

**A CRISE DO SISTEMA REPRESENTATIVO NA TUTELA PROCESSUAL
COLETIVA BRASILEIRA**

THE CRISIS OF THE REPRESENTATIVE SYSTEM IN THE BRAZILIAN COLLECTIVE
PROCEDURAL

Sérgio Henriques Zandona¹

Felipe Almeida Campos²

RESUMO

O presente trabalho científico busca investigar o processo coletivo a partir das compreensões dogmáticas e jurisprudenciais brasileiras, a fim de identificar os pontos formadores da crise de representação atualmente percebida na defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Entende-se que essa crise é provocada pelo subjetivismo e pela taxatividade do rol dos legitimados para a propositura dos procedimentos coletivos, ainda influenciados pela corrente instrumentalista de processo calcada nos conceitos do processo como relação jurídica. A essa limitação dos legitimados dá-se o nome de teoria da representação adequada, desprestigiando os reais afetados pelo fato ou ato de efeitos jurídicos em detrimento da escolha de determinados entes, ditos capazes, para exercer a legitimação extraordinária. Após, serão analisados os principais efeitos dessa teoria nos sistemas de tutela coletiva para, a partir disso, ser debatido o modelo constitucional de processo. O referencial teórico-metodológico terá por base o método jurídico-dedutivo, com marco teórico na teoria das Ações Temáticas de Vicente de Paula Maciel Júnior.

Palavras-chave: Tutela Coletiva. Sistema representativo. Crise. Modelo constitucional de processo. Teoria das ações temáticas.

ABSTRACT

The present work aims to investigate the collective process of starting from the dogmatic understandings and Brazilian jurisprudence, with the objective of identifying the aspects that form the crisis in the present time in the defense of human, collective and individual homogeneous rights. It is understood that this crisis is provoked by subjectivism and the tax

¹ Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela PUC MINAS. Pós-Doutor em Direito pela UNISINOS. Pós-doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade FUMEC. Professor convidado da PUC MINAS (Cursos de Especialização). Professor da Escola Judicial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Coordenador Geral do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Assessor Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Email: sergiohzhf@fumec.br

² Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade FUMEC. Advogado. Assessor Parlamentar na Câmara Municipal de Belo Horizonte/MG. Pós-graduado em Direito Processual pela PUC-MINAS. Membro e Professor da Comissão Direito na Escola da OAB/MG. Email: feacamposadv@gmail.com

expression of the legitimated for the propositional of processes of continuous processes in relation to the procedural judicial. The girl is one of those legitimized by the right to appropriate the law of the law, that is, to exercise extraordinary legitimation. Afterwards, the applied principles must be based on systems of collective tutelage to, from, be debated the constitutional model of process. The theoretical-methodological referential is based on the legal-deductive method, with a theoretical background in the subject of Vicente de Paula Maciel Júnior.

Keywords: Collective Guardianship. Representative system. Crisis. Constitutional process model. Theory of thematic actions.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil passou por um longo período de desenvolvimento teórico e jurisprudencial para o reconhecimento efetivo da proteção coletiva dos interesses e direitos difusos e coletivos.

No plano constitucional, esse debate foi iniciado em 1934 com a legitimidade do cidadão para a defesa do patrimônio público. Embora ainda limitada, essa discussão se desenvolveu ao longo dos anos até a Ação Popular, em 1965, marcar o início de um novo paradigma de tutela coletiva.

A partir da Ação Popular a temática passou a se desenvolver na medida em que também se espalhavam pelo país as chamadas ondas renovatórias do processo³, notadamente influenciadas pela corrente instrumentalista de processo, oriunda da chamada Escola Paulista de Processo, em busca da efetividade e celeridade.

Neste contexto destacam-se duas normas infraconstitucionais, uma delas destinada a proteção ambiental e, em 1985, um novo marco legislativo (após a Ação Popular) denominado Ação Civil Pública passa a tutelar expressamente o meio ambiente, o consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, trazendo taxativamente o rol de seus legitimados.

A inovação ganharia consistência com a Constituição da República de 1988 (CR/88) ao prever expressamente a Ação Popular como salvaguarda coletiva, legitimando qualquer cidadão no caminho da proteção ao patrimônio público, moralidade, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural. Restou previsto também na CR/88 como função institucional

³Nesse sentido: CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

do Ministério Público instaurar o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública, para a proteção do meio ambiente, do patrimônio público e social, além de outros interesses difusos e coletivos⁴.

Apesar da inovação constitucional, a proteção coletiva encontra-se – todavia - arraigada em profundo subjetivismo, deixando de lado em seu caminho os reais afetados pelos atos ou fatos lesivos. Desenvolveu-se, assim, a teoria do representante adequado atribuindo o controle da legitimidade ativa ao magistrado, segundo os seus critérios de experiência, histórico de representação e fins sociais da entidade representante, entre outros de caráter subjetivo.

Formou-se, com isso, um sistema capaz de excluir do rol dos legitimados o próprio afetado, como na Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor. Lado outro, busca-se neste trabalho tratar de modo crítico as influências da teoria do representante adequado a partir da jurisprudência, e seus paradoxos, em razão de uma verdadeira crise de representatividade.

Apontando caminho diverso do modelo atual, adota-se nesta pesquisa, como seu marco teórico, a teoria das ações coletivas, de Vicente de Paula Maciel Júnior, calcada na temática e no objeto da proteção coletiva para a definição de seus legitimados, ora afetados pelos efeitos do ato ou fato jurídico questionado. Nessa medida, entende-se por oportuna uma discussão sobre a necessária mudança de rumo na compreensão da tutela coletiva no Brasil, marcada pelo subjetivismo advindo da corrente instrumentalista de processo ainda predominante nos estudos do direito processual brasileiro.

Por fim, destaca-se que o referencial teórico-metodológico do presente artigo terá por base o método jurídico-dedutivo.

