

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

JOANA RITA DE SOUSA COVELO DE ABREU

MARCO FILIPE CARVALHO GONÇALVES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

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 Naspolini 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

P962

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Joana Rita de Sousa Covelo de Abreu; Marco Filipe Carvalho Gonçalves; Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-505-8

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

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Efetividade. 3. Direitos sociais. 4. Interpretação. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34



VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O VII Encontro Internacional do CONPEDI foi realizado em Braga – Portugal, em parceria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) com a Universidade do Minho, Escola de Direito e Centro de Estudos em Direito da União Europeia, no período de 07 a 08 de setembro de 2017, sob a temática INTERCONSTITUCIONALIDADE: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial – Atualização e Perspectivas.

O Grupo de Trabalho PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA 1 desenvolveu suas atividades na data de 08 de setembro de 2017, no Complexo Pedagógico 2, no Campus da Universidade do Minho, de 09h00min às 13h00min, e contou com a apresentação de sete artigos científicos que, por suas diferentes abordagens e aprofundamentos científico-teórico-práticos, possibilitaram discussões críticas na busca de aprimoramento do renovado sistema comparado Brasil-Portugal de Direito Processual.

Os textos foram organizados em três blocos temáticos, coerentes com a sistemática do respectivo Grupo de Trabalho, podendo-se destacar nas pesquisas:

1 – No texto intitulado “SISTEMATIZAÇÃO, ESTRUTURA E PRINCIPIOLOGIA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO”, a autora Helena Patrícia Freitas aborda o Código de Processo Civil de 2015, sistematizado para sua integração com as normas fundamentais processuais trazidas pela Constituição do Brasil de 1988. Examina incongruências entre o CPC/2015 e a CR/88 e a crise da efetividade processual, pela não conformação de alguns dispositivos da nova codificação civil com o devido processo constitucional.

2 – Para Ana Lucia Pretto Pereira, em trabalho apresentado sob o título “INTERCONSTITUCIONALIDADE: CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE E CORREÇÃO LEGISLATIVA DE ATOS JUDICIAIS”, analisadas as possibilidades jurídicas de controle judicial de constitucionalidade e também de correção legislativa de atos judiciais, como resposta técnico-jurídica para o problema da correção legislativa de decisões judiciais. Ao final, conclui pela juridicidade da correção legislativa, com as ressalvas jurídicas apresentadas no texto.

3 – O trabalho intitulado “JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E PROCESSO COLETIVO DEMOCRÁTICO-PARTICIPATIVO: UM ESTUDO CRÍTICO-ANALÍTICO DO AMICUS CURIAE”, Fabrício Veiga Costa desenvolve o modelo de processo coletivo representativo apontando limitações a participação dos interessados na construção do mérito nas ações coletivas, pois o legislador define os legitimados à propositura da ação. Aborda que a atual sistemática do amicus curiae não legitima democraticamente a participação dos interessados no debate do mérito processual, reproduzindo o modelo autocrático de processo coletivo centrado na representatividade, pelo que necessária a busca de solução para o problema.

4 - Renata Bolzan Jauris e Luiz Fernando Bellinetti, em trabalho intitulado como “MEDIDAS ESTRUTURANTES DA DECISÃO E CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS”, investigam a possibilidade de utilização das decisões estruturais como técnica de implementação dos direitos complexos e fluidos especialmente na implantação de políticas públicas, e se o direito processual civil brasileiro possibilita a utilização da referida técnica. Finalmente, o texto busca estabelecer as linhas gerais quanto ao controle judicial das políticas públicas, conceituar as medidas estruturantes e avaliar a possibilidade de sua utilização como forma de otimizar a efetivação judicial dos direitos sociais.

5 – Com a temática “NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: UM ESTUDO SOBRE A VIABILIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO NA EVOLUÇÃO DA CIÊNCIA PROCESSUAL E NO MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO NO BRASIL”, Rosalina Moitta Pinto da Costa desenvolve a ciência processual ao longo da história, e a viabilidade de aplicação de instituto no Brasil, diante da sua previsão no CPC/15. Estuda o processo cooperativo, quando analisa a possibilidade de realização de convenções processuais com respaldo nos direitos fundamentais e garantias constitucionais no atual processo civil brasileiro.

6 - Manoela Bitencourt desenvolve seu estudo “O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROCESSO DO TRABALHO FACE AO REGRAMENTO PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA” com a análise das correntes interpretativas existentes na atualidade acerca da aplicação do instituto previsto no CPC/15 ao Direito Processual do Trabalho, observado o contraditório e da ampla defesa. Questiona a aplicabilidade ao processo do trabalho deste instituto, pelo princípio da simplicidade das formas dos atos processuais trabalhistas e o princípio da proteção, mas a conclusão é pela aplicabilidade, assegurando às partes o devido processo legal.

7 – Em trabalho intitulado “QUERELA NULLITATIS INSANABILIS COMO INSTRUMENTO DE DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS”, Poliana Cristina Gonçalves e Liliana Maria Gomes visam demonstrar que a Querela Nullitatis Insanabilis subsiste no Direito Processual brasileiro como meio de desconstituição da coisa julgada inconstitucional no âmbito dos juizados especiais cíveis, não se mostrando possível propor ação rescisória para rever uma decisão que se modelou em lei ou ato inconstitucional, embasando seu fundamento no próprio controle de constitucionalidade. O texto ainda aborda o princípio da segurança jurídica, a certeza e estabilidade das relações sociais, e o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Como se viu, aos leitores mais qualificados, professores, pesquisadores, discentes da Pós-graduação, bem como aos cidadãos interessados nas referidas temáticas, a pluralidade de relevantes questões e os respectivos desdobramentos suscitam o olhar sobre os avanços e retrocessos do Direito Processual no eixo Brasil-Portugal e a necessidade de se evoluir na discussão sobre a atualização e perspectivas da Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial.

Finalmente, os coordenadores do Grupo de Trabalho – PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA 1, agradecem a colaboração dos autores dos artigos científicos e suas instituições multiregionalizadas, pela valorosa contribuição ao conhecimento científico e ideias para o aprimoramento democrático-constitucionalizado do Direito Comparado Brasil-Portugal.

Braga-Portugal, setembro de 2017.

Professora Doutora Joana Rita de Sousa Covelo de Abreu (UMINHO)

Professor Doutor Marco Filipe Carvalho Gonçalves (UMINHO)

Professor Doutor Sérgio Henriques Zandona Freitas (FUMEC/IMDP)

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

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E PROCESSO COLETIVO DEMOCRÁTICO-PARTICIPATIVO: UM ESTUDO CRÍTICO-ANALÍTICO DO AMICUS CURIAE

CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND DEMOCRATIC-PARTICIPATORY COLLECTIVE PROCESS: A CRITICAL-ANALYTICAL STUDY OF THE AMICUS CURIAE

Fabício Veiga Costa ¹

Resumo

O modelo de processo coletivo representativo limita a participação dos interessados na construção do mérito nas ações coletivas, pois o legislador define os legitimados à propositura da ação. Em contrapartida, o processo coletivo democrático assegura aos interessados o direito de construir discursivamente o provimento final, pois os legitimados ao debate das questões controversas são definidos pelo objeto da demanda. A atual sistemática do amicus curiae não legitima democraticamente a participação dos interessados no debate do mérito processual, reproduzindo o modelo autocrático de processo coletivo centrado na representatividade.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional, Processo coletivo democrático, Sistema participativo, Amicus curiae

Abstract/Resumen/Résumé

The representative collective process model limits the participation of the interested parties in the construction of merit in collective actions, since the legislator defines those legitimated to the proposition of action. On the other hand, the democratic collective process guarantees to the interested parties the right to construct discursively the final provision, since those legitimated to the debate of controversial issues are defined by the object of the demand. The current amicus curiae system does not democratically legitimize the participation of interested parties in the debate on procedural merit, reproducing the autocratic model of collective process centered on representativeness.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional jurisdiction, Democratic collective process, Participative system, Amicus curiae

¹ DOUTOR EM DIREITO - PUCMINAS. PÓS-DOUTOR EM EDUCAÇÃO - UFMG. PROFESSOR DO MESTRADO EM PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIVERSIDADE DE ITAÚNA

1. Introdução

O objetivo geral da presente pesquisa científica é estudar o *amicus curiae* sob a ótica da processualidade democrática, ou seja, pretende-se compreender a jurisdição constitucional e o processo coletivo na perspectiva democrático-participada para, assim, analisar se o instituto do *amicus curiae*, da forma como se encontra sistematizado no Brasil assegura ou não a ampla construção discursiva do provimento final pelos sujeitos juridicamente afetados e interessados.

Inicialmente desenvolveu um estudo da jurisdição constitucional, de modo a demonstrar que se trata de direito fundamental corolário do exercício da cidadania, visto que o acesso ao judiciário sob a perspectiva democrática condiciona-se ao direito de todos os interessados no provimento final terem a real oportunidade de debater os pontos controversos da demanda e, assim, serem co-autores do conteúdo decisório. Nesse cenário, o processo constitucional é visto como um *lócus* de ampla discursividade das questões controversas da demanda por todos os interessados, oportunidade em que revisitaremos o protagonismo judicial e a clássica concepção de que o magistrado é dotado da legitimidade jurídica pressuposta em decidir solitariamente temas que versam sobre direitos da coletividade.

