

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

ACESSO À JUSTIÇA II

LUIZ FERNANDO BELLINETTI

REGINA VERA VILLAS BOAS

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

A174

Acesso à justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Fernando Bellinetti; Regina Vera Villas Bôas.– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-528-

7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração.
XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade Federal do Maranhão -
UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
[www.portais.ufma.br/PortalUfma/
index.jsf](http://www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf)

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

ACESSO À JUSTIÇA II

Apresentação

O desafio de se conciliar o Direito, a Democracia e as instituições do sistema de Justiça em nosso país é uma tarefa difícil e importante a qual os operadores do direito tem se dedicado diuturnamente em nosso país.

A academia tem colaborado de forma decisiva para esta tarefa e o Conpedi tem sido, há mais de duas décadas, um espaço fecundo para o debate sobre o tema e sua consequente implementação como instrumento transformador, objetivando alcançar a sociedade livre, justa e solidária, preconizada em nossa Constituição Federal.

O Grupo de Trabalho Acesso à Justiça II, cujas atividades foram realizadas durante o XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, em São Luis do Maranhão, no período compreendido entre os dias 15 a 17 de novembro de 2017, confirmou essa trajetória.

As contribuições de pesquisadores de diversos programas qualificados de pós-graduação em direito enriqueceram a apresentação e discussão dos Grupos de Trabalho, possibilitando uma troca de experiências, estudos e investigações visando ao trabalho contínuo de pesquisa acadêmica, com o escopo de orientar a prática jurídica.

Do exame e discussão dos trabalhos selecionados foi possível identificar a riqueza dos textos com investigações pertinentes ao acesso à justiça nos seus mais variados matizes.

Foram apresentados e discutidos doze trabalhos, que veicularam percucientes estudos e análises sobre o acesso à justiça.

Os temas foram os seguintes: o fenômeno da judicialização, a crise da legalidade e o sistema de precedentes; a possibilidade de se visualizar o precedente como requisito da petição inicial; o cabimento da ação rescisória contra a decisão antecipatória estabilizada; a efetividade do acesso à justiça por meio do IRDR; a teoria das ações temáticas como instrumento de acesso à justiça no processo coletivo; a aplicação da mediação no ambiente escolar; o big data e as políticas públicas; usucapião extrajudicial de bem imóvel; transexualidade e registro civil; e a contribuição cartorial para a redução de demandas judiciais.

Tomara que a leitura dos trabalhos aqui apresentados possa reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e a satisfação que foi para nós coordenar esse Grupo, momento singular de aprendizado profundo sobre o tema.

É por isso que os coordenadores têm a satisfação de levar à publicação mais uma obra coletiva, que testemunha o conjunto de esforços do Conselho e seus associados, reunindo estudos e pesquisas sobre a temática Acesso à Justiça.

Esperando que a obra seja bem acolhida, os organizadores se subscrevem.

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti – UEL

Profa. Dra. Regina Vera Villas Bôas – PUC/SP e UNISAL/SP (Lorena)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**ACESSO À JURISDIÇÃO NO PROCESSO COLETIVO: UMA ANÁLISE DA
TEORIA DAS AÇÕES COLETIVAS COMO AÇÕES TEMÁTICAS NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**ACCESS TO JURISDICTION IN COLLECTIVE PROCESS: AN ANALYSIS OF
THE THEORY OF COLLECTIVE ACTIONS ACTIONS AS THEME AS LAW
DEMOCRATIC**

Gabriela Oliveira Freitas

Resumo

O presente trabalho tem por objeto a análise do acesso à jurisdição no processo coletivo, buscando criticar a limitação da legitimidade para agir nesses procedimentos, o que não foi corrigido com a promulgação do novo Código de Processo Civil, apesar das inovações no sentido de coletivizar os procedimentos judiciais. Para tanto, analisou-se o conceito de acesso à jurisdição em contraponto com a Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas, de forma a aproximar o estudo do Processo Coletivo das diretrizes do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Estado democrático de direito, Processo constitucional, Processo coletivo, Ações temáticas

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims at the analysis of access to the jurisdiction in the collective process, seeking to criticize the legal limitation of actin in these procedures which was not corrected with the enactment of the new Civil Procedure Code, despite the innovations in order to collectivize the judicial proceedings. To this end, it analyzed the concept of access to jurisdiction as opposed to the Theory of Class Actions and Issue Shares, in order to approach the study of the Collective Proceedings of the Democratic State.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democratic state, Constitutional process, Collective process, Thematic actions

1 INTRODUÇÃO

Em 16 de março de 2015, foi sancionado e promulgado o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), depois de uma longa atividade legislativa, com a participação de renomados juristas brasileiros e também dos demais interessados, por meio de diversas audiências públicas. A redação inicial do Projeto, de autoria do Senador José Sarney, que primeiramente tramitou no Senado Federal (Projeto de Lei nº 166/2010), é resultado do trabalho de uma Comissão de Juristas, nomeada no mês de setembro de 2009, presidida pelo Ministro Luiz Fux.

