bem, em clara reprodução da ideia de posse e propriedade sobre bens particulares.

Conforme destacado anteriormente, a própria noção de processo em âmbito individual evoluiu para se desvencilhar de seu caráter privatista e subjetivo, aproveitando as rupturas metodológicas e conceituas trazidas pelas teorias estruturalista e constitucionalista de processo, na forma como previamente analisado.

Cumprе destacar que a nova configuração social nas sociedades ocidentais do Século XXI exibem uma interdependência entre os povos e comunidades, facilitada pelo

advento da *internet* e do desenvolvimento das comunicações, o que implica em novos problemas sociais que assumem uma dimensão ampliada.

A concepção de processo coletivo com forte influência da teoria de processo como relação jurídica sofre ainda grande influxo do conceito de interesse que é trabalhado por Rudolf von Ihering, que define direito a partir da ideia de bem, em sentido ampliado definindo que todo direito estabelecido seria a expressão de um interesse reconhecido pelo legislador e que por tanto merecia proteção jurídica (MACIEL JÚNIOR, 2006) o que motivou muitos doutrinadores a se aproveitarem de tal ideia para praticamente imiscuir os conceitos de direito e interesse.

A distinção entre direitos e interesses, de forte resistência na doutrina pátria, é objeto de análise e pesquisa de vários juristas, com apontamento para uma clara distinção etimológica e conceitual entre os referidos verbetes, concluindo pela não existência do interesse coletivo, o que altera profundamente a compreensão de processo coletivo tal como grande parte da doutrina brasileira assim interpreta.

2.4.1 Direito e interesse: semelhantes ou distintos?

De ampla discussão na doutrina processualista brasileira é a relação que se dá entre direito e interesse, ora vista como algo semelhante, quase como sinônimo, como é compreendido pela maioria dos pesquisadores, ora visto como palavras que expressam significados altamente distintos, na forma entendida pela minoria dos doutrinadores.

Conforme apontado por Vicente de Paula Maciel Júnior (2006) é de Rudolph von Ihering o estabelecimento da ideia de simbiose entre direito e interesse. Para o jurista e pensador alemão todo direito estabelecido seria a expressão de um interesse reconhecido pelo legislador e que estivesse a merecer sua proteção jurídica, estando ressalvada a hipótese de transformações dos direitos na medida em que os interesses se modificassem, o que estabeleceria um paralelo obrigatório entre direitos e interesses, no qual um é causa da existência do outro.

Todavia, conforme nos adverte o referido autor, é necessário observar o recorte histórico no qual as ideias de Ihering prosperaram.

Ihering desenvolveu suas concepções em época de afirmação do indivíduo perante o Estado forte e centralizador – daí este ser um grande mérito de sua posição – concebendo toda sua convicção direcionada ao indivíduo e suas escolhas.

Entretanto, a passagem do Estado Liberal, centrado no individualismo, passando por sua acepção Social até a sua estruturação contemporânea de Estado Democrático de Direito permitiu que as ideias de Ihering fossem passadas para o plano coletivo, com o estabelecimento de definições relacionadas ao interesse no plano metaindividual, daí o surgimento, na doutrina jurídica, dos chamados interesses sociais, públicos, coletivos, gerais, etc.

Ada Pellegrini Grinover afirma que os interesses que transcendem o indivíduo, isto é, perpassam a mera manifestação individual para sua concretização, são denominados interesses metaindividuais, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, com clara relevância social, política e econômica (GRINOVER, 1984).

Na esfera do Direito Administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015) explica que o interesse público *“nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado) nisto se abrigando também o depósito interporal destes mesmos interesses”*.

A própria legislação brasileira admite os termos como sinônimos, com o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, admitido a defesa dos direitos e interesses dos consumidores e das vítimas de abusos na esfera consumerista poderá ser feita em juízo, seja na modalidade individual ou coletiva, tendo o mencionado texto legislativo inclusive referendado a existência de interesses de âmbito coletivo.

Todavia, conforme explica Vicente de Paula Maciel Júnior (2006) ao admitirmos a classificação dos interesses, equiparando-os aos direitos, não será possível evoluir nos conceitos que utilizam as duas expressões como base.

Salienta o professor mineiro que é fundamental ter claro que *“os interesses são manifestações unilaterais de vontade de um sujeito em face de um ou mais bens”* e que o direito objetivo *“é o conjunto de normas abstratamente previstas e vigentes em um determinado país e que formam o seu sistema jurídico”*.

Em assim sendo, enquanto o interesse estaria restrito em uma manifestação subjetiva isolada de um sujeito, de forma quase que meramente psíquica, enquanto o direito, especialmente o direito objetivo, constitui um *“conjunto de normas abstratamente previstas e vigentes em um determinado país e que formam o seu sistema jurídico”*, sendo ainda *“critério de conduta e da análise das situações jurídicas”*.

Nesse sentido, aponta o autor que estabelecer direito e interesse como termos quase sinônimos reporta a um equívoco metodológico concebido por Ihering, proposição que vem sendo repetida ao longo dos anos e incorporada em diversas legislações, inclusive pela doutrina jurídica, tal como demonstrado anteriormente (MACIEL JÚNIOR, 2006).

Partindo da ideia de interesse de Ihering, de que o interesse sobre um bem requer a tutela jurídica estatal, este estaria sempre em um momento anterior à formação do próprio direito, o que demandaria uma validação pela coletividade, seja pelo consenso e respeito à manifestação de vontade, seja pela concretização da mesma a partir de um processo judicial (MACIEL JÚNIOR, 2006).

Assim, o equívoco de Ihering consiste em pressupor que o interesse somente teira importância para o mundo jurídico no momento da concretização de sua previsão pelo ordenamento jurídico, o que faria com que não houvesse qualquer razão para que se diferenciasse os dois termos.

Todavia, a distinção entre os dois termos se dá pelo momento de sua concepção, visto que os interesses estão na base de formação dos direitos enquanto manifestação de vontade de um sujeito perante um objeto, enquanto que o direito, por sua vez, requer um processo de validação de manifestação desse vínculo subjetivo, quer pela via legislativa, quer pela via processual, assumindo características objetivas e se desvincilhando das características puramente restritas à psique de uma determinada pessoa.

Logo, o direito assume forma que não mais se circunscreve em uma perspectiva individual, assumindo feições sociais e coletivas, eis que passa a necessitar de reconhecimento e respeito pela comunidade política que o concebe.

Passa a ser equivocado, portanto, admitir, como fazem a legislação e a doutrina brasileira, a existência de interesses coletivos e difusos, assumindo-se que os interesses são manifestações de ordem exclusivamente individual e particular, sendo manifestações de vontade perante um determinado bem (MACIEL JÚNIOR, 2006).

Ratificando essa posição, afirma Aroldo Plínio Gonçalves 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 contém de forma evidente a pretensão, concluindo que, quando obtém conteúdo jurídico o interesse passa a ser merecedor de garantias. (GONÇALVES, 1994, p. 1227-1228)

Restando configurada a distinção entre direito e interesse, adota Vicente de Paula Maciel novo significado para os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, os quais a presente pesquisa manifesta adesão.

Para o referido autor, estando os interesses restritos às manifestações individuais de vontade perante um bem, equivocado se afirmar a existência de interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos.

No entanto, as circunstâncias de fato que atingem diversos interessados, podem gerar nesses interessados uma mesma vontade em face de um bem (MACIEL JÚNIOR, 2006). Nesses casos, não é possível identificar os diversos interessados, tendo em vista que as repercussões do evento, atingem um número elevado de indivíduos, não sendo possível aferir, com precisão, o número exato de atingidos, sendo possível, porém, determinar e verificar o interesse manifestado pelos indivíduos em virtude de determinado fato.

Marca-se importante ruptura na compreensão do Direito Coletivo na forma como hoje é entendido, eis que o critério usado pela doutrina, ancorado nas ideias de Ihering, atribui ao aspecto subjetivo como classificação de direitos difusos, a partir da indeterminação dos sujeitos, relegando o evento fático a um plano secundário, sendo que na verdade o fato constitui o melhor critério para determinação dos interessados, em perspectiva objetiva.

Assim, se a abrangência do fato for tamanha de modo que não se possa identificar o número de interessados individuais em relação ao mesmo, estará se falando de interessados difusos. Já se o fato atingiu um número de interessados pertencentes a um grupo organizado e associado, teremos os interessados coletivos. Por fim, se o fato atinge um número determinável de indivíduos não organizados ou associados, mas que se manifestam de modo homogêneo os interesses que se harmonizam, estará se falando dos interessados homogêneos (MACIEL JÚNIOR, 2006).

O critério de classificação objetivo para que definam os interessados é de fundamental relevância para a compreensão das ações coletivas como ações temáticas, visto que seu estabelecimento se dá a partir do evento danoso para que a partir daí os interessados se manifestem pela defesa de seus direitos, de modo a possibilitar-lhes o diálogo e a influência no provimento jurisdicional final.

2.5 Princípios do Processo Coletivo e da tutela jurisdicional coletiva

Estando a maioria dos países de *civil law* inseridos no paradigma do Estado Democrático de Direito, não seria admitido pensar que sua principiologia em muito não se assemelhasse aos princípios constitucionais conferidos ao processo individual, o que configuraria flagrante contradição.

Nesse sentido, é seguro afirmar que dentre os princípios do processo coletivo e da tutela jurisdicional coletiva encontram-se a garantia da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da isonomia, da inafastabilidade da jurisdição, do juízo natural, do duplo grau de jurisdição, da fundamentação das decisões judiciais, da publicidade dos atos judiciais, dentre outros, vez que tais princípios são orientadores de todas as modalidades de processo, quer seja de natureza civil, penal, trabalhista ou mesmo na esfera legislativa e administrativa, estando garantidos no art. 5º da Constituição Federal.

Da mesma forma, os princípios gerais do processo individual, desde que compatíveis, também se aplicam ao processo coletivo, expressos de forma literal entre os artigos 1º a 10 do Código de Processo Civil.

Em termos próprios e específicos do processo coletivo e da tutela jurisdicional coletiva, menciona Daniel Amorim Assumpção Neves (2016), o princípio da participação das partes, o que vai de encontro à noção de contraditório ampliado que é desenvolvida na presente pesquisa, uma vez que é da natureza da tutela jurisdicional coletiva a ampliação do recorte da participação dos sujeitos legitimados ao processo, quer em âmbito quantitativo, quer de forma qualitativa.

Em linhas gerais, o princípio da participação se relaciona com a noção de acesso à justiça, desenvolvida em consonância ao movimento de renovação do direito processual feito por Mauro Cappelletti (1988) que o dividiu em três etapas, a que as denominou como “ondas”, sendo a primeira a da ampliação do acesso à justiça, mais especificamente a possibilidade de os menos favorecidos economicamente ingressarem em juízo; a segunda relacionada a defesa dos direitos difusos – de grande relevância para o processo coletivo – e a terceira uma reestruturação na ideia de coisa julgada.

A participação como ampliação do acesso ao Judiciário tem acentuado influxo no processo coletivo, haja vista que permitir o acesso dos indivíduos menos favorecidos economicamente possibilita que questões referentes à desigualdades de cunho econômico e social possam ser discutidas de forma amplificada e democrática, propiciando a concretização de um modelo efetivo de democracia e não meramente representativo.

Destaca-se ainda o princípio da não taxatividade da tutela coletiva, este ancorado no disposto no art. 1º da Lei 7.347/1985 – Lei da Ação Civil Pública, que prevê que todos os direitos difusos e coletivos poderão ser tutelados pela ação coletiva, mesmo que não previstos expressamente em lei, atentando para o caráter abrangente da tutela coletiva na proteção dos direitos difusos e coletivos, que em sua essência não comportam taxação literal em texto legislativo.

Por fim, o princípio da indisponibilidade da demanda coletiva, como aponta Fredie Didier (2007), previsto no §3º do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, dispõe que, diversamente do verificado nas ações de cunho individual, as ações coletivas são indisponíveis dada a sua natureza e repercussão social, o que impõe a participação obrigatória de órgãos legitimados, como por exemplo o Ministério Público.

2.6 Evolução do direito processual coletivo no Brasil e microssistema legal coletivo

Explica Juliana Maria Matos Ferreira (2009) que em se tratando de um país cuja ciência processual é demarcada pela tradição de um ordenamento jurídico voltado à demandas individuais, com procedimentos regulamentados pelo Código de Processo Civil, os avanços na área processual coletiva foram tímidos, vindo a ocorrer de forma mais vigorosa após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a primeira a concretizar o Estado Democrático de Direito no Brasil, e que deu vazão a promulgação de diversos textos legislativos ordinários com enfoque protetivo a determinadas coletivas, tomando-se como exemplo a Lei das Pessoas Portadoras de Deficiência – 7.853/1989-; a Lei de Defesa dos Investidores do Mercado de Valores Mobiliários – 7.913/198.-; o Estatuto da Criança e do Adolescente – 8.069/1990 ; o Código de Defesa do Consumidor – 8.078/1990; a Lei de Improbidade Administrativa – 8.429/1992-; o Estatuto do Idoso – 10.741/2003-; o Estatuto do Torcedor – 10.671/2003 -; a Lei do Mandado de Segurança – 12.016/2009 -; a Lei de Defesa da Ordem Econômica – 12.529/2011 -; Lei Anticorrupção – 12.846/2013 – e a Lei do Mandado de Injunção – 13.300/2016 (NEVES, 2006).

As referidas legislações juntam-se à Lei da Ação Popular – 4.717/1965 e a Lei da Ação Civil Pública – 7.347/1985, promulgadas no período anterior à Constituição de 1988, e formando o microssistema legal da tutela coletiva, não implicando, contudo, que o processo coletivo se delimite em tais textos legais, haja vista a abrangência que possuem

os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, que são determinados a partir das circunstâncias de fato, bem como pelas incompletudes conceituais trazidas pela legislação.

A Lei de Ação Popular, pode-se assim dizer, representou a gênese da tutela judicial dos direitos coletivos (LEONEL, 2002), sendo que o seu surgimento pode ser balizado em duas fases distintas: antes e depois da Constituição de 1934 – Governo de Getúlio Vargas – o primeiro texto constitucional a prevê-la expressamente. Anteriormente, no período imperial brasileiro, durante a vigência das Ordenações do Reino, vigorou para a defesa de bens de uso comum pelo cidadão (NEVES, 2006). Interessante notar que o referido remédio foi suprimido da Carta de 1937 – de viés autoritário, vigente durante a ditadura do Estado Novo – vindo a reaparecer na Constituição de 1946, no inciso XXXVIII do art. 141 (LEONEL, 2002).

Posteriormente, a ação popular foi mantida na Constituição de 1967 e pela Emenda Constitucional 1/69, no art. 153, inciso XXXI, sendo que nessa época, no ano de 1965, foi editada a Lei 4.717/65 que regulamentou o exercício da Ação Popular, com o texto em vigor até os dias atuais (LEONEL, 2002).

A Ação Popular destina-se a proteção do patrimônio público, do patrimônio histórico e cultural, à proteção do meio ambiente e do da moralidade administrativa, possuindo legitimidade para agir o cidadão individual, admitindo-se o litisconsórcio entre mais cidadãos, sendo vedada, porém, a propositura da ação por pessoa jurídica, seja de direito privado ou direito público.

Quanto à restrição da legitimidade para agir e as eventuais dificuldades encontradas pelo indivíduo em face do Estado, chama a atenção Juliana Matos Ferreira (2009) destacando que:

(...) a evasiva justificativa para a “escolha” de representantes para a atuação em juízo fundamenta-se na incapacidade do cidadão de atuar isoladamente frente a questões sociais e políticas que envolvem 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.

Em que pese o avanço legislativo marcado pela ação popular no ordenamento jurídico brasileiro em termos de avanços na defesa dos direitos coletivo *latu sensu*, relegar a defesa do patrimônio público ao indivíduo sem o devido preparo técnico e sem as estruturas condizentes para tanto represente óbice à concretização do devido processo constitucional, o que fatalmente afeta sua capacidade de dialogar e influenciar no

provimento jurisdicional pretendido, o que avilta o contraditório entre o Estado e o cidadão.

Na esteira do marco legislativo advindo da edição da Lei da Ação Popular, outra referência no avanço da proteção jurisdicional dos direitos coletivos foi a edição da Lei 7.347/1985 – Lei da Ação Civil Pública, destinada à instituição da defesa em juízo de interessados difusos e coletivos por legitimados ativos que atuam em nome da coletividade, destacando-se o Ministério Público, associações, sindicatos e demais grupos organizados, no intuito de proteger e defender meio-ambiente, ao consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A Ação Civil Pública, entretanto, traz consigo a ideia de taxatividade do rol dos legitimados a agir, sendo que nessa oportunidade os cidadãos estão excluídos (FERREIRA, 2009), o que novamente faz carecer o conceito de contraditório na sua forma ampliada, impedindo que os reais interessados difusos pudessem se manifestar de forma clara e manifesta na defesa de seus direitos, sem a necessidade da representação de um ente que se pronuncie em seu lugar.

Por fim, no plano infraconstitucional, o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90, promulgada após a Constituição Federal de 1988, marco civilizatório na defesa de direitos e garantias individuais e coletivas, introduziu as noções de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, definidos no art. 81 da Lei, o que possibilitou a defesa mais específica e estruturada dos direitos coletivos *latu sensu*, embora sem ainda permitir a atuação dos interessados no processo de forma plena.

2.7 Processo coletivo no Direito Comparado

Embora advirta René David que, no estudo do Direito Comparado não exista pontos incontrovertidos quanto ao seu conceito, definição, método ou sua função (DAVID, 1953), sua finalidade consiste não somente em estabelecer uma comparação de modo a afirmar a vantagem de um sistema jurídico de determinada nação soberana, no sentido de importar e reproduzir, pura e simplesmente, os institutos de determinado ordenamento jurídico, mas sim como forma de orientação e melhoramento dos sistemas e ordenamentos jurídicos entre si, como já alertado por Ada Pellegrini (2002).