2. HISTORICIDADE DO PROCESSO COLETIVO NO BRASIL

No Brasil, a análise histórica sobre o desenvolvimento da tutela processual coletiva propõe uma avaliação em três marcantes períodos: colonial, imperial e republicano.

No período denominado de Brasil-colônia cujo recorte analítico remete à chegada dos portugueses até a marcante independência, de 1822, eram aplicadas as chamadas ordenações portuguesas.

⁴A proteção coletiva é – sem dúvida - uma marca importante em toda a CR/88 ao dispor sobre os direitos fundamentais, notadamente, em seus artigos 3º, 5º, 6º ao 11, artigos 12 ao 17, artigo 129, III e artigo 225 (BRASIL, 1988).

Contudo, com a independência do Brasil, em 1822, inaugura-se uma nova fase com a Constituição do Império de 1824⁵ que duraria até 1889 com a instauração da República.

Sob o viés processual, tem-se que o processo civil brasileiro, até o século XX, encontrava-se regido pelo Livro III das Ordenações Filipinas⁶ que representavam, em verdade, um compilado da própria legislação portuguesa (resultado das ideias, opiniões e costumes da população, naquela época) e do Direito Comum Romano e do Direito Canônico⁷.

Em seguida, editou-se no Brasil o Decreto 737 de 1850 que foi inicialmente responsável por regulamentar “a ordem do Juízo no Processo Commercial”⁸, e passou a ser aplicado às relações processuais cíveis por meio do Decreto n.º 763 de 1890.

Na verdade, mantinha-se a base das históricas ordenações portuguesas⁹ que influenciavam a regulação processual naquela época (LIEBMAN, 1962); entretanto, serviu o Decreto 737 para simplificar e modernizar as regras processuais naquele período.

Tem-se, até o momento, a aplicação no Brasil de regras das Ordenações Filipinas, de parte do Código de Processo Criminal e do Decreto 737, o que motivou o Governo a propor a unificação das normas processuais civis em um só documento resultando na chamada Consolidação das Leis do Processo Civil, publicado em 1879 como resultado do tratamento sistemático das teses jurídicas nacionais e das aplicações subsidiárias do Direito Romano e consuetudinário.¹⁰

Acontece que essa unificação durou até a primeira Constituição da nova fase republicana, datada de 1891, vez que em seu artigo 65, n.º 2¹¹ tem-se a novel faculdade

⁵Sobre a Constituição de 1824 é importante mencionar que houve no Brasil avanços, sobretudo no Direito Penal, contribuindo para a criação do Código Criminal do Império de 1930.

⁶ Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 23 out. 2016.

⁷Um marco histórico importante nesta primeira fase se dá com a Lei de 29 de novembro de 1832 que “promulga o Código de Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil” (BRASIL, 1832). É que trazia o referido Código o chamado “título único” dispoendo sobre a administração da justiça civil dispoendo sobre conciliação, revelia e condenação em custas, oitivas de testemunhas, recursos, entre outros pontos de atribuição dos juízes cíveis, à época.

⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>>. Acesso em 16 fev. 2017.

⁹Dentre as ordenações portuguesas, destacam-se as ordenações Filipinas de 1603. Sobre as demais, denominadas Afonsinas e Manuelinas, a história demonstra que sua aplicação no Brasil se deu por curtos períodos temporais (ALMEIDA, 2007). Sobre o tema, ademais, Gregório Assagra de Almeida ensina que “essas ordenações portuguesas, seja pela falta de rigor técnico, seja pela falta de fundamentação científica, não podem ser enquadradas dentro da conceituação mais rígida e moderna de código”. (ALMEIDA, 2007, p. 46).

¹⁰ Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/220533>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

¹¹Art 65 - É facultado aos Estados: 1º) celebrar entre si ajustes e convenções sem caráter político (art. 48, n.º. 16); 2º) **em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>>. Acesso em: 21 out. 2016.

conferida a cada Estado para legislar sobre matéria processual e isso ocorreu com destaque, por exemplo, para os códigos de processo do Pará, de 1904 e dos Estados de São Paulo, Espírito Santo e Paraíba de 1930 (COSTA, 1970).

Passamos, assim, ao importante marco do ano de 1916 quando surge, no Brasil, o seu primeiro Código Civil que, conforme ensina Gregório Assagra de Almeida:

O Código Civil de 1916, pautado por uma **visão liberal individualista clássica**, foi obra decorrente do trabalho de Clóvis Beviláqua, que iniciou a elaboração do anteprojeto em 1889, concluindo-o no mesmo ano. O CC/1916 seguiu, em parte, a sistematização do BGB alemão (de 1900, com vigência a partir de 1900 (tanto que continha uma parte geral arts. 1º a 179 e uma parte especial (art. 180 a 1.807) composta por quatro livros. (ALMEIDA, 2007, p. 47). Grifos nossos.

É importante registrar que essa visão liberal e individualista será marcante na elaboração dos próximos Códigos que sucederam o Código Civil de 1916, como será visto durante o desenvolvimento deste trabalho.

Chega-se então à Constituição de 1934, marco histórico que registra a primeira previsão nacional sobre a legitimidade do cidadão para a defesa do patrimônio público com o seu artigo 113, inciso 38, prevendo que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.” (BRASIL, 1934). Segundo alguns estudiosos do processo, tratava-se o artigo 113 acima referido da primeira previsão constitucional sobre a Ação Popular brasileira.

Para Fabrício Veiga Costa (COSTA, 2012), em sua obra destinada ao estudo do mérito processual “é de suma importância esclarecer que o primeiro instrumento processual hábil no direito pátrio ao controle das atividades estatais encontra-se na Constituição de 1934, especificamente no que tange ao controle do patrimônio público”. Um ponto interessante e que chama a atenção reside exatamente na limitação constitucional dada à legitimidade do cidadão, posto que somente se referia à declaração de nulidade ou anulação de atos lesivos ao patrimônio público.