O atual modelo de processo coletivo vigente no Brasil pauta-se no sistema representativo, ou seja, o legislador, de forma apriorística, foi quem definiu os sujeitos que gozarão da legitimidade processual ativa quanto à propositura da ação civil pública. Importante ressaltar que a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7347/85) é clara ao estabelecer dentre os legitimados a fazenda pública, Ministério Público, Defensoria Pública e outras instituições, não incluindo nesse rol o cidadão. Isso evidencia que o modelo de processo coletivo brasileiro é autocrático, haja vista que exclui explicitamente o cidadão do rol dos legitimados e interessados em participar da construção do mérito processual, embora seja diretamente afetado pelos efeitos do provimento final.

Em contraponto ao modelo representativo vigente, o texto da Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 1º, trouxe expressamente o sistema participativo como meio de garantir a democraticidade dos provimentos jurisdicionais que versam sobre direitos difusos e coletivos. Ou seja, sob a ótica da constitucionalidade democrática todo sujeito afetado (direta ou indiretamente) pelos efeitos jurídicos do provimento final tem legitimidade jurídica de integrar o espaço processual para definir e debater os pontos controversos da demanda, construindo dialeticamente o mérito processual das ações coletivas.

O processo coletivo democrático, fundado no modelo participativo, definirá os legitimados a debater as questões de mérito a partir do objeto da demanda, não por pressuposições legislativas advindas de juízos apriorísticos. No momento em que uma demanda coletiva é levada ao Judiciário é que se torna possível identificar quais serão os sujeitos afetados pelos efeitos do provimento final, ampliando-se casuisticamente o rol de legitimados a integrar o espaço processual de debate das questões de mérito que integram a pretensão coletiva.

O fundamento central do debate do processo coletivo no modelo participativo encontra-se na Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas, de autoria do jurista mineiro Vicente de Paula Maciel Júnior. Todo tema correlato ao objeto de uma ação coletiva inicialmente levada ao Judiciário poderá ser debatido no âmbito processual, permitindo-se que todo sujeito que demonstre interesse de um tema apresentado tenha legitimidade jurídica de participar da construção do provimento.

A partir de todas essas proposições teóricas, indaga-se: a atual sistemática jurídica vigente no Brasil com relação ao *Amicus Curiae* é condizente com o modelo de processo coletivo participativo ou ainda se encontra centrado no modelo representativo? O cognominado “amigo da corte”, quando integra o debate meritório das questões controversas de uma demanda coletiva, garante amplamente a participação de todos os sujeitos afetados pelo provimento final? Ao longo de presente pesquisa pretende-se demonstrar e debater se o instituto do *Amicus Curiae* compatibiliza-se ou não com o modelo de processo coletivo democrático, além de investigar sua pertinência com a jurisdição constitucional.

Por meio da pesquisa bibliográfica, realizada a partir de autores que investigam o tema debatido, foi possível apresentar proposições teóricas decorrentes das análises temáticas, históricas, interpretativas e comparativas. A abordagem crítica do *amicus curiae* no contexto do processo coletivo democrático ressignificou a sistemática de construção discursivo-participada dos provimentos coletivos, demonstrando a necessidade de inclusão de todos os interessados no espaço de debate das questões meritórias. O estudo específico do tema-problema ocorreu através da utilização do método dedutivo, partindo-se da concepção macroanalítica, qual seja, o estudo do processo coletivo no Estado Democrático de Direito, delimitando-se a abordagem mediante a utilização de proposições microanalíticas, quais sejam, a averiguação da compatibilidade do *amicus curiae* com o modelo de processo coletivo democrático (sistema participativo) ou autocrático (sistema representativo).

2. A constitucionalização da jurisdição e do processo no Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito trouxe para a ciência processual substanciais alterações paradigmáticas, especialmente no sentido de compreender o processo, a jurisdição e a ação sob o enfoque constitucional. Nessa seara, o processo passa a ser visto como uma garantia constitucional que viabiliza o exercício da cidadania por meio da concretização dos Direitos Fundamentais expressamente previstos no plano constituinte e pela oportunidade dos interessados nos provimentos finais participarem discursivamente da construção e debate das questões controversas que integram o mérito da demanda.

A superação do modelo autocrático de jurisdição, centrado essencialmente no poder conferido aos julgadores de decidir unilateralmente as pretensões a eles submetidas, ocorreu com o advento da co-participação de todos interessados na construção do provimento jurisdicional. Nessa perspectiva, a jurisdição constitucional passa a ser compreendida como o direito fundamental assegurado indistintamente a todos os sujeitos de não se submeterem aos julgamentos solipsistas e solitariamente proferidos pelos magistrados.

A democracia é um *lócus* de dialogicidade das questões de interesse da coletividade. Os destinatários dos provimentos estatais devem integrar esse espaço democrático com a finalidade de debaterem isonomicamente todas as questões que versam sobre os direitos sociais e coletivos. Essa participação do cidadão na vida do Estado somente será considerada genuinamente democrática se os sujeitos do discurso estiverem no mesmo plano de argumentação jurídica, e se as controvérsias e questões levantadas pelos sujeitos do debate forem igualmente analisadas quando da construção do provimento final.

O pressuposto básico da Democracia Participativa é que os sujeitos do diálogo estejam no mesmo plano jurídico de argumentação e debate. Quando o Estado-Juiz se coloca em posição superior aos sujeitos do discurso, impondo soberanamente sua decisão, fica claramente comprometida a legitimidade democrática dos provimentos estatais.

As bases para a compreensão crítico-epistemológica do Estado Democrático de Direito¹ encontram-se na Hermenêutica Discursivo-Constitucional, ou seja, na superação do personalismo hermenêutico, de interpretações meramente literais, gramaticais, históricas, teleológicas. O entendimento da sistematicidade jurídico-constitucional faz-se necessária na

¹ Entende-se por Estado Democrático de Direito o regime político cujas bases encontram-se na Constituição e na garantia de participação discursiva do cidadão no conhecimento e construção dos provimentos estatais. Falar em Estado Democrático de Direito é assegurar a co-originalidade entre a autonomia pública e privada. A existência de uma estrutura circular representa o substrato teórico da compreensão processual do Estado Democrático de Direito.

pós-modernidade² para que as normas sejam interpretadas a partir do texto da Constituição. A jurisdição, nesse contexto, não pode mais ser vista como o poder-dever do Estado Juiz de dizer o direito no caso concreto, e o processo não pode ser compreendido como mero instrumento para o exercício da jurisdição (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005). No Estado Democrático de Direito, a jurisdição é um direito fundamental e o processo a garantia constitucional do cidadão (DIAS, 2004, p. 107-118).

Nessa seara, a democracia é o regime político capaz de garantir formal e materialmente o exercício dos direitos fundamentais, cuja legitimidade jurídica dos provimentos passa pela participação efetiva dos seus destinatários na sua construção, conforme entendimento preconizado por Habermas³.

O legítimo exercício dos direitos fundamentais se dá pelo processo constitucional, visto como um *locus* de implementação dos princípios do contraditório (compreendido como o espaço processualizado para a construção do provimento)⁴; da isonomia processual (consistente na possibilidade de se buscar a concretização de oportunidades jurídico-processuais que não venham permitir tratamento jurídico diferenciado e de forma infundada); e da ampla defesa (cujo exercício se condiciona ao tempo processual oportunizado na lei, nunca restringindo o direito fundamental de liberdade de defesa em prol do fetiche da celeridade processual, muitas vezes equivocadamente interpretada a partir da sumarização do tempo e limitação na prática de atos processuais).

De autoria do jurista e pesquisador mineiro José Alfredo de Oliveira Baracho no início da década de 1980, a Teoria do processo constitucional se propõe a discutir, de forma pioneira no Brasil⁵, o tema Constituição e Processo⁶, trazendo para a comunidade acadêmica

² “A pós modernidade do discurso filosófico-constitucional se faz pela apreensão da democracia como teoria processual de resolução do impasse da modernidade ainda radicalizado na recusa em preencher o vazio da linguagem deixado ao longo de século de dominação legal pelo autoritarismo da razão prescritiva, embora já acentuadamente laicizada (desencantada) em seus juízos de validação, não é apta a encaminhar o convívio em sociedades pluralísticas e transculturais da atualidade. É preciso destruir o fetiche do Estado de Justiça que esta a emperrar a transição para a pós modernidade, que reclama o exercício jurídico de bases discursivas ao assentamento de uma comunidade jurídica a se instituir por si mesma por uma auto-inclusão processual no sistema democrático já constitucionalizado como ocupante legitimada desse espaço jurídico ainda apropriado por gestores arcaizados que se louvam numa razão instrumental de uma jurisdição (dicção de um direito culturalizado) salvadora da realidade hostil à realização dos direitos fundamentais”. (LEAL, 2002, p. 30).