Destarte, embora o Brasil seja tradicionalmente herdeiro dos países de *civil law*, isto é, nações soberanas cuja tradição se fundamenta nos sistemas jurídicos romano-germânicos, de modelos mais rígidos e formalistas, com normas e regras processuais

previstas por escrito, evitando-se uma maior discricionariedade do magistrado, especialmente no caso das tutelas coletivas, há influência dos sistemas da *common law*, em que há maior poder discricionário do juiz, particularmente das denominadas *class actions* do sistema norte-americano.

2.7.1 Ações coletivas nos EUA: o sistema das *class actions*

A *class action* ou ação de classe, em tradução literal para o português, permite que seja levada ao tribunal uma demanda, proposta por um grande número de indivíduos ou organizações que tenham interesses correlatos, em situações em que seja mais eficaz a responsabilização em termos coletivos que individuais, sendo bastante utilizadas para demandas relacionadas a questões antitruste, direito ambiental, discriminação racial e sexual, assemelhando-se bastante à defesa dos direitos individuais homogêneos no ordenamento jurídico brasileiro (LEONEL, 2002).

Destaca Vincenzo Vigoriti (1979) que a *class action* toma como finalidade a unicidade de tratamento e a uniformidade de efeitos no acerto jurisdicional, eis que as situações jurídicas unitariamente consideradas surgem em relação a uma determinada atividade que atinge indistintamente e indeterminadamente uma pluralidade de sujeitos que passam a não ser mais considerados como indivíduos, mas sim como coletividade.

Acrescenta ainda o autor italiano que a *class action* tem como outras finalidades a defesa dos hipossuficientes e a minimização dos custos do processo pela assistência legal, visto que há situações em que o benefício auferido com o ganho processual é menor que o próprio custo da demanda, o que inviabilizaria a propositura da ação por meio individual (VIGORITI, 1979).

A *class action* tem posição destacada no ordenamento jurídico norte-americano (GIORGETTI; VALLEFUOCO, 2008), representando um marco decisivo no desenvolvimento da experiência processual dos Estados Unidos, desempenhando um papel fundamental para regular as relações entre indivíduos e entidades, de natureza pública ou privada, cumprindo funções, mais do que meramente ressarcitórias, mas também de prevenção e dissuasão geral da prática de atos ilícitos.

No tocante à legitimação, a *class action* permite que a demanda coletiva possa ser ajuizada por qualquer indivíduo, bastando que este esteja autorizado, sendo controle da representação apurado pelo magistrado em momento posterior ao da propositura da ação.

Na visão de Ricardo de Barros Leonel (2002), as grandes vantagens do sistema das ações de classe do direito americano residem na amplitude da legitimação, uma vez que não existe rol taxativo para o ajuizamento da ação como se verifica na Ação Civil Pública, por exemplo, bem como pelo fato de haver uma solução definitiva da controvérsia, caso observados regularmente todos os requisitos processuais da demanda coletiva, acrescentando o fato de os benefícios também ocorrerem em virtude da própria possibilidade de postulação em juízo de danos causados a uma coletividade, em situações na qual a defesa por via das ações individuais seria ineficaz.

Entretanto, em análise de Antônio Gidi (2004), quanto a um comparativo entre o modelo americano e brasileiro, entende que o primeiro se fundamenta nos fatos, o que o torna flexível, porém extremamente complexo, face as regras processuais estarem escritas em linguagem ampla, e ante o fato de os tribunais terem bastante poder discricionário no controle do procedimento, das partes e procuradores, o que os torna atores centrais em termos políticos, sociais e econômicos.

Em sentido semelhante, Vincenzo Vigoriti expõe as dificuldades da transposição quase literal das ações de classe no ordenamento jurídico italiano:

La disciplina italiana della class action è prevista nell'art. 140 bis del codice del consumo (Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206), norma introdotta nel 2010. Essa è troppo complicata e pare disposta non a fini promozionali dell'istituto, bensì a scopo deterrente, a protezione di chi più avrebbe da temere dalle iniziative collettive. Di fatto, la maggior parte delle richieste di class action è sempre stata respinta a seguito della verifica sulla ammissibilità dell'azione di classe, ovvero la fase preliminare di "filtro" che precede l'eventuale esame del merito della domanda, finalizzata essenzialmente a prevenire iniziative giudiziali vessatorie nei confronti delle imprese (le unmeritorious claims nel diritto anglosassone).

Como contraponto com relação ao sistema brasileiro, reside no fato de, diversamente do previsto pelas *class actions*, não existe a possibilidade de eleição de um representante pela coletividade para a postulação dos interessados, bem como o controle de representação pelo magistrado, vez que grande parte das legislações que tratam de matéria coletiva já há a previsão dos legitimados para propor a ação, como visto na Lei de Ação Civil Pública e Ação Popular.

A *class action* ainda permite a discussão de questões de natureza econômica, política e social, fazendo dos magistrados e tribunais americanos atores políticos de mudança do *status quo*, conforme comentário de Antônio Gidi (2003) muito em virtude da cultura americana de apoio ao litígio como forma de transformação social, ao passo

que no Brasil tal visão é apoiada pela doutrina instrumentalista, que confere o poder político e discricionário ao juiz em demandas de natureza individual.

Por fim, como consequência da carga política dos julgamentos norteamericanos, chama a atenção Vincenzo Vigoriti ao afirmar que a *class action* muito mais se destina à mediação e conciliação de conflitos sociais do que a de prestação jurisdicional para a composição de lides, conferindo alta carga político-social ao instituto.

2.7.2 Tutela coletiva nos países de civil law

Os países de sistema jurídico *civil law* são herdam tradição jurídica do sistema romano-germânico, apresentando como característica principal a rigidez e o formalismo, com regras e procedimentos escritos e sem margem à criação pelos magistrados, privilegiando a lógica, a estrutura e a previsibilidade.

Segundo Gidi (2003), os sistemas de *civil law* possuem pouco ou nenhum controle atribuído ao magistrado quanto às partes, terceiros e advogados, sendo o Poder Judiciário tolhido da criação de políticas públicas a partir de litígios privados. É por isso, conforme conclui, que o sistema americano tende a defender o demandante, enxergando no litígio a possibilidade de transformação social, enquanto o sistema brasileiro protege o demandado, de modo a manter o *status quo*. É por tal característica que, segundo Vicente Maciel Júnior (2006) é de grande importância que os países seguidores do *civil law* desenvolvam um sistema de ações coletivas para que se possibilite a defesa e discussão no âmbito jurisdicional dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.

Na Itália, país de grande relevância no estudo do Direito Processual no Brasil, há a previsão de ações populares em matéria eleitoral, de beneficência e em questões urbanísticas (LEONEL, 2002).

Cumprir destacar que na Itália há, ao lado de uma jurisdição civil, de contencioso propriamente dito, uma jurisdição administrativa, destinada a tutela de questões relacionadas à Administração Pública (LEONEL, 2002).

Dessa forma, as demandas relacionadas à defesa de direitos de natureza individual são julgadas por órgãos da jurisdição civil, enquanto as demandas relacionadas ao controle e fiscalização da Administração Pública, referentes à gestão da coisa pública, são destinadas ao contencioso administrativo.

A inexistência de previsão legislativa específica no ordenamento jurídico italiano para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, levou a doutrina

e a jurisprudência a concluírem no sentido de se permitir a tutela dos mesmos pela justiça administrativa (LEONEL, 2002).

O sistema italiano permite a impugnação pelo indivíduo, no contencioso administrativo, de atos praticados pela Administração Pública que sejam lesivos a direitos difusos e coletivos, é válido também para associações ou entes exponenciais. Só são admitidos a postular em juízo na medida em que o direito a ser tutelado seja especificado e concreto no equacionamento da lesão verificada (LEONEL, 2002).

A possibilidade de defesa dos direitos coletivos e difusos na justiça administrativa, aventada pela doutrina e pela jurisprudência recebeu reconhecimento legislativo com o art. 18 da Lei 349/86, que instituiu o Ministério do Meio Ambiente, dando legitimação às associações individuais para postular perante a justiça administrativa a anulação de atos administrativos lesivos ao meio ambiente (LEONEL, 2002).

Há ainda na Itália a possibilidade de tutela coletiva relativa ao direito coletivo do trabalho, com o art. 28 da Lei 300 de 1970 conferindo instrumento de proteção de situações subjetivas de grupos de trabalhadores relacionados ao direito coletivo, como por exemplo o direito de greve (LEONEL, 2002).

Por fim, conforme mencionado por Vincenzo Vigoriti, a introdução da *class action* no ordenamento italiano a partir do art. 140 do Código de Consumo, pelo decreto legislativo de 06 de setembro de 2005.

Na França, país onde também há a existência da justiça administrativa, a tutela dos denominados interesses públicos fica a cargo do Ministério Público, que junto às 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 (FERREIRA, 2009).

No direito coletivo francês, destacam-se preponderância para defesa em juízo dos direitos difusos, dos agrupamentos dotados de personalidade jurídica, representados, geralmente, por associações e sindicatos (FERREIRA, 2009).

As ações coletivas que mais se desenvolveram e que repercutem na construção doutrinária e jurisprudencial francesa são as referentes à anulação de atos administrativos e as relativas às infrações penais, sendo que o contencioso de reparações de prejuízos coletivos possui pouca amplitude no ordenamento jurídico (FERREIRA, 2009), o que impede uma maior amplitude da discussão referente à questões de direitos coletivos e difusos, levando a uma dificuldade quanto à reparação de danos os interessados

Em Portugal, os questionamentos existentes em torno do processo coletivo decorrem do conflito entre a garantia Constitucional de um acesso amplo e irrestrito ao judiciário e a existência de leis ordinárias que restringem a determinados entes a legitimação para a defesa dos direitos coletivos (FERREIRA, 2009).

O direito fundamental de acesso à jurisdição se encontra consagrado no plano dos direitos e interesses tradicionais no artigo 20 da Constituição da República Portuguesa, juntamente com o princípio do contraditório e de igualdade de armas bem como a uma decisão razoável.

2.8 O processo coletivo face aos problemas de dimensão ampliada: desafios concutuais e a recuperação do conceito de contraditório

A evolução das ferramentas de comunicação advindas pelo desenvolvimento da internet no final do século XX rompeu com as noções tradicionais de tempo e espaço, conferindo uma transformação de forma intensa nas sociedades contemporâneas, dado que a interconexão entre os povos, em termos políticos, econômicos, sociais e culturais se dá de maneira muito mais intensa, não encontrando barreiras naturais de fronteiras ou de tempo, tornando o contato e a interação virtual algo quase perene.

Abre-se um novo campo no direito processual, especialmente no direito processual coletivo, face a complexidade social, na qual os problemas relativos à direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos alcançam novo *status*, obtendo dimensão ampliada, de forma a atingir toda a comunidade política, paradoxalmente, de forma direta e reflexa.

Nessa nova configuração, o sistema oferecido pela tutela jurisdicional coletiva tem se mostrado incompleto e ineficiente, não atingindo a sua finalidade constitucional de promover a emancipação dos povos e a promoção da dignidade humana.

Os sistemas de processo coletivo, no Brasil e no mundo, reproduzem a lógica observada para a defesa dos direitos de natureza individual, de modo a impedir que os interessados diretos possam se manifestar expressamente nos autos dos procedimentos de natureza coletiva.

Toma-se como exemplo as leis de Ação Civil Pública e Ação Popular, que ao preverem a defesa dos direitos coletivos e difusos, limitam a legitimidade da propositura da ação, o que impede que os reais atingidos pelos efeitos da decisão judicial possam dialogar e influenciar diretamente no provimento final.

O sistema processual coletivo brasileiro ainda está impregnado da ideia instrumentalista de processo, tomando o procedimento como óbice à efetividade da prestação jurisdicional, conferindo ao decisor o papel de agente político, o que atenta à técnica do procedimento coletivo, somada à concepção equivocada da ideia de interesse estabelecida por Ihering, transplantada à defesa dos direitos coletivos *latu sensu*, estabelecendo uma quase sinonímia entre os termos direitos e interesse.

É o que se vê nas palavras de Kazuo Watanabe:

Os termos ‘interesses’ e ‘direitos’ vêm sendo utilizados, atualmente, como sinônimos, certo é que a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo status de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles. (WATANABE, 2019, p. 311-312)

O equívoco metodológico na interpretação da distinção entre os termos “direito” e “interesse” obsta a participação dos interessados na possibilidade de participar diretamente da formação do provimento jurisdicional, o que compromete o procedimento à luz dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo.

Alerta Vicente de Paula Maciel Júnior (2006) que a limitação da participação direta do povo nas decisões do Estado, especialmente no tocante à legitimação para agir, advém de um receio lógico, mas perverso, no sentido de impedir que a ação coletiva adotada em um modelo participativo amplo pudesse, no fundo, transformar-se em um veículo de controle difuso do ato administrativo e da lei em tese, a ser exercido por qualquer indivíduo.

Para poder se pensar em um modelo efetivamente participativo e democrático, que permita a efetiva manifestação dos interessados e destinatários finais do provimento jurisdicional das tutelas coletivas, é crucial resgatar as noções de contraditório elaborada pela Teoria Estruturalista de Processo, concebida por Elio Fazzalari na Itália e introduzida no Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves, em contraposição a ideia de processo como relação jurídica e do magistrado como agente político e executor de políticas públicas, visou a garantia do contraditório, da influência e do diálogo das partes nas ações de natureza individual, mas seu resgate conceitual é de grande relevância para o processo coletivo.

3 O CONTRADITÓRIO COMO AMPLIAÇÃO DO RECORTE DE DIÁLOGO E INFLUÊNCIA NAS AÇÕES COLETIVAS

O desenvolvimento do Direito Processual como ciência autônoma se deu com a publicação da obra de Büllow, “Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais”, em 1868, pela qual se chega a uma clara distinção entre o procedimento e o direito material discutido pelas partes no processo, encontrando-se critérios lógicos e teleológicos para estabelecer tal diferenciação (GONÇALVES, 2001), rompendo com a ideia de absorção do processo pelo próprio procedimento, de modo a compreendê-lo como mera sucessão de atos componentes do rito para aplicação judicial do direito material.

As ideias de Büllow reverberam na Europa, especialmente entre os autores alemães e italianos, de grande influência na evolução dos estudos de Direito Processual no Brasil, conforme mencionado no capítulo inaugural desta obra.

Todavia, afirma Aroldo Plínio Gonçalves que, após muito tempo de predomínio da concepção das diferenças de procedimento e processo trazidas pela teoria büllowiana, “começou a despontar, dentro da doutrina, uma outra proposta pela qual era possível se considerar as relações entre procedimento e processo”. Considerou, ainda, que:

(...) em movimentos concernentes a desenvolvimento de ideias, falar-se em pioneirismos é algo bastante arriscado, mesmo porque, como ocorre em geral, as ideias que conduzem a mudanças são latentes nos sistemas precedentes, e, ademais, não se fez um levantamento histórico com esse objetivo. Mas dentre os autores mais divulgados, pode-se encontrar em Redenti um esforço bem conduzido em direção a essa nova visualização do procedimento e do processo, e em Fazzalari, o sistema aperfeiçoado dessa nova postura. (GONÇALVES, 2012, p. 63-64)

A teoria de Büllow, com grande aceitação doutrinária na Europa e na América Latina, levou ao desenvolvimento da denominada Teoria Instrumentalista de Processo, baseada na ideia de existência de vínculos subjetivos de obrigações e direitos entre os sujeitos processuais – autor, juiz e réu – semelhante às relações obrigacionais de direito privado, o que torna a jurisdição “*como um poder-dever, substitutivo das partes, de aplicação do direito objetivo ao caso concreto (seguindo os ensinamentos de Chiovenda) ou então como a atividade de justa composição da lide (seguindo Carnelutti)*” (NUNES; BAHIA; CAMARA; SOARES, 2011, p. 126), em anacronismo conceitual que colide frontalmente com as noções contemporâneas de Processo, observado nas suas relações

intrínsecas com a Constituição, especialmente no tocante às garantias da ampla defesa e do contraditório.

O princípio do contraditório em particular tem grande valia para o Processo Coletivo, notadamente no que diz respeito à efetiva participação dos interessados nas ações coletivas, como forma de ampliação da possibilidade de dialogarem e influenciarem no provimento jurisdicional pelo qual suportarão os efeitos, tendo em perspectiva as limitações que o ordenamento jurídico brasileiro impõe, seja quanto à legitimação para agir, seja quanto à efetiva viabilidade participativa das partes em contraditório.

É preciosa a lição de Aroldo Plínio Gonçalves no sentido de se entender o Direito como elemento transformador da sociedade, atentando para a evolução da sociedade, que já *“não tem a pureza das primitivas, e já não aceita profetas com suas tábuas de leis”* (GONÇALVES, 2001, p. 5), querendo a mesma sociedade ser partícipe direta do seu destino e agente de sua própria história, em um contexto de pressões e contradições típicas de um mundo complexo.

Nada mais se assemelha à contemporaneidade, dado o franco desenvolvimento tecnológico e informacional, que cria uma sociedade complexa e antenada, exigindo participação direta nas suas decisões, em exercício plenamente democrático da sua cidadania.

É nesse sentido que completa o ilustre mestre mineiro, afirmando que o direito material, enquanto cânone de conduta e organização social, *“será fator de transformação, se assim for construído pelos seus destinatários, que são também seus criadores”*, com o processo, instrumento disciplinado pela lei para manifestação do Poder Judiciário para composição dos conflitos, caso necessário, assumindo o papel de limitador do poder, eis que garante que o próprio Estado diga o Direito, mas a ele também se submeta (GONÇALVES, 2012).