Pode-se até questionar a real natureza dessa legitimidade e se realmente significava uma espécie de legitimação processual coletiva. Percebe-se, em certa medida, que se tratava mais de um instrumento do Estado para a preservação de seu patrimônio do que, verdadeiramente, uma tutela processual coletiva. Por outro lado, considerando que o patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios pertence à coletividade, pode-se chegar a conclusão mais abrangente. Em que pese o questionamento, o mencionado artigo 113 será o marco para o início da discussão sobre a tutela processual coletiva.

Entretanto, sob a influência da Constituição de 1934 que havia unificado o processo no Brasil surge, em 1939, o Código de Processo Civil. Com destaque, o artigo 670 do CPC/39 trazia expressa previsão sobre a titularidade para a denúncia, por qualquer do povo e ao Ministério Público, para dissolver sociedade civil que promovesse atividade ilícita ou imoral, veja:

Art. 670. A sociedade civil com personalidade jurídica, que promover atividade ilícita ou imoral, será dissolvida por ação direta, mediante denúncia de qualquer do povo, ou do órgão do Ministério Público. (BRASIL, 1939).

Superado o período de exceção promovido pela Constituição de 1937, inicia-se no Brasil seu primeiro período democrático marcado pela Constituição de 1946¹² com a previsão do seu artigo 141, inciso XXXVIII, atribuindo a qualquer cidadão a legitimidade para “pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista” (BRASIL, 1946), muito semelhante à previsão contida na Constituição de 1934 e alusiva também à legitimidade para a defesa do patrimônio público¹³.

Contudo, chama-se a atenção para o grande marco da legislação infraconstitucional sobre a tutela coletiva com a regulação da Ação Popular pela Lei 4717, de 1965, repetindo-se a legitimidade ativa de qualquer cidadão¹⁴ para pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, Distrito Federal, Estados, Municípios e entes da Administração Pública Indireta¹⁵.

A legitimidade passiva ficava por conta das pessoas públicas ou privadas e aquelas entidades referidas no artigo 1º, como autoridades, funcionários ou administradores e seus beneficiários na prática do ato impugnado. (BRASIL, 1965).

O procedimento era o ordinário, o mesmo do CPC de 1939, com algumas modificações trazidas como a requisição de documentos às entidades indicadas na inicial,

¹²O período democrático brasileiro instaurado em 1946 caminhou, entretanto, até o dia 31 de março de 1964 quando iniciou-se o período militar contra o então governo do Presidente João Goulart.

¹³No mesmo sentido a Lei 818 de 1949 e a Lei 3052 de 1958 destinadas à proteção do patrimônio público, pelo cidadão.

¹⁴A prova da cidadania era feita pela apresentação do título eleitoral ou documento equivalente, conforme o §3º do artigo 1º da Lei de Ação Popular.

¹⁵Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista ([Constituição, art. 141, § 38](#)), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos. (BRASIL, 1965).

prazo de contestação de 20 (vinte) dias, prorrogáveis por mais 20 (vinte), e a possibilidade de proposição de novo procedimento caso fosse a decisão de mérito improcedente por ausência de provas.

Questão interessante é vista nos artigos 7, I, “a”, artigo 7, §1º e artigo 16. Neles é perceptível a presença do Ministério Público que é intimado por ato do juízo logo no despacho da petição inicial e na sua incumbência para providenciar que as entidades referidas na petição inicial sejam atendidas dentro dos prazos fixados pelo Juiz. Além disso, caso a execução do julgado não fosse providenciada pela parte, o representante do Ministério Público estava autorizado a promovê-la nos 30 (trinta dias) seguintes, sob pena de falta grave. (BRASIL, 1965).

A Constituição de 1967 manteve a legitimidade do cidadão para propor a ação popular (nenhuma novidade nesse sentido), até novamente uma Lei infraconstitucional inovar ao prever a ampla proteção ao meio ambiente (Lei 6938 de 1981), sendo o presságio para o grande marco da tutela coletiva pela Ação Civil Pública, Lei 7347 de 1985.

Com a democratização do Brasil por meio da promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito ambiental, do consumidor, do patrimônio público, entre outros passaram a ser contemplados expressamente como objetos da tutela processual coletiva, matérias que serão abordadas nos próximos tópicos deste trabalho e sob críticas ao modelo representativo ainda em vigor no Brasil.

3. A INFLUÊNCIA DA ESCOLA INSTRUMENTALISTA E O INDIVIDUALISMO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A escola instrumentalista, corrente que surge a partir da teoria do processo como relação jurídica, tem sua origem nos estudos de Oskar Von Bulow desenvolvidos em sua obra *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*, publicada em 1868, marcando o movimento de autonomia do direito processual diante do direito material¹⁶.

A base teórica da relação jurídica proporciona a essa corrente a caracterização de um vínculo de subordinação entre as partes (autor, juiz e réu)¹⁷. Para André Del Negri, “a

¹⁶Esta autonomia se dá em virtude da admissão e desenvolvimento dos chamados pressupostos processuais de existência e desenvolvimento válido do processo fundada na relação jurídica estabelecida entre autor, juiz e réu, consistentes na análise dos requisitos indispensáveis para a existência e validade, servindo para que a relação jurídica processual se efetiva, tais como a capacidade das pessoas, objeto, legitimidade para a prática de atos, a ordem, às qualidades próprias e imprescindíveis da matéria cível litigiosa (BULOW, 1868).

¹⁷Não obstante, o processo é visto como um instrumento da jurisdição. A partir de um enfoque crítico, Rosemiro Pereira Leal ensina que o processo, na visão da corrente instrumentalista, é considerado como “se fosse uma

anacronicidade desse enfoque é percebida pela evidente vinculação de uma parte à outra e de ambas ao juiz, devido ao mito amplamente acolhido pelo tratamento doutrinário do individualismo do século XVIII.” (DEL NEGRI, 2008, p. 93).

