# VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

## DIREITOS HUMANOS, DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO CONSTITUCIONAL: JUDICIALIZAÇÃO, PROCESSO E SISTEMAS DE PROTEÇÃO II

**EDIMUR FERREIRA DE FARIA**

**RUBENS BEÇAK**

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais 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

D597
Direitos humanos, direito internacional e direito constitucional: judicialização, processo e sistemas de proteção II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNA/UCR/IIDH/IDD/UFPB/UFG/ Unilasalle/UNHwN;

Coordenadores: Edimur Ferreira De Faria, Rubens Beçak – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-391-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direitos Humanos, Constitucionalismo e Democracia no mundo contemporâneo.

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direitos Humanos. 3. Judicial. 4. Sistema de proteção. I. Encontro Internacional do CONPEDI (6. : 2017 : San José, CRC).

CDU: 34

Universidad Nacional de Costa Rica
Heredia – Costa Rica
www.una.ac.cr

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito Florianópolis – Santa Catarina – Brasil

Universidad de Costa Rica San José – Costa Rica https://www.ucr.ac.cr

# VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

## DIREITOS HUMANOS, DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO CONSTITUCIONAL: JUDICIALIZAÇÃO, PROCESSO E SISTEMAS DE PROTEÇÃO II

---

## Apresentação

Este livro resulta de artigos apresentados no VI Encontro Internacional do CONPEDI realizado em Costa Rica, nos dias 23 a 25 de maio de 2017, tendo por Tema: Direitos Humanos, Constitucionalismo e Democracia na América Latina e Caribe.

Foram apresentados e debatidos 17 temas a seguir sintetizados: título:

1. O Tratamento dado ao aborto no Brasil e em países da América Latina como reafirmação dos direitos da mulher, com incursão nos direitos americanos e alemão. Este artigo teve por objetivos analisar a desigualdade de gênero e a conquista de direitos da mulher no Brasil. examinaram-se o ordenamento jurídico pátrio e a legislação pertinente de países da América Latina, dos Estados Unidos e da Alemanha e também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil.

A discussão gerou em torno de dois direitos fundamentais: o direito da mulher e o direito à vida. Por fim conclui que o conflito entre entre esses dois direitos gera sacrifício de ambos com observância do princípio da ponderação de modo a sacrificar o amplo direito da mulher em benefício do direito à vida com certas restrições.

2. Notas sobre a política de monitoração eletrônica do Estado do Rio de Janeiro. O artigo analisa as decisões das Câmaras Criminas do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro durante o ano de 2015, com o objetivo de verificar como a monitoração eletrônica vem sendo adotada pelo Poder Judiciário. O resultado apresentado foi a limitação do uso da ferramenta eletrônica com alternativa à prisão cautelar e as problemáticas ligadas à aplicação das mesmas pelo Tribunal no âmbito da execução penal.

3. O conceito da segurança como parte integrante da segurança humana e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O artigo examina como o conceito de segurança cidadã tem sido trabalhado no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, enfatizando o seu uso no combate do desvirtuamento do Estado Democrático de Direito. Para

isso foram apresentados debates teóricos sobre o conceito da segurança cidadã como parte da segurança humana, valendo-se de analise de documentos e casos do SIDH sobre a temática, com viés crítico.

4. Los Derechos Humanos de Los Ancianos en la Jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica. o artigo apresenta o seguinte resumo: El presente estudio analizia la tutela que han recebido los ancianos en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justiça de Costa Rica. En particular, el aticulo 51 de la Constitucion Política (1948), determina: "La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tien derecho a la proteción del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa proteción, el anciano". Ese articulo ha sido interpretado de forma extensiava en relación con otros derechos de carácter individual y social reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

5. O Acesso à Educação no Ensino Regular como Instrumento de Inclusão Social e Concretização de Direitos da Pessoa com Deficiência: uma crítica à análise quantitativa. O artigo examina a questão relativa a inclusão da pessoa portadora de deficiência e da importância da educação em ensino regular como facilitador da inclusão de pessoas com necessidades especiais, para que possam ver efetivado os seus direitos fundamentais. Identifica que o Estado brasileiro é dotado de legislação que garante o ensino regular para esse segmento da sociedade. A pesquisa teve por finalidade precípua investigação quanto ao aspecto qualitativo para verificar se a pessoa com deficiência está efetivamente incluída no ambiente escolar.

6. Layoff Trabalhista e a Efetiva Tutela do Pleno Emprego: em busca da incorporação do valor social do trabalho. O artigo examina o princípio do pleno empregos, um dos vetores da Constituição da República. o ponto cerne do estudo foi a análise das interrelações entre o princípio constitucional na busca do pleno empego e o layoff trabalhista como valorização social do trabalho.

7. Do Surgimento dos Direitos Humanos à Possibilidade de uma nova concepção: universalidade, integralidade e o papel dos movimentos sociais. O artigo investiga o contexto de surgimento dos direitos humanos, ressaltando que a atual concepção não hegemônica dos direitos humanos é fruto da problematização do discurso tradicional e da realidade na prática.