A real promoção da sociedade como construtora de seu próprio destino, entretanto, requer a superação dos conceitos limitantes à sua participação, principalmente os que insistem em dizer que o exercício da jurisdição se em acordo com a discricionariedade do juiz, em dissonância à consagração dos princípios do Processo por ampliação das conquistas teóricas dos direitos fundamentais da personalidade, da ampla defesa, do contraditório, da isonomia, do devido processo legal, de forma expressa na Constituição da República.

Sobrepujar a compreensão de Processo como relação jurídica é crucial para se assimilar e propiciar a ampliação do contraditório nas ações coletivas.

3.1 O processo como relação jurídica: incompletudes conceituais

Retomando a máxima de Búlgaro – *Iudicium est actus trium personarum, actoris, rei, iudicis* – Chiovenda fixou o conceito de processo como relação jurídica, havendo um vínculo subjetivo entre os sujeitos processuais – partes e juiz – nos quais, semelhantes ao vínculo obrigacional do Direito Civil, gozam de direitos, deveres, faculdades e obrigações entre si (GONÇALVES, 2012), tendo predominância doutrinária nos estudos de Büllow, Salvatore Satta, Carnelutti, Calamandrei, Liebman, com influências diretas na doutrina processual brasileira.

Conforme ilustra Aroldo Plínio Gonçalves, a questão da relação jurídica se contruiu a partir da ideia de um enlace normativo entre duas pessoas, das quais uma pode exigir da outra o cumprimento de um dever jurídico, o que permite a afirmação do *jus et obligatio sunt correlata* (GONÇALVES, 2012).

Acrescenta, com base em João Batista Vilela, de que o “*princípio cardeal que tudo que informava era o da obrigação concebida como vínculo jurídico exercitável pelo constrangimento*”, de que não se vislumbra outra forma de organização das relações sociais e humanas senão pela forma de opressão, pelos elos de uma tirânica dominação o que impediria até mesmo o Direito de Família com seu “*conteúdo ético e afetivo*” de escapar (GONÇALVES, 2012).

Sob esse aspecto obrigacional, vinculante e autoritário foi elaborado o conceito de relação jurídica, o que foi posteriormente aproveitado por Windscheid na construção das bases científicas do Direito subjetivo, a partir de das quais o vínculo de exigibilidade que liga o sujeito ativo ao sujeito passivo, pelo poder da vontade, se ancorou para assim dominar todo o campo do Direito, em especial o Direito Processual.

Dadas as suas vicissitudes conceituais, a Teoria da Relação Jurídica logo se tornou insuficiente para responder questões jurídicas que não fossem passíveis de serem solucionadas a partir do estabelecimento de vínculos subjetivos entre os sujeitos, tendo em vista que o direito de propriedade até recebeu novas formulações, todavia, a nacionalidade, o pátrio poder, o direito à honra e demais direitos personalíssimos ficaram sem respostas adequadas a partir da teoria do vínculo entre os sujeitos processuais (GONÇALVES, 2012).

As reações da doutrina, portanto, se concentraram, desta feita, na superação do conceito de relação jurídica, a partir de sua rejeição.

Kelsen analisa o conceito de relação jurídica e os possíveis empregos desta expressão, demonstrando que por relação jurídica o que existe não é uma conexão de vontades, um vínculo entre sujeitos, mas, com esteio na sua Teoria Pura, uma conexão de normas que determinam a conduta dos indivíduos., afirmando que se dever e direito se correspondem significa dizer que o direito é um reflexo do dever, existindo uma relação entre indivíduos dos quais um é obrigado a uma determinada conduta em face do outro.

O que há, portanto, não é a existência de uma relação jurídica somente entre indivíduos, mas entre o indivíduo que tem competência para criar normas gerais e os que tem competência para aplicá-las, entre indivíduos que tem competência para O que há, portanto, não é a existência de uma relação jurídica somente entre indivíduos, mas entre o indivíduo que tem competência para criar normas gerais e os que tem competência para aplicá-las, entre indivíduos que tem competência para imposição de atos coativos (GONÇALVES, 2012).

Nesse sentido, destaca que a relação jurídica entre o indivíduo dotado do poder jurídico e o indivíduo obrigado não é outra coisa senão a conexão ou relação entre a conduta que consiste no exercício deste poder jurídico, a ação, e a conduta contra a qual a sanção é dirigida, o delito, se dá por determinação da ordem jurídica como pressuposto para a sanção.

Assim, Kelsen afirma que a distinção que via na relação entre o Estado, representado pelo tribunal, e o réu, numa relação de supraordenação e subordinação, é a mesma que se dá entre o autor e o réu, pois o poder de instaurar a ação consiste na sua competência para a produção da norma individual que ordena a sanção a dirigir contra o indivíduo que se conduz contrariamente ao dever (GONÇALVES, 2012).

O grande problema, entretanto, de se considerar o processo como uma relação jurídica está na própria relação jurídica. Admitindo-se o processo como uma relação jurídica teria como consequência admitir que ele é um vínculo constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, uma conduta determinada, o que desencadearia uma série de direitos e obrigações entre os sujeitos processuais, fosse das partes – autor e réu – entre si, ou mesmo destas com relação ao juiz e do juiz em relação às partes (GONÇALVES, 2012).

Na mesma seara, é fundamental ressaltar que se o processo não pode ser confundido com o direito material que nele se discute, o que já havia sido superado por Büllow, a própria situação de direito material deve transpor a noção de relação jurídica, visto que na hodierna configuração do processo em suas facetas constitucionais e

democráticas, não é possível se admitir que qualquer sujeito possa ter o poder de exigir uma conduta de outro sujeito, fazendo-se substituir pelo Estado, em sua função jurisdicional, a possibilidade de pedir que o Estado o substitua na imposição de um ato de caráter imperativo (GONÇALVES, 2012).

Estando superada a ideia da existência da própria relação jurídica em si, aderir a sua prevalência no processo nos parece ainda mais equivocado, pois antes mesmo de se pensar na possibilidade de um sujeito exigir uma conduta de outro, baseado num vínculo subjetivo, é fundamental atentar para o fato de que no processo não existe vínculo entre as partes e dessas com o juiz.

Conforme sublinha Aroldo Plínio Gonçalves (2012, p. 84), “*no exercício de suas faculdades ou poderes, nos atos processuais, a parte sequer se dirige à outra, mas sim ao juiz, que conduz o processo*”, o que impede se pensar que exista qualquer vínculo subjetivo que interliga os sujeitos processuais e que daí se possibilite a exigência de condutas ou a existência de direitos e deveres recíprocos.

E mesmo no tocante aos atos do juiz em relação às partes, deve-se atentar que os mesmos não derivam de uma obrigação sua em relação ao autor e ao réu, mas sim é fruto de uma imposição normativa que disciplina a sua função jurisdicional (GONÇALVES, 2012).

A superação do conceito de processo como relação jurídica se liga à noção estrutural que o mesmo desempenha em relação ao exercício da jurisdição, eis que se comporta como estrutura normativa em que esta se manifesta, no qual o exercício do poder é a realização do poder de cumprir o dever pelo qual o Estado se obrigou, assumindo a função de ser substituir aos particulares na garantia do direito, fazendo-se reagir contra o ilícito e efetivar a vigência do ordenamento jurídico, sendo este o seu próprio limite (GONÇALVES, 2012).

Em suma, restando evidenciado o caráter autoritário, arbitrário e subjugador que perpassa a relação jurídica, torna-se inescusável adentrar-se nos estudos da teoria de Elio Fazzalari, que efetivamente contribuiu para uma nova roupagem do processo a partir de sua especificidade, visto em perspectiva a um gênero maior do qual ele se encontra: o procedimento.

3.2 O processo como espécie de procedimento

O verbete “processo” é rico em acepções e significados, não ficando restrito somente à ciência jurídica, sendo amplamente usado na comunidade científica e na linguagem filosófica (GONÇALVES, 2012).

É comumente entendido, no sentido popular, como etapa, desenvolvimento, método, desenvolvimento e transformação, o que serviu para o autor tcheco Franz Kafka intitular a sua obra magna como “O Processo”, na qual relata a história do personagem principal, Josef K., envolto em um drama pessoal ao ser imputado de um crime do qual não sabe e jura não ter cometido.

E as inúmeras acepções do termo processo se avolumam à medida que a tecnologia se desenvolve e as áreas do conhecimento se expandem, eis que no campo da informática se fala em processamento de dados, como técnica de transformação de dados em informações, também se dizendo respeito dos processos matemáticos e estatísticos, responsáveis pelo franco avanço tecnológico.

Há ainda uma confluência semântica do termo processo com o vocábulo “procedimento”, com Nicola Abbagnano, em seu Dicionário de Filosofia, registrando o significado de tais verbetes como sinônimo, considerados uma “*maneira de operar e agir*” sendo que para processo o referido autor concebe como um dos significados o próprio procedimento (ABBAGNANO, 1998).

A doutrina do Direito Processual, em geral, repete a sinonímia, concebendo o termo procedimento no sentido de prosseguir, seguir em frente, com a palavra processo assumindo o mesmo significado.

Todavia, a partir de Büllow, há uma clara diferenciação entre processo e procedimento, dado que sua teoria rejeitou a ideia de absorção do processo no procedimento, considerando-o como mera sucessão de atos que compunham o rito da aplicação judicial do direito material (GONÇALVES, 2012).

Posteriormente, alguns autores começaram a estabelecer novas possibilidades de relações entre o processo e o procedimento, mais notadamente Redenti, com aperfeiçoamento que seria feito por Elio Fazzalari (GONÇALVES, 2012).

A maior parte da doutrina processual brasileira, seguidora da teoria do processo como relação jurídica, entretanto, separa o processo do procedimento baseada em um critério teleológico, no qual ao processo são atribuídas determinadas finalidades, seja pela possibilidade de exercício de poder, pela compreensão do processo como instrumento da

jurisdição ou ainda outorgando ao processo o papel de promotor de políticas públicas, principalmente no tocante ao desenvolvimento econômico do país.

O procedimento, por sua vez, aparece como técnica externa ao processo, responsável por disciplinar e organizar a atividade jurisdicional ou ainda, nos dizeres de Cintra, Dinamarco e Grinover, ser “meio extrínseco” de desenvolvimento do processo, no qual a lei estampa os atos e fatos do processo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1991).

A atribuição finalística do processo, porém, confere ao próprio procedimento a assunção de um caráter teleológico, visto que ele, como técnica, já possui uma finalidade natural, que é a de servir de meio idôneo a um determinado fim (GONÇALVES, 2012).

Desta feita, a reação doutrinária empregada por Büllow de separar o processo do procedimento, foi tão forte que provocou na verdade uma posição radical, eis que se agora ao processo é agraciado a função teleológica, e ao procedimento é dada a função de meramente organizar e disciplinar o processo em uma estrutura legal, o que há na prática é uma anulação do procedimento pelo processo, que o absorver e anulou sua importância (GONÇALVES, 2012).

Para galgar esse novo problema doutrinário, a nova abordagem conceitual das relações entre processo e procedimento, tal como estabelecida por Elio Fazzalari, requer uma aproximação semântica entre os dois termos, agora vistos sob uma ótica inclusiva, na qual o processo passa a ser uma espécie do gênero procedimento, somente podendo dele ser separado por uma distinção específica, assim explicado:

A diferença específica entre o procedimento geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é o processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. O processo é um procedimento, mas não é qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos. (GONÇALVES, 2012, p. 56-57)

A aproximação semântica de processo e procedimento propicia o estabelecimento de novos conceitos aos dois termos, que serão nesse momento interligados por uma lógica estrutural, em que não há de se falar de absorção de sobre o outro, como no século XIX ou como quer a teoria büllowiana.

Nesse sentido, o processo para Fazzalari é:

(...) a única estrutura na qual, e em virtude da qual, os vários aspectos daquela atividade fundamental podem ser ordenados de modo coerente; com uma diferença, mas a meu ver, diferença que representa um progresso em relação aos precedentes sistemas fundados sobre a “ação” e sobre a “relação jurídico processual”. Esses conceitos de matriz pandetística, elaborados e utilizados com fins reconstrutivos sob a sugestão das categorias civilísticas e da considerada dependência do processo do direito subjetivo, deveriam ter sido abandonados, já há muito, porque superados e impróprios. De um lado, a “ação” não pode abarcar as características do processo [...] e isso vale não somente para a velha, mas persistente visão segundo a qual ação consistiria e se exauriria na faculdade de colocar em movimento o processo, isto é, segundo o ponto de vista de quem o promove e limitadamente do ponto de vista de sua iniciativa (proposição da demanda); mas também para a visão que atualmente configura a ação como série de faculdades, poderes e deveres, tantos quantos a lei assinala a cada parte guiando a sua conduta ao longo de todo o processo, já que a série de condutas é um posterius e não um prius da categoria do processo, não podendo exauri-lo. (FAZZALARI, 2006, p. 139-140)

O elemento diferenciador entre os termos, portanto, deixa de ser um critério finalístico e subjetivo e passa a ter contornos mais expressivos. O contraditório assume o papel de estrutura do processo se apresenta como ponto de diferenciação em relação a todas as outras espécies de procedimento, pois é o único a possibilitar que aqueles que sejam atingidos pela decisão final possam nele participar, com oportunidades ampliadas de diálogo e influência.

3.3 O processo como procedimento em contraditório: ampliação do recorte participativo dos interessados na construção do provimento

O contraditório assume a condição de ser o elemento distintivo do processo em relação às outras espécies de procedimento, possibilitando a participação dos interessados no ato final na preparação da decisão, em uma estrutura lógica contemplada por normas orientadoras, constituindo-se numa atividade preparatória do provimento.

Elio Fazzalari chama a atenção para o fato de a sociedade contemporânea, em sua complexidade e pela necessidade de fazer escolhas que envolvem questões de dimensão ampliada, adotar o modelo de processo em contraditório, em diversas frentes, em especial na atuação das funções estatais, daí o contraditório estar presente não apenas em âmbito judiciário, mas também nas esferas legislativa e administrativa:

Insomma, la nostra era assiste alla diffusione del processo in tutti i settori dell'ordinamento, specie, così dire, in quelli più caldi; e il futuro ne farà sentire maggiormente il bisogno. Rimane, perciò, compito della dottrina approfondire e perfezionare i moduli processuali (ciò di partecipazione degli interessati, in contraddittorio, all'iter de formazione di un atto), enunciare

principi, offeriri a chi fa le leggi ed a chi deve applicarle. (FAZZALARI, 1983, p. 14-15)

A determinação de processo como espécie de procedimento provoca, por exercício lógico, uma alteração no próprio conceito de procedimento, que deixa de ter a função de meramente disciplinar o processo (o que quase provocou o seu desaparecimento) para constituir-se em uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, regulada por uma estrutura normativa sequenciada, que se desenvolve em uma dinâmica bastante específica na preparação do provimento final, que poderá se dar tanto nos processos judiciais, como na seara executiva e legiferante, daí se o procedimento em contraditório estar revestido de proteção constitucional e compor, juntamente à ampla defesa, os pilares do devido processo constitucional. O provimento estatal é ato de dotado de natureza imperativa, ato próprio de poder, daí que para que seja validado perante a comunidade política, deve ser precedido pelo procedimento, orientado pela norma jurídica (GONÇALVES, 2012).

Todavia, o procedimento não diz respeito ao cumprimento de apenas um ato, requerendo uma série de atos e normas que os disciplinam, havendo uma clara conexão entre ambos. Disso decorre a afirmação de Fazzalari no sentido de que o procedimento não constitui um conceito particular de uma disciplina, mas sim diz respeito a todo o Direito em geral, devendo ser colhido e extraído de um complexo de normas que incidem sobre atos e posições subjetivas que preparam o provimento, que além de ser um ato imperativo do Estado, constitui-se também da conclusão de um procedimento, pois não seria possível sua eficácia e validade normativa caso não houvesse uma atividade preparatória que o precedesse e o estabelecesse (GONÇALVES, 2012).

Entretanto, nem todo provimento, ainda que precedido de uma atividade sequenciada e estruturada que o prepara pode ser considerado processo, porque o elemento que o distingue das demais atividades estatais é o contraditório, o que nem sempre pode estar presente nas demais funções do Estado.

Na função administrativa, vários provimentos podem ser tomados sem que haja contraditório, bastando para a sua validade, eficácia e observância dos princípios democráticos e republicanos que se obedecem aos critérios de oportunidade e conveniência para a Administração Pública. Toma-se como exemplo a inscrição em concurso público, a nomeação de uma pessoa para exercício de um cargo público, a autorização para exercício de determinada atividade. O mesmo se dá na função jurisdicional, no que diz respeito aos procedimentos de jurisdição voluntária.

O que definirá se um provimento deverá ser precedido de um processo é a presença do contraditório entre os interessados de tal ato, uma vez que esses são os destinatários do provimento e dele sofrerão os seus efeitos (GONÇALVES, 2012).

Somente no processo, seja administrativo, judicial ou legislativo, será possível que os destinatários do provimento possam participar diretamente, dialogar e influenciar diretamente na decisão final.

A ideia de contraditório, porém, não é necessariamente recente, visto que já anteriormente explorada por Rudolpf von Ihering, para quem a relação entre as partes no processo deveria se caracterizar por uma igualdade jurídica, o que foi informalmente transmitido como “paridade de armas” e por Pierre Pescatore, no sentido de que o contraditório serviria para melhor esclarecer o juiz, sendo ainda a possibilidade de os destinatários do provimento jurisdicional, no caso as partes, serem ouvidas no processo.

A evolução semântica da ideia de contraditório como ponto de especificação do processo em relação ao procedimento requer uma renovação de seu conceito, em consonância às novas acepções do Direito Processual na garantia de princípios constitucionais e promoção da dignidade humana.