Outra característica marcante da corrente instrumentalista está na valorização do juiz ao dotá-lo de poderes e faculdades com vistas a atingir os chamados escopos metajurídicos do processo, ou seja, perspectivas que vão além do direito, como aspectos sociais, econômicos, morais, políticos, evidenciando na atualidade o uso das próprias convicções¹⁸ do julgador.

Esse movimento contribuiu para a formação da chamada Escola Paulista de Processo¹⁹ regida, dentre outros autores, por Cândido Rangel Dinamarco e José Frederico Marques²⁰. Some-se a isso a sua influência na elaboração do Código de Processo Civil de 1973, de caráter individualista, elaborado por Alfredo Buzaid, um dos discípulos da escola de processo da Faculdade de Direito de São Paulo.²¹

A adoção da corrente instrumentalista, no Brasil, pode ser visualizada pela linha processual seguida pelo Supremo Tribunal Federal, veja:

O Supremo Tribunal Federal, recentemente, sob o influxo do instrumentalismo, modificou a sua jurisprudência para permitir a comprovação posterior de tempestividade do Recurso Extraordinário, quando reconhecida a sua extemporaneidade em virtude de feriados locais ou de suspensão de expediente forense no Tribunal a quo (BRASIL, 2012).

No mesmo sentido:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. TERMO "A QUO". DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO RESCINDENDA. TERMO FINAL EM DIA NÃO ÚTIL. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. O termo "a quo" para o ajuizamento da ação rescisória coincide com a data do trânsito em julgado da decisão rescindenda. O trânsito em julgado, por sua vez, se

corda a serviço da atividade jurisdicional nas mãos do juiz para puxar pela coleira mágica a Justiça redentora para todos os homens, trazendo-lhes paz e felicidade.”. (LEAL, 2008, p. 79).

¹⁸Consulte, a esse respeito, a obra: DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁹Trata-se, na atualidade, de teoria adotada majoritariamente no Brasil representada originariamente pelos estudos de Enrico Tullio Liebman que provocou no Brasil, nos idos da Segunda Guerra Mundial, um movimento de atualização do processo a partir dos estudos de Bülow. Nesse sentido, veja: NUNES, Dierle; PICARDI, Nicola. A Escola Paulista de São Paulo -- A contribuição de Enrico Tullio Liebman -- O movimento de reforma processual após a Constituição de 1988. III Projeto preliminar de um novo código -- O impacto de movimento de convergência entre 'civil law' e 'common law'. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 190 t.2, p. 93-120, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242945>>. Acesso em 18 jul. 2016.

²⁰Consulte, a esse respeito: JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. 3.ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2016.

²¹Nesse sentido, indica-se: BUZAID, Alfredo. *A influência de Leibman no Direito Processual Civil Brasileiro*. In: *Revista de processo*, n. 27, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano VII, jul-set. 1982.

dá no dia imediatamente subsequente ao último dia do prazo para o recurso em tese cabível.

2. O termo final do prazo para o ajuizamento da ação rescisória, embora decadencial, prorroga-se para o primeiro dia útil subsequente, se recair em dia de não funcionamento da secretaria do Juízo competente. Precedentes.

3. **"Em se tratando de prazos, o intérprete, sempre que possível, deve orientar-se pela exegese mais liberal, atento às tendências do processo civil contemporâneo - calcado nos princípios da efetividade e da instrumentalidade - e à advertência da doutrina de que as sutilezas da lei nunca devem servir para impedir o exercício de um direito"** (BRASIL, 1992).

Atribui-se ao juiz, portanto, a capacidade de absorver, na sociedade, o que ela precisa e almeja promovendo, assim, a consolidação dos chamados escopos políticos, sociais e econômicos do processo sob o viés instrumentalista.

Com isso, pode-se dizer que essa influência teórica tem afetado o tratamento das ações coletivas, já que é arrimada em conceitos privatistas, de cunho individualista, típico das relações jurídicas marcantes dos séculos passados.

Feitas as análises acima, passa-se a discussão sobre a influência de conceitos privatistas na tutela processual coletiva a partir do CPC de 1973..

3.1. O Viés Privatista Do Processo E Seus Impactos No Estudo Do Processo Coletivo

Muito embora autônomo, o Código de Processo Civil de 1973 buscava aproximar-se do direito material, ou seja, idealizava-se uma maior conexão entre a norma processual e a norma de direito material, tratando o processo como instrumento para as soluções do direito material em nome da busca pela efetividade processual.

Tem-se, então, o predomínio no processo civil brasileiro do princípio da instrumentalidade das formas, veja:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTIMAÇÃO. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO ADVOGADO E RETIRADA DOS AUTOS ANTES DA PUBLICAÇÃO. INÍCIO DA FLUÊNCIA DO PRAZO RECURSAL. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 242 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INTEMPESTIVIDADE. 1. O prazo para a interposição de recurso conta-se da data em que os advogados são intimados da decisão, sentença ou acórdão, na dicção do artigo 242 do Código de Processo Civil. 2. O advogado diligente que se antecipa à publicação do *decisum* está a contribuir com a celeridade e a efetividade da entrega da prestação jurisdicional. Desse modo, nos moldes do artigo 242 do Código de Processo Civil, o proceder do advogado que teve ciência pessoal e formal de determinado pronunciamento decisório traz como consequência o início da fluência do prazo recursal na data da cientificação, pois estaria abdicando da intimação ficta que se dá via publicação do ato no Diário da Justiça. 3. **Como ressaltado na jurisprudência desta Corte, "todo ato processual tem uma forma, a forma é apenas o meio, não é fim. Daí ser soberano no processo o princípio da instrumentalidade das formas dos atos processuais; se por outro meio se alcançou o mesmo fim, não se pode, por amor à forma,**

sacrificar o ato. O ato de conhecimento foi meio perfeito e completo, qual foi a retirada dos autos do cartório pelo próprio advogado que deveria recorrer. [...]. (STF - AI: 742764 RJ , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 28/05/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-110 DIVULG 11-06-2013 PUBLIC 12-06-2013). Grifo nosso.