Na apresentação do Anteprojeto desse texto legislativo, foi apresentada uma Exposição de Motivos, em que foram traçadas as diretrizes da mudança pretendida, constando, logo em sua frase inicial, a necessidade de reforma do sistema processual, a fim de proporcionar à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, buscando harmonia com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Assim, manifestou-se o presidente da Comissão que redigiu o anteprojeto, Ministro Luiz Fux:

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão. (BRASIL, 2013).

Percebe-se que a necessidade de uma nova legislação processual é justificada pelo objetivo de alcançar a “harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República” (BRASIL, 2013), para que o processo seja tratado como um meio de concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição e do Estado Democrático de Direito.

Esclarece Luiz Fux:

(...) um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as

garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. (BRASIL, 2013).

A referida mudança se deve ao fato de que, em 1988, com a promulgação da Constituição da República, findou-se um período ditatorial, reconhecendo o texto constitucional, em seu art. 1º, o Brasil como um Estado Democrático de Direito. Assim, tornou-se necessária uma revisitação da noção de processo e dos institutos processuais, para que possam ser compreendidos diante da nova matriz disciplinar.

Dentre tais garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito, inclui-se o acesso à jurisdição, sendo previsto no texto constitucional que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, CR/88).

Referido direito também se encontra expressamente previsto no novo texto processual:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Apesar da previsão expressa, constitucional e legislativa, acerca do acesso à jurisdição, pretende-se demonstrar, no presente trabalho, que o conceito democrático de acesso à jurisdição ainda não foi devidamente apreendido pelo ordenamento jurídico brasileiro, notadamente no que se refere ao processo coletivo. Parte da literatura jurídica ainda compreende o acesso à jurisdição a partir da antiga noção de “acesso à justiça” trabalhada por Mauro Capelletti e Bryan Garth, em que tal acesso se limitava ao exercício do direito de ação, não se preocupando com a continuidade do procedimento, com a formação do mérito processual e com a construção do provimento final.

Todavia, tal entendimento não garante a legitimidade democrática necessária ao processo, sendo, ainda, insuficiente para o Direito Processual Coletivo, como se pretende demonstrar.

A relevância do presente tema encontra-se na atual tendência de coletivização dos procedimentos judiciais, sendo essencial que se repense o processo coletivo, a fim de se assegurar as garantias processuais previstas na Constituição, da mesma forma que se pretende assegurar tais garantias no processo individual.

Assim, pretende-se criticar o atual modelo de processo coletivo, a partir de um contraponto com a teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas, conforme

proposto por Vicente de Paula Maciel Junior. Para tanto, será realizada uma breve análise acerca do processo coletivo, visando aproximá-lo da teoria constitucionalista do processo, adequando-o ao Estado Democrático de Direito.

Para o presente estudo, utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo, partindo-se de uma perspectiva macro para uma concepção micro analítica acerca do tema ora em estudo e, por fim, como procedimento técnico a análise temática, teórica e interpretativa.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O PROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Em 1988, com a promulgação da Constituição da República, findou-se no Brasil um longo período ditatorial. O novo texto constitucional, em seu artigo 1º, reconhece o Brasil como um Estado Democrático de Direito, superando os antigos modelos de Estado, Social e Liberal, e modificando não só os limites da intervenção do Estado na esfera privada, mas também possibilitando a busca da limitação e representação da atuação do Estado pela vontade popular.

Deve-se observar que democracia remete, primariamente, à ideia “governo do povo”, ou seja, democracia significa permitir a participação do povo, conferindo legitimidade à atuação do Estado, nas esferas legislativa, administrativa e judicial, nos termos dispostos no art. 1º, parágrafo único, da Constituição, segundo o qual “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”.

No âmbito jurisdicional, tem-se que é direito do jurisdicionado buscar uma resposta às suas pretensões, com a devida fundamentação, mediante a garantia de ampla participação na construção das decisões, observado, assim, o devido processo legal.

Entende-se, portanto, por Estado Democrático de Direito aquele submetido às “normas do direito e estruturado por leis, sobretudo a lei constitucional”, em que se estabelece uma “estreita conexão interna entre dois grandes princípios jurídicos, democracia e Estado de Direito” (BRÊTAS, 2010, p. 54).

Afirma Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias que:

(...) essa fusão permite criar um sistema constitucional marcado de forma preponderante pela associação do poder político legitimado do povo (democracia) com a limitação do poder estatal pelas normas constitucionais e infraconstitucionais que integram seu ordenamento jurídico (Estado de Direito), sobretudo aquelas pertinentes aos direitos fundamentais. (BRÊTAS, 2010, p. 147).