O contraditório não é apenas a participação dos sujeitos do processo, que são o juiz e seus auxiliares, as partes e o Ministério Público, quando exigido por lei. A participação destes no processo se dá de forma automática, não sendo possível imaginar a própria existência do processo sem que a participação dos sujeitos mencionados. Conceber o contraditório como mera possibilidade de participação a quem por natureza e imposição legal deve participar é puro exercício retórico.

O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daquele a quem se destinam os efeitos do provimento jurisdicional – sentenças, decisões interlocutórias e acórdãos – os sujeitos processuais que efetivamente suportarão os efeitos da decisão judicial, eis que ela provocará consequências diretas em sua vida privada (GONÇALVES, 2012).

É nesse sentido que o contraditório serve como elemento crucial na efetivação da participação das partes na formação do provimento, em uma proposta que leva a sério o policentrismo processual e suas repercussões para o sistema jurídico (NUNES; BAHIA; PEDRON; THEODORO JR, 2016.), forjando uma teoria normativa de deveres contrafáticos a induzirem um comportamento cooperativo dos sujeitos processuais, mediante deveres de consulta, esclarecimento, auxílio, correção, coerência, integridade,

consideração em busca de um diálogo genuíno no âmbito processual e de respeito à participação dos sujeitos processuais num ambiente de boa-fé normativamente controlada.

Entretanto, esclarece Dierle Nunes que o princípio da cooperação processual não pode ser entendido como um dever ético da parte agir contra seus interesses, mas sim a partir de uma noção de “*comunidade de trabalho*” e na leitura da cooperação a partir do contraditório como garantia de influência e não surpresa.

A cooperação processual cumpre a função de criar um ambiente procedimental para que as partes possam, ao agir na defesa dos seus interesses, contribuir para a construção do pronunciamento em conjunto com o magistrado.

Afirma ainda Dierle Nunes que a decisão cooparticipada deve ser encarada como “correta” e não como “justa”, sob pena de se implicar uma sobrecarga moral para as partes e para o magistrado. Considerando a criação do ambiente procedimental que garante a cada sujeito processual a possibilidade de contribuir, ao agir na defesa de seus interesses, pôde “*trazer elementos para o processo e tais elementos estão presentes no pronunciamento*”, afastando-se o caráter subjetivo e autoritário do julgamento.

O contraditório, portanto, destina-se às partes, pois elas é que tem interesses em jogo, elas é que suportarão os efeitos e consequências diretas da decisão judicial em suas vidas. Assim, não se admite considerar que o contraditório tem apenas a função de fazer as partes serem ouvidas nos autos, mas de “*ver seus argumentos considerados*” pela decisão jurídica o que “*permite que o cidadão assuma a função de autor-destinatário dos provimentos cujos efeitos sofrerá*” (NUNES, 2012).

O juiz profere provimentos durante o curso do procedimento, em observância ao que a lei lhe reserva, sendo lhe defesa a posição de contraditor, porque ele não participa em contraditório entre as partes, permanecendo na posição de terceiro em relação aos interesses das partes, falando nos autos pelo Estado, não sofrendo as consequências de sua própria decisão, sendo deferida às partes a possibilidade de controle dos atos do juiz, o que impõe aos provimentos feitos no curso do processo serem revestidos de publicidade e fundamentação, na forma prevista pela Constituição da República e pelo Código de Processo Civil (GONÇALVES, 2012).

No entanto, por mais que seja um terceiro em relação aos interesses das partes e que não sofra os efeitos do provimento jurisdicional, o juiz não é um estranho no desenvolvimento do procedimento, dele não podendo estar ausente, sendo responsável por assegurar que os atos processuais observem as garantias constitucionais de ampla defesa e contraditório. Dessa forma, fazendo valer o contraditório nos provimentos feitos

no curso do processo, o juiz garante que ele mesmo se submete às normas as quais deve obediência, de caráter obrigatório e vinculante (GONÇALVES, 2012).

O contraditório se articula sob dois aspectos essenciais: *informação e reação*, sendo a primeira obrigatória e a segunda se dando de forma eventual, sendo obrigatória, porém, a garantia de que a parte possa se manifestar em relação aos atos processuais que sejam passíveis de tanto (GONÇALVES, 2012).

O contraditório, portanto, incumbe-se não somente da característica de garantia, mas também de dever daqueles que devem fazê-lo perseverar, ao que Dierle Nunes afirma:

(...) o comando constitucional que prevê o contraditório e garante um Estado Democrático de Direito já impõe a interpretação do contraditório como garantia de influência a permitir uma comparticipação dos sujeitos processuais na formação das decisões). (NUNES, 2007, p. 151-174)

Contudo, não são insignificantes as expressões que enxergam o contraditório óbice ao célere desenvolvimento do processo, retomando ideias que atribuem ao mesmo um forte caráter teleológico, especialmente no que diz respeito ao ambiente econômico do país.

O desenvolvimento célere do processo não é obstaculizado pelo respeito ao procedimento, com a observância irrestrita dos princípios da ampla defesa e do contraditório, sendo exatamente a sua irrestrita garantia responsável pela preservação da democracia e do regime republicano e conseqüente progresso nos campos econômico e social.

No mesmo sentido, destaca Lucas Theodoro (2018), que no caso *Palamara Iribarne x Chile*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) relegou o princípio do contraditório à condição de consectário das demais garantias processuais, provocando um esvaziamento deste princípio.

A teoria estruturalista de Elio Fazzalari, divulgada e amplificada no Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves, baseada na concepção de processo como procedimento em contraditório ancorado em uma estrutura normativa que disciplina os atos processuais, na preparação do provimento, garantida a participação das partes sob o prisma da influência e diálogo na decisão final, se notabilizou pela reação doutrinária à concepção de processo como relação jurídica, afastando a absorção do procedimento no processo e revisando as ideias de subjetividade restrita do julgador e da atribuição de escopos metajurídicos do

processo, atribuindo-lhe como reais finalidades a repressão do ilícito e de instrumentalidade para aplicação do direito material.

No entanto, esta teoria, de grande valia à doutrina do Direito Processual, se destinou aos processos de natureza individual, mas suas bases teóricas têm aplicabilidade para os processos de natureza coletiva, especialmente no tocante às ações coletivas temáticas, em que se ampliam as possibilidades de participação dos destinatários das decisões finais.

Fazzalari chama atenção para que o processo seja uma construção de plurisubjetividade em uma estrutura dialética permeada pelo contraditório:

(...) na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados. (FAZZALARI, 2006, p. 119-120)

No âmbito do Direito Processual Coletivo o alargamento do recorte de possibilidade de participação, influência e diálogo dos destinatários da decisão judicial final vai ao encontro da ideia de se pensar uma ação coletiva ampla, democrática e legítima, despida dos entraves que impedem uma concretização da defesa dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, em total harmonia às aspirações do Estado Democrático de Direito.

4 AÇÃO COLETIVA COMO AÇÃO TEMÁTICA: MÉRITO PARTICIPATIVO E AMPLIAÇÃO DO DIÁLOGO E INFLUÊNCIA DOS DESTINATÁRIOS DA DECISÃO JUDICIAL

O Direito Processual Coletivo no Brasil, na forma como hoje se encontra, consagra modelos que limitam a participação efetiva dos destinatários das decisões judiciais na construção do provimento estatal, aqui entendido como um ato estatal que requer uma devida preparação lógico-sequenciada orientada por um procedimento previamente estabelecido e disciplinado por uma estrutura normativa.

O Processo Coletivo no Brasil consagra o equívoco metodológico de Rudolf von Ihering, que definiu o direito como um interesse juridicamente tutelado, sem atentar para as complexidades que distinguem o interesse do direito, mais notadamente o fato de o interesse estar ligado a uma dimensão psíquica, subjetiva e veementemente individual, eis que é de fato uma relação que se dá entre um sujeito e um bem, ao passo que o direito pede uma legitimação externa, seja pelo respeito à lei ou após um processo judicial, o que retira a sua dimensão puramente privada para uma esfera pública, vez que necessita de um respaldo da comunidade política que o sustenta para viger.

Entretanto, a maior parte da doutrina processual, ao tratar das questões coletivas, insiste em repetir este equívoco semântico entre direito e interesse, consentindo por uma sinonímia entre os termos, assentindo a existência de interesses que perpassariam a esfera individual, passando a se falar em interesses coletivos, interesses difusos e interesses individuais homogêneos.

Este engano conceitual, tendo em vista não ser possível conceber interesses que transcorram da seara psíquica e individual em uma perspectiva externa e pública, não trata-se apenas de uma questão meramente acadêmica e semântica, pois sua pertinência desvela incompletudes e vicissitudes para o direito processual coletivo que se apresentam na vida prática e que impedem uma ampliada participação dos destinatários das decisões judiciais das ações de natureza coletiva, considerando-se que são estes os que sofrerão as consequências efetivas do provimento em suas vidas.

A presença reprimida destes interessados cria uma distorção metodológica, ante o fato de estes destinatários não poderem exercer de forma concreta atos que induzam a influenciar e dialogar questões diretas relacionadas às ações coletivas na qual figuram como parte, o que atenta aos ditames contemporâneos do Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito, nos dizeres de Canotilho, se forma por uma junção do Estado de Direito e do Estado Democrático, em que o primeiro se submete às leis promulgadas, sobretudo a lei constitucional e o segundo garante os princípios da democracia, com eleição dos representantes às funções estatais pelo povo (CANOTILHO, 2002), daí a definição de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, na qual o Estado Constitucional Democrático de Direito resulta “*da articulação dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, cujo entrelaçamento técnico e harmônico se dá pelas normas constitucionais*” (BRÊTAS, 2015, p. 68)

Somada à essa definição, tem-se que o Estado Democrático de Direito se estabelece pela contínua fundamentação de suas decisões daqueles eleitos pelo povo, o substrato humano do Estado e formador da comunidade política (MIRANDA, 2000), ou por ele legitimados, no caso do Poder Judiciário e do Ministério Público, aliada a uma ampla participação popular nos desígnios das atividades estatais, em total respeito às garantias e liberdades democráticas em âmbito individual e coletivo.

Considerando a natureza das funções do Estado – administrativa, legislativa e judiciária – vê-se que a aquela em que há maior oportunidade de participação popular se encontra na última, graças ao princípio do contraditório.

Na função administrativa, os critérios para que seja praticado um ato administrativo discricionário são a oportunidade e a conveniência para a Administração Pública, ação que é tomada exclusivamente pelos chefes do Poder Executivo, estando a participação popular restrita, nesse caso, à eleição destes.

Na função legislativa, o processo de criação normativa pelo Estado se dá em evidente e pulsante contraditório, próprio das características do Parlamento, sendo possível ao povo dele participar de forma indireta, seja por meio de audiências públicas, de debates promovidos pelas casas legislativas, ou como na atualidade, até mesmo pelo uso direcionado das redes sociais, que permitem a amplificação do debate de questões polêmicas a uma grande massa de indivíduos.

Mas é na função jurisdicional que a participação popular se dá de forma efetiva e vigorosa, pois se nas funções administrativa e legislativa a presença do povo se dá de forma indireta, por eleição dos representantes para tais atividades e pela possibilidade de influência e diálogo remotos na elaboração legislativa, na atuação jurisdicional a atuação do povo ocorre de forma ativa, direta e acentuada, garantida pelos princípios constitucionais da ampla defesa e sobretudo do contraditório, que passa a ser não apenas a chave de oportunidade para que as partes possam ser ouvidas no processo, mas sim a

viga-mestra estruturante da função judicial desenvolvida em um procedimento ordenado e disciplinado previamente por um arcabouço normativo que permitam às partes exercerem seu direito de influenciar na decisão a qual sofrerão as consequências em suas vidas privadas.

Chama atenção para o fato de que na função jurisdicional, ao contrário das funções executiva e legislativa o povo não elege os representantes para desempenharem tais atividades, o mesmo se verificando no caso dos membros do Ministério Público, legitimando suas atividades num conceito aproximado ao que Friedrich Müller (1995) na definição de povo como destinatário das prestações civilizatórias do Estado, na qual o papel de um povo quando invocado pelo Estado consiste sempre em legitimá-lo, na garantia das liberdades democráticas e efetivação dos direitos humanos, daí decorrendo a ideia de povo como a totalidade dos efetivamente atingidos pelo direito vigente e pelos atos decisórios do poder estatal, o que torna imperiosa a participação concreta desses atingidos na preparação desses atos decisórios, especialmente no caso dos processos judiciais.

E será a participação dos atingidos pelos efeitos das decisões estatais que irá garantir a consumação da democracia como forma de legitimação do Estado perante os seus cidadãos, ao que Ronaldo Brêtas define como legitimidade, na ciência do Direito, como:

Característica do que é legítimo ou está legitimado, ou seja, qualidade ou atributo das pessoas vivendo em sociedade ou de seus atos, na perspectiva de que sejam obedientes às exigências legais, melhor dizendo, submissas às normas que compõem o ordenamento jurídico do Estado (regras e princípios jurídicos). Na ciência política, a legitimidade das pessoas ou de seus atos se respalda na necessária qualidade que torne válida sua atuação ou sua prática em face de sua aceitação pelas demais pessoas integrantes da sociedade. (BRÊTAS, 2017, p. 10-19)

É nessa direção que Habermas (1997), ao desenvolver o conceito de legitimidade do Direito tanto no sentido normativo quanto jurisdicional, afirma só ser possível atingir a legitimação se a norma decorrer de um processo de formação democrática de vontade dos cidadãos, sendo a esses aberta a possibilidade de se manifestarem quanto à essa vontade.

Entretanto, na configuração do Estado Democrático de Direito, a legitimidade não se sucede apenas como forma de validação dos atos estatais perante o povo, tomando contornos distintos na ciência do Direito Processual.

4.1. Legitimidade no Direito Processual Civil

A postulação em juízo por qualquer do povo é galgada como direito por Eduardo Couture como consectário do próprio direito privado de “petição”, uma forma de poder comparecer com um pleito perante uma autoridade estatal previamente constituída (COUTURE, 1946).

Desde a promulgação do Código de Processo Civil de 1973, Lei 5.869 de 11.01.1973, cujo maior inspirador foi Alfredo Buzaid, inspirado por Liebman, a legitimidade para agir figurou como condição de ação, ao lado do interesse e da possibilidade jurídica do pedido, previstas no inciso VI do art. 267 do Código revogado, sendo causa de extinção do processo sem julgamento de mérito na hipótese de ausência de qualquer delas, o que se denominou como carência de ação.

Liebman engendrou as condições da ação baseado na sua Teoria Eclética (ou Mista) da Ação, pela qual o direito de ação seria o direito a um julgamento de mérito, fosse o pleito julgado procedente ou improcedente, com as condições de ação sendo pressupostos para o exame de mérito do pedido formulado.

No entanto, à época da promulgação do Código de Processo Civil de 1973, o conceito de condição da ação já estava sendo revisto por Liebman, especialmente no tocante à possibilidade jurídica do pedido, visto que esta já estava prevista como uma das nuances do interesse de agir, eis que a parte, ao ingressar em juízo, deveria verificar se havia qualquer impedimento no ordenamento jurídico que autorizasse a postulação, como por exemplo herança de pessoa viva ou dívidas contraídas por meio ilícito.

A explicação é dada por Carlos Henrique Soares e Ronaldo Brêtas (2014), que em citação a Vicente Greco Filho, ressaltam que Liebman já enxergava a possibilidade jurídica do pedido como enquadrada no interesse processual, não havendo mais de se falar nela como condição autonôma da ação.

A promulgação Lei 898, de 01.12.1970, que acabou com o divórcio na Itália, fez com que Liebman a partir da terceira edição de seu *Manuale di diritto processuale civile*, de 1973, já considerasse a possibilidade jurídica do pedido como parte do interesse de agir.

A Lei 13.105, de 16.03.2015 – Código de Processo Civil de 2015, isto posto, vai ao encontro da melhor doutrina do Direito Processual Civil, transferindo a legitimidade e o interesse de agir de condição da ação para requisitos da postulação em juízo, previstos no art. 17 do CPC, visto que no paradigma do Estado Democrático de Direito não é

razoável se falar em ação como algo condicionado, uma vez que o direito de postular em juízo figura na esfera de garantia constitucional.

A legitimidade processual, em perspectiva subjetiva, segundo Humberto Theodoro Júnior (2015) se dá em acordo com a posição das partes no processo, que são os sujeitos da lide, logo os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão. Esse tipo de legitimação, tido como clássica do processo civil pelo autor, recebe pela doutrina a denominação de legitimação ordinária, tendo como característica principal a coincidência da titularidade processual com a titularidade hipotética dos direitos e das obrigações em disputa no plano do direito material.

Fredie Didier (2020) define a legitimação para agir como requisito de admissibilidade que se precisa investigar no elemento subjetivo da demanda, quais sejam os sujeitos. Para o autor baiano, não basta que se preencham os “pressupostos processuais” subjetivos para que a parte possa atuar regularmente em juízo, sendo necessário ainda que os sujeitos da demanda estejam em determinada situação jurídica que lhes autorize a conduzir o processo em que se discuta aquela *relação jurídica* de direito material deduzida em juízo.

Destarte, a legitimidade processual ou capacidade de conduzir o processo é o poder da parte ingressar em juízo que é conferido pela lei, Parte legítima, portanto, é aquela que se encontra em posição processual, seja autor ou réu, coincidente com a situação legitimadora decorrente de uma previsão legal, relativa ao sujeito e ao objeto litigioso.

As definições trazidas em muito se assemelham ao conceito de legitimidade trabalhado por José Carlos Barbosa Moreia (1969) que define a legitimação como a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, tal como resulta da postulação formulada perante o órgão judicial, e a situação legitimante prevista na lei para a posição processual que a essa pessoa se atribui, ou que ela mesma pretende assumir.