8. Efetividade dos Direitos Humanos, Construção da Subjetividade e Mudança Social. O artigo analisa a efetividade dos direitos humanos na relação entre construção da subjetividade e mudança social. Sustenta que para a efetiva mudança social, questiona-se o alcance da

tutela jurisdicional e estatalista contraposta à necessidade de construção da democracia em sintonia com normalidade material dos direitos humanos.

9. Enquadramento Jurídico da Deformidade Causada pela Hanseíase na Lei Brasileira de Inclusão. O artigo demostra que a pessoa portadora de hanseíase, mesmo tendo sido curada, pode ter deformidades estéticas. Nesse caso deve ser enquadra nas regras de benefícios constantes da Lei brasileira de inclusão, que garante a igualdade material das pessoas com deficiência.

10 Reflexões sobre o Adolescente em Conflito com a Lei do Brasil e da Costa Rica. Ao final do estudos dos adolescentes nos dois países pesquisados, os autores verificaram a vulnerabilidade social desses sujeitos de direitos.

11. Teoria Crítica do Direito e o princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana. o artigo analisa o critério filosófico e jurídico da dignidade humana, a partir dos conceitos de dignidade humana, isonomia, autonomia e o papel do Direito na racionalidade altamente tecnológica.

12. A Globalização da Economia e sua Influência no Direito do Trabalho com a Preservação da Dignidade da Pessoa humana como Como Elemento Fundamental do Vínculo Jurídico. O artigo analisa os efeitos negativos da globalização na relação de trabalho em desfavor dos empregados. Os demostram que os direitos humanos devem prevalecer mesmo em face das relações globalizadas, prevalecendo a legislação brasileira, em especial as trabalhistas.

13 A Garantia de Proteção dos Direitos Humanos dos Refugiados Ante os Impactos do Dilema Sócio Econômico da Conjuntura Brasileira Contemporânea. Em síntese, o texto aborda o conflito entre os direitos dos refugiados e a pressão econômica e financeira e orçamentário dos país que recebem os refugiados. Mas que o Brasil é dotado de legislação que ampara os refugiados garantindo-lhes a dignidade e a observância dos direitos humanos.

14. A Função Investigadora da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Situação Humanitária no Chile Após o Golpe de Estado de 1973: a histórica visita in loco realizada em 1974. O artigo foca a pesquisa no trabalho da Comissão Interamericana de Direitos Humanos realizado na República do Chile em 1974.

15. Uma Análise Critica A Partir da Formação de um sistema Multinível de Proteção de Proteção dos Direitos Fundamentais. O artigo cuida da necessidade de um sistema multinível de proteção para que os direitos fundamentais sejam efetivados. E conclui que o Estado deve fomentar e respeitar a existência digna do ser humano.

16. A Crise dos Imigrantes-refugiados no contexto juspolítico e Social Internacional. O capítulo analisa o contexto juspolítico dos imigrantes-refugiados. investiga a situação dos refugiados nos EUA e na Europa.

17. A Ampliação da Participação no Processo Coletivo Como Mecanismo de Concretização do Estado Democrático de Direito: uma análise das Ações Coletivas Como Ações Temáticas. O artigo discute o processo judicial dando-se ênfase ao processo coletivo, demostrando a importância das ações coletivas para a solução dos conflitos nos casos de ofensa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Dessa breve exposição se verifica que a qualidade dos trabalhos ali apresentados e os debates em excelente ambiente de cooperação científica nos permitem considerar este GT como um daqueles em que a excelência investigativa mais se apresentou. Para além da discussão de trabalhos científicos em um encontro internacional, a certeza de estarmos contribuindo uma vez mais para a afirmação do CONPEDI e de nossa área, muito nos satisfaz.

A realização do VI Encontro Internacional do CONPEDI, em San Jose, San Ramon e Heredia, Costa Rica, entre 23 e 25 de maio de 2017, com seu expressivo número de inscritos e trabalhos apresentados mais solidifica este rumo. Ademais, a acertada decisão, desde alguns encontros, da edição em livro digital dos trabalhos apresentados e discutidos, possibilita que todos aqueles interessados no tema aproveitem este material e possam, com a leitura dos trabalhos aqui constantes, acrescerem algo em suas próprias indagações, estudos e pesquisas.

Os Coordenadores

Prof. Dr. Edimur Ferreira de Faria - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Prof. Dr. Rubens Beçak - Universidade de São Paulo.

# A AMPLIAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO COLETIVO COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA ANÁLISE DAS AÇÕES COLETIVAS COMO AÇÕES TEMÁTICAS

## THE ENLARGEMENT OF PARTICIPATION IN THE COLLECTIVE PROCESS AS A MECHANISM FOR THE CONCRETIZATION OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW: AN ANALYSIS OF COLLECTIVE ACTIONS AS THEMATIC ACTIONS

**Gabriela Oliveira Freitas**
**Sérgio Henriques Zandona Freitas**

**Resumo**

O presente trabalho científico tem por objeto uma breve análise do direito processual no Estado Democrático de Direito, enfocando o processo coletivo, de forma a buscar uma democratização do procedimento jurisdicional coletivo por meio da ampliação da participação. Para tanto, analisou-se a Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas, como crítica aos modelos existentes de processo coletivo. 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 da temática ora em estudo e, por fim, como procedimento técnico analítico, teórico e interpretativo.