³ Neste ponto, é possível enfeixar as diferentes linhas de argumentação, a fim de fundamentar um sistema dos direitos que faça *jus* à autonomia privada e pública dos cidadãos. Esse sistema deve contemplar os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo (HABERMAS, 2003, p. 154).

⁴ “Conclui-se que o Processo, ausente o contraditório, perderia sua base democrático-jurídico-principlológica e se tornaria um meio procedimental inquisitório em que o arbítrio do julgador seria a medida colonizadora da liberdade das partes” (LEAL, 2004, p. 103).

⁵ Baracho foi o pioneiro do estudo do tema no Brasil haja vista que o mexicano Hector Fix-Zamudio tenha realizado estudos anteriores sobre o tema Constituição e Processo, conforme explicita com muita clareza o professor Rosemiro Pereira Leal:” Ombreia-se a Baracho, consoante este mesmo reconhece, no estudo pioneiro

reflexões científicas no sentido de compreender o processo como instituto constitucional e metodologia garantidora do exercício dos direitos fundamentais (DIAS, 2004, p. 112) por meio das ações constitucionais.

O Direito Constitucional possibilitou juridicamente a aquisição, pelos homens, da condição de cidadãos mediante a previsão legislativa da inviolabilidade dos direitos fundamentais, das garantias e princípios constitucionais (CHAVES, 2004, p. 45). O estudo do processo constitucional (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 75-76) na pós-modernidade viabiliza indagações acerca da Hermenêutica Constitucional, do controle de constitucionalidade, da aplicabilidade e do exercício dos direitos fundamentais como meio de fiscalização da construção dos atos e provimentos estatais.

O processo constitucional democrático é a instituição jurídica que legitima a implementação dos direitos expressa e previamente previstos no plano constituinte. Ou seja, qualquer conduta estatal ou privada que culmine na limitação ou supressão do exercício e da concretização desses direitos deverá ser objeto de análise da processualidade democrática. Nesse sentido, o processo constitucional é o espaço que garante a discursividade isonômica dos direitos que deverão ser implementados pelo Estado e demais instituições (públicas ou privadas) em favor do cidadão. Ao Judiciário cabe a responsabilidade de se utilizar da jurisdição constitucional como meio de viabilizar o exercício e a implementação da cidadania e dignidade humana.

A jurisdição constitucionalmente democratizada é uma função estatal que supera o protagonismo judicial, pois o magistrado não pode se utilizar de argumentos apriorísticos, metajurídicos, axiologizantes e pressupostos como justificativa para negar o reconhecimento

do tema Constituição e Processo, o jurista mexicano Hector Fix-Zamudio que dedicou várias obras e artigos ao assunto, assinalando que tal aproximação (Constituição e Processo) ocorrera após a Segunda Grande Guerra Mundial. No entanto, só recentemente é que, sob a denominação de modelo constitucional do Processo, ficou explícito, por estudos de Ítalo Andolina, que o Processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que, pela principiologia constitucional do devido processo que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, da isonomia e do contraditório, converte-se em direito-garantia impostergável e representativo de conquistas teóricas da humanidade no empreendimento secular contra a tirania, como referente constitucional lógico-jurídico, de interferência expansiva e fecunda, na regência axial das estruturas procedimentais nos segmentos da administração, da legislação e da jurisdição” (LEAL, 2004, p. 93).

⁶ “A relação existente entre Constituição e Processo é apontada por vários publicistas, desde que o texto fundamental traça as linhas essenciais do sistema processual consagrado pelo Estado. A Constituição determina muitos dos institutos básicos do processo, daí as conclusões que acentuam, cada vez mais, as ligações entre a Constituição e o Processo. A jurisprudência e a doutrina preocupam-se, cada dia mais, com os direitos fundamentais, daí a necessidade de medidas processuais que tenham como finalidade tutelar a liberdade, a igualdade e a dignidade, inspirando-se em princípios de justiça individual e social. As Constituições da Itália, Alemanha Federal, França, Espanha e outras, posteriores à Segunda Grande Guerra Mundial, estabeleceram expressa e implicitamente múltiplas garantias constitucionais de caráter processual. Na América Latina sempre ocorreu grande despreocupação nesse setor, apesar de algumas tentativas proveitosas” (BARACHO, 1984, p. 122).

de direitos fundamentais expressamente previstos no texto constitucional, visto que o constitucionalismo processual representa forte reação à tirania e ao totalitarismo dos Estados (LEAL, 2000, p. 94).

Com o objetivo de compreender a teoria processual a partir da processualização do discurso democrático pelos princípios constitucionais, o jurista mineiro Rosemiro Pereira Leal propõe uma nova concepção de processo a qual denomina Teoria Neo-institucionalista do Processo.

O combate à sumarização da *Cognitio*, ou seja, a “*Jurisdição Relâmpago*”; a ofensa aos princípios constitucionais do contraditório, isonomia, ampla defesa, direito ao advogado, gratuidade da atividade jurisdicional; a crítica dirigida aos magistrados que não buscam os limites de sua atuação na lei, mas sim, no axiologismo e no bom senso, bem como a superação e releitura da compreensão do processo como instrumento e a jurisdição como poder são alguns dos inúmeros temas objeto dessa teoria.

Buscando-se os fundamentos teóricos precipuamente na doutrina da legitimação democrática do direito preconizada por Jürgen Habermas (2003, p. 190-191) e na visão crítica falibilista⁷ de Karl Popper (1987, p. 396), Rosemiro Leal se propõe a estudar o processo no Estado Democrático de Direito a partir da premissa de que o processo não é uma simples espécie de procedimento, mas sim, instituição constitucionalizada regente das estruturas procedimentais preparatórias de provimentos estatais. Há uma identidade científica existente entre a Teoria Neo-institucionalista do processo e a Teoria do modelo Constitucional do Processo, já que ambas buscam o seu fundamento teórico nos direitos fundamentais. Todavia, daquela teoria se afasta na medida em que coloca o processo como pressuposto de legitimidade “de toda criação, transformação, postulação e reconhecimento de direitos pelos provimentos legiferantes, judiciais e administrativos” (LEAL, 2000, p. 97).

A democratização do processo coletivo perpassa pela superação do modelo técnico-autocrático do processo e da jurisdição como recintos da perpetuação da vontade exclusiva do julgador e pelo advento do entendimento crítico-constitucionalizado do modelo de processo, que se materializa por meio de um espaço procedimental-legitimante, em que o provimento

⁷ “[...] Por falibilismo entende aqui a opinião, ou a aceitação do fato, de que podemos errar e de que a busca da certeza (ou mesmo a busca de alta probabilidade) é uma busca errônea. Mas isto não implica que a busca de verdade seja errônea. Ao contrário, a idéia de erro implica a da verdade como padrão que podemos não atingir. Implica que, embora possamos buscar a verdade e até mesmo encontrar a verdade (como creio que fazemos em muitíssimos casos), nunca podemos estar inteiramente certos de que a encontramos [...] Mas o falibilismo não precisa, de modo algum, dar origem a quaisquer conclusões céticas ou relativistas. Tornar-se-á isto claro se considerarmos que todos os exemplos históricos conhecidos de falibilidade humana – incluindo todos os exemplos conhecidos de erros judiciários – são exemplos do avanço de nosso conhecimento” (POPPER, 1987, p. 395-396).

jurisdicional é reflexo do debate isonômico e incessante das questões meritorias por todos os sujeitos que poderão ser atingidos pelos efeitos jurídicos do conteúdo decisório.

O processo na teoria do direito democrático é um sistema de institucionalização do discurso que oportunizará a legitimação do provimento pela participação das partes juridicamente interessadas na argumentação da pretensão deduzida. As proposições que teorizam o direito democrático são produto da instauração do discurso no plano instituinte e constituinte, vez que “a positivação do direito democrático não parte de uma *ontologia ínsita à norma* (nomogênese), como preconizam os jusnaturalistas, os fenomenologistas e os realistas, em suas múltiplas e engenhosas vertentes conjecturais, mas é elaborado no recinto discursivo de juridificação procedimental definidora dos critérios de produção, aplicação e garantia de direitos” (LEAL, 2002, p. 75-76).

Os reflexos do direito democrático na seara do processo coletivo são exteriorizados pelo exercício da cidadania⁸, que é um conceito que não deve ficar adstrito à participação dos interessados no processo. A leitura mais adequada da cidadania, sob a égide do modelo constitucional de processo, é aquela que se constrói pela legitimidade de ampla fiscalidade do sujeito quanto à validade, a eficácia, a criação, a aplicação e a interpretação do direito e da norma jurídica utilizados como critérios e fundamentos da decisão.

Ser cidadão, nesse contexto, é ter a possibilidade de influenciar diretamente no conteúdo da decisão a partir do debate amplo do direito legítimo utilizado como conteúdo meritório da demanda. A atividade fiscalizatória é exercida por quem detém a titularidade do direito de ação, que deve ser visto como um direito incondicionado e irrestrito em que os próprios destinatários do provimento podem se reconhecer como co-autores da normatividade vigente. A cidadania é consequência da processualização constitucionalizada do conceito de “povo”, uma vez que a noção de soberania popular decorre da perspectiva de um sujeito, cujo exercício da cidadania, passa pela condição de protagonista do discurso ora instaurado no espaço processual democratizado pela argumentação.