No Direito Processual Civil, há ainda de se falar na legitimação extraordinária, restrita a casos específicos previstos pela lei, em que se permite a postulação em juízo por sujeitos distintos aos destinatários diretos, isso é, aqueles que de fato sofrerão os efeitos da decisão judicial em sua esfera privada,

As hipóteses legais previstas para a legitimação extraordinária são: predominância do interesse público sobre o particular; comunhão ou conexão de interesses e em

decorrência de uma situação jurídica ocupada por terceiro, que lhe impõe indiretamente direitos e deveres perante outrem.

Nos dizeres de Humberto Theodoro Júnior (2015), a legitimação para agir extraordinária é aquela que, por previsão e permissão pelo ordenamento jurídico, admite que a parte demande em nome próprio, mas na defesa de interesse alheio. É o que se dá, por exemplo, na atuação do Ministério Público em ação de acidente do trabalho ou na ação civil por dano *ex delicto*.

Para Fredie Didier (2020), há legitimação extraordinária quando não houver correspondência total entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do órgão julgador, definindo como legitimado extraordinário aquele que defende em nome próprio interesse de outro sujeito de direito.

Esclarece que nesses casos é possível que o objeto litigioso também lhe diga respeito, quando então o legitimado reunirá as situações jurídicas semelhantes às de legitimado ordinário e também de extraordinário, como por exemplo os condôminos em ocasião da ação reivindicatória do bem. Conclui, de tal modo, que na legitimação extraordinária confere-se a alguém o poder de conduzir o processo que versa sobre direito do qual não é titular ou do qual não se é o titular exclusivo.

O doutrinador da Faculdade de Direito da Bahia estabelece ainda uma subdivisão da legitimação extraordinária em autônoma e subordinada. A legitimação extraordinária autônoma ocorre quando o legitimado extraordinário está autorizado a conduzir o processo independentemente da participação do titular do direito litigioso, como no caso da administradora do consórcio, que configuraria como substituta processual do grupo de consórcio.

Por sua vez, a legitimação extraordinária subordinada se dá quando a presença do titular da *relação jurídica* controvertida no processo é essencial para a regularidade do contraditório. Reserva-se ao legitimado extraordinário a possibilidade de coadjuvar o legitimado ordinário, assumindo “*posições processuais acessórias*”. Trata-se, nessa hipótese da legitimação extraordinária que autoriza ao terceiro, estranho ao objeto litigioso, a participação no processo como assistente do legitimado ordinário. O assistente simples, assim, é o exemplo claro de legitimado extraordinário.

A legitimação no Direito Processual Civil atribui forte caráter à subjetividade, com reflexos diretos na conceituação de legitimidade no Direito Processual Coletivo, pródigo na eleição de sujeitos competentes e legítimos para a postulação das ações coletivas, o que por muitas vezes cumpre por limitar a participação dos interessados

diretos no processo coletivo, acarretando em uma carência de influência e diálogo na preparação do provimento jurisdicional.

4.2 Legitimação no Direito Processual Coletivo

O Direito Processual Coletivo brasileiro, ainda que bastante avançado em termos de legislação e proteção constitucional, se comparado a outros países sejam de tradição *civil law* ou *common law*, padece de determinadas incompletudes que impedem sua real concretização e harmonização integralizada aos preceitos contemporâneos do Estado Democrático de Direito.

Seu principal equívoco é a forte tendência de querer ampliar institutos do Direito Processual Civil individual para a órbita coletiva, como se essa fosse apenas uma dimensão ampliada daquela, sem se atentar para a natureza jurídica distinta das áreas e para as especificidades de tratamento que o fenômeno coletivo requer.

Atente-se para que mesmo nos processos de natureza individual, se tem ainda uma longa jornada a percorrer no sentido de despir os vícios das concepções de processo como relação jurídica, na esteira da teoria de Oskar Büllow, que permeia o processo com características autoritárias próprias de um Estado Liberal do século XIX, em completo afastamento às hodiernas concepções democráticas e republicanas.

O instituto da legitimidade para agir, ou legitimidade *ad causam* nas ações coletivas repete o mencionado equívoco, com a maior parte da doutrina insistindo em meramente ampliar o conceito de legitimidade que é aplicado às ações individuais.

Nesse diapasão, são válidas as críticas de Vincenzo Vigoriti quando à essa “importação” dos institutos do processo individual para o processo coletivo, observando inclusive para as graves consequências não só de cunho lógico-acadêmico, mas sobretudo sob aspecto político e constitucional, senão:

Il ricorso alle istituzioni processuali per la tutela di interessi a dimensioni superindividuale pone ovviamente gravi problemi di carattere politico costituzionale. Ed altri non meno gravi di carattere tecnico. Per i primi, basta dire che l'utilizzazione del processo per la difesa di interessi collettivi fa immediatamente sorgere la questione dei limiti stessi della funzione giurisdizionale e quella del ruolo nuovo e diverso del giudice in questo tipo di conflitti; per i secondi, vanno ricordate le questioni della legittimazione ad agire, del tipo di provvedimento giurisdizionale ottenibile, dell'efficacia del giudicato, della sua coercibilità. (VIGORITI, 1979, p. 14)

Em igual direção é a reflexão de Juliana Matos (2009), para quem o fato de o ordenamento jurídico brasileiro, visando superar as controvérsias que permeiam o processo coletivo e objetivando adequar a legitimidade do processo individual ao processo coletivo “*escolhe quais serão os legitimados para atuação em juízo para defesa dos ‘interesses’ coletivos, afastando os legitimados naturais da possibilidade de defesa em juízo de seus interesses*”.

Desta feita, a escolha do representante da coletividade em juízo se afasta, em comparação aos modelos de processo coletivo adotados pelo direito americano e pelo direito italiano, da pertinência subjetiva do interesse em juízo mostrando-se como aleatória e injustificada.

A doutrina brasileira, entretanto, segue na tentativa de adequação como forma de englobamento da legitimidade para agir do direito individual no processo coletivo.

Daniel Amorim Assumpção Neves (2016) ao tratar das diferenças entre substituição processual e legitimação extraordinária, afirma que, no tocante à tutela processual coletiva, não restarem dúvidas quanto ao fato de que o titular do direito difuso, coletivo e individual homogêneo não é legitimado, ao menos por meio de ação coletiva, para a defesa dos seus direitos em juízo. Por conseguinte, os legitimados são substitutos processuais e os titulares dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, os substituídos.

Por fim, conclui, quase como capitulação do fechamento à participação dos interessados diretos na defesa de seus direitos em juízo, que a questão da legitimidade nos processos coletivos é “*questão meramente acadêmica, sem relevantes consequências práticas*”, sendo o que mais importa, de forma indiscutível, independente da teoria adotada, que os legitimados coletivos “*não são titulares do direito que defenderão em juízo, e tais titulares não têm legitimidade ativa para defender seus direitos*” (NEVES, 2016).

Destaca Teori Albino Zavascki (2007) que a legitimação do Ministério Público na defesa dos direitos difusos e coletivos se dá por sua função institucional, com chancela da Constituição Federal em seu art. 129, inciso III, não confundindo essa legitimidade com os direitos e interesses das próprias entidades públicas, sendo garantida a legitimação ampla e irrestrita para a promoção de ação civil pública, desde que o direito tutelado seja de natureza difusa ou coletiva.

Quanto à legitimação ativa e a substituição processual, ressalta que ocorre uma inversão metodológica entre eis que a legitimação ativa é exercida, invariavelmente, em

regime de substituição processual, com o autor da ação defendendo em nome próprio direito do qual não é titular. As ações coletivas, portanto, tem como regime ordinário a legitimação extraordinária que é observada nos processos de natureza individual (ZAVASCKI, 2007).

Exceção à regra quanto à legitimidade das ações coletivas reside na Lei de Ação Popular, única que permite ao cidadão a postulação de direitos de natureza difusa sem que seja determinada a eleição de um representante em sistema de substituição processual, nos termos previstos no art. 1º da Lei 4.717/65.

E mesmo com previsão expressa para exercício da defesa de direitos difusos pela Lei de Ação Popular, não é crível conceber que o ordenamento jurídico brasileiro é aberto à ampla participação da sociedade quanto à postulação de ação coletiva na defesa do patrimônio.

Em reflexão, Jurgüen Habermas (1993) afirma que os modelos de democracia comportam dois tipos de cidadão: o liberal e o republicano. Na concepção liberal o *status* dos cidadãos é definido a partir dos direitos subjetivos que eles têm diante do Estado e dos demais cidadãos. Na condição de portadores de direitos subjetivos “*os cidadãos gozam da proteção do Estado na medida em que se empenham em prol de seus interesses privados dentro dos limites estabelecidos pelas leis*”. Os direitos subjetivos são direitos de ordem negativa, garantindo um âmbito de escolha pelo qual os cidadãos são livres de qualquer tipo de coação externa. Os direitos políticos têm a mesma estrutura, conferindo aos cidadãos a possibilidade de fazer valer seus interesses privados, permitindo que esses interesses “*possam agregar-se (por meio de eleições e da composição do parlamento e do governo) com outros interesses privados até que se forme uma vontade política capaz de exercer uma efetiva influência sobre a administração*”.

Já a concepção republicana traz o conceito de cidadão a partir da proposição em que o *status* de cidadão “*não é definido por esse critério de liberdades negativas das quais só se pode fazer uso como pessoa privada. Os direitos de cidadania, entre os quais se sobressaem os direitos de participação e de comunicação políticas, são melhor entendidos como liberdades positivas*”. Esses direitos não garantem a liberdade de coações externas, “*mas sim a participação em uma prática comum, cujo exercício é o que permite aos cidadãos se converterem no que querem ser: autores políticos responsáveis de uma comunidade de pessoas livres e iguais*”. Dessa forma, o processo político se presta apenas para o controle das atividades do Estado por cidadãos que, no exercício de seus direitos privados e de suas liberdades pré-políticas, já alcançaram uma prévia

autonomia, bem como não cumpre uma função de articulação entre o Estado e a sociedade, pois o poder administrativo não representa poder originário algum, não é um poder autóctone ou um dado, mas sim traduz uma realidade que advém do poder comunicativamente gerado pela prática da autodeterminação dos cidadãos e se legitima na medida em que protege essa prática por meio da institucionalização da liberdade pública.

É ainda salutar a advertência trazida por Rosemiro Pereira Leal (2008) quanto à análise da formação da sociedade contemporânea, pensada a partir da ótica do **civil**, o dominador e construtor da cidade para habitação do **cidadão**, que não se confunde com civil, pois é o habitante da *“ci-datus(cidade) o lugar dado pelo civil ao povo (potus)”*.

O povo, então, passa a ser adotado pelos civis, tornando-se o coletivo de cidadãos livres de uma vida errante e desorganizada, daí o exercício da cidadania ser sob o comando dos civis, porque o libertado ainda não é livre a ponto de ser o libertador de outrem ou de si mesmo.

E é nesse sentido limitador do exercício de cidadania que trata o §3º do art. 1º da Lei de Ação Popular, definindo o cidadão legitimado para ingresso e postulação da ação popular pela comprovação da condição de eleitor, como se o exercício da democracia se desse pela trivial e ocasional escolha de representantes para as funções legislativa e executiva.

A limitação da legitimação para agir em ações coletivas ainda está expressamente presente na Lei de Ação Civil Pública – 7.347/85, eis que seu art.5º prevê um rol exaustivo dos entes legitimados para a postulação em juízo, quais sejam: o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, Distrito Federal, os Municípios, Autarquias, Fundações e Sociedades de Economia Mista.

Acrescente-se que a Súmula 643 do Supremo Tribunal Federal ainda estendeu ao Ministério Público a legitimidade para a postulação de ações civis públicas que versem tanto sobre direitos difusos e coletivos como também os direitos individuais homogêneos.

Situação idêntica é vista no caso de ação civil pública que envolva questões de natureza consumerista, sendo os legitimados para agir os mesmos das ações civis públicas, nos termos dispostos pelo art. 82 do Código de Defesa do Consumidor.

É curiosa a proposta de defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos delineada pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois as soluções para problemas que muitas vezes provém do Estado são passíveis de serem solucionadas

apenas pelo próprio Estado, limitando a participação da sociedade, exceção feita a Lei de Ação Popular que mesmo assim enverga consigo uma definição oblíqua de cidadão.

Atribuir a legitimação para entes estatais para a defesa dos direitos coletivos *latu sensu* é restringir a participação dos interessados difusos na preparação do provimento jurisdicional, em um estranho caso de ausência de diálogo e influência daqueles que sofrerão os efeitos da sentença de mérito em sua esfera privada, algo que não se admite em ações de natureza individual.

Um modelo participativo dos interessados na promoção e preparação da decisão judicial em ação coletiva não pode e não requer a exclusão dos entes estatais no exercício de suas funções de natureza constitucional, mas sim a extensão das possibilidades de discussão da matéria debatida pelos titulares, numa realização concreta do princípio do contraditório, tão caro ao Estado Democrático de Direito.

A postulação e legitimidade exclusiva a determinados entes parte ainda de uma ideologia subjetiva, ainda presa ao Estado Liberal do séc. XIX, inadequada para a complexidade social, política, econômica e cultural da configuração contemporânea do séc. XXI, na qual as questões estatais estão mais ligadas aos objetos e não aos sujeitos na proposição de soluções aos problemas atuais, muitas vezes de cunho hermético e embaraçado.

Destaca Vicente de Paula Maciel que na conformação hodierna do Estado Democrático, é equivocada a pressuposição de que os sujeitos têm poderes, visto que a partir do deslocamento do foco de atenção do sujeito para a norma, “*a ideia de personificação de poderes no sujeito se esvaziou*”.

E continua sublinhando que os indivíduos e até mesmo o Estado, nas sociedades que adotaram o paradigma do Estado Democrático de Direito, não possuem e nem podem possuir poder algum. E assevera que o Estado, em citação a Ricardo Orestano, pode receber da lei, por delegação, competências de poder para atuar na vida prática através de seus agentes políticos, com essas competências servindo de condicionantes de limites dos poderes delegados, instituindo “*as esferas de atuação dos agentes políticos, que não podem agir além desses poderes conferidos*”.

Ao longo da história, vem sendo conferida ao Estado uma proeminência de atuação em virtude da ideia de subjetivação de poder que lhe é atribuída – semelhante à legitimação para agir exclusiva aos entes estatais nas ações coletivas – como se o poder fosse o próprio Estado ou decorresse dele somente. Porém saliente Vicente Maciel que 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 do Estado” (MACIEL JÚNIOR, 2006).

É plausível concluir, portanto, que na hodierna configuração das funções do Estado, sob a ótica democrática e dinâmica, a própria ideia de direito subjetivo deve ser posta em questão.

4.3 A “morte” do direito subjetivo e o conceito de ação como faculdade

Rudolf von Ihering desenvolveu o conceito de direito, tomando como base o interesse, considerando direito todo interesse juridicamente tutelado, estabelecendo assim uma sinonímia entre os termos.

Conforme anteriormente explorado pela presente pesquisa, o equívoco metodológico de Ihering resistiu à ação do tempo e a qualquer tipo de pensamento contrário, permeando toda a doutrina do Direito Processual, especialmente do Direito Processual Coletivo.

Não por acaso, a doutrina e a legislação brasileiras comumente reputam aos termos “direito” e “interesse” significado praticamente idêntico, daí se falando na existência de interesses coletivos, interesses difusos e interesses individuais homogêneos.

Contudo, já foi também apontada neste trabalho a advertência trazida por Vicente de Paula Maciel Júnior, em que se estabelece uma distinção semântica entre os verbetes, com o interesse advindo de uma esfera íntima do sujeito, demonstrado por vínculo subjetivo da esfera psíquica do indivíduo com um determinado bem, ao passo que o direito somente é aferido por uma legitimação externa, seja no caso de promulgação de lei, na instância legislativa, seja advindo de um provimento jurisdicional.

Estando o interesse adstrito a uma dimensão propriamente interna e psíquica do sujeito, não é possível se falar em interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, mas tão somente em interessados, considerando a relação que se dá entre cada titular dos referidos direitos e os próprios direitos.

É nessa direção que afirma Vicente Maciel, atestando que o Estado Democrático de Direito é o pano de fundo de desenvolvimento teórico e condutor de uma ideia de direito calcada no consenso, senão:

O direito para nós não existe a priori e independentemente de um processo de formação e reconhecimento através do consenso. O direito é um fenômeno cultural e, portanto, a sua existência depende necessariamente da aceitação das

manifestações de interesse que fazemos perante os outros indivíduos. Não existe o direito perante si mesmo. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 69)

E continua enfatizando que no Estado Democrático de Direito, é fundamental se romper com a ideia de direito subjetivo advinda do Estado Liberal, eis que:

O consenso na esfera social é obtido pela adoção do ‘direito objetivo’ aqui entendido como conjunto paradigmático de condutas abstratamente previsto para vigorar em uma sociedade segundo o processo legislativo nela vigente. Ou seja, o direito objetivo, a lei, é o critério geral das condutas em um dado ordenamento, no sentido de estabelecer o norteamento das ações legítimas de um determinado Estado. Entretanto, a lei vigora abstratamente e em uma grande massa de casos sequer é invocada, permanecendo como um sistema idealizado que, eventualmente, na ocorrência de um conflito de interesses, passa a ser invocado pelas partes envolvidas para fundamentar suas posições no sentido de buscar a solução da controvérsia. Mas na dinâmica da vida social temos os diversos indivíduos que negociam, trocam, vendem, compram, afirmam interesses de posse, propriedade, etc. Enquanto esses interesses manifestados são cumpridos de modo satisfatório pelas partes, o direito objetivo não é sequer invocado e a normalidade das relações se conclui pelo consenso das partes. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p.71)

Para que se compreenda a noção de Processo como elemento estruturante da democracia e garantidor das liberdades individuais e coletivas é crucial fazer uma ruptura com concepções de Direito ainda presas à uma ideia de submissão e sujeição dos sujeitos pelo poder, seja de ordem física, política, econômica ou religiosa.