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

**Abstract/Resumen/Résumé**

The present work aims at a brief analysis of procedural law in the Democratic State of Law, focusing on the collective process, in order to seek a democratization of collective jurisdictional procedure by increasing participation. For this, the Theory of Collective Actions as Thematic Actions was analyzed, as a critic to the existing models of collective process. For the present study, bibliographic research and the deductive method will be used, starting from a macro perspective for a micro-analytical conception about the subject under study, and finally, as a technical procedure, the thematic, theoretical and Interpretive.

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

## 1 INTRODUÇÃO

Desde a célebre obra "Acesso à Justiça", de Mauro Capelletti e Bryan Garth, a ineficácia do modelo procedimental individualista passou a ser enfrentada como um obstáculo para efetivar os direitos coletivos, tornando-se, por consequência, crescente a preocupação com a coletivização dos procedimentos, de forma a permitir que um provimento jurisdicional pudesse alcançar um maior número de pessoas, atingindo até quem não teria condições de ter acesso ao Judiciário.

Assim, o processo coletivo surge com a marcante necessidade de viabilização do acesso à jurisdição, visando à tutela de direitos que tivessem muitos titulares, ainda que as parcelas devidas a cada um sejam inestimáveis ou indivisíveis. Busca-se uma única decisão que abranja todos os potencialmente afetados.

Dessa forma, o processo coletivo passa a ter extrema relevância no contexto do Estado Democrático de Direito, uma vez que permite que um maior número de jurisdicionados seja atingido por uma decisão judicial.

Todavia, a democratização do procedimento não pode ser limitada a permitir a ampliação dos efeitos do provimento jurisdicional, devendo também ampliar a participação de todos os interessados.

Desse modo, considerando o fim dos períodos ditatoriais e dos Estados Sociais, e necessária uma revisitação da noção de processo e dos institutos processuais, tem-se por necessária uma análise mais cuidadosa do processo coletivo, a fim de verificar se os modelos representativos (*ope judice* e *ope legis*) são suficientes para garantir a legitimidade democrática dos procedimentos.

Pretende-se, portanto, uma breve análise acerca do processo coletivo, visando aproximá-lo da teoria constitucionalista do processo, adequando-o ao Estado Democrático de Direito.

Para tanto, abordar-se-á, inicialmente, o sistema representativo do processo coletivo, tanto no sistema de *common law*, como no sistema de *civil law*, a fim de apontar suas aporias e compreender sua inadequação ao processo democrático. Em seguida, será analisado o modelo participativo de processo coletivo, proposto por Vicente de Paula Maciel Junior, por meio da teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas, como resposta ao problema apontado. 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, analisando o processo coletivo, de forma a 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 da temática ora em estudo e, por fim, como procedimento técnico analítico, teórico e interpretativo. O texto tem por resultado pesquisa institucional ProPic realizada nos anos de 2016-2017, com apoio da FAPEMIG e da FUNADESP.

## 2 NOÇÕES GERAIS SOBRE PROCESSO COLETIVO

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

No direito brasileiro, o Código de Defesa do Consumidor adota, em seu art. 81, os seguintes conceitos:

> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
> I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
> II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
> III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. (BRASIL, 1990).

A legislação não cuidou de realizar qualquer distinção entre direito e interesse, o que seria incorreto, conforme entendimento de Vicente de Paula Maciel Junior, uma vez que o interesse, entendido como manifestação de vontade em face de um bem, "é sempre individual, porque pertence à esfera psíquica que liga um sujeito a um bem" (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 54). Desse modo, tendo em vista o conceito de interesse, como algo existente somente na esfera individual, inviável falar em interesses na esfera coletiva, revelando-se mais correta a adoção das expressões direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Nesse sentido:

> Existe, portanto, a "vontade coletiva", que é a expressão do consenso obtido entre as manifestações de interesse, por um processo válido de legitimação e escolha do interesse prevalente. Mas não existe interesse coletivo, porque o interesse é individual e mesmo considerando a manifestação desse interesse perante outras pessoas que deverão deliberar sobre a prevalência de um interesse determinante, os interessados dissidentes poderão continuar pensando e manifestando seus interessados individuais contrários. Só que a pessoa jurídica que os representa deverá agir segundo a vontade coletiva prevalente e nesse sentido direcionar suas ações. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 154)

Da leitura do supracitado artigo 81, do CDC, verifica-se que o legislador utilizou três critérios para definir direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos: a divisibilidade ou não do direito objetivo pretendido, a titularidade do direito e a sua origem.

Tem-se, portanto, que direitos coletivos *lato sensu* abrangem duas modalidades de direitos transindividuais: os direitos difusos e os coletivos *stricto sensu.*

No que se refere aos direitos individuais homogêneos, estes consistem em "um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles" (ZAVASCKI, 2007, p. 43). Ou seja, os interessados compartilham prejuízos divisíveis de mesma origem.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, o "adjetivo 'homogêneos' só indica que o fato gerador é único, já que a dimensão qualitativa ou quantitativa do direito pode variar em razão do indivíduo" (CARVALHO FILHO, 2016, p. 30), e prossegue fazendo a seguinte distinção entre os direitos tutelados pelo processo coletivo:

> A categoria dos interesses individuais homogêneos guarda distinção fundamental em relação aos interesses coletivos e difusos: enquanto estes são transindividuais, porque o aspecto de relevo é o grupo, e não seus componentes, aqueles se situam dentro da órbita jurídica de cada indivíduo. Por outro lado, os direitos transindividuais são indivisíveis e seus titulares são indeterminados ou apenas determináveis, ao passo que os individuais homogêneos são divisíveis e seus titulares são determinados. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 30).