Os reflexos de todas essas proposições teóricas, no contexto do processo coletivo, coincidem com a necessidade de elaboração de uma teoria geral do processo coletivo que

⁸ É que, quando escrevemos, em direito democrático, sobre *cidadania* como conteúdo de *processualização* ensejadora da *legitimidade decisória*, o que se sobreleva é o nivelamento de todos os componentes da comunidade jurídica para, individual ou grupalmente, instaurarem procedimentos processualizados à correição (fiscalização) intercorrente da produção e atuação do direito positivado como modo de *auto-inclusão* do legislador-político-originário (o cidadão legitimado ao *devido processo legal*) na dinâmica testificadora da validade, eficácia, criação e recriação do ordenamento jurídico caracterizador e concretizador do tipo teórico de estabilidade constitucionalizada. Em *direito democrático*, o processo abre, por seus princípios institutivos (isonomia, ampla defesa, contraditório) um espaço jurídico-discursivo de auto-inclusão do legitimado processual na *comunidade jurídica* para a construção conjunta da *sociedade jurídico-política*. [...] (LEAL, 2002, p. 150).

contemple o modelo de processo constitucional no Estado Democrático de Direito e que se estruture na proposta de criação e de utilização do *locus* jurídico de argumentação e dialogicidade instaurada entre os sujeitos legitimados ao debate da pretensão

O fato das demandas coletivas afetarem um número indeterminado de pessoas, inclusive o próprio Estado, é que torna necessária a observância do princípio democrático como norma jurídica regente do processo coletivo, a fim de assegurar a todos a maior amplitude possível de controle dos critérios norteadores do debate fático-jurídico a ensejar a construção participada do mérito processual no contexto das ações coletivas.

3. O atual modelo de processo coletivo brasileiro centrado no Sistema Representativo

As proposições teóricas que fundamentam o processo coletivo vigente no Brasil são de natureza dogmática e construídas a partir da herança individualista e autoritária do processo civil, cujo entendimento e compreensão advêm do exercício da autoridade e do poder jurisdicional pelo julgador. Essa aceção autocrática, utilizada como ideologia regente no estudo do processo coletivo lhe retira qualquer possibilidade de discussão e análise no plano da constitucionalidade democrática.

Ao contrário do sistema da *Class Action*⁹ adotado nos Estados Unidos da América, em que o cidadão diretamente pode ser autor das ações coletivas, no Brasil adotamos o sistema representativo, através do qual temos um rol taxativo de legitimados para a propositura das ações coletivas. A limitação trazida por esse rol taxativo é o fundamento da exclusão de todos os interessados difusos na construção do provimento, pelo simples fato de não ter sido autorizado pelo legislador.

A reconstrução dos fundamentos teóricos do processo coletivo se faz necessária para viabilizar a revisitação e a superação da visão privatística do processo coletivo vigente no

⁹ Outro padrão adotado é o dos Estados Unidos, Canadá, Austrália e outros países que admitem a *class action*. Nesse sistema há um alargamento do juízo para a discussão de um problema referente a uma classe ou categoria de pessoas. Aquele que propõe a ação (chamado de *class actor*) não precisa de prévia autorização através de lei específica. Normalmente é uma associação que se apresenta em juízo como representante de uma classe. O ressarcimento do dano não fica limitado ao indivíduo prejudicado, alcançando toda a extensão do ato violador. O juiz deve exercer um importante papel de controle da admissibilidade da representação (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 139-140). Segundo Vigoriti (1979, p. 261), a “class actio” é oriunda do *Bill of Peace* do direito inglês, no século XVII, cujo desenvolvimento e importância somente foram alcançados com a Regra 23 das *Federal Rule of Civil Procedure*, de 1938. Nessa norma se reafirma que somente se pode recorrer à *class action* quando resulte praticamente impossível unir no mesmo processo todos os interessados (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 142)

Brasil. Compreender o processo coletivo pelo viés do processo civil é reconhecer a exclusão dos interessados difusos e coletivos na construção do provimento estatal. Estudar o processo coletivo a partir da concepção teórica preconizada pelos estudiosos do processo civil é o mesmo que reconhecer um modelo de processo através do qual os legitimados processuais serão apenas aqueles sujeitos ou aquelas instituições aleatoriamente escolhidos pelo legislador como aptos à proteção dos direitos coletivos e difusos.

O estabelecimento do rol de legitimados, ou seja, a definição, pelo legislador, de algumas instituições legitimadas à propositura das ações coletivas (ex. Ministério Público) é considerada uma das demonstrações mais claras de que temos uma vertente essencialmente autoritária para o entendimento do processo coletivo. Tal afirmação se justifica inicialmente pelo fato do atual modelo de processo coletivo adotado no Brasil ser distinto teoricamente daquele modelo de processo preconizado e trazido pela Constituição brasileira de 1988.

A base de todo o processo coletivo brasileiro vigente encontra-se no Sistema Representativo. Trata-se de um modelo de processo através do qual o legislador unilateralmente é quem define os legitimados à propositura de uma ação coletiva. O cidadão, além de não participar das discussões legislativas acerca da elaboração da lei que implementará o processo coletivo no Brasil, é excluído do rol de legitimados a propositura da ação coletiva (ação civil pública).

A previsão do Sistema Representativo no processo coletivo brasileiro vigente denota a adoção da ideologia perpetrada por uma cognominada assembléia de especialistas, composta por pessoas presumidamente mais preparadas para exercer, em nome dos demais interessados, os direitos coletivos e difusos. A escolha de instituições ou de determinadas pessoas e a sua legitimação para atuarem em nome de todos os interessados difusos e coletivos demonstra a inadequação e a incompatibilidade com o modelo de processo coletivo democrático. Nesse sentido ressalta-se que “[...] com o acesso das massas à justiça, grandes parcelas da população vêm participando do processo, conquanto por intermédio dos legitimados à ação coletiva” (GRINOVER; MENDES; WATANABE, 2007, p. 12-13).

A adoção do Sistema Representativo exterioriza a opção do legislador brasileiro pela legitimidade extraordinária¹⁰ como fator regente de praticamente todo o processo coletivo no

¹⁰ [...] Os modelos de legitimação para agir que se seguiram, como veremos adiante, na verdade procura reduzir o fenômeno coletivo, difuso, a um sistema de representação no qual se reconheceria a “um” ente ou a uma pessoa qualidada para representar a vontade de todos. Como veremos, isso nada mais é do que a reprodução do modelo da legitimação para agir do processo individual, no qual um sujeito eleito pela norma como o detentor da legitimação representa todos os possíveis interessados e em nome deles atua como um representante adequado daqueles que suportam os efeitos do provimento (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 135).

Brasil. O artigo 5º da Lei 7.347/85¹¹ traz como legitimados à propositura da ação civil pública o Ministério Público, a Defensoria Pública, os entes da Administração Pública Direta (União, Distrito Federal, Estados e Municípios), os entes da Administração Pública Indireta (Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista) e as associações constituídas há pelo menos um ano nos termos da legislação civil brasileira e que inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ao patrimônio artístico, histórico, turístico, estético e paisagístico.

Pela análise do texto legal que institui a ação civil pública resta claro que o cidadão não é considerado parte legítima para figurar como autor da respectiva ação coletiva, tendo em vista que o legislador optou expressamente pelo Sistema Representativo como fator regente do modelo de processo coletivo adotado no Brasil.

Em contrapartida, verifica-se que a Constituição brasileira de 1988 traz no seu artigo 1º a soberania popular e a cidadania dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, instituindo-se o princípio da participação popular como o parâmetro para o entendimento discursivo-constitucional-democrático do modelo de processo coletivo a ser adotado no Brasil a partir de 1988.

A institucionalização do Estado Democrático de Direito como a forma de Estado adotada pelo Brasil representa expressamente a intenção do legislador constituinte revisitar e superar o modelo de processo coletivo desenvolvido essencialmente a partir do Sistema Representativo. Pretendeu o legislador constituinte implementar o Sistema Participativo como norte ao entendimento crítico do processo coletivo constitucional democrático.

O fato do legislador constituinte estabelecer no parágrafo único do artigo 1º da Constituição brasileira de 1988 o exercício da soberania popular através de representantes eleitos, não pretendeu excluir a possibilidade de exercício direto da soberania popular pelo interessado difuso no âmbito do processo coletivo.