Pode-se afirmar, até o momento, que: uma, o processo civil brasileiro se inspirava na teoria da relação jurídica, caracterizada pela submissão das partes (autor e réu) sendo o juiz um símbolo do poder capaz de aplicar a norma jurídica em busca da inteligível “pacificação social”.

Outra marca de cunho privatista está nos mais diversos conceitos indeterminados encontrados ao longo do CPC de 1973, o que gerou infindáveis conflitos e insegurança nas decisões judiciais. Nesse sentido, ensina Gregório Assagra de Almeida a partir de seus estudos divulgados pela obra Codificação do Direito Processual Brasileiro que: “A metodologia aberta e pluralista implantada na visão instrumentalista acabou gerando grande crise de insegurança jurídica, inclusive quanto à compreensão de alguns institutos do direito processual”. (ALMEIDA, 2007, p. 132).

O CPC de 1973 foi desenvolvido para a solução de conflitos individuais, servindo o processo como mero instrumento da jurisdição. Não se encontrava no CPC de 73, e também no Código Civil de 1916, dispositivos que privilegiassem a tutela coletiva, embora algumas passagens - ainda que insuficientes - pudessem ser indicativas de proteção coletiva, mas como substitutos processuais, como é o caso do Ministério Público²².

Formou-se nesse recorte histórico uma série de decisões e súmulas discutindo a legitimidade extraordinária do Ministério Público, das entidades de classe e dos sindicatos, sempre como substitutos processuais tais como a **Súmula 630 do STF**: A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria; **Súmula 643 do STF**: O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares; **Súmula 99 do STJ**: O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte; **Súmula 226 do STJ**: O Ministério Público tem legitimidade para recorrer na ação de acidente do trabalho, ainda que o segurado esteja assistido por advogado e **Súmula 327**: Nas ações

²²Nesse sentido, é possível perceber que o Ministério Público poderia atuar como substituto processual, por força do artigo 2º do CPC de 1973 combinado com o artigo 2º, parágrafo 4º da Lei 8560 de 1992, artigo 3º da Lei 7853 de 1989, além das hipóteses da Ação Civil Pública.

referentes ao Sistema Financeiro da Habitação, a Caixa Econômica Federal tem legitimidade como sucessora do Banco Nacional da Habitação.

Outros exemplos de intervenção do Ministério Público podem ser vistos no artigo 82, inciso III do CPC de 1973, tratando da sua intervenção nas causas que envolvam litígios coletivos pela posse de terra rural e demais causas que tenham como objeto do interesse público e no artigo 566, também do CPC de 1973, podendo promover a execução forçada nos casos previsto em Lei.

Em relação à legitimidade do cidadão para a propositura de ações de natureza coletiva o CPC de 1973 restou omissivo, já que os artigos 3º, 4º, 6º e 7º limitavam à pessoa a legitimidade para pleitear seu próprio direito, exceto nos excepcionais casos legais, como foram destacados nas súmulas acima citadas. Portanto, o CPC de 73 não deixou espaços para a tutela coletiva.

Outro exemplo é o litisconsórcio ativo, ainda distante de uma legitimidade processual coletiva, previsto no artigo 46 do CPC de 1973, dispondo que duas ou mais pessoas poderiam litigar, no mesmo processo, quando houvesse comunhão de direitos ou obrigações relacionadas à lide ou derivados do mesmo fundamento de fato ou de direito, por conexão, ou por afinidade de questões.

Vê-se, assim, a concentração da legitimidade do CPC de 1973 na pessoa e não no objeto da demanda, daí a exceção de se pleitear direito alheio em nome próprio, restando omissivo quanto à legitimação e a tutela coletiva pela pessoa natural.

3.2. A Titularidade Das Ações Coletivas Pela Perspectiva Do Representante Adequado

A teoria da representação adequada encontra-se atualmente presente nos diplomas legais de tutela coletiva e é refletida majoritariamente nos estudos sobre a matéria, a teor dos escritos de Ada Pellegrini Grinover²³ e Eurico Ferraresi²⁴.

Significa dizer que o Brasil adotou em seus diplomas coletivos a previsão taxativa dos legitimados à propositura dos procedimentos coletivos, como legitimados extraordinários, ou seja, sujeitos que atuam em nome próprio na defesa de direito e interesses alheios. Acredita-se, com isso, que há franco privilégio à representação uma vez que os interessados

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini. “Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas”. In: *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: DPJ Ed., 2006.

²⁴ FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

serão bem representados por aquela entidade melhor preparada para a defesa dos interesses e direitos em discussão.

Além disso, pretende-se com a representatividade adequada transferir para o juiz o controle judicial dos reais legitimados, devendo identificar na petição inicial se o autor, ora representante, possui credibilidade, prestígio, experiência, histórico na proteção dos interesses que busca tutelar, tempo de constituição, previsão estatutária para a defesa daquele interesse pleiteado e, até, a prévia autorização de seus membros para a instauração do procedimento.

Iniciando sobre a ampla legitimação do Ministério Público no Brasil, destaca-se, neste primeiro e interessante ponto o Código de Processo Penal, sem seu artigo 68, ao dispor que “quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.” (BRASIL, 1941).

No mesmo sentido, um dos primeiros diplomas legais a tratar da tutela coletiva foi a Lei 6398 de 1981 que também previa sobre a legitimidade do Ministério Público, em seu artigo 14, §1º, para “propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente” (BRASIL, 1981).

O Código de Defesa do Consumidor também previu taxativamente, para a defesa dos interesses e direitos dos consumidores, no âmbito coletivo, os seus legitimados sendo eles: o Ministério Público, a União, Estados, D.F e Municípios, as entidades da Administração Pública direta ou indireta, destinadas à defesa dos interesses dos consumidores e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano com finalidade para a defesa dos consumidores.

A Lei 8429 de 1992, com foco nas sanções por atos de improbidade administrativa também previu a legitimidade ativa para o Ministério Público, conforme seu artigo 17 ao prescrever que “a ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.” (BRASIL, 1992).

