

3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL

3.2.1 Breves linhas sobre a legitimação para agir em ações coletivas no Estado Democrático de Direito



Cynthia Lessa Costa

Cynthia Lessa Costa

Acadêmica da Faculdade Mineira de Direito – Puc Minas; ex-estagiária do Ministério Público de Minas Gerais; ex-estagiária do Ministério Público do Trabalho

Resumo

Às vésperas de comemorar os 20 anos da chamada “Constituição Cidadã”, observa-se uma avalanche de propostas de código de processo coletivo. Primeiro o anteprojeto que já tramita no Ministério da Justiça, comumente chamado “Anteprojeto USP” e, mais recentemente o “Código de Processo Coletivo” idealizado por alunos e professores da pós-graduação da Faculdade Mineira de Direito. Escola Paulista e Escola Mineira, divergentes quanto à definição de institutos elementares do Direito Processual, tais como “ação” e “interesse”, enxergam necessidade de promover uma visita crítica à Ação Civil Pública instituída pela Lei n. 7374/85 e uma das razões disso, parece estar em uma incompatibilidade do sistema de “legitimados autorizados” com o Estado Democrático de Direito posto pela “Constituição Cidadã”.

Palavras-chave: interesses, direitos coletivos, Estado Democrático de Direito, ação coletiva, participação, pronunciamento jurisdicional.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade moderna é marcada por uma cultura de massa em que os milhões de indivíduos, por mais diversa que seja a classe social, categoria profissional ou opções de lazer, se vêm em uma mesma situação, vítimas de microlesões provocadas por grandes empresas e ocasionadas pelas necessidades que inegavelmente têm em comum.

Nesse diapasão, o Poder Judiciário começou a se defrontar com um grande número de ações propostas por um sem número de indivíduos que envolviam uma mesma lesão, provocada, muitas vezes pelo mesmo agente.

Observada essa realidade, os estudiosos e operadores do Direito enxergaram a necessidade de criar mecanismos que tornassem a defesa desses direitos “pouco menos que idênticos” daqueles indivíduos mais eficiente, ao passo que se desafogava o Poder Judiciário.

No Brasil, o primeiro instrumento de defesa de direito que tocava uma coletividade de indivíduos foi o dissídio coletivo, ação típica da Justiça do Trabalho.

Afora aquele instrumento, que apenas servia às categorias profissionais e econômicas, apenas em 1965 fomos conhecer um instrumento de proteção de direitos pertencentes à uma coletividade, era a Ação Popular.

Vinte anos mais tarde, em 1985, o legislador disponibilizou outro e, até os atuais dias, o mais utilizado instrumento de defesa de direitos coletivos, a Ação Civil Pública.

A ação Civil Pública é, sem dúvida, o mais importante instrumento de defesa de direitos transindividuais disponível para os brasileiros, em especial após a promulgação da Constituição da República de 1988 que ratificou a existência de direitos fundamentais que ultrapassam a esfera individual.

Entretanto, às vésperas do aniversário de 20 anos da Magna Carta Brasileira, observa-se a inquietação dos juristas em

relação a esta Lei e sua recepção total pela Constituição Cidadã, Isso porque, ao contrário da anciã Ação Popular, a Ação Civil Pública não pode ser proposta por qualquer cidadão, apenas pelos legitimados extraordinários eleitos pelo Legislador Ordinário, o que contraria o espírito democrático perquirido pelo Constituinte Originário.

2. LEGITIMAÇÃO PARA AGIR E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Surgidos os “direitos coletivos”, os doutrinadores e os que receberam do Estado a função legislativa trataram de traçar as regras para propositura das ações em defesa daqueles direitos. Entretanto o fizeram sem desvencilhar-se do paradigma liberal e subjetivo do Código de Processo Civil Brasileiro, o que resultou em um modelo de ação coletiva que elenca legitimados à sua propositura sem analisar sua consonância com o Estado Democrático de Direito.

Em seu artigo 1º, a Constituição da República de 1988, vigente, impõe a democracia como modelo adotado pela República Federativa do Brasil e, mais adiante, para que não houvesse dúvidas sobre os parâmetros verdadeiramente democráticos que pretendia adotar, afirmou, no parágrafo único do referido artigo, que todo o poder emana do povo.

Com esse apontamento em mente discorrer-se-á, neste capítulo, sobre o modelo constitucional de legitimação para agir nas ações coletivas, ou seja, sobre a legitimação adequada aos parâmetros de um Estado Democrático de Direito.