O processo coletivo não pode mais ser reduzido a um mero instrumento para o exercício da jurisdição, cujo rol de legitimados é aquele taxativamente estabelecido pelo legislador. Pensar e discutir o processo coletivo a partir do sujeito, ou seja, sob o prisma do Sistema Representativo, é reconhecer a sua incompatibilidade com o modelo de processo

¹¹ Os legitimados para a ação civil pública são aqueles que integram o rol do art. 5º da Lei Federal nº 7347/85, ou então, aqueles constantes do rol do art. 82 da Lei Federal nº 8078/90, sempre lembrando que as disposições desse último diploma se aplicam não apenas às ações coletivas em que se tutelem os interesses transindividuais dos consumidores, mas também a quaisquer interesses difusos, coletivos, ou individuais homogêneos, diante da reciprocidade dos diplomas, criadas através do art. 21 da Lei de Ação Civil Pública e do art. 90 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (VIGLIAR, 1999, p. 74).

trazido pelo legislador constituinte, uma vez que o respectivo sistema jurídico é excludente ao não viabilizar a participação de todos os interessados na pretensão na construção do provimento.

A Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas, de autoria do jurista Vicente de Paula Maciel Junior, reconstrói teoricamente todo o processo coletivo ao propor a superação do Sistema Representativo pelo Sistema Participativo. O processo coletivo deixa de ser visto sob o enfoque do sujeito, ou seja, o legislador não tem legitimidade para definir imperativamente quais serão as pessoas ou as instituições legitimadas a propositura de uma ação coletiva de forma genérica e abstrata. Dessa forma, o processo coletivo¹² passa a ser estudado e compreendido especificamente a partir do objeto, tendo em vista que será a partir da pretensão inicialmente deduzida é que teremos condições de auferir casuisticamente quem serão as pessoas a figurarem como partes legitimamente interessadas a participar da construção discursivo-democrática do mérito da ação coletiva.

A legitimidade dos interessados difusos e coletivos no debate processual do mérito é auferida na medida em que a análise da pretensão denota que a demanda atinge “um fato e um bem sobre a qual a tutela judicial vai incidir e poder envolver um grande numero de interessados” (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 173). Nesse mesmo sentido, Vicente de Paula Maciel Junior afirma que “a definição judicial sobre o fato que atinge um numero grande de interessados revela que a demanda é coletiva” (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 173).

Pela interpretação sistemática da Constituição brasileira de 1988 é possível auferir que a Lei da Ação Civil Pública não foi recepcionada na parte que estabelece um rol taxativo dos legitimados a sua propositura, excluindo-se desse rol o cidadão. A justificativa para fundamentar a tese da não recepção da Lei 7347/85 pela Constituição de 1988 foi a opção do legislador infraconstitucional pelo Sistema Representativo quanto ao rol taxativo de legitimados processuais ativos a propositura da ação civil pública, contrariando o artigo 1º, parágrafo único da Constituição brasileira de 1988, que instituiu o principio da soberania popular como corolário ao exercício efetivo da cidadania e de implementação de Direitos Fundamentais.

A sistematização de uma Teoria Geral do Processo Coletivo compatível com o modelo de processo preconizado pela Constituição brasileira de 1988 se faz necessária para garantir a superação do sistema representativo, considerado o parâmetro para o estudo do

¹² Pressupondo o processo como um instrumento democrático da racionalidade, ele necessariamente deverá permitir que dele participem todos os que afirmem um interesse e invoquem o prejuízo sofrido demandando uma solução hipoteticamente prevista na norma, no sistema jurídico (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 170).

processo coletivo arraigado ainda em pressupostos de natureza privada. Trata-se de um modelo excludente e autoritário de processo coletivo pensado a partir do sujeito, e não a partir do objeto, conforme propõe a Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas, considerada compatível com o Estado Democrático de Direito pelo fato de vislumbrar o processo coletivo como um instituto que assegura o exercício da cidadania.

4. O Sistema Participativo como fundamento regente do Processo Coletivo Democrático

A Democracia é um paradigma de Estado cujo entendimento perpassa pelo exercício amplo das liberdades dos cidadãos orientarem-se por meio da participação nos processos deliberativos dos quais resultam decisões que poderão afetar toda a coletividade. O constitucionalismo contemporâneo voltou-se para a sistematização da coletivização dos Direitos Fundamentais, que deixam de ser vistos e compreendidos na sua essência apenas sob o prisma individual para, assim, passar a ser pensado no contexto da transindividualidade. A autodeterminação democrática é corolário do exercício da cidadania pelo princípio participativo.

Os espaços de interlocução são vistos como *locus* de formação de opiniões dos cidadãos por meio de redes de discussões que visam construir o consenso coletivo e a gestão dos dissensos, oferecendo subsídios, conteúdos e critérios para deliberações participadamente tomadas e que venham a atender o interesse da coletividade. Além do princípio da participação ser visto como a viga mestra do Estado Democrático de Direito, sabe-se que os fundamentos genuínos de uma democracia encontram-se na legitimidade de controle dos cidadãos dos atos praticados pelo Estado e que versam direta ou indiretamente sobre os direitos da coletividade. Trata-se de um exercício difuso e contínuo praticado pelos sujeitos legitimados ao processo coletivo, e não por um mecanismo de escolha dos representantes municiados de legitimidade para levantar demandas e apresentar propostas de soluções que versam sobre direitos metaindividuais.

A delegação de representatividade dos cidadãos àqueles sujeitos majoritariamente eleitos para a gestão da coletividade deve ser vista democraticamente como um sistema através do qual todos os cidadãos mantêm intacta a legitimidade de amplo controle e de fiscalização irrestrita dos atos praticados por todos os sujeitos ou agentes com atribuições legais na gestão pública.

O processo coletivo deve ser resultado da compreensão procedimental e discursiva dos direitos coletivos e difusos, mediante a participação dos sujeitos interessados como agentes da formação da vontade democrática. A guinada lingüística exteriorizou um paradigma de direito construído pelo processo de racionalização da linguagem. A intersubjetividade das relações sociais desenvolvida sob a ótica do modelo constitucional de processo é considerada o fundamento regente da legitimidade dos provimentos e do mérito processual.

A contraposição à linguagem tradicional e de cunho estritamente técnico-descritivo foi um dos principais referenciais para Habermas construir sua teoria do agir comunicativo (2003). A igualdade de oportunidade de fala assegurada a todos os sujeitos envolvidos na discussão, a não sobreposição ou prevalência dos interesses individuais, a exclusão de qualquer medida de coação que venha a limitar a participação dos sujeitos e a liberdade ampla de argumentação são considerados os pilares da teoria do agir comunicativo desenvolvida por Habermas (2003). É por isso que o presente autor “assegura que o discurso, caracterizado como uma forma especial de comunicação, pressupõe a situação ideal de fala” (MATTOS, 2011, p. 126).

Para Manfredo Araujo de Oliveira, Habermas articula sua teoria da competência comunicativa em analogia com a teoria da competência lingüística de Chomsky; a tarefa específica da teoria da competência comunicativa “consiste na reconstrução do sistema de regras segundo o qual produzimos ou geramos, enquanto tal, situações de possíveis fala” (2006, p. 294-296). Nesse mesmo sentido afirma que “uma teoria da competência comunicativa tem como tarefa explicar o trabalho realizado pelo falante e pelo ouvinte com o auxílio de universais pragmáticos, quando eles transformam sentenças em proferimentos. Parte-se do fato de que o falante e ouvinte usam sentenças em seus proferimentos, para entrar em entendimento a respeito de estados de coisa” (OLIVEIRA, 2006, p. 297).

Foi a partir dessas discussões filosóficas ora apresentadas e da reflexão crítica da relação existente entre direito e moral que Habermas desenvolveu a teoria discursiva do direito como referencial do Estado Democrático de Direito.

O discurso democrático¹³, desenvolvido a partir da soberania popular, tem seus critérios regidos pela teoria dos Direitos Fundamentais, ou seja, embora os sujeitos

¹³ A Teoria do Discurso reconhece o aporte de cada uma dessas tradições para o pensamento político contemporâneo; a teoria republicana nos ensina que o processo de autoconsciência é feito por meio da solidariedade obedecendo a estruturas de comunicação pública e ao diálogo envolvendo questões de valor; seu legado é, pois, a discursividade. A tradição liberal nos mostra uma característica fundamental do direito moderno que é a formalização e a procedimentalização (REPOLÊS, 2002, p. 92).

legitimados ao discurso tenham legitimidade para debater amplamente a pretensão deduzida, é de suma importância esclarecer que tal legitimidade é regada e disciplinada pela observância e pela proteção dos Direitos Fundamentais. É o modelo constitucional de processo que assegura a legitimidade democrática da teoria do discurso proposta por Habermas, tendo em vista a obrigatoriedade da isonomia processual, do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e, acima de tudo, da proteção ampla e integral da ordem constitucional democrática vigente. O exercício da autonomia discursiva é regido pela teoria do processo constitucional.

Nesse contexto, afirma-se que o princípio básico da democracia é o direito de simétrica participação dos interessados nos processos de formação da vontade e da opinião. É necessário oferecer a todos os interessados iguais condições de participação na construção do provimento. O processo de formação da vontade coletiva deverá ser produto da vontade comum, discursivamente construída pela autonomia argumentativa de cada sujeito interessado na pretensão ou no objeto do debate.