O Código de Processo Civil de 2015, recentemente incorporado ao sistema jurídico brasileiro, ao tratar do *amicuscuriae* trouxe expressa previsão sobre a adoção majoritária no Brasil da representatividade adequada, veja:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com **representatividade adequada**, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. (BRASIL, 2015). Grifo nosso.

Nesse sentido, posicionou-se o STF no [RE 705423 AgR-segundo](#) / SE - **SERGIPE**, veja:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. FPM. PEDIDO DE INGRESSO COMO AMICUS CURIAE INDEFERIDO. ASSOCIAÇÕES ESTADUAIS E FEDERAÇÕES DE MUNICÍPIOS. AUSÊNCIA DE REPRESENTATIVIDADE E CONTRIBUIÇÃO ESPECÍFICA. 1. A interação dialogal entre o STF e pessoas naturais ou jurídicas, órgãos ou entidades especializadas, que se apresentem como amigos da Corte, tem um potencial epistêmico de apresentar diferentes pontos de vista, interesses, aspectos e elementos nem sempre alcançados, vistos ou ouvidos pelo Tribunal diretamente da controvérsia entre as partes em sentido formal, possibilitando, assim, decisões melhores e também mais legítimas do ponto de vista do Estado Democrático de Direito. 2. Conforme o art. 138 do CPC/15, os critérios para admissão de entidades como amicuscuriae são a relevância da matéria, especificidade do tema ou repercussão social da controvérsia, assim como a representatividade adequada do pretendente. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2016)

O que se quer dizer com isso é que o Brasil tem adotado postura restritiva ao tratar da legitimação procedimental para a tutela coletiva. Privilegia-se o subjetivismo ao tratar o tema, fechando-se os olhos para o objeto do procedimento e seus impactos jurídicos. Quer-se, com isso, atribuir com exaustão a legitimidade ao Ministério Público, muito embora respeitável, mas que muitas das vezes pode não representar os exatos interesses da coletividade como, por certo, poderia ser exercido pelos afetados diretamente pelo ato lesivo.

Conforme escreve Vitor Burgo:

A atuação do Ministério Público tem conseguido alimentar o *freeriding* na exata medida em que, como dito acima, a sociedade tem se limitado a exigir a atuação desse ente. Não se pode aceitar sua quebra pela atuação única de um ente legitimado, principalmente quando se trata de ente representativo. O problema não se resolve: a inércia continua latente na sociedade civil. (BURGO, 2010, p. 696).

Outro paradoxo da representação adequada é percebido no julgamento do RE 573.232/SC, quando o STF, ao deferir a repercussão geral, analisou o limite da representatividade das associações na tutela coletiva²⁵.

É que na ocasião o STF manifestou entendimento segundo o qual apenas os associados que tenham expressamente autorizado a associação, individualmente, seriam beneficiados pelos efeitos de eventual decisão condenatória²⁶.

²⁵O mesmo fenômeno também é observado no Controle de Constitucionalidade, na análise do requisito da pertinência temática. Nesse sentido, indica-se: [CAMPOS, Felipe de Almeida](#); OLIVEIRA, A. F. ; REZENDE, R. H. ; QUEIROZ, V. ; FANTONI, W. F. O controle concentrado de constitucionalidade e a defesa de interesses corporativos: análise das ADIs no período de 2013 a 10 de novembro de 2015. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos (UFRN)**, v. 9, p. 252-285, 2016.

²⁶Sobre o assunto importa esclarecer alguns pontos acerca da legitimidade das associações na tutela coletiva. O primeiro deles é que às associações é conferida a legitimidade para a propositura de procedimentos coletivos,

A questão que gerou a referida repercussão centra-se na hipótese de ampla legitimidade dos sindicatos e associações nos procedimentos de natureza coletiva e, em fase de execução, na ampla execução do julgado independentemente da autorização dos seus filiados e associados, ora substituídos. Em verdade, busca-se responder à seguinte indagação: os efeitos da decisão alcançarão apenas os associados ou sindicalizados que tenham, à época, na petição inicial, autorizado expressamente o ajuizamento do procedimento ou, por sua vez, abrange todos os membros da entidade?

Há registro no STF, RE 883642 RG/AL – Alagoas, do reconhecimento da ampla legitimidade extraordinária dos sindicatos para a defesa, em juízo, dos direitos e interesses coletivos ou individuais de seus membros. Todavia, o RE 573. 232/SC caminhou para lado totalmente oposto, na medida em que entendeu que somente estarão legitimados à execução os membros que previamente tenham autorizado a entidade a instaurar o procedimento, identificados na petição inicial.

Os efeitos são, evidentemente, negativos quando se vislumbra a necessária amplitude da representação coletiva de tais entidades, com papel fundamental na defesa dos interesses comuns de seus filiados.

Segundo escreve Elton Venturi:

Pode-se afirmar, antecipadamente, que o precedente gerado pelo STF praticamente aniquilou a tutela jurisdicional dos interesses ou direitos individuais homonêgos (sobretudo quando de natureza patrimonial disponível), ao menos nas proporções *erga-omnes* idealizadas pelo microsistema de processos coletivos. (VENTURI, 2016).

Os paradoxos da legitimação por rol taxativo na legislação e a interpretação atual do STF sobre a representatividade adequada demonstram que o Brasil ainda se encontra mergulhado em compreensões restritivas e, influenciado pelo instrumentalismo, tratando a relação processual naturalmente como uma relação jurídica entre autor-juiz-réu, desprezando uma efetiva participação das partes envolvidas e diretamente afetadas em seu direito.

Nas lições de Fabrício Veiga Costa:

A institucionalização jurídica da legitimidade processual extraordinária no processo coletivo não pode ser vista como instrumento de supressão, limitação ou extinção do direito dos interessados participarem do debate processual do objeto da demanda coletiva. (COSTA, 2012, p. 217).

desde que, esteja constituída há, pelo menos, um ano nos termos da lei civil; dois, que tenha incluso nas suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A despeito da busca pelo processo compartilhado, atraem-se ainda as máculas de normas elaboradas sob um viés ideológico desprezando o processo constitucionalizado, como se verá no último tópico deste trabalho.