Assim, nessa matriz disciplinar, o poder é exercido em razão da vontade soberana do povo, que, por meio de uma série de institutos consagrados no ordenamento jurídico, também pode fiscalizar as formas de manifestação e aplicação de tal poder, o que garante a legitimação democrática da atuação do Estado.

Além disso, o Estado Democrático de Direito deve ser compreendido como “não-dogmático”¹, ou seja, aberto à crítica, sem tentar impor verdades absolutas e incontestáveis aos cidadãos.

Em razão da instituição desse novo paradigma, o processo, seja ele individual ou coletivo, deve ser analisado sob uma perspectiva democrática, sendo necessário, para tanto, romper com as teorias do processo que o tratam como um instrumento de poder do Estado, principalmente com a Teoria do Processo como Relação Jurídica, sistematizada por Oskar Von Bulow, já que esta vem servindo, equivocadamente, como marco teórico das legislações processuais brasileiras, de decisões judiciais e estudos jurídicos. Essa vinculação a um marco teórico já ultrapassado vem impedindo a evolução do Direito Processual, o que causa ainda mais dano ao Processo Coletivo, ante a precariedade de seus estudos. Isso porque o processo, seja ele individual ou coletivo, não pode continuar a ser estudado a partir de tal teoria, uma vez que o excesso de poderes e a discricionariedade conferidos ao julgador não se apresentam de acordo com as diretrizes do Estado Democrático de Direito, sendo claramente uma característica do Estado Social.

Segundo a referida teoria, o processo seria uma relação jurídica entre autor, réu e juiz. Essa teoria “se confirma como instrumento de racionalização ideológica da técnica, controlada pelo agir estratégico do intérprete decisor” (BATISTA, 2015, p. 94). No Brasil, essa teoria foi disseminada pela denominada Escola Paulista de Processo ou Escola Instrumentalista do Processo, principalmente por Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. Segundo Rosemiro Pereira Leal, os teóricos dessa escola instrumentalista “conectaram o Processo à Jurisdição, em escopos metajurídicos, definindo processo como se fosse uma corda a serviço da atividade jurisdicional” (LEAL, 2010, p. 79), que culminaria na “Justiça Redentora para todos os homens, trazendo-lhes paz e felicidade”.

¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: Uma Trajetória Conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 3.

Também afirma André Cordeiro Leal que a mencionada “atribuição de escopos metajurídicos à jurisdição coloca o juiz como sujeito privilegiado, na posição de líder inatacável do bando soberano”, permitindo assim que uma aplicação do direito na qual “o juiz está fora da legalidade para fixar os limites do ordenamento e sua direção, colocando o julgador (juiz-fuhrer, como quer Couture) na borda legal que nega a própria normatividade do direito, ou seja, no ponto similar de decretação do estado de exceção schimittiano.” (LEAL, 2008, p. 32/33)

Rosemiro Pereira Leal afirma ser necessária a superação dessa teoria, uma vez que o Estado Democrático de Direito serve “de apoio ao desenvolvimento das teorias do processo desconectadas do Estado Social e da retrocarga que pende sobre a figura idealizada de um julgador magnânimo, só acolhível em sociedades não seculares” (LEAL, 2002, p. 31). Assim, referida doutrina deve ser abandonada, uma vez que, no contexto pós-Constituição de 1988, não se pode compreender o processo como um mecanismo no qual o Estado impõe e consolida sua posição de superioridade, de modo que o debate processual, protagonizado pelos interessados, é relegado a segundo plano.

A partir da análise da epistemologia quadripartite (técnica, ciência, teoria e crítica) e também dos estudos realizados por Karl Popper, a teoria neoinstitucionalista do processo de Rosemiro Pereira Leal racionaliza o espaço procedimental, dessacralizando os estudos dogmáticos do processo e também os preceitos míticos de justiça e paz social, motivo pelo qual essa teoria não pode ser relacionada com as teorias da justiça que tratam da ideia de valores morais pressupostos à sociedade.

Referida teoria retira o magistrado do ponto central do processo, o qual passa a ser construído pelas partes interessadas, que participam da construção do direito, não só no âmbito jurisdicional/instituído, mas também em seus âmbitos instituinte e constituinte, o que significa que a democracia não se encontra somente na aplicação da lei, sendo necessária a “criação, atuação e compreensão de uma legislação democrática”, trabalhando, assim, o direito também em seu nível instituinte, o que geraria “uma solução previsível e juridicamente correta para cada caso e atenta à correção (discussão jurídica) em estágios progressivos de debates (do monocrático ao colegiado” pelo devido processo” (LEAL, 2010, p. 245).