Sob a perspectiva da discursividade democrática construída no âmbito do processo constitucional, as proposições científicas desenvolvidas pelo jurista Vicente de Paula Maciel Júnior, autor da Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas, refletem a tentativa de reconstrução do modelo clássico de processo coletivo proposto pela Escola Paulista de Processo, cujo foco de análise concentra-se no sistema representativo e parte de pressuposições teóricas trazidas do processo civil como norte ao entendimento da legitimidade para agir nos direitos coletivos.

Muitos autores, como Ephraim de Campos Junior¹⁴, ressaltam que um dos maiores desafios enfrentados pelos estudiosos do processo coletivo diz respeito à legitimação para agir

¹⁴ Vicente de Paula Maciel Junior, ao discorrer sobre o tema, expõe: “*Ephraim de Campos Jr.* (1985, p. 86-96) admite grandes dificuldades enfrentadas na questão da legitimação quando se trata dos interessados difusos e coletivos em face de haver um declínio da concepção individualista do processo, normalmente centradas nas relações intersubjetivas, para a adoção de uma nova perspectiva, hoje direcionada para a solução de conflitos metaindividuais. Para o autor, a solução da legitimidade nessas categorias de interesses poderia ser encontrada com a admissão da substituição processual, adotando-se a legitimação extraordinária concorrente dos diversos co-interessados, o que viabilizaria uma tutela efetiva com o fornecimento de todos os substituídos em virtude da atividade do substituto.

Existe a tendência, segundo informa, de se adotar a substituição processual através dos corpos intermediários, como associações, sindicatos, devendo, no entanto, haver limites para se evitarem abusos. A seguir enumera várias hipóteses que considera representativas da substituição processual, quais sejam: o art. 513, *a* da CLT; Lei 6.708/79, que confere a legitimidade ao sindicato para agir na qualidade de substituto processual para obter os reajustes deferidos nesta Lei; a Lei 1.134/50, que defere às associações de classe a representação perante às autoridades administrativas e a Justiça ordinária; Lei 4.215/63, que confere à Ordem dos Advogados do Brasil o poder de representação dos interesses gerais da classe dos advogados e os individuais da profissão (atual Lei 8.906/94, art. 44, inciso II); Lei 6.766/79, que confere às associações comunitárias, ao Ministério Público, e ao vizinho, a qualidade de parte legítima para agir no sentido de impedir a construção em desacordo com restrições e posturas legais e contratuais. E conclui que a enumeração das vantagens de se adotar a substituição como

e, por isso, propõe o sistema representativo como alternativa viável a assegurar a proteção jurídica dos direitos da coletividade ou de um grupo de pessoas devidamente representado. Trata-se de um meio através do qual os interessados difusos e coletivos se sentem representados, tem os seus direitos protegidos e, acima de tudo, podem exercer o contraditório por meio ou por intermédio do seu representante, que poderá ser uma instituição, como as associações e os sindicatos.

A análise científica da legitimação para agir emergiu como o grande foco do debate do processo coletivo, uma vez que a tendência dos estudiosos atualmente é adotar para as ações coletivas o modelo de legitimação anteriormente desenvolvido no processo civil. O que o atual modelo de processo coletivo propõe é a escolha dos sujeitos legitimados feita diretamente pelo legislador, ou seja, abstratamente se define quem serão os sujeitos legitimados a propositura de uma ação coletiva. O respectivo modelo é falho no momento em que se verifica ser impossível analisar de forma prévia e abstrata quem serão os sujeitos legitimados à demanda coletiva e que sofrerão os efeitos jurídicos do provimento final.

O processo de formação da vontade coletiva decorre de deliberações dos interessados e de um sério e profundo debate em que todas as questões atreladas ao objeto central sejam submetidas à testificação. É por isso que no processo coletivo, compreendido sob o enfoque das ações temáticas, as decisões judiciais não são proferidas exclusivamente a partir do entendimento do julgador. A formação de uma decisão judicial deve ser reflexo de tudo o que foi posto em discussão pelas partes interessadas. É certo que a vontade da maioria não reflete e nem representa o interesse de todos os titulares do direito debatido. O provimento jurisdicional coletivo será considerado legitimamente democrático quando todas as questões postas em debate forem levadas em consideração no momento do juiz decidir. Mesmo que o julgador não concorde ou não acate as teses e as alegações suscitadas pelas partes, sabe-se que o contraditório somente se efetivará quando houver manifestação judicial fundamentada acerca de tudo o que foi submetido ao princípio do discurso. “Somente por processos reconhecidos válidos pelos indivíduos ou pela lei é que será possível chegar a um consenso que exprima a vontade coletiva” (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 154).

O foco de análise das ações temáticas é a compreensão das ações coletivas sob a perspectiva da maior amplitude possível do objeto da ação, sem qualquer medida restritiva de

mecanismo hábil para a defesa dos interesses difusos e coletivos, ressaltando os seguintes aspectos: não haver para o interessado ausente, que é representado no processo, a ofensa ao princípio do contraditório; poder ser formada com relação ao substituído a coisa julgada *ultra partes*; haver a congregação de ações relativas a interesses econômicos relativamente pequenos, os quais, se levados a cabo individualmente, teriam pouco estímulo ao demandante; a substituição processual serve como adequação a uma fase de transição da visão individualista do processo para a concepção social de direitos (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 133-134).

acesso dos legitimados ao debate da pretensão. No direito difuso a legitimidade processual ativa é definida pelo bem que se pretende tutelar¹⁵, ou seja, a previsão legislativa e abstrata de um rol taxativo de legitimados a propositura de uma ação coletiva é algo absolutamente incompatível com o modelo de processo coletivo democrático proposto pelas ações temáticas. A possibilidade de uma tutela ampla e multifacetada é fundamental para garantir uma abordagem completa sobre o bem objeto de tutela em face de um número indeterminado de interessados (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 159). A expectativa de que a decisão judicial venha a afetar juridicamente um número indeterminado de pessoas é questão de extrema relevância para o entendimento de que todos os possíveis interessados no provimento terão legitimidade¹⁶ de participar do debate crítico das questões meritorias ora levantadas¹⁷.

5. Contextualização histórico-legislativa do *Amicus Curiae*.

É controversa a origem histórica do instituto do *amicus curiae* (DEL PRÁ, 2008, p. 25), levando alguns estudiosos a divergirem sobre o fato de sua gênese se encontrar no direito romano ou no direito penal inglês. “Não são poucos os autores que demonstram as origens da figura do *amicus curiae* ao Direito Romano, mas, independentemente de uma certeza ou exatidão quanto à origem, é consente ter sido no Direito norte-americano que o instituto se desenvolveu, aprimorou-se e atingiu visibilidade no cenário internacional” (MATTOS, 2011, p. 15). O certo é que, independentemente da origem histórica do instituto, foi nos Estados Unidos da América que ocorreu a sistematização e o aprimoramento da compreensão que temos hoje acerca da figura do amigo da corte.

¹⁵ No direito difuso a legitimação será definida a partir do bem que se pretende tutelar. Se a decisão for sobre um bem objeto da ação que vá afetar um número indeterminado de pessoas, temos interessados difusos e a ação coletiva terá efeitos coletivos, difusos. Nas ações coletivas para a tutela de direitos difusos é fundamental que haja o reconhecimento da legitimação para agir aos interessados difusos, porque eles na verdade são os destinatários do provimento que vão deliberar sobre o bem que diz respeito a todos (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 158)

¹⁶ O fato, o bem ou a situação jurídica em que se afirme o direito lesado ou ameaçado que atinge um número indeterminado de pessoas são, portanto, o eixo na interpretação desse fenômeno processual da legitimação para agir no processo coletivo (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 176).

¹⁷ A exclusão dessas pessoas da legitimação para agir, impõe o fechamento a uma série de possíveis interessados que poderiam, com grande proficiência, mover uma demanda coletiva na tutela do meio ambiente, mas que restaram excluídos dessa possibilidade.

[...] se a legitimação é do tipo “aberto”, qualquer interessado pode tanto em nível preventivo, quanto corretivo, ajuizar a demanda coletiva.

A legitimação para agir concorrente, na qual se permita a qualquer interessado individual, bem como a órgãos e associações, o acesso à Justiça para a defesa de direitos difusos é a forma ideal de estruturação da legitimação para agir em tema de tutela coletiva (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 160-161).

Para Giovanni Criscuoli, citado por Cássio Scarpinella Bueno (2008, p. 88-90), o *amicus curiae* teria derivado do *consillarius* romano, que era uma espécie de colaborador neutro dos magistrados, com a finalidade de atuar naqueles casos em que a resolução envolvia questões não estritamente jurídicas, além de atuar no sentido de evitar que os juízes cometessem erros de julgamento.