Tem-se, portanto, que, em se tratando de direitos coletivos, em conformidade com as definições supracitadas, revela-se necessário a adoção de um procedimento adequado para sua tutela, tendo em vista que os institutos existentes para a defesa dos direitos individuais não se apresentam suficientes para sua tutela e efetivação.

## 3 O SISTEMA REPRESENTATIVO DO PROCESSO COLETIVO

Atualmente, a tutela dos direitos coletivos, no ordenamento jurídico brasileiro, observa o modelo representativo, com forte influência do modelo norte-americano das *class actions*, no qual somente um representante adequado possui legitimidade para a propositura de uma ação coletiva.

No entanto, entre os modelos da *civil law*, dentre os quais inclui-se o direito processual coletivo brasileiro, e os da *common law*, com destaque para as *class actions*, verifica-se algumas diferenças no que se refere à legitimação para agir e aos efeitos da sentença.

### 3.1 O modelo representativo da *common law*

Nos países de *common law*, tais como Estados Unidos, Canadá e Austrália, adota-se a *class action* como sistema adequado para a tutela de direitos coletivos, "exigindo-se um número bastante elevado de pessoas que possa vir a se beneficiar da ação coletiva, para permitir ao juiz se convencer de que seja a forma mais adequada, ao invés de uma forma individual." (AFONSO, 2010, p. 303).

A *class action* do direito norte-americano, influenciada pelo *Bill of Peace*, do direito inglês, pode ser definida como o procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum.

Sobre as *class actions*, leciona Vicente de Paula Maciel Junior:

> 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).

É também lição de Suzana Rocha Savoi Diniz:

> Salienta-se, portanto, que a class action é uma ação representativa – representative action, em que o autor representa em juízo os interesses dos demais membros – ausentes – do grupo. Este representante propõe a ação coletiva em nome próprio e em nome de todos os demais que se enquadram em uma situação semelhante à sua, o que gera dois pedidos independentes: o pedido individual, em benefício do representante, e o pedido coletivo, em benefício do grupo. (DINIZ, 2008, p. 123).

Percebe-se que, apesar de ter tido grande influência na positivação do direito processual coletivo brasileiro, as *class actions* possuem diferenças principalmente no tocante à legitimação para agir e à coisa julgada.

A *class action* é uma ação representativa – *representative action* - , em que o autor representa em juízo os interesses dos demais membros – ausentes – do grupo. E, no sistema em questão, cabe ao magistrado apreciar a adequação da representatividade, inexistindo limites legais para definir quem seria o representante adequado para atuar em juízo, com legitimação extraordinária, na busca pela tutela dos direitos coletivos.

Nos Estados Unidos, o Processo Coletivo é regulamentado pela *Federal Equity Rule*, de 1912, tendo assumido posição de relevo com a Regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure*, de 1938. A referida Regra 23 aborda uma série de questões e exigências para que a demanda seja tratada como uma ação coletiva, tais como controle da representatividade, identificação da classe, objeto da demanda, eficácia do provimento jurisdicional, assistência técnica, tratando também dos pressupostos para seu regular prosseguimento.

No que se refere à legitimação para agir, no modelo das *class actions*, necessário que o representante considerado adequado integre à classe interessada na demanda, devendo estar claramente definida, de modo a permitir o "alcance e os limites subjetivos do julgado, embora não se exija, *a priori*, desde o limiar do processo, a indicação exata das pessoas ou mesmo do número certo de interessados" (MENDES, 2002, p. 74). Este representante propõe a ação coletiva em nome próprio e em nome de todos os demais que se enquadram em uma situação semelhante à sua, o que gera dois pedidos independentes: o pedido individual, em benefício do representante, e o pedido coletivo, em benefício do grupo.

Ressalte-se que, para que se entenda cabível e adequada a ação coletiva, necessário apreciar o "binômio da prevalência das questões comuns sobre as individuais e da superioridade da ação coletiva em relação a individual" (SILVA, 2017, p. 304). Necessário, ainda, sejam notificados dos interessados para que exerçam o direito à regra do *opt-out*, ou seja, é possível que os interessados optem por não se submeterem aos efeitos da sentença.

Verifica-se, portanto, que, em que pese a existência de legislação regulamentando o processo coletivo, cabe ao magistrado analisar a adequação da representatividade (*ope judice*).

### 3.2 O modelo representativo da *civil law*

O modelo adotado pela legislação brasileira, conforme previsto na Lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, adota também o sistema representativo, com grande influência das *class actions*, porém com a representatividade definida por lei (*ope legis*).

Nesse sistema, o representante adequado não é o titular do direito tutelado, mas sim o portador em juízo dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, possuindo condições de seriedade e idoneidade, já que não participam os diretamente os membros do grupo, categoria ou classes de pessoas.