Desse modo, o Direito Democrático deve ser legitimado pela via do processo, que deve ser considerado um instrumento de institucionalização constitucionalizada sociedade da vontade democrática dos cidadãos, superando as noções do Estado

Absolutista e Social, rechaçando, por consequência, a figura do julgador como um ser magnânimo e iluminado.

Nesse sentido:

Não há Estado Democrático de Direito pela imediatividade de valores, metas, categorias ou silogismos, encerrados nos sistemas jurídicos que lhe possam dar suporte, mas pela observância de uma condição jurídico-espacial procedimentalmente processualizada (âmbito estatal democrático) como mediadora técnica de construção, garantia, recriação e aplicação do direito. (LEAL, 2002, p. 122).

Assim, o Estado deve “se ater à principiologia constitucional da democracia”, rompendo, ao mesmo tempo, com “a teoria do Estado Mínimo dos neoliberais” e com o excesso de poderes do Estado Social, comprometendo-se, de modo amplo e irrestrito, “com a liberdade política de participação para equacionar o número de demandas e as respostas surgidas na problemática do povo” (LEAL, 2010, p. 34).

3 ACESSO À JURISDIÇÃO X ACESSO À JUSTIÇA

A fim de permitir a crítica pretendida, torna-se necessário desmistificar o conteúdo da expressão “acesso à justiça” e substituí-la por “acesso à jurisdição”, a fim de adequar o conceito à matriz disciplinar do Estado Democrático de Direito.

Isso porque a expressão “acesso à justiça” leva à falsa compreensão de que as partes terão direito a uma “decisão justa”, sendo inviável, na processualidade democrática, que um conceito tão aberto e incerto, como “justiça” seja colocado como diretriz do processo jurisdicional.

Há muito os filósofos tentam buscar um conceito para a “justiça”, na tentativa de definir o que é justo e, assim, usar o conceito para alcançar uma devida prestação da atividade jurisdicional, sendo que alguns relacionaram a justiça com a ética, valores morais, virtudes, costumes sociais e até mesmo com a felicidade.

As diversas noções possíveis decorrentes do termo justiça, assim como a importância de sua definição para os indivíduos, a sociedade e o Estado, fazem com que todas as vertentes filosóficas, desde os pensadores clássicos da Antiguidade até os pensadores contemporâneos, se debrucem sobre a questão.

Para Aristóteles, a justiça está relacionada com os interesses da sociedade, o bem comum, sendo por ele definida como uma virtude que só pode ser praticada em relação ao outro, conscientemente, para chegar à igualdade ou à observância das leis, tendo como fim último o bem comum.

Já Hobbes relaciona a justiça com a intervenção do poder soberano estatal, com o seu poder coercitivo. É o que se verifica:

(...) para que as palavras “justo” e “injusto” possam ter lugar, é necessária alguma espécie de poder coercitivo, capaz de obrigar igualmente os homens ao cumprimento dos seus pactos, mediante algum terror de algum castigo que seja superior ao benefício que esperam tirar do rompimento do pacto (HOBBS, 2003, p. 124)

Rawls estuda a noção de justiça como uma forma de equidade, que teria por objetivo oferecer condições iguais aos indivíduos, mas também de tentar minimizar as desigualdades entre eles existentes. Assim:

(...) a capacidade de ter um senso de justiça é a capacidade de entender, aplicar e ser em geral motivado por um desejo efetivo de agir em função dos (e não apenas de acordo com) princípios de justiça, enquanto termos eqüitativos de cooperação social. A capacidade de ter uma concepção do bem é a capacidade de formar, revisar e tentar racionalmente realizar tal concepção, isto é, uma concepção do que consideramos que seja para nós uma vida humana digna de ser vivida. (RAWLS, 2000, p. 356).

Depois de mencionar alguns conceitos anteriores sobre o que seja a justiça, chega-se aos estudos de Ricoeur, que a define como a relação com o outro, imediatamente mediada pela instituição, ou seja, Ricoeur afasta a noção de que a justiça seja uma virtude, como afirmava Aristóteles, ou esteja ligada a um direito natural, como acreditava Thomas Hobbes, afastando, ainda, a noção estudada por Rawls, por também não apresentar um conceito “estático” do que seja a justiça, mas sim um conceito variável de acordo com a linguagem e a interpretação/hermenêutica.

Vale, ainda, destacar, que os estudos filosóficos, não só sobre a justiça, passaram por uma grande quebra de paradigma, que influenciou a construção do conceito trazido por Ricoeur, passando da chamada filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, ou seja, percebe-se que a realidade não é mais compreendida somente pela racionalidade humana, podendo ser analisada a partir de uma pluralidade de linguagens, diferentes leituras da realidade decorrentes da cultura, das subjetividades.