4.A REPRESENTATIVIDADE NAS AÇÕES COLETIVAS ESPECIAIS

4.1. No Direito Eleitoral: A Representatividade Na AIME

Com a Constituição Federal de 1988 (C.R/88), promulgada em 05 de outubro de 1988, introduziu-se a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) em seu artigo 14, §10 – Dos Direitos Políticos – prevendo que “o mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de 15 (quinze) dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude”. (NEPOMUCENO, 2014, p.22).

Diz ainda a C.R/88 no §11 do referido artigo 14 que a “ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé”. (NEPOMUCENO, 2014, p. 22)

Com isso, a inovação do constituinte ao prever a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo – AIME – tem provocado diversos debates técnicos doutrinários e jurisprudenciais já que não cuidou a C.R/ 88 de definir quem são os legitimados, prazos de tramitação, recursos, entre outros pontos, além da omissão legislativa infraconstitucional sobre a matéria.

Nesta seara de omissão constitucional e legislativa, foram então propostas ações de impugnação de mandato eletivo por eleitores, como ocorreu no estado do Paraná. Porém, em 09 de junho de 1994 o Tribunal Superior Eleitoral - TSE - se posicionou sobre o assunto, sob a lavra do Ministro Torquato Jardim, Relator à época, no sentido de que “não tem legitimidade *ad causam* os apenas eleitores” (BRASIL, 1994).

Ao justificar seu voto, o Min. Torquato Jardim assentou que, *verbis*:

Em relação ao artigo 14, §11, da Constituição, não trata ele de legitimidade *ad causam*, restringindo-se a estabelecer que “a ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má fé. (BRASIL, 1994).

Divergindo do posicionamento jurisprudencial, Tito Costa (COSTA, 2004) afirma que o cidadão é legitimado para propor a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, sem prejuízo, inclusive, de outros interessados, *in verbis*:

O texto constitucional não faz referência a quem pode ser parte nessa ação, como autor. Partindo-se da regra geral do processo segundo a qual para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade, forçoso será concluir que, no

caso da ação de impugnação de mandato eletivo serão partes legítimas para propô-la, em princípio, o Ministério Público, os candidatos (eleitos ou não), os partidos políticos, ou qualquer eleitor, sem prejuízo de outras pessoas físicas, ou entidades como associações de classe, sindicatos, cujo interesse seja devidamente manifestado e comprovado e, assim, aceito pelo juiz da ação. (COSTA, 2004, p. 178-179).

Dessa forma, no mesmo sentido doutrinário, diversos autores passaram a defender a legitimidade ativa do eleitor para a propositura da AIME, com destaque para os Professores José Rubens Costa (COSTA, 2004), José Antônio Fichtner (FICHTNER, 1998), Adriano Soares da Costa (COSTA, 2013) e Edilene Lobo (LOBO, 2010).

Ao adotar a posição do Professor Tito Costa (COSTA, 2004) a Professora Edilene Lobo (LOBO, 2010), ditando a natureza coletiva do processo eleitoral, em sua obra intitulada “A inclusão do cidadão no processo eleitoral”, apresenta importante argumento alargando o viés interpretativo sobre a questão, *in verbis*:

Tomando o processo eleitoral como coletivo, referindo-se aos interesses de todos nas comunidades em que opera, qualquer componente do povo que se submete a esse mesmo processo é apto a completar sua participação, a ponto de questionar a sinceridade do resultado de seu voto pela via jurisdicional. (LOBO, 2010, p. 120).

No mesmo sentido é a posição de Roberta Maia Gresta, *in verbis*:

A fiscalidade é prerrogativa autônoma da Cidadania, não restringível por condicionantes estatais do interesse jurídico ou da legitimação para agir. Ainda que não tenha votado ou que sequer seja alistado eleitor, o cidadão – ou seja, a pessoa natural constitucionalmente investida da igualdade institucional em relação ao Estado – detém legitimidade para participar dos procedimentos judiciais em que decididas questões relacionadas à formação dos mandatos eletivos” (Gresta, 2014, pg. 201/202)

Com isso, demonstra-se novamente o déficit de participação e democracia que permeia a tutela coletiva, devendo-se adotar novo paradigma ao tema, consagrando o interesse de agir do eleitor como consequência de sua capacidade eleitoral ativa no contexto de uma democracia participativa.

4.2. No Direito Ambiental E Do Consumidor

Na atualidade, pode-se dizer que a Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor assumiram o papel de referenciais normativos para as ações de natureza coletiva e extensivos com grande importância para a tutela do meio ambiente.

Nestes sistemas, devem-se destacar a Lei 4.717 de 1965, responsável por regular a Ação Popular, e o grande marco para a proteção coletiva do meio ambiente que foi a ação de

responsabilidade por danos causados ao meio ambiente da Lei 6.938/81, instituindo a Política Nacional do Meio Ambiente²⁷.

A isso, devem-se a previsão do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) ao mencionar que “a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo” (BRASIL, 1990) e ao seu artigo 117 que acrescentou à Lei de Ação Civil Pública o artigo 21 prevendo que “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor” (BRASIL, 1990).

Segundo Marcelo Abelha Rodrigues,

Em particular, é de se dizer que a Lei 7.347/1985 é de capital importância para a tutela jurisdicional coletiva, pois, junto com o Título III do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), forma o que se denomina sistema processual coletivo, contendo princípios e instrumentos próprios e voltados à tutela jurisdicional coletiva. (RODRIGUES, 2010, p. 99)

Todavia, os mencionados sistemas ainda se encontram limitados por seu rol de legitimados, como já mencionado anteriormente neste trabalho.