A Lei de Ação Civil Pública prevê em seu art. 5º, quem são os representantes adequados:

> Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
> I - o Ministério Público;
> II - a Defensoria Pública;
> III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
> IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
> V - a associação que, concomitantemente:
> a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
> b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (BRASIL, 1985).

Desse modo, tem-se que, no sistema brasileiro, a representação adequada é definida pela legislação; ao contrário do sistema norte-americano, no qual cabe ao magistrado apreciar a adequação da representatividade.

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.

Percebe-se que a legislação brasileira, ao valer-se preponderantemente de representantes adequados como legitimados para agir no processo coletivo, vulnera o princípio constitucional de inafastabilidade da jurisdição, que deveria assegurar a todos os interessados na questão debatida a faculdade de instaurar o processo judicial.

## 4 O MODELO PARTICIPATIVO DO PROCESSO COLETIVO

Buscando adequar o processo coletivo às diretrizes do Estado Democrático de Direito, Vicente de Paula Maciel Junior apresenta, em sua obra "Teoria das Ações Coletivas: As ações coletivas como ações temáticas", visão diversa acerca do Direito Processual Coletivo, apresentando uma proposta de estudo das ações coletivas como ações temáticas, resgatando aos interessados difusos a "legitimação que lhes foi roubada pelo modelo de processo coletivo centrado no individualismo" (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 189).

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).

Desse modo, em contraposição com o modelo representativo adotado pelo legislador brasileiro, o foco na ação coletiva deveria ser o objeto, e não o sujeito, permitindo uma ampla e irrestrita participação dos interessados, e passando a abordar as

ações coletivas como ações temáticas, definindo a participação a partir da delimitação do tema debatido.

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.

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 JUNIOR, 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 ínterim 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).

Vale ressaltar que tal modelo apresenta maior conformidade com as diretrizes do Estado Democrático de Direito, permitindo a formação participada do mérito do provimento jurisdicional, diante da legitimação de todos os interessados difusos.

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).

Desse modo, diante da ampla participação dos interessados na construção do provimento jurisdicional coletivo, os efeitos da sentença deverão ser diversos daqueles considerados no sistema representativo.

## 5 O PROCESSO COLETIVO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A partir das considerações tecidas acerca dos modelos de Direito Processual Coletivo, pretende-se, agora, analisar sua adequação ao Estado Democrático de Direito, o qual deve ser compreendido como uma junção entre o Estado de Direito e o princípio democrático, configurando uma "alternativa de superação tanto do Estado de Bem-Estar quanto do Estado de socialismo real" (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 62), tendo por fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Diversos textos constitucionais preveem a instituição de um Estado Democrático de Direito. Todavia, não basta a mera previsão no texto da Constituição, sendo necessário que esse mesmo texto, assim como o resto do ordenamento jurídico, institua mecanismos para o pleno e efetivo exercício da cidadania[1].

A democracia não pode se limitar à vontade da maioria, mas deve permitir a inclusão de todos, com suas individualidades. Isto significa que a democracia deve estar diretamente vinculada à "prerrogativa de autoinclusão da Cidadania", garantindo que "cada pessoa promova sua própria inserção na ordem jurídica" (GRESTA, 2014, p. 10).

Assim, as Constituições analisadas neste trabalho caracterizam pela verdadeira pretensão de construir o Estado Democrático de Direito, trazendo não só direitos

[1] Compreende-se cidadania como "deliberado vínculo jurídico-político-constitucional que qualifica o indivíduo como condutor de decisões, construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico da sociedade política a que se filiou" (LEAL, 2002, p. 150-151).

fundamentais para todos, como exemplo para as demais, mas também mecanismos de garantia desses direitos.

Induvidoso que a Constituição deve não somente tutelar determinados direitos humanos, mas como também inserir em seu texto meios de garantias para que esses direitos possam ser amplamente exercidos, ou seja, a positivação dos direitos humanos é insuficiente para assegurar "a efetividade do livre exercício de tais direitos" (BARACHO, 2006, p. 53), exigindo-se que o ordenamento jurídico também crie garantias que os tornem eficazes.

No mesmo sentido, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias afirma que "de nada adiantaria um extenso rol de direitos fundamentais, se mecanismos que assegurassem sua concretização também não fossem selecionados e incluídos no texto constitucional" (BRÊTAS, 2010, p. 72).

Assim, conclui-se, conforme o ensinamento de José Cirilo Vargas, que a mera previsão e proclamação dos direitos é insuficiente, vez que é preciso "dar os meios para exercê-los, para desfrutá-los", de modo a "afastar a ideia de mero complexo de princípios filosóficos e generosos, sem eficácia executória" (VARGAS, 1992, p. 50).

As garantias constitucionais passam a ter grande relevância no estudo do processo, tendo em vista que várias dessas garantias, apesar de previstas no texto constitucional, possuem natureza processual, motivo pelo qual, no Estado Democrático de Direito, torna-se inviável desvincular o processo da Constituição.