O que se percebe, diante dessa breve análise dos conceitos de justiça, é que tal conceito é bastante aberto. E, com a instauração do Estado Democrático de Direito e, por consequência, com a superação dos regimes totalitaristas e do Estado Social, não é mais admissível que se permita que a justiça seja um conceito subjetivo construído a partir de uma concepção isolada do julgador do que seja ou não justo, sendo necessário, portanto, buscar um conceito de justiça que seja compatível com o processo

democrático, motivo pelo qual opta-se por abandonar a expressão “acesso à justiça”, substituindo-a por “acesso à jurisdição”.

Assim, busca-se refutar o entendimento difundido pela doutrina instrumentalista do processo de que “o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em acesso à ordem jurídica justa” (GRINOVER; DINAMARCO; CINTRA, 2006, p. 39).

Ademais, a mesma expressão pode levar a outra ideia equivocada, a de que essa garantia seria correspondente somente ao “acesso ao Judiciário”, exaurindo-se o direito da parte com a apresentação de sua petição inicial, sem incluir as etapas procedimentais sequenciais que se encontram abrangidas no conceito de Jurisdição.

É o que se percebe dos ensinamentos de Mauro Capelletti e Bryan Garth:

A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e justos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.08).

Assim, torna-se necessário compreender o conceito de jurisdição na perspectiva democrática, o qual já se encontra devidamente previsto no art. 4º do novo CPC: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Esclarece Vicente de Paula Maciel Junior:

A garantia constitucional parece ter evoluído no sentido de superar o formalismo e as contradições do sistema dualista do direito subjetivo e da relação jurídica processual. Tanto no tema da ação quanto no processo, a opção do legislador foi a de garantir o acesso a um pronunciamento judicial sobre o mérito. (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 163)

No presente estudo, pretende-se superar a noção de que a atividade jurisdicional seja uma atividade do juiz, como preconiza a Escola Instrumentalista do Processo, segundo a qual a jurisdição é “manifestação do poder estatal”, sendo considerada como a “capacidade de decidir imperativamente e impor decisões”, com a função de “promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo” (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2006, p. 55).

Sobre essa concepção da atividade jurisdicional, critica Rosemiro Pereira Leal:

O Judiciário, nas esperadas democracias plenárias, não é o espaço encantado (reificado) de julgamento de casos para a revelação da Justiça, mas o órgão de exercício judicacional segundo o modelo constitucional do processo em sua projeção de intra e infra expansividade principiológica e regradora. (LEAL, 2001, p. 17).

Para a doutrina instrumentalista, “o conceito de jurisdição não seria jurídico, mas, político, já que ela é expressão do poder do Estado” (GONÇALVES, 2012, p. 157), fazendo com que a atividade do juiz seja influenciada por seus próprios princípios ideológicos, construída unilateralmente por sua clarividência, em uma atividade solitária e solipsista.

No entanto, no contexto democrático, atuação do julgador, portanto, deve ser analisada sob essa perspectiva democrática, o que significa que o exercício da função jurisdicional deve ocorrer mediante ampla participação dos interessados, observando o princípio do contraditório, colocando, assim, as partes no centro do processo e não o julgador, buscando a efetivação do princípio da eficiência na atividade jurisdicional.

É a lição de Alexandre Freitas Câmara:

(...) se a Constituição garante a todos o direito de acesso ao Judiciário, a tal dever deve corresponder – e efetivamente corresponde – um dever jurídico, o dever do Estado de tutelar as posições jurídicas de vantagens que estejam sendo lesadas ou ameaçadas. Tal tutela a ser prestada pelo Estado, porém, não pode ser meramente formal, mas verdadeiramente capaz de assegurar efetividade ao direito material lesado ou ameaçado para o qual se pretende proteção. Em outras palavras, ao direito que todos têm de ir ao juízo pedir proteção para proposições jurídicas de vantagem lesadas ou ameaçadas corresponde ao dever do Estado de prestar uma tutela jurisdicional adequada. (CÂMARA, 2013, p. 57).

Com a instituição do Estado Democrático de Direito, a consequente soberania popular como requisito de legitimidade da atuação estatal, bem como a inclusão do acesso à jurisdição no rol de direitos e garantias fundamentais, a jurisdição deve fundamentar-se no princípio democrático, que significa garantia de participação efetiva dos destinatários das decisões estatais na sua criação, aplicação e fiscalização.

A atividade jurisdicional exercida por meio do processo constitucional deve ser considerada como a função do Estado destinada à repressão de desrespeitos à ordem democrático-legal, sendo “capaz de concretizar condições de desenvolvimento humano através da tutela de direitos fundamentais” (LIMA, 2009, p. 19).