Diversos estudiosos de Direito Processual e do modelo de Estado de Direito Democrático, apontam a participação popular em todos os momentos de construção normativa como pressuposto da Democracia. É como definem, com magnificência merecedora de transcrição literal, os professores Rosemiro Leal e Vicente Júnior:

(...)nas democracias, a jurisdição é o conjunto de conteúdos jurídicos (materiais-processuais assegurados pelo devido

processo constitucionalizado na criação, recriação, definição, interpretação, e aplicação das leis por todos os agentes legitimados no recinto da Sociedade Jurídico-Político Democrático de Direito (LEAL, 2004).

E um Estado será democrático se os processos de definição de competências forem difusos à participação da sociedade para que seja o direcionamento da vontade de um determinado Estado. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p.118)

Propõe Cattoni Oliveira, em obra iluminada (2005), que ao afirmar os direitos fundamentais do homem, a sociedade reconheceu que queria ter seus atos limitados por lei, mas por lei que ela própria construísse, delimitando, assim, a legitimidade de uma norma jurídica pela participação de seus destinatários, por meio discursivo, da construção do direito e, marcando a divisão e ruptura com o Estado Liberal, que reclamava uma atividade legislativa negativa à medida que exigia apenas o mínimo de normas necessárias à manutenção das liberdades individuais.

Ao contrário do que ficou demonstrado a partir da Declaração dos Direitos Fundamentais do Homem, na fase liberal não se exigia uma legislação participativa em que o próprio sujeito limitava seus direitos por meio de normas construídas em conjunto, ao contrário, exigia-se apenas a não limitação de seus direitos por normas, ressalvado o limite material do direito do outro.

O que se verifica, assim, é a passagem para um momento histórico no qual a liberdade é entendida não como a possibilidade de fazer tudo o quanto queira até o limite do direito objetivo do outro, mas como a possibilidade de agir dentro do limite traçado pelo próprio indivíduo, após argumentação isonômica com as mais variadas classes da sociedade e construção plural do direito.

É, portanto, pressuposto de realização da democracia em um Estado, e direito fundamental do homem, a participação dos cidadãos de todo o processo que envolva a criação, afirmação, aplicação e, por fim controle da lei.

Conforme afirmado anteriormente, a Constituição da República outorgou o poder ao povo¹ e delegou funções a vários órgãos, dentre eles os dos Poderes Judiciário, Legislativo e os do Ministério Público.

Além disso, a Magna Carta garantiu, em seu artigo 5º, XXXV, como direito fundamental individual e coletivo, que a lei não excluiria da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a lesão.

Conclui-se, com base nas considerações anteriores que, um Estado Democrático de Direito não pode conviver com a usurpação da participação popular em qualquer estágio da legitimação da norma, bem como não deve conceber um Poder Judiciário que se negue a apreciar demandas propostas por qualquer cidadão na defesa e seus direitos.

Não obstante essa prescrição de ordem constitucional, o Poder Legislativo vem editando leis que excluem a participação do indivíduo da atividade jurisdicional.

Exemplo é a Lei da Ação Civil Pública, que concede a vários legitimados extraordinários o papel de representantes

adequados, excluindo o próprio titular do direito, o indivíduo, de requerer a apreciação pelo Poder Judiciário de fato jurídico que tenha ocasionado lesão a seus próprios direitos fundamentais.

Nessa sistemática, a apreciação judicial de lesões aos direitos dos jurisdicionados fica orbitando sobre suas cabeças, sem que estes possam nela intervir.

Não se oferece a qualquer do povo, no espaço processual, a possibilidade de discursar e argumentar por si, quando há fato que lesione, além de direito seu, direito de uma coletividade.

Ao revés, negam-se duas vezes os direitos fundamentais: legislam atendendo a interesses próprios, quais sejam, não correrem o risco de serem eles próprios, executores de função legislativa, submetidos a procedimento em contraditório com os cidadãos e retira-se dos legitimados constitucionais faculdades, garantias a eles atribuídas pela própria Carta Maior.

A situação em que o povo brasileiro se encontra hoje é, mais uma vez, magistralmente traduzida pelo professor Vicente Júnior (2006, p.121):

Em uma lógica compreensível, mas perversa, tanto os legisladores, quanto os governantes utilizam-se do instituto processual da legitimação para agir como mecanismo limitador do acesso à justiça a todos os interessados difusos. Com isso, somente teriam a possibilidade de ajuizar demanda coletiva algumas poucas entidades e desde que cumprissem certos requisitos pré-estabelecidos na norma.

Assim, sob a argumentação de que é incumbência do Ministério Público a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o Poder Legislativo retira do indivíduo a prerrogativa de defender seus próprios interesses da forma que melhor entender.