Neste contexto, há duzentos anos, era aprovada a Constituição Espanhola de 1812 ou La Pepa, também conhecida como Constituição de Cádiz, em 18 de Março de 1812, pelas Cortes Gerais Extraordinárias reunidas na cidade de Cádiz, Espanha. Considerada a primeira constituição aprovada entre os países ibero-americanos, com características revolucionárias para a época e princípios consagradores do Estado de Direito e a democracia, influenciou profundamente o desenvolvimento do constitucionalismo espanhol, português e latino-americano, deixando um legado de inclusão política e social. A Constituição Espanhola de 1812 foi antecedida apenas pela Constituição Corsa de 1755 (a primeira efetivamente democrática), pela Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e pela Constituição Francesa de 1791. (ESPANHA, 1912).

No Brasil, este marco constitucional apenas foi efetivamente atingido em 1988, com a promulgação da atual Constituição da República, findando 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 que a atuação do Estado se tornasse a representação da vontade popular. (BRASIL, 1988).

No caso do Brasil, apesar de desde a primeira Constituição da República, promulgada em 1891, ter expressa previsão de que o texto constitucional tinha por objetivo a organização de um "regime livre e democrático", é certo que somente com a Constituição de 1988 foram criados mecanismos para efetivar tal promessa democrática, tendo existido, até então, um verdadeiro Estado Social, com um excesso de poderes do Estado e pouca, ou quase nenhuma, participação popular.

O mesmo se verifica na Constituição de Portugal, datada de 1974. Além de deixar claro em seu preâmbulo, a restituição aos cidadãos portugueses dos direitos e liberdades fundamentais, em razão da derrubada de um regime fascista, a Constituição Portuguesa inclui em seu texto garantias processuais como o contraditório e a ampla defesa (art. 32), o dever de fundamentar as decisões judiciais (art. 205) e o amplo acesso à jurisdição e a razoável duração do processo (art. 20). (PORTUGAL, 1974).

No mesmo sentido, a Constituição italiana de 1947, aqui incluída a título exemplificativo eis que não componente da Comunidade Ibero-Americana de Nações, trouxe uma seção específica para a regulamentação da atividade jurisdicional, iniciando-se com a previsão da atuação mediante observância do devido processo legal ("giusto processo reglato dalla legge" – art. 111), seguindo, no mesmo artigo, com a previsão das demais garantias essenciais ao processo democrático. Dispõe a Constituição que "cada processo se desenvolve pelo debate entre as partes, em condições de igualdade, perante tribunal independente e imparcial. A lei prevê a duração razoável."[2] (ITÁLIA, 1974).

A abordagem das garantias processuais como garantias fundamentais também se encontra na Constituição da Espanha de 1978, que prevê o acesso à jurisdição como direito fundamental, tutelado pela ampla defesa, dispondo que "todas as pessoas têm direito a proteção efetiva dos juízes e tribunais no exercício dos seus direitos e interesses legítimos, sem que, em qualquer caso, não haja defesa"[3]. (ESPANHA, 1978).

---

[2] No original: "Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata".

[3] No original: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión."

O mesmo dispositivo ainda prevê:

> Além disso, todos têm direito a um juiz ordinário predeterminado por lei, a defesa e a assistência por um defensor, a ser informado das acusações contra eles, a um julgamento público, sem dilações indevidas e com plenas garantias, a utilização de todos os meios de prova relevantes para a sua defesa, não se incriminar, não confessar-se culpado e a presunção de inocência.[4] (ESPANHA, 1978).

Cabe aqui aclarar, interessante o posicionamento de Lenio Luiz Streck sobre a utilização da hermenêutica jurídica para intermediar o texto da lei e seu sentido. Para tanto:

> na era das Constituições compromissórias e sociais, uma hermenêutica jurídica capaz de intermediar a tensão inexorável entre o texto e o sentido do texto não pode continuar a ser entendida como uma teoria ornamental do direito, que sirva tão somente para colocar 'capas de sentido' aos textos jurídicos. No interior da virtuosidade do círculo hermenêutico, o compreender não ocorre por dedução ou subsunção. Conseqüentemente, o método (ou o 'procedimento discursivo') sempre chega tarde, porque pressupor saberes teóricos (discursos de fundamentação) separados da 'realidade'. Antes de argumentar, o intérprete já compreendeu. O uso da linguagem não é arbitrário, isto é, 'a linguagem não depende de quem a usa' (Gadamer). A compreensão antecede qualquer argumentação, porque lhe é condição de possibilidade. Portanto, é equivocado afirmar, v.g., que o juiz primeiro decide e só depois fundamenta (justifica). Na verdade, ele só decide porque já encontrou, na antecipação de sentido, o fundamento. Mas somente é possível compreender isso a partir da admissão da tese de que a linguagem não é um mero instrumento ou uma 'terceira coisa' que se interpõe entre um sujeito (cognoscente) e um objeto (cognoscível). Numa palavra: o 'abismo gnosiológico' que 'separa' o homem das coisas e da compreensão acerca de como elas são não depende — no plano da hermenêutica jurídico-filosófica — de pontes que venham a ser construídas — paradoxalmente — depois que a travessia (antecipação de sentido) já tenha sido feita. (STRECK, 2006, p. 286).

Como exemplo, vale ainda mencionar a Constituição de Andorra de 1993, que traz as garantias fundamentais do processo em seu art. 10[5], que também se encontram previstas no art. 19 da Constituição do Chile de 1980[6], no art. 139 da Constituição Peruana de 1993[7] e no art. 29 da Constituição da Colômbia de 1991[8].

---

[4] No original: "Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia."