Da mesma forma, a atuação do julgador deve ser analisada sob essa perspectiva democrática, o que significa que o exercício da função jurisdicional deve ocorrer mediante ampla participação dos interessados, observando o princípio do contraditório,

colocando, assim, as partes no centro do processo e não o julgador, buscando a efetivação do princípio da eficiência na atividade jurisdicional.

Nesse sentido é a lição de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

A eficiência e a adequação do serviço público jurisdicional constituem dever jurídico do Estado, por força de recomendação constitucional, e pressupõem, por parte dos órgãos jurisdicionais, obediência ao ordenamento jurídico e utilização de meios racionais e técnicas modernas que produzam o efeito desejado, qual seja, serviço público jurisdicional prestado a tempo e modo, por meio da garantia constitucional do devido processo legal, preenchendo sua finalidade constitucional, a de realizar imperativa e imparcialmente o ordenamento jurídico, apto a proporcionar um resultado útil às partes. (BRÊTAS, 2010, p. 143).

Ademais, a função jurisdicional não mais pode ser vista como um Poder do Estado, mas sim como uma Atividade-Dever, o que impõe, por consequência, a submissão dessa atividade ao princípio da eficiência, exigindo-se que tal atividade também esteja sujeita à responsabilização.

Diante de tais considerações, substitui-se, no presente trabalho, a expressão “acesso à justiça” por “acesso à jurisdição”.

4 TEORIA DAS AÇÕES COLETIVAS COMO AÇÕES TEMÁTICAS E O ACESSO À JURISDIÇÃO

Entende-se por Processo Coletivo aquele que visa tutelar os direitos coletivos, dentre os quais se tem os coletivos em sentido estrito e os difusos e ainda os individuais homogêneos, sendo necessário, portanto, defini-los para uma melhor compreensão do tema proposto.

O modelo adotado pela legislação brasileira prevê que o Processo Coletivo deverá ser instaurado por meio do representante adequado, que é aquele que possui a legitimidade definida em lei, conforme previsto no art. 5º, da Lei de Ação Civil Pública e no art. 82, do Código de Defesa do Consumidor. Assim, no processo coletivo brasileiro, o representante adequado é compreendido como o portador em juízo, a partir de definição legal, dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, não se incluindo no processo coletivo, diretamente, os membros do grupo, categoria ou classes de pessoas, que serão atingidos pelos efeitos da sentença.

Sobre a legitimação para propositura de ações coletivas no direito brasileiro, leciona Hugo Nigro Mazzilli:

Em se tratando de defesa de interesses individuais homogêneos ou interesses coletivos, o lesado, individualmente considerado, não poderá ser autor de pedido coletivo: só poderá, por legitimação ordinária, pedir a defesa de seu próprio interesse em ação individual, quer nesta compareça sozinho ou em litisconsórcio com outros lesados individuais. Mas, em ação civil pública ou coletiva já regularmente ajuizada por um dos co-legitimados do art. 5º da LACP ou do art. 82 do CDC, o indivíduo que compartilhe lesão individual homogênea ou coletiva apenas pode habilitar-se como assistente litisconsorcial, desde que, tendo processo individual em andamento, a tempo tenha requerido sua suspensão. (MAZZILLI, 2005, p. 301).

Em assim sendo, no sistema representativo adotado pelo direito brasileiro, somente os representantes adequados, com autorização legal, podem propor e participar da ação coletiva, sem a participação direta dos interessados, que serão diretamente afetados pela decisão proferida. Assim, o instituto da legitimidade para agir acaba por funcionar “como um mecanismo limitador do acesso à justiça a todos os interessados difusos” (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 121).

Deve-se levar em consideração que a preocupação inicial de estudos do processo coletivo consistia, exatamente, em incluir no procedimento a tutela de direitos daqueles que, em tese, não teriam condições de ter acesso ao Judiciário. Veja-se:

Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer em juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um “representante adequado” para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam citados individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da coisa julgada, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos.” (CAPPELLETTI; GARTH., 1988, p. 50).

Todavia, o modelo representativo do processo coletivo adotado pelo sistema brasileiro somente permite a tutela de direitos coletivos, caso algum representante adequado instaure o procedimento, retirando dos demais interessados, que serão atingidos pelos efeitos da sentença, não só a possibilidade de iniciar um procedimento de natureza coletiva (apesar da possibilidade de fazê-lo individualmente), mas, ainda, de participar da construção do provimento final.

Por isso, com o objetivo de superar o referido sistema e adotar um modelo adequado às diretrizes do Estado Democrático de Direito, a obra “Teoria das Ações Coletivas: As ações coletivas como ações temáticas”, de Vicente de Paula Maciel

Junior, apresenta proposta de ampliação da legitimidade para agir no processo coletivo, o que acaba, por conseguinte, ampliando a participação dos interessados na construção do provimento jurisdicional e modificando a noção de acesso à jurisdição.