A incorporação do *amicus curiae* no direito americano se deve ao desenvolvimento e a sistematização teórica da dimensão da aplicabilidade e da utilização do instituto no direito inglês. No direito antigo inglês o *amicus curiae* comparecia perante as cortes em causas que não envolviam os interesses governamentais e sua função era atualizar os juízes com relação a eventuais precedentes ou leis que se supunham desconhecer

Historicamente não se sabe ao certo quando efetivamente o *amicus curiae* foi instituído no direito norte-americano. Muitos autores afirmam que no ano de 1812 se verificou a aparição do *amicus curiae* nos Estados Unidos, quando foi admitido para que emitisse sua opinião sobre matéria posta para julgamento, que dizia respeito a questões relativas à marinha. Outro caso bastante referido pelos autores norte americanos ocorreu em 1823, quando um terceiro atuou sob as vestes de *amicus curiae* e demonstrou que a demanda era fraudulenta. Gradativamente a partir do início do século XX a jurisprudência norte-americana passou a admitir a intervenção de dois grandes grupos de *amicus curiae*: os *amici* governamentais e os *amici* privados ou particulares. Enquanto os *amici* governamentais pleiteiam sua intervenção judicial em busca da proteção do interesse público e dos direitos da coletividade, os *amici* privados tendem a ingressar em juízo para a tutela dos seus próprios interesses (BUENO, 2008, p. 95).

No Brasil não existe nenhuma referência legislativa federal expressa que utilize a expressão *amicus curiae*, salvo o artigo 23, §1º da Resolução nº 390/2004 do Conselho da Justiça Federal, porém diversas são as fontes que descrevem situações jurídicas que podem ser identificadas como casos de *amicus curiae*. A Lei 8.884/94 disciplina em seu artigo 89: “Os processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente” (DEL PRÁ, 2008, p. 62). A Lei 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, em seu artigo 49 estabelece a legitimidade dos Presidentes dos Conselhos e das Subseções atuarem como *amicus curiae*, nos casos em que são questionados em juízo as prerrogativas profissionais do advogado. A Lei 9.868/99, ao regulamentar o procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, estabeleceu, em seu artigo 7º, §2º: “considerando a relevância da

matéria e a representatividade dos postulantes pode admitir, por despacho irrecorrível a manifestação de outros órgão ou entidades” (DEL PRÁ, 2008, p. 83).

5.1. O *Amicus Curiae* como herança do Sistema Representativo no Processo Coletivo vigente e sua pseudo-participação na construção discursiva do mérito processual nas ações coletivas

Instituído no sistema *common law*, o instituto do *amicus curiae* advém do direito norte-americano e foi concebido dentro de uma sistemática de controle difuso de constitucionalidade, razão essa que causa uma certa complexidade, sob o ponto de vista teórico e pragmático, quando se pretende compreendê-lo e aplicá-lo no sistema concentrado de constitucionalidade no Brasil.

O seu estudo no contexto da proposta dessa pesquisa científica volta-se inicialmente para averiguar a dimensão da figura do *amicus curiae* quanto à participação no processo coletivo, com vistas ao entendimento do mérito processual. Ou seja, busca-se analisar criticamente até que ponto é possível visualizar uma efetiva construção participada do mérito processual por intermédio do *amicus curiae* e, assim, saber se o respectivo instituto pode ser considerado um instrumento típico e efetivo de democratização do processo coletivo ou, se na realidade, é um mero reflexo da ideologia individualista e liberal que permeia todo o processo civil através de uma pessoa (representante - *amicus curiae*) legitimado a representar em juízo os direitos da coletividade.

O cognominado “amigo da corte” é considerado uma parte convidada ou autorizada pelo julgador a integrar a relação processual, com interesse na boa solução da causa, ressaltando-se que sua admissão se pauta essencialmente na necessidade do juiz buscar maior precisão e legitimidade no ato de decidir, em virtude da relevância social e do alto grau de expressividade da pretensão coletiva.

Na realidade, pode-se afirmar que o estudo crítico do instituto do *amicus curiae* denota claramente a expressão do sistema representativo como fundamento regente do processo coletivo, visto que se estrutura e se desenvolve a partir de uma escolha do julgador de uma, de algumas pessoas ou de um grupo de pessoas legitimados a representar os direitos da coletividade, muitas vezes afastando, limitando ou suprimindo a participação direta dos demais legitimados na construção participada do mérito processual. É por isso que podemos afirmar que o processo coletivo democrático, desenvolvido sob a égide das ações temáticas,

não se compatibiliza com a atual sistemática jurídica brasileira proposta para garantir a aplicação do *amicus curiae*.

No Brasil, quando se analisa criticamente o conteúdo das Leis 9.868/99 e 9.882/99, verifica-se expressamente a presença do *amicus curiae*, razão essa que leva alguns estudiosos a afirmarem que a sua intervenção nos processos de controle de constitucionalidade proporciona o exercício da cidadania e a democratização do controle concentrado de normas¹⁸. Sabe-se que tal afirmação é bastante precipitada, tendo em vista que o respectivo instituto não garante a ampla e irrestrita participação e fiscalidade por todos os interessados na construção discursivo-democrática do provimento estatal.

O que certamente pretendeu o legislador brasileiro ao instituir o *amicus curiae* como sujeito legitimado nos processos de controle concentrado de constitucionalidade foi dar certa aparência de democratização e de participação na construção da decisão. A legislação pátria limita essa participação, mediante a legitimação do julgador poder escolher quem atuará na condição de *amicus curiae*, excluindo os demais interessados que não tenham sido unilateralmente escolhidos pelo decisor. Isso evidencia expressamente a incompatibilidade da atual sistemática jurídica brasileira, que estabelece o instituto do *amicus curiae*, com a ordem constitucional e democrática.

É importante esclarecer que a figura do *amicus curiae*¹⁹ não contribui para amenizar o *déficit* de legitimidade democrática dos provimentos estatais proferidos nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que na atual conjuntura não se vislumbra a ampla participação dos interessados na construção discursiva do mérito processual. Não se pode negar a natureza jurídica coletiva da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, tendo em vista que a própria dimensão metaindividual da pretensão denota a obrigatoriedade de intervenção de todos os interessados no debate amplo das questões fáticas e jurídicas da pretensão.

¹⁸ Assim, talvez numa tentativa de democratizar o controle concentrado brasileiro de normas, principalmente, tendo em vista a avaria do controle difuso de constitucionalidade aqui prevalecente, além de, também, fazer sobressair o papel do Supremo Tribunal Federal, não como o guardião de uma ordem concreta de valores, mas, sim, como o protetor do processo de criação democrática do Direito, cumprindo-lhe proteger um sistema de direitos que torne factível a incidência simultânea da autonomia privada e da autonomia pública, celebra-se a adoção do instituto do *Amicus Curiae* no sistema jurídico brasileiro (MATTOS, 2011, p. 3).

¹⁹ Terminologia latina para designar a pessoa que a jurisdição civil pode ouvir sem formalidades com o objetivo de buscar elementos próprios para facilitar sua informação. Por exemplo, para conhecer os termos de usos e costumes locais ou uma regra profissional não escrita. O *amicus curiae* não é nem uma testemunha, nem um perito, e nem se submete às regras da recusa de oitiva pelas partes (AGUIAR, 2005, p. 4).

Alguns estudiosos têm afirmado que o *amicus curiae* é um instituto que assegura a participação no processo coletivo²⁰, possivelmente por desconhecer os fundamentos jus-filosóficos utilizados como parâmetro ao entendimento crítico do modelo constitucional de processo no Estado Democrático de Direito. Afirmar que a participação no processo coletivo é garantida a partir do *amicus curiae* é no mínimo um entendimento precipitado.

Nessa seara, torna-se relevante o levantamento do seguinte questionamento: qual seria atualmente a função ou a finalidade do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro? Certamente é visto como um terceiro, cujo objetivo é auxiliar as partes no processo, com o intuito de trazer informações ricas e indispensáveis ao Judiciário.

Pode-se afirmar que o *amicus curiae* é uma espécie de colaborador do juiz, uma vez que através dele não se vislumbra a possibilidade de implementar efetivamente a participação de todos os interessados na construção do provimento jurisdicional no âmbito das ações temáticas. Reconhecer o *amicus curiae* como um instituto que seria compatível com o processo coletivo democrático é, certamente, desconsiderar as ações temáticas como um modelo de processo em que todos os interessados têm legitimidade para apresentar temas, fazer alegações e influir de forma direta e significativa no debate e na construção do mérito processual.

No Brasil o *amicus curiae* é compreendido como um terceiro que intervém no processo, por iniciativa própria, por requerimento ou de ofício pelo julgador, com a finalidade de fornecer ao juízo elementos considerados relevantes e indispensáveis ao julgamento do mérito processual. Importante esclarecer que sempre quem autorizará ou não o ingresso do *amicus curiae* na relação processual é o juiz, que em decisão fundamentada se manifestará no sentido de reconhecer ou não a necessidade de sua intervenção. Tal entendimento é considerado incompatível com o modelo constitucional de processo coletivo democrático, tendo em vista que não será o juiz o legitimado a autorizar ou não a participação de um interessado numa determinada ação temática. Será a demonstração da titularidade do bem jurídico de relevância coletiva que definirá quem detém ou não a legitimidade de participar da ação temática, participação essa que não poderá ficar adstrita ao *amicus curiae*.

A atual sistemática jurídica do *amicus curiae* no Brasil encontra-se na contramão da proposta trazida pelas ações temáticas, pelo fato de limitar, restringir ou suprimir o direito dos demais legitimados ao provimento participarem da construção do mérito processual.