[5] No original: "Article 10

1. Es reconeix el dret a la jurisdicció, a obtenir d'aquesta una decisió fonamentada en Dret, i a un procés degut, substanciat per un tribunal imparcial predeterminat per la llei.

2.Es garanteix a tothom el dret a la defensa i a l'assistència tècnica d'un lletrat, a un judici de durada raonable, a la presumpció d'innocència, a ésser informat de l'acusació, a no confessar-se culpable, a no declarar en contra d'ell mateix i, en els processos penals, al recurs.

3.La llei regularà els supòsits en què, per garantir el principi d'igualtat, la justícia ha d'ésser gratuïta." (ANDORRA, 1993).

[6] No original: "La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales

Percebe-se que a inclusão no texto constitucional de diversas garantias processuais, que pretendem a efetividade dos direitos fundamentais, aproxima o processo da Constituição, tornando, ainda, o texto constitucional indispensável para o devido processo, situação esta que torna clara a denominação "modelo constitucional de processo". (BARACHO, 1984).

Tem-se, portanto, que o Estado Democrático de Direito é aquele que, a partir de uma democracia representativa, permite o controle dos atos do Estado pelo povo, pela legitimação democrática da legislação, e garante o efetivo exercício dos direitos fundamentais.

Ronaldo Brêtas, afirma que o Estado Democrático de Direito consiste na junção entre os princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático. Tem-se, portanto, um Estado submetido às normas jurídicas e estruturado por leis, sobretudo a lei constitucional, um Estado no qual se estabeleça estreita conexão interna entre dois grandes princípios jurídicos, democracia e Estado de Direito, ou seja, um Estado Constitucional Democrático de Direito. (BRETAS, 2010, p. 54).

Afirma Brêtas, ainda, 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),

---

víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes. Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley. Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho. Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado.Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos." (CHILE, 1980).

[7] O texto da Constituição do Peru de 1993 estabelece em seu art. 139 os princípios e direitos fundamentais da função jurisdicional, incluindo "la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional", "La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan" e "El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley" (PERU, 1993).

[8] No original: "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso." (COLÔMBIA, 1991).

> sobretudo aquelas pertinentes aos direitos fundamentais. (BRETAS, 2010, p. 147).

No que se refere ao princípio democrático, primeiramente deve-se observar que democracia remete à ideia "governo do povo", ou seja, há democracia quando se permite a participação do povo, conferindo legitimidade à atuação do Estado, nas esferas legislativa, administrativa e judicial.

Em um Estado democrático, o ordenamento jurídico consagra uma série de institutos que introduzem o povo no governo do Estado, seja diretamente, seja através de representantes, ou, ainda, permitindo-se a cidadãos ligados a associações e partidos diversos que participem da vida do estado e concorram a cargos políticos.

Assim, o Estado deve "se ater à principiologia constitucional da democracia", rompendo com "a teoria do Estado Mínimo dos neoliberais" e 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, 2016, p. 34).

Do Princípio democrático resulta, ainda, o dever do Estado e o direito do jurisdicionado de buscar uma resposta adequada as suas pretensões, com a devida fundamentação, mediante a garantia de ampla participação na construção das decisões, observado o devido processo legal.

Assim, para compreender o Processo Coletivo no Estado Democrático de Direito, é preciso conectá-lo à teorias processuais que se adaptem a este modelo de Estado. Assim, a Teoria do Processo como Relação Jurídica não mais pode servir de marco teórico, uma vez que serve ao Estado Social.

Percebe-se, portanto, que, de acordo, com as diretrizes do Estado Democrático de Direito não mais se admite o protagonismo judicial decorrente da a noção de "processo como relação jurídica", defendida Oskar Von Büllow.

Por outro lado, a Teoria Constitucionalista do Processo se revela mais adequada, uma vez que se preocupa com a participação dos interessados na construção do provimento jurisdicional, não afastando o entendimento de Elio Fazzalari de ser o processo um procedimento em contraditório, mas acrescenta que seria o processo também uma garantia ao exercício dos direitos fundamentais.

Nesse sentido:

> [...] a teoria estruturalista de Fazzalari carece de alguma complementação pelos elementos que compõe a teoria constitucionalista, porque a inserção do contraditório no rol das garantias constitucionais decorre da exigência lógica e democrática da co-participação paritária das partes, no procedimento formativo da decisão jurisdicional que postulam no processo, razão pela qual conectada está à garantia também constitucional da fundamentação das decisões jurisdicionais centrada na reserva legal, condição de efetividade e legitimidade democrática da atividade jurisdicional constitucionalizada. (BRETAS, 2010, p. 91).

Os estudos da teoria constitucionalista do processo, que remontam ao mexicano Hector Fix-Zamudio e ao uruguaio Eduardo Couture, surgem para fortalecer a superação do processo como relação jurídica entre autor, juiz e réu e da teoria instrumentalista, segundo a qual o processo seria mero instrumento da jurisdição, e também como uma complementação da teoria estruturalista de Elio Fazzalari.

Diante do entendimento da jurisdição como direito fundamental, inviável entender que o processo seja mero instrumento de sua realização, devendo ser compreendido como forma de garantia não só deste, mas de todos os direitos fundamentais positivados pelo texto constitucional.