É claro que, no Estado Democrático de Direito, deve também o Processo Coletivo ser organizado em total observância ao devido processo legal, “bloco aglutinante de direitos e garantias fundamentais inafastáveis ostentados pelas pessoas do povo” (BRETAS, 2010, p. 125), que abrange garantias, tais como o contraditório, ampla defesa, direito ao advogado, fundamentação das decisões, necessárias para legitimar o processo.

Nesse contexto, o referido autor trata as ações coletivas como “ações temáticas”, com ampla e irrestrita participação definida a partir do tema debatido no feito, permitindo que qualquer dos interessados possa demandar por meio de uma ação coletiva e que todos os outros interessados na mesma ação possam manifestar “interesses contrários aos já afirmados” (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 188). Segundo o autor, a participação é um problema que se encontra na base da estrutura do Processo Coletivo, sendo a legitimação para agir “a chave para a compreensão da dimensão desse fenômeno (...)” (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 121).

Afirma Vicente Maciel Junior que a “ação coletiva é uma forma de linguagem jurídica adequada à colocação em debate do discurso sobre questões controvertidas na sociedade” (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 119). Segundo o autor, nos modelos representativos como é o atual modelo adotado pela legislação brasileira, ocorre a “exclusão dos indivíduos nos processos judiciais através da limitação da legitimação para agir” (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 119). Assim, ele propõe que a “demanda coletiva deve ser essencialmente participativa, no sentido de permitir que o maior número de legitimados interessados possa defender suas teses em juízo” (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 178).

Em assim sendo, no Processo Coletivo, “a legitimação do provimento decorrente de uma ação coletiva se dá pelo procedimento que permita a inclusão dos legitimados para a participação na construção da decisão” (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 178), tendo em vista a observância ao devido processo legal e ao modelo constitucional do processo.

Assim, é o ensinamento de Vicente de Paula Maciel Junior:

O que será fundamental para estabelecer os limites da demanda e, por conseguinte, da extensão dos futuros efeitos da coisa julgada nas

ações coletivas será uma clara definição sobre o mérito ou o conteúdo da demanda, que não será formado apenas pelo objeto do pedido constante na petição inicial, mas pela efetiva oportunidade de ingresso na ação do maior número de interessados difusos que tenham teses diferentes dos já existentes no processo. Isso necessariamente provoca a possibilidade de alteração ou ampliação do mérito da ação proposta, o que é de admissão restritíssima dentro do processo civil individual. (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 180).

O modelo proposto é mais adequado ao Estado Democrático de Direito, uma vez que permite a formação participada do provimento jurisdicional, legitimando todos os interessados à propositura da demanda, permitindo, também, que participem da formação do mérito processual.

Tem-se, portanto, que é necessária a ampliação do instituto da legitimidade para agir nas ações coletivas, devendo esta ser tratada como “temática”, ou seja, a partir da discussão de um “tema”.

Nesse sentido, é lição do referido autor:

As ações coletivas não devem ser rígidas quanto à formação do mérito, porque se o fato abrange um número indeterminado de interessados, é natural que dentre eles existam manifestação de vontades em sentidos diferentes e muitas vezes contraditórios. A ação dos diversos interessados difusos deve conduzir a uma possibilidade de ‘ampliação flexível do mérito no processo coletivo’. Se assim não for, corre-se o risco de se transformar a decisão judicial do processo coletivo em uma visão unilateral e representativa apenas de uma parcela dos interessados difusos na questão litigiosa. (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 180).

E prossegue:

A importância da ação coletiva fundada em direito difuso ser temática é que ela trará para o seu bojo um conjunto maior de questões para serem discutidas e terá maiores condições de abranger o conflito pelos diversos ângulos que ele possua. Isso será fundamental para que se possa estabelecer uma política legislativa sobre a preclusão das questões referentes ao processo coletivo, afetando diretamente o tema da coisa julgada. (MACIEL, 2006, p. 181)

Assim, a referida proposta acerca do processo coletivo consiste em permitir uma ampla e irrestrita participação dos interessados, necessária para a construção do provimento jurisdicional no Estado Democrático de Direito.

Assim, sobre a construção participada do provimento jurisdicional, ensina Vicente de Paula Maciel Junior:

Quanto maior a participação dos interessados na formação do mérito maior será a possibilidade de que esse processo represente o conflito coletivo de forma ampla. Isso é de extrema importância porque terá

repercussões nos efeitos da sentença coletiva e na extensão da coisa julgada. (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 179).

Constata-se, portanto, que na referida teoria, o processo coletivo não é mais tratado como relação jurídica entre juiz, autor e réu, não se permitindo que o magistrado profira suas decisões de acordo com suas próprias convicções, o que ocorre é a aproximação do processo coletivo às diretrizes do Estado Democrático de Direito.