Essa concepção se afasta de ideia da existência de direitos inatos, na forma proposta pelo jusnaturalismo e o jusracionalismo, não havendo de se falar em direitos prévios ante o processo de validação espontânea dos interesses em conflito através do consenso.

O direito se estabelece como “*resultado dos processos consensuais dos sujeitos que estabelecem diversas ordens de relações*” (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 72). Assim, a formação o direito se dá sempre em perspectiva a posteriori e nunca a priori.

O direito subjetivo, como sucedâneo da formação do Estado Liberal no séc. XIX, tem como característica mais marcante o deslocamento do indivíduo para o centro do debate, daí a máxima relevância que é consagrada ao Direito Civil como centro gravitacional de toda ciência jurídica, de forma a concretizar de vez a afirmação dos direitos do indivíduo perante o Estado soberano, em movimento de ruptura com o Antigo Regime.

Mas tal conformação individualista não ficou adstrita ao campo jurídico, absorvendo também o campo econômico, no sentido de ratificar um modelo baseado na

autonomia da vontade do indivíduo, o que acabou por aclamar um arquétipo de desenvolvimento econômico do qual o Estado se abstinha que qualquer espécie de regulamentação ou controle que não fosse de natureza fiscal ou relacionada à manutenção da ordem pública.

O sistema jurídico, dessa forma, serviu de reflexo desse movimento, conforme observação de Vicente Maciel:

O indivíduo e sua vontade (o voluntarismo) estão no ápice de sua expressão e tornam-se o fundamento do sistema jurídico. O direito civil é o direito que passa a inspirar as demais construções dos outros ramos jurídicos. Por outro lado, isso evidencia a diminuição da importância do Estado e do direito objetivo, porque eles existem para assegurar ao indivíduo o gozo dos direitos subjetivos. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 75)

Em linha idêntica, assevera Ricardo Orestano, sublinhando que o individualismo:

Mai si conciliava col riconoscimento di un ordine oggettivo, sottratto all'azione della volontà, capace di originare e giustificare norme direttive dell'operare. Le impostazioni precedenti vengono così ad essere rovesciate: i diritti civili, nei giusnaturalist, non sono conferiti all'uomo dalla legge, ma la legge è fondata sui diritti innati dell'uomo. Lo stesso significato di diritto naturale si trasforma: la vecchia dottrina oggettivistica del diritto naturale diviene sempre più una teoria dei diritti naturali in senso soggettivo. (ORESTANO, 1978, p. 18)

A posição privilegiada do direito privado na ciência jurídica no paradigma do Estado Liberal acarretou inclusive alterações no Direito Processual, conforme nos ensina Vicente Maciel, com esteio na doutrina de Ricardo Orestano, destacando que o processo “*passa a ser visto como um conjunto de meios postos à disposição e a serviço dos particulares para a tutela e realização de situações e de pretensões*” da qual a existência e o seu fundamento são considerados pré-existentes e independentes do momento em que a coação se torna necessária (MACIEL JÚNIOR, 2006).

Todavia, a mudança do paradigma subjetivo para uma visão objetiva do ordenamento jurídico se dá por alterações na história do direito, a partir de mudanças no pensamento europeu na forma de perceber e conceituar os dados da experiência, com profundas consequências na estrutura das normas e das instituições (MACIEL JÚNIOR, 2006).

Como efeito, tem-se que aos poucos a posição do direito privado como fundamento do direito público e do Estado perde relevância e no direito passa-se a ser o

mais essencial o seu caráter público, com mudanças de paradigma em relação aos escopos do processo (MACIEL JÚNIOR, 2006).

A perda da posição de destaque do direito privado faz com que se altere a finalidade atribuída ao processo, que deica de ser considerado mero instrumento técnico para a defesa dos direitos subjetivos, ou nos dizeres de Ricardo Orestano “*come una prestazione che lo Stato deve ai titolari dei diritti soggettivi, come un dovere dello Stato, se non addirittura come un pubblico servizio*” (ORESTANO, 1978, p. 50-51).

Passa o processo, em uma concepção de direito público, a ser atribuída a tarefa de tutelar o direito objetivo e a atuar a lei no caso concreto, como demonstra Orestano:

Man mano però che l'accento si venne spostando dal diritto soggettivo al diritto oggettivo cambiò anche il modo di considerare il processo civile e la sua funzione. Molti infatti cominciarono ad attribuirgli il compito della tutela del diritto oggettivo, dell'attuazione della legge nel caso concreto. Siamo così alla concezione cosiddetta oggettiva, che verrà proclamata come uno dei capisaldi della nuova scuola processuale: attraverso il processo lo Stato assicurerà l'osservanza del diritto oggettivo nella vita sociale, sicché anche del diritto processuale civile viene rivendicata l'apparenza al diritto pubblico. (ORESTANO, 1978, p. 51-52)

Com isso ocorre também uma mudança de modificação no papel da função judiciária, que passa de uma perspectiva meramente declarativa da lei por sua atribuição jurisdicional para uma visão mais participativa na formação do conteúdo do comando jurídico substancial, relegando ao direito subjetivo agora o papel de técnica específica que move o juízo, um mecanismo coercitiva do direito através do qual a norma jurídica objetiva é subjetivada em um indivíduo, transformando por completo a definição de processo como meio idôneo a serviço do direito subjetivo (MACIEL JÚNIOR, 2006).

Ocorre desta feita uma transformação no conceito de ação, ressaltando Orestano, porém, que qualquer teoria da ação que se pretenda construir em observância a ideia de direito objetivo deve pressupor também uma nova teoria geral de direito e essa construção não poderia prescindir dos dados da experiência.

Nenhuma teoria da ação poderia, portanto, aspirar a pôr-se como válida para cada experiência, mas deve ser construída, seja com referência ao presente ou ao passado, em função de uma série de elementos que constituem os elementos da experiência a considerar (MACIEL JÚNIOR, 2006).

Sob esse prisma, assevera Orestano que a ciência do direito ainda não parece ter encontrado alternativas que a liberte do conflito entre Estado e indivíduo. Ou se parte de uma visão atomística da sociedade, em que o vértice é colocado no direito subjetivo, ou

de uma visão monísta, unitária, em que o vértice é colocado no direito objetivo, em uma relação de submissão, seja do Estado ao indivíduo, na primeira, ou do indivíduo ao Estado, no caso da segunda visão (ORESTANO, 1978).

Assim, conclui Orestano, que somente será possível fundar uma teoria da ação, e com isso alterar a própria configuração do direito, caso se retome os antigos conceitos da *provocatio ad populum*, *unicum praesidium libertatis*, evocados do Direito Romano.

A estruturação e assentamento da sociedade contemporânea nos princípios formadores do Estado Democrático de Direito impedem se admitir qualquer forma de submissão ou subjugação por exercício de poder, visto que a democracia em seus contornos mais modernos é calcada na ideia de consenso e não de poder inato, em contraposição às teorias jusnaturalistas e racionalistas que influenciaram a ciência do direito durante os últimos séculos.

A concepção de ação, logo, não pode conceber um comando de poder, seja por parte dos postulantes em juízo, seja por parte dos membros do Estado.

4.3.1 A ação como faculdade

Como consectário lógico do consenso social em torno da estruturação pelo Estado Democrático de Direito, a tutela dos interesses em juízo somente pode ser compreendida como uma faculdade, salientando-se que devem ficar claros determinados pontos sobre o direito de ação: ele existe como direito material, um direito objetivo assegurado abstratamente pelas normas internas de um país e esse direito material pode ou não ser utilizado pelos sujeitos diante de um conflito de interesses.

O fato, portanto, de haver o direito de ação como um direito objetivo não o transforma em um poder de agir de um sujeito sobre o outro, vez que o que ocorre na verdade é a possibilidade, a faculdade de se fazer uso ou não, da utilização da ação judicial para que se dê início ao processo que, em estabelecido em contraditório entre as partes e em estrito respeito às garantias constitucionais, dará formação a um provimento que decidirá a controvérsia.

O ordenamento jurídico permite aos indivíduos e as pessoas jurídicas, entidades, associações, entes federativos, autarquias, entre outros, é a possibilidade para que de forma oportuna e conveniente aos seus interesses se possa defender os seus direitos por um processo judicial (MACIEL JÚNIOR, 2006).

Essa faculdade que é ofertada e avalizada pelos ordenamento jurídicos se dá em virtude de as sociedades ancoradas pelo Estado de Direito normalmente excluírem a possibilidade de o indivíduo praticar atos de autotutela (MACIEL JÚNIOR, 2006), restando por óbvio, resguardadas as hipóteses de autodefesa, que nos dizeres de Rosemiro Pereira Leal, não se configura como uma “*exceção ao monopólio jurisdicional, que o Estado abre à prática selvagem da autotutela, tal como concebida nas épocas primevas da sociedade*”, mas sim uma “*regra normatizada pelo ordenamento jurídico, que, com presteza, e concorrentemente à jurisdição, faz do indivíduo o instantâneo defensor de si mesmo ante uma agressão pré-tipificada em lei*” (LEAL, 2018, p. 43-44).

Cumprе ainda ressaltar que o exercício da ação somente pode ser utilizado em caso de não ocorrência de composição entre os postulantes pelos meios de autocomposição, seja por mediação, conciliação ou uso de meios alternativos à jurisdição, especialmente a arbitragem, cuja atividade é regulamentada pela Lei nº 9.307/96.

O exercício do direito de ação provoca a jurisdição, por meio do processo. Essa processualização do conflito de interesses se traduz em uma técnica de racionalização que permite às partes a participação em contraditório para a formação da decisão judicial. Essa decisão é proferida por um terceiro, imparcial e independente, que recebe do poder uma competência específica para atuar e impor uma decisão, contudo, garantindo aos sujeitos um processo discursivo que se desenvolve em ampla defesa e contraditório, ancorado numa estrutura normativa que prevê um conjunto de atos concatenados até o fim do processo (MACIEL JÚNIOR, 2006).

Deve-se atentar ainda para o fato de que a norma é um fenômeno jurídico e um critério de avaliação da conduta que será importante caso o indivíduo tenha extrapolado os limites de suas faculdades segundo os valores aceitos em determinado ordenamento jurídico.

A norma em relação ao indivíduo não lhe confere poder algum, tendo a função de regular os poderes do Estado de modo a permitir que o indivíduo possa agir com tranquilidade e não seja privado de seus bens, de sua liberdade, de suas próprias faculdades, a não ser nos casos expressamente previstos pela lei (MACIEL JÚNIOR, 2006).

Dessa forma, conclui Vicente Maciel quanto à posição do indivíduo em relação à norma:

O que ele recebe da norma é a ‘garantia do exercício de suas faculdades’ dentro de limites que a própria lei estabelece. Essa garantia é possível porque a lei restringe a incidência do poder do Estado de atuar sobre o indivíduo. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 128)

É por esse motivo que qualquer tipo de limitação da faculdade de agir pelo indivíduo deve ser vista como não como diminuição de poder dos mesmos, uma restrição de sua esfera de atuação, o que impede a participação nos processos judiciais, reduzindo as possibilidades de efetivação de direitos e fiscalização dos atos dos agentes de poder.

É preocupante, nesse sentido, as seguidas restrições das faculdades de agir pelos interessados diretos para a efetivação e concretização de seus direitos coletivos *latu sensu*, visto que o ordenamento jurídico brasileiro, na parte que disciplina a legitimação para postulação em juízo dos direitos coletivos, tem como opção a eleição de representantes exclusivos, sendo que apenas a Lei de Ação Popular reserva uma possibilidade de o titular do direito se manifestar de forma expressa no processo.

O entendimento de ação como poder ainda é um resquício do subjetivismo, “*da focalização do sistema no indivíduo, do voluntarismo jurídico, que via na vontade do indivíduo um ‘poder de querer’ que fazia nascer a ação*” (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 129), a se considerar que no Direito Processual Coletivo brasileiro os eleitos para a postulação das ações coletivas, mesmo que direito público como no caso do Ministério Público, entes federativos, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem comportam como se indivíduos fossem, como se estivessem dotados de um poder inato que lhes é atribuído pela lei, como se somente essas instituições e as associações de natureza privada consistissem em entidades sacralizadas imbuídas de um poder oculto e quase sagrado na promoção dos direitos coletivos.

A concepção subjetiva do direito, embora não delegue ao direito privado o *status* estruturador da ciência jurídica, permanece presente no Direito Processual, seja pela ideia de processo como relação jurídica nos processos de natureza individual, necessitando ainda de árduo caminho para uma evolução conceitual, seja pela eleição de representantes exclusivos legitimados à postulação em juízo nas ações coletivas, de modo a impedir uma participação palpável dos interessados diretos, aqueles que de fato sofrerão os efeitos da decisão judicial da qual lhes é vedada a possibilidade de discutir e influenciar.

A ampliação do recorte participativo não tem a pretensão de revolucionar com toda a ordem processual coletiva prevista no ordenamento jurídico brasileiro, a qual, frisa-

se, é bastante evoluída em comparação a outros arcabouços normativos de países de cultura ocidental, sejam de tradição *civil law*, seja de *commom law*.

Tampouco, se imagina, em cenário quase utópico, uma participação total de todos os interessados difusos, coletivos e individuais homogêneos que serão afetados pelo provimento jurisdicional dos processos coletivos, o que fatalmente implicaria em evidente carência de tempo e espaço para a efetivação processual, considerando uma participação ampla e irrestrita, inclusive no tocante à instrução processual.

Todavia, o modelo escolhido pela legislação brasileira nos parece incompleto e em diversos aspectos dissonante dos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, opção de Estado que é expressamente consagrada pela Constituição Federal de 1988.

A Carta Magna tem em seu art. 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais, os princípios do contraditório e da ampla defesa, literalmente citados no inciso LV do referido dispositivo.

A defesa íntegra dos direitos coletivos *latu sensu* somente poderá ser efetuada em cumprimento adstrito a esses princípios.

É possível, portanto, se imaginar em eventuais modelos de ação coletiva que se não permitirão a participação completa dos interessados nos processos coletivos, que ao menos pugne pela ampliação do recorte de diálogo e influência que lhes é concedido, em contraste a uma concepção que enxerga o processo coletivo como simples dimensão ampliada dos processos de natureza individual.

4.4 Ação coletiva como ação temática e formação do mérito participativo

O Estado Democrático de Direito caracteriza-se, sobretudo, por uma ideia de poder advém de um consenso social, rompendo com qualquer entendimento de poder inato, seja para os indivíduos, seja pelo Estado, fazendo com que desapareça o cunho autoritário e de submissão que permeou as concepções de direito e de processo ao longo de vários séculos.

Conforme acentua Vicente Maciel, em citação a Ricardo Orestano:

O Estado, pessoa jurídica, pode receber da lei, por delegação, competências de poder para atuar na vida prática através de seus agentes políticos. Essas competências condicionam os limites dos poderes delegados e instituem as esferas de atuação dos agentes políticos, que não podem agir além desses

poderes conferidos. Nisso consistem as garantias dos indivíduos contra o Estado. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 117)

Logo, o Estado, em sua conformação democrática, abandona sua proeminência sobre a vida privada que lhe é dada por uma ideia de subjetivação de poder, como se o poder fosse o próprio Estado ou dele decorresse. Entretanto, o Estado não tem poder propriamente dito, o exercendo através de seus agentes as competências de poder, que são funções criadas, delimitadas e atribuídas pela norma como funções do Estado (MACIEL JÚNIOR, 2006).

Perde a importância, desse modo, a figura personalista do administrador público e ganha relevância a norma, que define objetivamente a esfera de competências do agente público.

Da mesma forma, o poder não é mais encarnado em uma figura humana, eis que passa a ser regulado por processos discursivos dentro da sociedade, ocasionando uma transformação em que o poder passa a depender de consensos sociais pela confrontação dos diversos interesses dos sujeitos e grupos na sociedade, que passam a demandar participação na delimitação das competências dos agentes de poder.

O centro de preocupações e de debates do direito passa ser o poder. E um Estado só será democrático se os processos de definição de competências forem abertos à participação da sociedade, para que seja efetivado de modo ampliado o direcionamento da vontade de um determinado Estado (MACIEL JÚNIOR, 2006).

Ocorre, todavia, que nesses processos de definição de competências as forças dominantes, em muitos casos os próprios agentes políticos, vêm determinando a exclusão de indivíduos nos processos judiciais, seja pela limitação para agir, pela diminuição do acesso à função judiciária, e mesmo quando já instaurado o processo judicial, por uma concepção que enxerga a dialeticidade processual e a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório como óbices à prestação jurisdicional em tempo razoável aos jurisdicionados (MACIEL JÚNIOR, 2006).

Tal situação é flagrante no caso do processo coletivo, especialmente no tocante à legitimação para postulação em juízo da defesa dos direitos coletivos *latu sensu*, com a eleição de representantes e entidades competentes para o ingresso da ação coletiva, resultando na impossibilidade de participação dos interessados diretos.