É lição de José Alfredo de Oliveira Baracho:

> O constitucionalismo processual contemporâneo preocupa-se, cada vez mais, com as garantias dos direitos fundamentais, procurando efetivá-las pelo crescimento de novos instrumentos do processo constitucional. (BARACHO, 2006, p. 53).

Desse modo, tem-se que as normas processuais devem observar a supremacia da Constituição, conforme ensinamento de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

> a teoria constitucionalista do processo toma por base a idéia primeira da supremacia das normas da Constituição sobre as normas processuais. Considera o processo uma importante garantia constitucional, daí a razão pela qual surge consolidada nos textos das Constituições do moderno Estado Democrático de Direito, sufragando os direitos das pessoas obterem a função jurisdicional do Estado, segundo a metodologia normativa do processo constitucional. (BRETAS, 2010, p. 92).

A constitucionalização do próprio Direito é objeto de destaque em texto de Luís Roberto Barroso:

> A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares. (BARROSO, 2017, p. 16-17).

Tem-se, portanto, que o processo democrático deve se estruturar observando as garantias fundamentais do processo, notadamente aquelas que são consideradas como seus princípios institutivos: isonomia, ampla defesa e contraditório. Isso porque tais garantias fazem com que a atividade do julgador seja limitada pela atuação das partes.

Tais princípios também devem ser observados no Direito Processual Coletivo, o que, todavia, não ocorre nos modelos representativos, uma vez que somente ocorre a formação do mérito processual pela participação daquele que ocupa o lugar de representante adequado, e não dos interessados.

Somente o modelo participativo permitiria que o provimento jurisdicional seja resultado da participação dos interessados, a partir da mudança de foco na estruturação do procedimento, que não mais se desenvolveria a partir do sujeito, mas do objeto de debate, permitindo que todos aqueles interessados se manifestassem e pudessem influenciar na construção do provimento.

Conforme lição de Fazzalari, que inseriu o contraditório como elemento conceitual do processo, este deve desenvolver-se observando uma "estrutura dialética do procedimento", ou seja, deve ocorrer em contraditório, o qual é definido pelo autor da seguinte forma:

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

A partir de tal conceituação, verifica-se que o contraditório existe a partir da participação dos destinatários dos efeitos do provimento final, e não daqueles denominados como "partes" do procedimento, motivo pelo qual o Processo Coletivo, estruturado a partir da figura do representante adequado, não se desenvolve em contraditório, não podendo ser considerado como processo democrático.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo representativo do 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 (modelo da *civil law*) ou com a legitimidade reconhecida judicialmente (modelo da *common law*).

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 tutela os direitos coletivos, em que permanece o sistema representativo, com a limitada participação dos interessados.

Assim, para que reconhecer a legitimidade do provimento jurisdicional proferido nas ações coletivas, bem como a sua vinculação a todos os interessados, 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.

## REFERÊNCIAS


ANDORRA. *Constituición del Principado de Andorra*. 1993. Disponível em: <http://www.consellgeneral.ad/fitxers/documents/constitucio/const-cast>. Acesso em: 17 fev. 2017.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional*: Aspectos Contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

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

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *In*: BARROSO, Luís Roberto. *Vida Acadêmica, Jurisdição Constitucional e Debates Públicos* [Recurso eletrônico on-line]. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. *Constituição de 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 fev. 2017.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 12 fev. 2017.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2016.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CHILE. *Constituición Política de la República*. 1980. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/constitucion_chile.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2017.

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

COLÔMBIA. *Constituición Política de Colômbia*. 1991. Disponível em: < http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/ConstitucionPoliticaColombia_20100810.pdf >. Acesso: 17 fev. 2017.

DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo*: teoria da legitimidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DINIZ, Suzana Rocha Savoi. *A coisa julgada no processo coletivo na perspectiva das ações temáticas*. Dissertação de Mestrado. PUC MINAS. 2008. Disponível em: < http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_DinizSR_1.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2017.

ESPANHA. *Constituição de 1978*. Disponível em: < http://www.tribunalconstitucional.es/es/constitucion/Paginas/ConstitucionIngles.aspx> Acesso em: 17 fev. 2017.

ESPANHA. *La Constitución Española de 1918*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/portales/constitucion_1812/>. Acesso em: 17 fev. 2017.

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

FIX-ZAMUDIO, Hector. *Constituición y Proceso Civil em Latinoamérica*. México: Instituto de Investigaciones Juridicas, 1974.

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. Disponível em: < http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FerreiraJMM_1.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2017.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GRESTA, Roberta Maia. *Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ITÁLIA. *Constituição de 1947.* Disponível em: <http://www.quirinale.it/qrnw/statico/costituzione/pdf/Costituzione.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2017.

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

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo* – Primeiros estudos. 13. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

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 público e outros interesses. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático.* Curitiba: Juruá, 2011.

PERU. *Constituición Política Del Perú.* 1993. Disponível em: <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2017.

PORTUGAL. *Constituição de 1974.* Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 17 fev. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de "como discricionariedade não combina com democracia": o contraponto da resposta correta. *In*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (coords.) *Constituição e Processo: A contribuição do Processo ao Constitucionalismo Brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

VARGAS, José Cirilo. *Processo Penal e Direitos Fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.