²⁰ De toda sorte, percebe-se, pelos contornos de tal instituto, que a participação do amigo no processo se justifica como instrumento de efetivação da democracia deliberativa e participativa, que possibilita a setores da sociedade a ampliação do debate acerca de temas relevantes, o que se traduz em decisões com maior efetividade e legitimação social (AGUIAR, 2005, p. 13)

Outro ponto nevrálgico no debate do tema proposto diz respeito àqueles entendimentos teóricos que propugnam que o *amicus curiae* é visto como uma expressão do princípio democrático de participação cidadã no processo. Na realidade, o *amicus curiae* é um instituto utilizado como instrumento de mitigação da participação dos interessados no processo coletivo, a partir da proposição ideológica de representatividade dos direitos da coletividade por intermédio da autoridade de um sujeito individualmente.

Trata-se de um instrumento que caminha na contramão da concepção constitucional e processualizada do Estado Democrático de Direito. Enquanto instituto advindo do sistema *common law*, o *amicus curiae* é uma maneira encontrada pelos estudiosos e pelo legislador brasileiro para divulgar equivocadamente a idéia de participação dos sujeitos no processo por meio da representatividade, tal como ocorre no rol dos legitimados da ação civil pública e da ação direta de inconstitucionalidade²¹, que traz uma aparência de participação no processo, ao mesmo tempo que exclui o exercício da cidadania e a interferência dos demais interessados na construção do provimento.

Não é possível democratizar a participação dos destinatários do provimento jurisdicional no processo coletivo se ainda continuarmos raciocinando as ações coletivas a partir do sistema representativo. A efetiva participação na construção do provimento perpassa, necessariamente, pela ruptura com o sistema representativo e a construção de um modelo de processo coletivo democrático pelo sistema participativo.

A discussão científica do *amicus curiae* trazida pelos estudiosos na atualidade encontra-se superada sob a ótica do processo coletivo democrático-constitucionalizado. Reconhecer a legitimidade processual do instituto é ratificar o entendimento teórico, já sedimentado, de que o processo coletivo não é um espaço que garante a participação de todos

²¹ [...] todos aqueles integrantes do rol do art. 103, da Constituição Federal de 1988, isto é, os legitimados ativos a proporem a ADI e a ADC, são, também, automaticamente, pré-qualificados a atuarem no papel de *amicus curiae*, já que quem conta com legitimidade para propositura daquelas ações conta, pois, com a representatividade exigida para atuar em juízo. Assim, essas pessoas/entes já se encontram previamente qualificados a participarem no processo como *amicus curiae*, restando apenas a necessidade de comprovação do interesse para adentrar no litígio.

A despeito disso, não estão outras pessoas, órgãos ou entidades afastados da possibilidade de atuar no processo como *amicus curiae*, como o próprio dispositivo legal referente ao temo dispõe ao falar da “*manifestação de outros órgãos ou entidades*”.

Portanto, têm legitimidade para atuar na qualidade de *amicus curiae* tanto os legitimados ativos previstos no art. 103, CF/88, quanto outros órgãos ou entidades, desde que demonstrem, através de manifestação no processo, como poderão contribuir para ampliar o debate e proporcionar, com isso, uma maior interação (e integração) com a sociedade civil. Afinal, embora não sejam destinatários diretos/imediatos da decisão proferida, a participação do *amicus curiae* pode trazer ao feito elementos informativos e razões constitucionais fundamentais ao processo, além de fazer alcançar um patamar mais elevado de legitimidade nas deliberações do Tribunal Constitucional, já que este será formalmente obrigado a apreciar as interpretações oriundas de diversos setores da sociedade e, com isso, estará prestando contas à sociedade de uma maneira geral (MATTOS, 2011, p. 179-180).

os interessados. Se a discussão jurídica concentra-se, ainda, na figura do *amicus curiae*, é a demonstração clara de que o estudo do processo coletivo no Brasil está adstrito ao modelo individual e liberal preconizado pelo processo civil. Para avançar criticamente a reflexão científica das ações coletivas no Brasil é necessário compreender o processo como um *locus* de debate amplo da pretensão por todos os legitimados, assim como propõe as ações temáticas.

O instituto do *amicus curiae* limita a possibilidade de controle do objeto da ação coletiva pelos interessados, uma vez que a sua previsão jurídico-legal materializa o direito de apenas alguns sujeitos inserirem-se no espaço processual, excluindo-se o direito de participação dos demais na construção do mérito processual. Além disso, pode-se afirmar que no momento em que o legislador pátrio fez a opção pelo instituto do *amicus curiae*, como forma de participação no processo coletivo, certamente buscou restringir o rol de legitimados ao debate da pretensão. Dessa forma, o exercício da cidadania fica comprometido, no momento em que a representatividade exercida pelo *amicus curiae* suprime diretamente o devido processo legal.

4. Conclusão

A revisitação do modelo do processo coletivo brasileiro vigente, centrado no sistema representativo, a partir do modelo constitucional de processo coletivo, pautado no sistema participativo, é fundamental para o estudo crítico-analítico do *amicus curiae*.

A Constituição brasileira de 1988 trouxe um novo modelo de processo que supera as amarras da jurisdição centrada no protagonismo judicial. Ou seja, ao destinatário do provimento final deve ser assegurado o direito de construção participada, dialógica e isonômica dos conteúdos decisórios de questões atinentes aos direitos difusos e coletivos. Afastar ou inviabilizar a participação dos interessados difusos e coletivos na formação processual da vontade popular é uma forma clara de suprimir o exercício da cidadania no Estado Democrático de Direito.

O processo coletivo democrático é o *locus* de ampla discursividade do mérito processual por todos aqueles sujeitos hábeis a sofrer direta ou indiretamente os efeitos jurídicos do provimento final. No mesmo sentido, a jurisdição constitucional é o direito fundamental coralário do devido processo legal, uma vez que assegura aos cidadãos a garantia

de superação do solipsismo judicial pela obrigatoriedade de fundamentação jurídico-racional de todos os provimentos.

Nesse contexto, a teoria das ações coletivas como ações temáticas, de autoria do jurista Vicente de Paula Maciel Junior, ressignifica o modelo clássico de processo coletivo ao demonstrar que a legitimidade processual ativa para as ações coletivas não pode ser aprioristicamente definido pelo legislador. A partir do objeto da pretensão coletiva levada ao judiciário é que será possível delimitar os interessados que terão legitimidade de participar do debate amplo das questões controversas. O atual sistema representativo limita o espaço de discursividade da pretensão coletiva no momento em que impede a participação de todos os interessados na construção do provimento.

O *amicus curiae*, também conhecido como “amigo da corte”, é um terceiro que ingressa em relação processual preexistente, quando autorizado pelo magistrado, com a finalidade de auxiliar o julgador no esclarecimento das questões controversas debatidas, haja vista que possui conhecimento especializado do objeto da demanda.

Ao contrário do entendimento de autores que afirmam que o *amicus curiae* garante a participação coletiva na construção do provimento jurisdicional, verifica-se que temos mais uma técnica procedimental que reproduz o sistema representativo no âmbito do processo coletivo. A atual sistemática jurídica do *amicus curiae* compatibiliza-se com o modelo autocrático de processo, vez que não permite que todos os sujeitos afetados pelo provimento final sejam seus co-autores. Por isso, não se compatibiliza com o modelo de processo coletivo democrático fundado no sistema participativo, pois o espaço processual ainda continua restrito àqueles sujeitos escolhidos pelo decisor.

Dessa forma, a implementação do processo coletivo na perspectiva das ações temáticas passa inicialmente pela superação das proposições teórico-liberais e individualistas advindas do processo civil, ainda utilizado como referencial para o entendimento do processo coletivo no Brasil. Além do *amicus curiae*, todos os demais interessados no provimento final precisam ser inseridos no espaço processual e terem a oportunidade de debate amplo, isonômico e racional de todas as questões de mérito da demanda coletiva.

5.Referências

AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus Curiae*. Salvador: JusPODIVM, 2005.

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *O modelo constitucional do direito processual civil. Um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. Processo Civil Novas Tendências. Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e Hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de Teoria da interpretação enquanto Teoria Discursiva da argumentação jurídica de aplicação. Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- CHAVES, Charley Teixeira. *As principais teorias sobre a natureza jurídica do processo e a problemática da efetividade no campo do direito processual civil. Direito Processual – Coletânea de Artigo do Curso de Especialização em Direito Processual oferecido pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais*. Organizadores: João Antonio Lima Castro, Fernanda Fernandes Lippi Teixeira. Belo Horizonte, 2004.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *AMICUS CURIAE – instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2008.
- DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. *DIREITO E DEMOCRACIA entre faticidade e validade*. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thomson – IOB, 2004.
- MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: Ltr, 2006.
- MATTOS, Ana Letícia Queiroga. *Amicus Curiae Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

POPPER, Karl R. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia – EDUSP, 1987, v. 2.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Habermas e a Desobediência Civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.