É o que explica Vicente Maciel:

As demandas coletivas ressaltam temas que muitas vezes afetam um número indeterminado de pessoas e inclusive o próprio Estado. É inegável que a demanda coletiva possui, portanto, grande força participativa, mesmo porque seu resultado poderá gerar modificações e adequações de atos de execução dos agentes políticos no exercício de competências de poder. Isso representa uma forma de controle participativo e a ação coletiva é uma forma de linguagem jurídica adequada à colocação em debate do discurso sobre questões controvertidas na sociedade. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 119)

E prossegue:

Como consequência e reação a essa força participativa que pode surgir dos direitos coletivos e difusos, e das ações coletivas para sua tutela, os agentes políticos tendem a criar ou atribuir competências aos chamados órgãos ‘intermediários’ (Ministério Público, associações, Órgãos de Defesa do Consumidor, Delegacias de Ordem Econômica, ombudsman) e que em muitos casos pertencem ao próprio governo. Sob o argumento de que com isso viabilizam a tutela dos direitos, esses agentes políticos encaminham projetos de lei no sentido de restringir a legitimação para agir somente a esses entes intermediários, excluindo o indivíduo da possibilidade de demandar para a tutela de outros interessados. Some-se a isso que os argumentos utilizados para justificar essa posição são extraídos exatamente do direito processual civil individual (grifos nossos), no sentido de afirmar inclusive que a viabilidade da demanda coletiva estaria comprometida se a legitimação fosse estendida a todos os indivíduos, porque não seria identificado o ‘sujeito’ da ação. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 120)

Resta claro que o modelo adotado pelo ordenamento jurídico quanto às ações coletivas não reflete apenas um equívoco metodológico e conceitual, seja pela confusão terminológica entre direito e interesse ou quanto à limitação da legitimação de agir para os interessados diretos, mas sim uma opção política que pugna por privilegiar as forças econômicas e estatais, bem como beneficiar um entendimento que preza pela celeridade da tutela jurisdicional em detrimento à observância e garantia dos princípios constitucionais do processo.

E como deixa claro Juliana Matos Ferreira (2011), essa realidade não limita apenas ao Brasil, sendo uma constante nas legislações de diversos outros países.

São por essas razões limitantes à participação popular que Vincenzo Vigoritti (1979) inicia seus estudos de aproximação entre legitimidade processual e participação popular, tendo como justificativa a compatibilidade da Constituição Italiana com o princípio da participação, que caracteriza o contexto político, econômico e social do país, em distinção às concepções tradicionais de democracia representativa.

Assevera o autor italiano que a participação tem como ponto principal o conhecimento e a intervenção direta sobre um objeto, tornando-o sujeito de decisão (VIGORITI, 1979).

Entretanto, a participação não restringe somente ao processo de escolha final, mas dela também fazendo parte a ação de controle, não podendo o conceito de participação se resolver em uma forma rígida que o cristalice, de modo a gerar um obstáculo a um princípio com enorme potencialidade (MACIEL JÚNIOR, 2006).

Quanto às relações entre participação e justiça, afirma Vigoriti que se pode falar em participação na administração da justiça, especialmente nos casos de participação direta, com a presença de pessoas leigas na fase decisória e nos países em que ocorrem eleições para juízes.

Não nos parece ser, contudo, a forma mais efetiva de garantia de participação popular no processo, particularmente nas ações coletivas, visto que o princípio do contraditório confere possibilidades de participação popular de maneira muito mais efetiva.

É como afirma Vicente Maciel, enfatizando que de certo modo, a perspectiva de demanda coletiva como veículo de participação popular, ao mesmo tempo que se põe como solução no tocante ao acesso à jurisdição por uma massa de pessoas, revelou o receio de que esses participantes possam se fortalecer demasiadamente, fazendo com que se escape o controle social, cultural, político e econômico sobre eles (MACIEL JÚNIOR, 2006).

E prossegue, acentuando que, em uma lógica compreensível, porém altamente perversa, tanto os legisladores quanto os governantes utilizam-se do instituto processual da legitimação para agir como um mecanismo limitador do acesso à justiça aos interessados difusos.

O maior receio dos agentes políticos, destaca, é que a ação coletiva adotada em um modelo participativo amplo pudesse no fundo se transformar em um veículo de controle difuso do ato administrativo e do ordenamento jurídico, podendo ser exercido por qualquer interessado.

E relata que tal situação aconteceu de fato na Itália, principalmente entre os anos 1970 e 1980, com a publicação de várias obras sobre o tema. Dessas, destacam-se os estudos de Massimo Severo Giannini e Franco Gaetano Scoca, acerca da tutela de interesses coletivos em âmbito administrativo.

Os estudos tiveram sequência com Mauro Cappelletti (1976) em que, já apontando as deficiências do direito subjetivo e o anacronismo da dicotomia entre direito público e direito privado, indica as tendências da tutela coletiva no ordenamento jurídico italiano. Salienta que as formações sociais tradicionais, família, partidos políticos, sindicatos,

instituições religiosas, previstas na Constituição Italiana, passam a conviver com novos e não menos relevantes tipos de sociedades intermediárias. Cita como exemplo as organizações de consumidores, assemelhadas às organizações de trabalhadores, na proteção de abusos e excessos de poder das empresas fornecedoras. Cita ainda as organizações de proteção ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.⁶

Em prosseguimento às pesquisas desenvolvidas sobre o Processo Coletivo, Andrea Proto Pisani (1976), em que frisa a obscuridade conceitual e terminológica da expressão interesse coletivo.

Todavia, as pressões políticas e econômicas fizeram com que o debate sobre o processo coletivo só retornasse mais recentemente, muito por um certo encantamento da doutrina italiana com a *class action* americana. É como se vê no estudo promovido por Claudio Consolo e Beatrice Zuffi (2012) em que tratam da *class action* no sistema italiano, mas em âmbito circunscrito e diferenciado do modelo americano, estando concentrada na proteção e tutela dos direitos coletivos dos consumidores.

O longo hiato sobre as discussões acerca da coletivização do processo explica também a ausência da edição de norma sobre o tema no ordenamento italiano nas últimas décadas.

No Brasil, a situação é semelhante. Não por acaso foram elaborados projetos de códigos de processo coletivo sem que sua edição lograsse êxito.

É o caso do das tentativas de elaboração de do Código de Processo Civil Coletivo feitas por Ada Pelegrini Grinover, Antônio Gidi e Aloísio Gonçalves de Castro Mendes.

Antônio Gidi, na continuação dos estudos desenvolvidos em sua dissertação de mestrado⁷, elaborou um Código de Processo Civil Coletivo em 1993, destinado aos países seguidores da tradição *civil law*, com forte influência doutrinária, em matéria coletiva, das nações europeias.

Conforme aponta Juliana Matos (2009), o projeto de Gidi procurou 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

⁶ A organização dos consumidores na defesa dos direitos coletivos é explorada por Vicente de Paula Maciel Júnior na obra “Convenção Coletiva de Consumo” (1996), que lhe valeu o título de doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

⁷ Site de Antônio Gidi: www.gidi.com.br

todo e, no segundo título, da tutela dos direitos individuais, em que os titulares são membros de um grupo individualmente.

Gidi salienta que o projeto não foi elaborado para tentar solucionar as diferenças procedimentais entre as ações coletivas decorrentes da pretensão ou quanto ao tipo de conflito que é verificado na lide, destacando 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.

Afirma 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*” (FERREIRA, 2011), fazendo a opção por uma valorização da compreensão imediata do conteúdo da norma e da divulgação de ideias para solução das controvérsias pela tutela coletiva de direitos.

No tocante à legitimidade, Gidi segue a linha limitadora, atribuindo aos entes federativos, Ministério Público e associações o direito de postulação em juízo.

O mesmo se deu quanto ao projeto de Ada Pellegrini Grinover, dando continuidade às pesquisas em torno da elaboração de um Código Modelo, tema amplamente discutido e debatido nos cursos de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em prosseguimento à proposta inicialmente elaborada por Antônio Gidi.

As pesquisas receberam impulsionamento em 2004, ocasião da aprovação nas Jornadas do Instituto Ibero-americano de Direito Processual na Venezuela para a elaboração de um Código Modelo para Ibero-América, pelo que 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, complementando a proposta.

O Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, tem forma mais técnica e estruturada do que o modelo elaborado por Antônio Gidi, definindo 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 (FERREIRA, 2009).

Cumprer destacar que o Anteprojeto de Ada Pelegrini amplia o rol dos legitimados, acrescentando ao rol anteriormente delineado por Gidi o 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 (FERREIRA, 2011).

Há ainda de se falar da proposta de Código de Processo Coletivo elaborada pelo Professor Dr. Vicente de Paula Maciel Júnior, junto à cadeira de Direito Processual Coletivo, disciplina ofertada no curso de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Dando sequência aos estudos iniciados durante o pós-doutorado junto à Universidade de Roma – La Sapienza, em que foi publicada a obra que serve com marco teórico para a presente pesquisa: **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**, sobreveio a ideia de elaboração do projeto de código de processo coletivo baseado na proposta das ações temáticas, que serão detalhadamente descritas no

A proposta de elaboração de um Código de Processo Coletivo desenvolvida no âmbito da PUC/Minas⁸ partiu da necessidade de se viabilizar a participação em juízo de todos os interessados, na tentativa de construção de um processo coletivo adstrito aos anseios do modelo constitucional de processo previsto na Carta de 1988.

Neste sentido, a proposta se refere à possibilidade de qualquer interessado postular em juízo, independentemente de representação por entidades escolhidas pelo ordenamento jurídico, ampliando-se o conceito de legitimação, que não diz respeito apenas a possibilidade de postulação em juízo, como condição do exercício do direito de ação, mas passa a ser uma porta de entrada para maior participação social em questões de matéria coletiva.

A concepção de processo trabalhada pelo professor Vicente Maciel, no tocante às ações coletivas que tratam de direitos difusos tem como principal norte a ampliação da

⁸ Projeto de Código de Processo Coletivo, *site* da Faculdade Mineira de Direito: www.fmd.pucminas.br

participação popular na preparação da decisão, alargando o conceito de contraditório trabalhado por Fazzalari, pensado inicialmente para processos de natureza individual, em tentativa de superação do entendimento de processo como relação jurídica.

Contemplar um modelo da ação coletiva como ação temática tem como escopo um ideal de democratização do debate da matéria coletiva, haja vista que a própria natureza dos temas de ação coletiva tem grande repercussão social, tratando de questões que afetam um grande número de pessoas, havendo grande interesse de toda a comunidade política quanto às soluções de tais problemas.

É nesse sentido que Vincenzo Vigoriti afirma dever ter aspecto essencialmente participativo, permitindo o maior número de legitimados interessados poder defender as suas teses em juízo, daí a legitimação do provimento em uma ação coletiva ser determinado pelo procedimento que permita a inclusão dos legitimados para a participação na construção da decisão, na forma delineada por Fazzalari nos processos individuais (MACIEL JÚNIOR, 2006).

O grande “problema” da ação coletiva passa, portanto, por encontrar um ponto de equilíbrio que permita, nos dizeres de Vicente Maciel, a participação aberta a todos os legitimados interessados na ação coletiva e a necessidade de legitimar essa participação no sentido de que ela represente efetivamente o maior número de interessados no fato ou situação jurídica responsáveis por gerar o conflito coletivo (MACIEL JÚNIOR, 2006).

No entanto, para que se entenda do que se trata a ação coletiva como ação temática é imprescindível retirar todo o caráter subjetivo da ação, por incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito.

A ação coletiva como ação temática parte de um ponto objetivo, um tema, fatos ou situações jurídicas que afetam os interessados, tal como os grandes eventos de repercussão social, como acidentes de trabalho, ambientais, construção de grandes obras com impacto social, confisco da poupança, dentre outros.

Em todos esses fatos há um impacto direto de grandes proporções nas esferas privadas de cada interessado, que exprime uma aspiração sobre o tema e suas consequências. Considerando a complexidade do fato ou da situação jurídica e o número de indivíduos afetados, é impossível não haver divergências e diferenças nos pontos de vista sobre o tema, o que é próprio de uma sociedade aberta e democrática.

Tem-se como exemplo os recentes desastres naturais ocorridos no Estado de Minas Gerais, nas cidades de Mariana e Brumadinho, nos anos de 2015 e 2019, respectivamente, que envolviam grandes empresas de mineração, gerando grande

interesse da sociedade, seja em âmbito público ou privado. O governo, União, Estado e Municípios na arrecadação de tributos, na fiscalização de atividades e na concessão da exploração, e a sociedade civil, seja pelos trabalhadores, ONG's do meio ambiente e direitos humanos, além da população que vive nas citadas cidades, que pode ter sua qualidade de vida afetada em virtude do tipo de atividade econômica que são diariamente expostos.

Em ambos os eventos há uma série de indivíduos afetados, uns de forma mais direta e concreta e outros de forma reflexa, pelo qual expõe distintos pontos de visão e interesse.

É mensurável se pensar que as empresas mineradoras irão tentar atenuar sua responsabilidade, alegando que foram adotadas todas as medidas cabíveis para a prevenção de acidentes, bem como tentarão alertar ao povo afetado quanto à importância da manutenção da exploração mineral, com efeitos na geração de renda e emprego nos municípios em que realizam suas atividades.

Os trabalhadores, muitos mortos e feridos em cada acidente, buscarão reaver uma indenização compatível com o dano por eles sofrido.

As ONG's de meio ambiente e direitos humanos procurarão demonstrar que as mineradoras não houveram de cumprir com as obrigações de prevenção à desastres, razão pela qual provavelmente pleitearão pela suspensão das atividades e responsabilização das empresas.

Já os entes federativos estarão em situação curiosa, possivelmente pressionados pela opinião pública a tomar medidas mais drásticas contra as empresas mineradoras, porém, precisarão de cautela para que tais medidas não representem grande impacto na arrecadação de tributos e geração de riqueza que a atividade mineradora propicia.

Há ainda os interessados indiretos, aqueles que não são afetados de forma reflexa pelos eventos. Cite-se no caso dos referidos acidentes em Minas Gerais os donos de pousadas, hotéis e restaurantes que viram a demanda por seus serviços diminuir de forma considerável dada a suspensão da exploração de minério. E também a comunidade indígena que viu o rio que a abastecia ser contaminado pelos rejeitos provenientes das barragens rompidas.

O "tema" em questão é de grande complexidade, traz consigo diversos pontos de vista a serem considerados, não havendo resposta correta ou incorreta, medida justa ou injusta a ser aplicada sem uma discussão ampla, que permita a manifestação de todos os interessados.

A ação coletiva como temática é a que abre uma possibilidade de que o próprio conteúdo do processo seja definido de modo participativo. O mérito do processo, ao qual na presente pesquisa denominamos **mérito participativo**, é construído de forma coletiva, discursiva e plural (MACIEL JÚNIOR, 2006).

Com isso, o processo coletivo passa a ter nuances singulares no que diz respeito ao seu procedimento. Passa a ser substancial que o processo demande uma fase inicial que delimite o seu objeto, com previsão normativa que fixe um determinado período de tempo para que seja possível que os diversos interessados compareçam na demanda e formulem seus pedidos.

Estando proposta a ação coletiva, o juiz deverá abrir prazo em edital para que os interessados difusos compareçam e expressem seus interesses.

Findo o prazo, as manifestações feitas no processo formam o conteúdo do processo, o mérito participativo da ação coletiva (MACIEL JÚNIOR, 2006).

A sentença e a extensão da coisa julgada em ação coletiva temática são delineadas pela participação dos interessados na formação do mérito participativo, que quanto mais ampla for, mais próximo da representação do conflito coletivo estará o processo (MACIEL JÚNIOR, 2006).

Todavia, alerta Vicente Maciel que as ações coletivas, na ocasião da formação do mérito participativo, não devem ser rígidas, pois se o fato objeto do processo abranger um número determinado de interessados, é natural que dentre eles existam manifestações de vontade em sentidos diversos e não raramente contraditórios.

Nas ações coletivas temáticas, os temas objetos são discussões que ultrapassam a esfera das individualidades e ingressa na seara da coletividade, atingindo uma pluralidade de indivíduos. Adverte Fabrício Veiga da Costa (2012) que o papel e a relevância social das ações temáticas é *“algo translúcido no cenário do processo coletivo democrático, haja vista seu que o seu papel é viabilizar a discursividade de problemas, divergências e pretensões naturais e de extrema relevância para a sociedade atual”*, dada a complexidade das relações sociais e da colisão de interesses individuais no espaço público.

O mérito processual nas ações coletivas temáticas, ou mérito participativo, é construído dentro de um espaço processualizado que confere oportunidade de um debate amplo da pretensão pelos interessados (COSTA, 2012).

Destaca Fabrício Veiga da Costa que a fixação temporal tem suma importância na concretização do mérito participativo, pois a *“delimitação temporal da participação e da apresentação de temas nas ações coletivas”* é responsável por se evitar as demandas

coletivas intermináveis, ou os “processo-monstro” em linguagem coloquial, considerando que a natureza das ações coletivas por si só obstaculiza um procedimento mais célere.

E para que a concretização do mérito participativo nas ações temáticas seja feita da forma devida, é importante que se faça uma distinção entre matéria de mérito com o mérito processual propriamente dito. Explica Fabrício Veiga da Costa (2012) que se considera matéria de mérito numa ação temática todos os pedidos, as alegações, as questões e os temas correlatos que exteriorizam a amplitude do debate da pretensão deduzida. A matéria de mérito deve ser vista como objeto da demanda coletiva, as proposições que indicam o “*discurso democrático ao longo de todo o procedimento*”. Com isso, tem-se que a formação do mérito processual inicia-se com a matéria de mérito, mas não se limitando a ela. O mérito processual é definido como o direito de ampla argumentação fático-jurídica – orientado pelo princípio do contraditório – tratando-se do direito assegurado a cada sujeito ou grupo de sujeitos a influir nos critérios a serem utilizados pelo julgador no momento da decisão.

Dessa forma, a ação dos diversos interessados difusos de conduzir a uma “*possibilidade de ‘ampliação flexível do mérito no processo coletivo*”, eis que caso assim não o seja, corre-se o risco de transformar a decisão judicial do processo coletivo em uma visão unilateral e representativa de apenas uma parcela dos interessados difusos na questão litigiosa (MACIEL JÚNIOR, 2006).