Todo esse emaranhado de disposições que regulam (excluem) a participação do indivíduo das lides em que se discutem “direitos coletivos” sugere que aqueles que legislam pelo povo (por ele escolhido) não acreditam na maioria de seus eleitores.

Retira-se do povo a capacidade de argumentarem em juízo nas causas que lhe dizem respeito, por se acreditar que ele não tem os atributos necessários à defesa dos direitos dos grupos.

Delegam, portanto, a legitimação a intérpretes autorizados para que estes guiem o povo e guardem² sua Constituição.

A gravidade dessa usurpação de faculdades está na inviabilização do devido processo legal, já que se nega a participação na lide pelas partes, estas entendidas no conceito Fazzalariano (2006, p.369).

Há na atribuição de legitimação para propositura de ações coletivas apenas a determinados entes, a negação do processo constitucional, visto que irremediavelmente suprimido o contraditório, este entendido, novamente utilizando a técnica bem abalizada de Rosemiro Leal (2005, p.10), como:

A oportunidade de produção formalizada de sentido e assegurada a partir dos conteúdos de um ordenamento jurídico na preparação de um provimento (decisão) que possa afetar

¹ Ressalte-se que, conforme aponta Vicente Júnior, em um Estado Democrático de Direito os indivíduos não têm poder algum, posto que este não pode mais ser personalizado na figura humana, sendo regulado por processos discursivos dentro da sociedade.

² Dhenis Cruz Madeira, em sua Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade Mineira de Direito.

acertamento ou jurissatisfação de direitos processualmente alegados.

Esse problema envolvendo a legitimação processual no Estado Democrático de Direito está na base da estruturação do processo coletivo.

Revisitando o conceito de ação, agora sob a ótica de um Estado Democrático de Direito (deixando, portanto, para trás a visão subjetivista, liberal e privatística que orientou o Código de Processo Civil Brasileiro), o professor Vicente Maciel Júnior concluiu pelo inverso do que afirmava Liebman, grande processualista.

Enquanto Liebman afirmava ter a ação conteúdo de poder, Maciel Júnior conclui que o poder reside na norma e esta atribui ao sujeito a faculdade de exercer o direito de ação, que a propósito, não é subjetivo, já que pendente de reconhecimento e validação, ou pelo contraditório ou pelo Poder Judiciário, mas objetivo, já que previsto em norma abstrata. Conclui com técnica o processualista:

A ação como ato de provocar a manifestação da jurisdição não pode, portanto, ser entendida como poder, mas como faculdade. Isso se deve ao fato de que o indivíduo não tem mais poder algum, porque a partir do advento do Estado de Direito o poder passou a ser gerido pela norma. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p.129).

Assim, interligando a definição de Maciel Júnior ao capítulo I do título II da Constituição vigente, conclui-se que o exercício do direito de ação é faculdade, elevada ao status de direito fundamental garantido aos indivíduos para viabilizar (ou, pelo menos *pretendendo* viabilizar) a defesa de seus direitos abstratamente previstos na norma, seja em forma individual ou coletiva.

Essa faculdade foi, como dito, atribuída pela Constituição, norma suprema em um Estado Democrático de Direito, assim sendo, não cabe nem ao legislador ordinário, nem ao Poder Judiciário delimitar ou impedir o exercício dessa faculdade. Isso porque, conforme já se expôs, só a lei tem poder, os demais componentes da sociedade apenas exercem funções ou atribuições por ela delegadas.

Mas, além da óbvia necessidade de atendimento dos dispositivos constitucionais, qual a importância de inserir o indivíduo na discussão judicial que envolve “direito coletivo”?

A importância está diretamente ligada às lições de Elio Fazzalari: negar a participação no processo de quem será afetado por seu resultado é, por óbvio, retirar desse indivíduo a possibilidade de influenciar o pronunciamento jurisdicional que repercutirá em sua esfera individual.

É essa a crítica que se faz à Lei da Ação Civil Pública: ela elege representantes adequados para a defesa dos interesses individuais dos diversos membros da sociedade, como se não

fossem tempos de pluralidade cultural, social e de interesses, e exclui, afasta do contraditório a participação do interessado direto no resultado da prestação jurisdicional e, portanto, na instrução processual.

Nessa esteira, um modelo processual, para que esteja em consonância com o paradigma democrático de estado, principalmente de um estado que reconhece expressamente em seu texto constitucional a inafastabilidade da jurisdição, não poderá excluir a legitimação e participação ativa de qualquer do povo no processo que envolva direitos a ele afetos, seja deduzindo a pretensão, seja produzindo provas, seja discutindo os argumentos dos demais legitimados na instrução da lide.