Sobre a referida teoria, leciona Juliana Maria Mattos Ferreira:

No Estado Democrático de Direito não se pode permitir que o juiz seja, solitariamente, o decisor que dará ao fato natureza individual ou coletiva. O pronunciamento jurisdicional hábil a incidir sobre a esfera dos bens de número indeterminado ou indeterminável de pessoas deverá ser construído pelos interessados, de forma participativa e isonômica, conforme assegura a Constituição Brasileira.

Neste íterim as ações temáticas configuram uma estrutura normativa que se rege pelos princípios e regras constitucionais, ressaltando o caráter participativo, afastando as distorções entre as ações individuais e as ações coletivas, garantindo, desse modo, o ingresso dos interessados difusos (afetados pela decisão) na construção da decisão, adota, justamente, a linha objetivista. (FERREIRA, 2009, p. 185).

Afirma, também, que:

A organização dos interessados não deverá permitir que os interesses individuais sejam suprimidos em prol de uma estruturação que afasta qualquer participação. Concebida como uma ação que detém uma ampla esfera de participação, a ação temática, ao ampliar o rol dos legitimados para a propositura de ações que atinjam um bem que afete um número indeterminado ou indeterminável de interessados, se afigura como um procedimento democrático. (FERREIRA, 2009, p. 184).

Desse modo, “o processo coletivo no modelo constitucional de democrático deve viabilizar amplamente o exercício da cidadania através da participação ampla e direta de todos os interessados na construção do mérito da demanda” (COSTA, 2011, s/p).

Tem-se, portanto, que ora analisada teoria garante às partes o efetivo exercício do contraditório em simétrica paridade, de modo a influir na construção do provimento jurisdicional, cujos efeitos irão suportar. Ou seja, tal teoria permite uma ampliação do acesso à jurisdição, tal como pretendido pelo texto constitucional, assegurando que qualquer interessado possa ajuizar demanda de natureza coletiva e, ainda, que os outros interessados poderão participar desse mesmo procedimento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Induvidoso, diante de tais considerações, que o Processo, no Estado Democrático de Direito, deve ser considerado um verdadeiro mecanismo de efetivação de direitos fundamentais, permitindo a ampla participação dos interessados, ou seja, permitindo que as partes que irão sofrer os efeitos do provimento jurisdicional possam influenciar em sua construção.

Constata-se que, para se adequar ao princípio democrático, a teoria do processo concebeu o processo como forma de garantia dos direitos fundamentais, assegurando que as partes participem em contraditório da formação do provimento jurisdicional.

No entanto, tal evolução ainda não alcançou a legislação que tutela os direitos coletivos, em que permanece o sistema representativo, com a limitada participação dos interessados, desde o início do procedimento, não sendo possível a participação em qualquer fase processual, defeito esse que não foi corrigido no novo Código de Processo Civil.

Conclui-se, ao final deste estudo, que o modelo adotado na legislação brasileira para o Direito Processual Coletivo não se encontra em conformidade com o Estado Democrático de Direito e suas diretrizes, tendo em vista que não permite a todos os interessados e afetados pela decisão jurisdicional participar de sua construção, mas tão-somente aqueles com legitimidade prevista na legislação. Assim, não há observância da garantia do acesso à jurisdição.

Assim, para reconhecer a legitimidade do provimento jurisdicional proferido nas ações coletivas, bem como a sua vinculação a todos os interessados, é necessário permitir que esses interessados participem, por meio do efetivo exercício do contraditório, da construção da decisão, o que só é possível pela teoria das ações coletivas como ações temáticas, que também permitirá seja garantido o amplo acesso à jurisdição a todos os interessados e não só àqueles considerados adequados representantes no procedimento coletivo.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Silvio de Sá. Teoria Processo da Relação Jurídica como Técnica Ideológica de Julgamento: Uma Estagnação Científica. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Técnica Processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pelegrini. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

COSTA, Fabrício Veiga. A compreensão crítico-constitucional-democrática do amicus curiae a partir da teoria das ações coletivas como ações temáticas . In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10550&revista_caderno=9 >. Acesso em fev 2017.

FERREIRA, Juliana Maria Matos. *O Modelo Participativo de Processo Coletivo – As ações coletivas como Ações Temáticas*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Pontifícia Universidade Católica, Belo Horizonte.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, André Cordeiro. *A Instrumentalidade do Processo em Crise*. São Paulo: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria da Decisão Jurídica*. Rio de Janeiro: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo – Primeiros estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: Uma Trajetória Conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas: As ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006.

MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento e Cognição*. Curitiba: Juruá, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18. ed. São Paulo: Saraiva: 2005.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

RICOEUR, Paul. *O Justo*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.