E novamente se chama a atenção para a delimitação da demanda e da extensão dos efeitos da coisa julgada, nas ações coletivas temáticas, a imprescindibilidade de uma clara definição sobre o mérito ou o conteúdo demanda, que não se restringe ao objeto do pedido constante na petição inicial, mas sim pela oportunidade real de ingresso na ação do maior número de interessados difusos que tenham pontos de vista distintos dos já existentes no processo (MACIEL JÚNIOR, 2006).

Em uma relação diretamente proporcional, a legitimação da decisão em um processo coletivo que trata de direitos difusos se dá pela maior participação dos interessados na formação do mérito participativo (MACIEL JÚNIOR, 2006).

É por esse motivo que Vicente Maciel defende a criação de um código de processo coletivo que observasse um procedimento próprio para a formação do mérito participativo, em profunda ruptura com a visão tradicional de processo individual que insiste em estabelecer sobre a matéria (MACIEL JÚNIOR, 2006).

Sobre o mérito participativo afirma:

O mérito nas ações coletivas que tratem dos interesses difusos não pode ser posto ou determinado somente no pedido inicial. Deve haver uma fase até quando os diversos interessados difusos possam manifestar seus interesses e alterar o mérito da ação coletiva, com o agrupamento das posições comuns e o destaque das várias questões conflituosas que deverão ser objeto de julgamento. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 181)

Seguir o modelo tradicional de processo civil individual para tratar de ações coletivas que versem sobre direitos difusos representa uma flagrante restrição do campo de discussão sobre o tema objeto da demanda, deixando à margem de participação um grande número de interessados difusos que não poderiam ter seu ponto de vista sobre o fato ser levado em consideração no processo, o que fatalmente implicaria em uma decisão judicial enviesada e sem atentar aos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo.

A importância da ampliação do recorte de legitimidade e participação dos legitimados difusos reside no fato de que uma manifestação efetiva dos interessados nos autos do processo acarreta formar um conjunto maior de questões para discutidas na ação coletiva, possibilitando que o conflito abranja diversos pontos de vista e traga mais condições para influenciar e dialogar sobre os pontos a serem decididos pela sentença (MACIEL JÚNIOR, 2006).

A ampliação do recorte participativo nas ações coletivas permite que a partir das decisões judiciais possam se estabelecer uma pauta legislativa acerca da preclusão das questões referentes ao processo coletivo, o que afeta diretamente a extensão dos efeitos da coisa julgadas (MACIEL JÚNIOR, 2006).

É fundamental, no entanto, ficar claro um aspecto quanto à concepção de ações coletivas como temáticas.

O ordenamento jurídico brasileiro, conforme largamente exposto por este trabalho, consagra um modelo de processo que impõe uma relação obrigatória com os princípios constitucionais, estabelecendo o processo ferramenta indispensável na construção do Estado Democrático de Direito e formação da cidadania.

Contudo, a noção de processo coletivo ainda está amarrada a uma visão de processo individual, como se aquele fosse apenas uma versão dilata deste.

A principal consequência desta visão é a limitação da legitimidade para agir dos interessados difusos em processos coletivos, tendo a lei feito a opção de atribuir a determinados entes públicos e algumas associações o direito de postular ações que tratem sobre direitos difusos em juízo.

A ação coletiva como ação temática retira esse caráter subjetivo do poder de agir, vez que não é mais definida a legitimação por uma previsão normativa, mas sim a partir de um fato ou situação jurídica objetiva, servindo de demarcação para que os interessados difusos se manifestem concretamente no processo e possam participar da formação da decisão judicial.

Porém, cumpre ressaltar que a participação efetiva dos interessados difusos no processo não tem como finalidade a exclusão da presença de certas entidades estatais no curso da ação, tida como essencial para o correto cumprimento do procedimento, mais notadamente o Ministério Público, dada sua natureza jurídica e sua finalidade de defesa da sociedade, além de toda estrutura técnica, cuja participação se opera de modo indispensável.

A ação coletiva temática, imaginada para permitir a ampliação da participação dos interessados difusos na formação do mérito processual pode inclusive, servir de auxílio aos legitimados ordinários, fornecendo-lhes elementos para instruir a ação que muito provavelmente não seriam contemplados no caso de um modelo tradicional de processo.

A ação coletiva temática é instrumento de efetiva defesa de direitos difusos e possui feição constitucional estruturante para a construção do Estado Democrático de Direito, na efetivação da democracia, preservação das liberdades e concretização da cidadania.

Nesse sentido, é válida a lição de Juliana Matos Ferreira (2011) na qual alude que a compreensão da cidadania, na realidade do Estado Democrático Brasileiro, somente será possível se o titular da cidadania, isso é, o cidadão, que nesse recorte é entendido como aquele que sofre os efeitos das decisões do Estado, participar das construções das referidas decisões, mas não em posição de oposição ao Estado, mas sim em um modelo cooperativo e coparticipativo.

A cidadania, em perspectiva do Estado Democrático, somente é concebível se analisada sob o ponto de vista da ampliação do debate, na construção de procedimentos legítimos. É por esse motivo que se acredita que a adoção das ações coletivas como temáticas pode ser ponto de partida para a materialização do Estado Democrático de Direito, por seu caráter inclusivo, abrangente e discursivo, possibilitando a participação dos interessados difusos na construção do provimento jurisdicional, além de alargar a legitimação para agir, retirando a exclusividade dos entes estatais e das associações previstas em lei.

4.5 Ações temáticas vistas sob prisma prático

O entendimento das ações coletivas como ações temáticas, baseado em uma concepção discursiva e democrática de processo como forma de ampliação do debate dos temas de grande relevância social e de efetiva participação dos interessados na formação das decisões, tem ultimamente deixado a esfera acadêmica para ganhar vigor na vida prática.

Os interesses econômicos e políticos para que seja mantido o *status quo*, aliado aos anacronismos conceituais de direito e interesse e de processo como relação jurídica, muitas vezes impedem que até mesmo se pense em um modelo de tutela coletiva efetivamente democrático e condizente às aspirações emancipatórias trazidas pela Constituição de 1988.

Contudo, os estudos e pesquisas realizados no programa de Pós-graduação em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, coordenados pelo Professor Vicente de Paula Maciel Júnior, têm trazido interessantes resultados que podem servir de inspiração para futura regulamentação normativa.

Vê-se por exemplo o canal de vídeos PROCESSO COLETIVO ELETRÔNICO, presente na plataforma *Youtube*, cujo material mostra a experiência que os alunos do programa foram submetidos, realizando audiências públicas simuladas. Nelas, cada aluno representou um sujeito processual, trabalhadores, associações civis, Ministério Público, Defensoria Pública, e teve um tempo fixado para produzir provas e juntar nos autos de um processo judicial eletrônico fictício, além de um tempo concedido no dia da audiência pública para fazer uma defesa de seu direito.

Apresentadas as teses, era atribuído ao público presente à audiência que votasse na proposição que considerou mais apropriada, que então seria encaminhada ao Ministério Público, que a partir da vontade manifestada pelo público ingressaria com uma ação civil pública relacionada ao tema objeto do debate.

Interessante da proposta é que além de trabalhar habilidades exigidas por profissionais do Direito, como argumentação, escrita e oratória, a experiência traz consigo a ideia de cooperação e participação, uma vez que os sujeitos processuais ali presentes discutem um tema de grande relevância social para auxiliar o Ministério Público e demais entes estatais, retirando o caráter de contraposição entre público e privado. Há de se salientar ainda o uso constante das ferramentas tecnológicas, visto que os autos

simulados são totalmente virtuais, o que auxilia e antevê as críticas e vozes dissonantes da tão desejada celeridade processual.

Além do canal de vídeos há o portal *www.processocoletivo.com* que serve de aplicativo eletrônico para uso social, permitindo a criação e a participação coletiva dos interessados em qualquer tema de relevância social, seja na determinação de políticas públicas ou até mesmo em assembleias de condomínio.

E quanto às audiências públicas, destaca-se o estudo desenvolvido por Allan Milagres (2019) que a compreende como ferramenta de participação e debate, portanto, um mecanismo de consolidação e ampliação da democracia. A audiência pública permite que, não obstante as decisões estatais sejam tomadas através de seus agentes, possam os destinatários e interessados, organizadamente, participar direta e deliberadamente do processo de construção dessas decisões. Assim, defende a processualização das audiências públicas como efetivação do modelo coparticipativo e cooperativo de processo, em consonância às estruturas do Estado Democrático de Direito.

As tentativas de reprodução prática das ações coletivas temáticas são um ponto de partida fundamental para a consolidação do Estado Democrático de Direito em suas conformações contemporâneas, nos moldes trazidos pela Constituição Federal de 1988, o primeiro texto normativo a consagrá-lo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade contemporânea é demarcada pela complexidade de sua organização. O seu caminho é pautado por escolhas, opções, em um constante exercício decisório. Sua complexidade torna os processos decisórios com repercussões sociais cada vez maiores. Aliado a esse cenário, observa-se um franco desenvolvimento tecnológico e científico, responsável por facilitar a comunicação social e sua interação, de modo virtual, transformando por completo as noções clássicas de tempo e espaço.

As mudanças são vistas em todas as áreas do conhecimento humano. A ciência do Direito não deixa de ser afetada por esse movimento renovatório.

Particularmente, a ciência do Direito Processual assiste a uma quebra de paradigma sem precedentes, na qual se enxerga um clamor social para uma efetiva democratização do Processo, na forma de conferir real oportunidade de diálogo e influência às partes na formação dos provimentos jurisdicionais.

É necessário, portanto, repensar o Processo sob prisma da irreversível coletivização das decisões sociais.

É nesse ponto que uma nova abordagem do Processo Coletivo deve ser estabelecida.

Influenciado por uma anacrônica visão privatista e individualista do Estado Liberal, as ações coletivas são atualmente entendidas como uma versão amplificada das ações de natureza individual, reproduzindo-se seus conceitos, princípios e atributos sem que haja qualquer contestação quanto à tais ideias.

É o que se vê, por exemplo, no tocante ao significado dos termos **direito** e **interesse**, aceitos quase que unanimemente como sinônimos pela doutrina brasileira e estrangeira. Não há qualquer objeção à referida sinonímia, sem que a doutrina se atente para que a semelhança semântica entre os verbetes se dá por equívoco metodológico de Rudolpf von Ihering, que afirmou ser o direito o interesse juridicamente tutelado.

As vicissitudes no tratamento à ciência processual coletiva são aferidas também no que diz respeito à legitimação para agir nas ações coletivas, feita de modo arbitrário e limitador, estando delegada somente à entidades estatais e associações civis previstas em lei, o que afeta a participação dos reais interessados na solução do litígio coletivo, visto que serão esses que de fato sofrerão as consequências da decisão em suas esferas particulares.

A renovação conceitual do Direito Processual Coletivo ainda não alcançou os movimentos transformadores que já começam a ser notados nos processos de natureza individual, em que já se verifica a adoção da Teoria Estruturalista de Processo, concebida por Elio Fazzalari na Itália durante os anos 1970 e introduzida no Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves, que traz uma ampliação do conceito de contraditório. Pela concepção fazzalariana, o contraditório deixa de ser um mero instrumento das partes para dizer e contradizer no tocante ao objeto do processo, mas sim uma indispensável ferramenta de participação delas na formação das decisões judiciais.

É salutar nesse sentido a concepção de ação coletiva como temática que é desenvolvida por Vicente de Paula Maciel Júnior. Em contraposição a noção de direito subjetivo, a ação coletiva como temática retira o foco do Processo Coletivo do sujeito passando para o objeto, no caso, um tema de grande relevância social, sendo possibilitado aos sujeitos processuais efetiva participação na formação da decisão sob a forma de diálogo e influência acerca do tema principal da demanda.

O empenho para que a democratização do processo coletivo deve ser feito de modo incessante. A presente pesquisa não tem a pretensão de apresentar uma solução cabal para conciliar a ampliação da participação das partes no processo e a celeridade da prestação jurisdicional. Entretanto, acreditamos que as tentativas expostas neste trabalho podem servir de ponto de partida para uma efetiva reforma das ações coletivas, de modo a tornarem mais próximas e consonantes às aspirações do Estado Democrático de Direito, consagrado na Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. 2. ed. Torino: G.Giappichelli Editore, 1997.
- ARISTÓTELES. **A política**. 15.ed. São Paulo: Ediouro, 1988.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros. 2006.
- BIANCA, Cesare Massimo. **La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi**. Torino: G.Giappichelli Editore, 2003
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Apontamentos sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais v. 9, 2003.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. **Manual Elementar de Processo Civil**. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Legitimidade dos atos jurisdicionais no Estado Democrático de Direito**. In: DIAS DO AMARAL, Paulo Adyr; RODRIGUES, Raphael Silva. (Org.). **CAD 20 anos: tendências contemporâneas do direito**. 1ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- BOSQUE, Wagner Mendonça. **Princípio da razoável duração do procedimento: Aplicabilidade e operacionalidade no Direito Processual Democrático**. Belo Horizonte, 2009.
- BULOW, Oscar Von. **Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: LZN Editora, 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976.

CAPPELLETTI, **Apuntes sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi, in Le Azione a Tutela di Interessi Collettivi**. Padova, 1976.

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

CARRATA, Antonio. **La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi**. Lucio Lanfranchi *org.* Torino: G.Giappichelli Editore, 2003.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede – volume I: A era da informação: economia, sociedade e cultura**. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, Manuel. **O Poder da Identidade**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di Diritto Processuale Civile**. Napoli: Casa Editrice Dott, 1940.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **La Garanzia Costituzionale Dell’Azione Ed Il Processo Civile**. Padova: Casa Editrice Dott, 1970.

CONSOLO, Claudio; ZUFFI, Beatrice. **L’Anzione di class ex art**. Padova: Casa Editrice Dott, 2012.

COSTA, Fabrício Veiga. **Mérito Processual: A formação participada nas ações coletivas**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos do direito processual civil**. Trad. Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DAVID, René. **Tratado de derecho civil comparado: introducción al estudio de los derechos extranjeros y al método comparativo**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil (v. 4) - processo coletivo**. 1. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, vol 1**. 18ª edição, Salvador: Editora Jus Podivm, 2020.

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.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. Imprenta: Padova, Cedam, 1983.

FAZZALARI, Elio. **Il giusto processo e i ‘procedimenti speciali’ civili**. *In*: Rivista Trimestrale do Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè, anno LVII, 2003.

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

FERREIRA, Juliana Maria Matos. **O modelo participativo de processo coletivo: as ações coletivas como ações temáticas**. Belo Horizonte, 2009.

FERREIRA, Juliana Maria Matos. **O Processo Coletivo e a Cidadania na implementação da democracia**. Belo Horizonte. 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Os reflexos do tempo no direito processual civil (uma breve análise da qualidade temporal do processo civil brasileiro e europeu)**. São Paulo: Revista da Escola Paulista da Magistratura, 2003.

GIDI, Antônio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: 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, 1996.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **A coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor e o conceito de parte**. São Paulo: Revista Forense, 1994.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A problemática dos interesses difusos**. *In*: A tutela dos interesses difusos. São Paulo: Max Limonad, 1984.

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**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade**. In: MILARÉ, Édis. **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. **Três modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa**. Valência, 1991.

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

KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução de Marcelo Backes. Porto Alegre: L&PM, 2008.

LEAL, André Cordeiro. **Processo e jurisdição no estado democrático de direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático**. 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo Civil e Sociedade Civil**. In: Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; Nelson Nery Jr.; Rodrigo Mazzei; Teresa Arruda Alvim Wambier; Thereza Alvim. (Org.). **Direito Civil e Processo - Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim**. 1ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Da Técnica Procedimental à Ciência Processual Contemporânea**. In: Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias; Carlos Henrique Soares. (Org.). **Técnica Processual**. 1ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2015.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2018.

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

LOPES, Allan Duarte, **Audiência Pública e processo democrático**. Belo Horizonte: LemenIuris, 2019.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al Derecho procesal constitucional**. 2002.

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. **Teoria das Ações Coletivas – As ações coletivas como ações temáticas**. Belo Horizonte: LTR, 2006.

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 VIRTUAJUS](http://www.fmd.pucminas.br/Revista_Eletrônica_VIRTUAJUS)> Acesso em: 3.out.2009.

MAURINO, Gustavo; NINO, Ezequiel; SIGAL, Martin. **Las acciones colectivas: Análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado**. Buenos Aires: LexisNexis, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As Tutelas Cautelar e Antecipada**. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária**. São Paulo: RT, 1969.

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

NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa**. In: DIDIER JR, Fredie. (org) **Teoria do Processo – Panorama doutrinário mundial**. 1 ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre G. M. F.; CAMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. **Curso de Direito Processual Civil - Fundamentação e Aplicação**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud; THEODORO JR, Humberto. **Novo CPC - Fundamentos e Sistematização**. 3. ed. São Paulo: GEN Forense, 2016.

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.

PISANI, Andrea. **Proto Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o piu esattamente: superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario.** In *Le Azione a Tutela di Interessi Collettivi*. Padova, 1976.

PUNZI, Carmine. **La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi.** Lucio Lanfranchi *org.* Torino: G.Giappichelli Editore, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil, vol I.** 56ª Edição. Rio de Janeiro, 2015.

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.

VIEIRA, Lucas Theodoro Dias. **O Contraditório nos Tratados Internacionais e sua função quando integrado ao ordenamento interno também pelo Bloco de Constitucionalidade: uma análise a partir do julgamento Palamara Iribarne x Chile.** In: Flaviane de Magalhães Barros. (Org.). **Convencionalidade e Sistema de Justiça: dissonâncias e consonâncias entre a jurisdição internacional de direitos humanos e as decisões do sistema judicial brasileiro.** 1ed. Florianópolis: Emias Editora & Livraria Jurídica, 2018.

VIGORITI, Vincenzo. **Garanzie Costituzionali Del Processo Civile.** Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1970

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

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.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Ordem Jurídica Justa (conceito atualizado de acesso à justiça) Processo Coletivos e Outros Estudos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

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.