Conclui-se ser necessário idealizar um modelo processual que parta do objeto da ação para definir quem serão os legitimados, e não que os defina previamente.

Isso porque sempre que for elencado taxativamente em lei quem serão os legitimados para propor determinada demanda, haverá o risco de excluir do processo e, portanto, do contraditório, pessoa que poderia contribuir para a formação do pronunciamento jurisdicional e que, em última análise, terá sua esfera de interesses atingida por aquela decisão.

Noutro turno, embora pareça razoável, a prática demonstra ser infundado o receio de que a abertura do processo coletivo ao destinatário do pronunciamento jurisdicional irá abarrotar o Poder Judiciário, ou estão os gabinetes dos Magistrados recheados de ações populares?

3. CONCLUSÃO

O aniversário de 20 anos da Constituição Cidadã vem marcado por uma grande discussão em favor de uma codificação, ou melhor, da instituição de um “processo” coletivo no ordenamento jurídico brasileiro.

Há já um anteprojeto tramitando no Ministério da Justiça e um *código modelo* idealizado nas salas de aula da Faculdade Mineira de Direito, sendo certo que vários autores têm se proposto a dissertar sobre o assunto.

Caminhamos bem, mas, conforme muito bem prescreveu o Professor Gregório Assagra de Almeida³, a criação de um código de processo coletivo é um passo importantíssimo e, em assim sendo, deve mesmo ser debatido pelo maior número de pessoas possível.

Contudo, entre a elaboração de uma proposta e a sua submissão à apreciação pelos que têm competência para inserir leis em nosso ordenamento, imprescindível é verificar se o modelo eleito coaduna-se com os princípios da inafastabilidade de jurisdição e do devido processo constitucional, em especial no que tange o contraditório.

³ Para conhecer melhor o ponto de vista do autor, consulte sua obra: “Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação”. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Constituição da República federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. São Paulo: RT, 2007.
- BRASIL. Lei n. 7347 de 24 de julho de 1985, disponível em <www.planalto.gov.br> Acesso em 15 jan. 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação Civil Pública. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- CRUZ, Álvaro Ricardo. Jurisdição Constitucional Democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2004;
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Apontamentos sobre o Estado Democrático de Direito*. Revista VirtuaJus, ano 1, n.2. Belo Horizonte: Faculdade Mineira de Direito, out. 2002. Disponível em <<http://www.fmd.pucminas.br/VirtuaJus/virtuaJus>> Acesso em 21 mar. 2008
- FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual. Campinas: Bookseller, 2006.
- GRINOVER, A.P.; CASTRO, A.G.; WATANABE, K. Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: RT, 2007.
- JÚNIOR, Vicente de Paula Maciel. Teoria das Ações Coletivas: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: Ltr, 2006.
- LEAL, Rosemiro Pereira. O Garantismo Processual do Direitos Líquidos e Certos. In MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Org.) Direito e Legitimidade. São Paulo: Landy, 2003;
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo e Democracia. A Ação Jurídica como Exercício da Cidadania*. VirtuaJus, n. 1, jul. 2005; Disponível em <<http://www.fmd.pucminas.br/VirtuaJus/virtuaJus>> Acesso em 21 mar. 2008;
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo e Hermenêutica Constitucional*. VirtuaJus, n. 1, jul. 2004; Disponível em <<http://www.fmd.pucminas.br/VirtuaJus/virtuaJus>> Acesso em 21 mar. 2008
- LENZA, Pedro. Teoria Geral da Ação Civil Pública. São Paulo: RT, 2005.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir. p.13. São Paulo: RT, 1991.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Direito e Legitimidade: uma reconstrução da tensão entre constitucionalismo e democracia nas tradições republicana e liberal do pensamento político moderno à luz da Teoria Discursiva de Jürgen Habermas*. Revista da Faculdade Mineira de Direito. V.8, n. 16, 2º semestre. Belo Horizonte: PUC Minas, 2005.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito: Três Ensaios Críticos*. VirtuaJus, n.1, jul. 2002. Disponível em <<http://www.fmd.pucminas.br/VirtuaJus/virtuaJus>> Acesso em 21 mar. 2008.
- PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Bastos. O Paradigma do Estado Democrático de Direito e as Teorias do Processo. VirtuaJus, n.1 ago. 2003. Disponível em <<http://www.fmd.pucminas.br/VirtuaJus/virtuaJus>> Acesso em 21 mar. 2008.