4.3. Tutela Da Criança, Adolescente e Idosos

Embora os inegáveis avanços da proteção dos direitos das crianças, adolescentes e idosos, ainda permanece limitada a representatividade no que tange às tutelas coletivas.

Em relação ao estatuto do idoso, Lei 10741 de 2003, o Capítulo II cuidou de tratar da competência do Ministério Público para instaurar o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública para a proteção dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos. Ainda, previu a sua competência para atuar como substituto processual do idoso em situação de risco, instaurar procedimento administrativo, sindicâncias, inspecionar entidades, tornando-se pelo artigo 74, §1º legitimado para as ações cíveis, conforme a Lei.

²⁷ Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Com previsão quase idêntica, tem-se o artigo 200 do Estatuto da Criança e Adolescente da mesma forma legitimando o Ministério Público para as ações cíveis previstas no texto legal.

5. AÇÕES COLETIVAS COMO AÇÕES TEMÁTICAS

A teoria em questão é desenvolvida por Vicente de Paula Maciel Júnior em sua obra Teoria das Ações Coletivas – as ações coletivas como ações temáticas, e busca romper com o sistema apresentado neste trabalho, predominante ainda no Brasil, acerca do subjetivismo e da taxatividade do rol de legitimados para a tutela coletiva.

No primeiro momento, Vicente de Paula Maciel Júnior redefine o conceito de interesse e direito, o que é fundamental para a compreensão de sua teoria. Nesse caminho, esclarece o autor que o interesse não se confunde com o direito, sendo este “um processo social de validação e reconhecimento da legitimidade dos interesses manifestados” (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 43); enquanto aqueles são as “manifestações individuais de vontade”, (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 43).

Com esta definição, Vicente Maciel revisita os termos “interesses difusos e coletivos”, posto que o interesse é, como colacionado acima, manifestações individuais. Ora, para Vicente Maciel seria incompatível chama-los de interesses coletivos já que o interesse é o resultado de uma manifestação individual. Nesse sentido, passa-se a denominar direitos difusos ou coletivos.

A partir desta conceituação, Vicente de Paula propõe a definição dos direitos coletivos sob o objeto da ação rompendo com a limitação atual sobre os legitimados taxativos das legislações infraconstitucionais analisadas neste trabalho.

Assim, a definição dos direitos coletivos terá por base, objetivamente, os afetados pelos efeitos jurídicos de um ato ou fato a ser tutelado.

Importante transcrever, neste momento, as lições de Vicente de Paula, veja:

(...) se a abrangência do fato for tamanha que não se possa identificar o número de interessados individuais no mesmo estaremos diante de interessados difusos. Se o fato atingiu um número de interessados pertencentes a um grupo organizado e associado teremos os interessados coletivos. Se, por outro lado, o fato atinge um número determinável de indivíduos não organizados ou associados, mas que manifestam de modo homogêneo os interesses que se harmonizam, temos os interessados homogêneos. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 58)

Rompe-se, portanto, com a representação adequada, ampliando a legitimidade para agir a todos que, porventura, sofram os efeitos da decisão. Portanto, Vicente de Paula

Maciel afasta na sua teoria a taxatividade ou prévia seleção de legitimados, a partir de sua proposta objetiva de legitimação.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto neste trabalho científico, após longos anos de debate a tutela coletiva ganhou *status* constitucional em 1988 com a previsão expressa da ação civil pública e da ação coletiva como salvaguarda para a proteção dos chamados direitos difusos, coletivos e individuais homônêgeos.

Esta proteção, contudo, deixou de privilegiar completamente o cidadão, apenas mencionado na Ação Popular e destinada a proteção do patrimônio público. A Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, dois marcos das tutelas coletivas, no entanto, mantêm-se inertes quanto a titularidade do cidadão para a promoção da defesa procedimental de seus temas.

Essa omissão, como vista, tem provocado uma exata crise na adequada representatividade da tutela coletiva já que se excluem os verdadeiros legitimados do procedimento. A linha para a escolha dos legitimados passa a ser subjetivista, com rol taxativo, responsável atualmente por uma verdadeira crise no sistema representativo e democrático, uma vez que resta comprometida a ideal participação dos afetados na construção do provimento judicial, paradigma este inserido na constituição pela ampla garantida do devido processo constitucional, caracterizado pela irrestrita observância do contraditório, ampla defesa, isonomia e defesa técnica.

Observou-se a adesão da jurisprudência a esse subjetivismo com negativos efeitos de um chamado controle judicial dos legitimados, como foi demonstrado pela repercussão geral no STF sobre a matéria.

Lado outro, em meio a essa verdadeira crise representativa, defende-se neste trabalho a releitura dos legitimados através da Teoria das Ações Temáticas, calcada no tema e na definição objetiva dos legitimados, capaz de adequar a carga participativa inerente à proteção dos direitos difusos e coletivos.

Foram ainda analisadas algumas normas especiais de natureza coletiva, como a AIME, o CDC, a ACP e os direitos da infância, juventude e idosos, demonstrando que a concentração de um único ou de poucos legitimados tem comprometido a real participação desses afetados nas discussões sobre seus direitos.

Por fim, tratou-se de demonstrar as bases do modelo que se busca atingir, qual seja, processual democrático, bem como as bases da teoria das Ações Temáticas, como modelo apto a reconstruir e superar o paradigma subjetivista ainda dominante na tutela coletiva brasileira e merecedora de imediata revisão para a promoção de uma efetiva democracia participativa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual: (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Gregório de Assagra. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ANDOLINA; Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fundamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. 2 ed. ampl. Torino: Giappichele Editore, 1979.

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

BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 272

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o código de processo civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>, acesso em 17 jun. 2016.

BRASIL. Lei 6938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 18 jun. 2016.

BRASIL. Lei 7347, 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: 17 jun. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, acesso em 10 jun.2016.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei 8078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 14 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 11835, Relator Min. Torquato Lorena Jardim. Acórdão de 09 jun1994. Publicado no Diário de Justiça em 29 jul 1994, p. 18429. In: Revista de Jurisprudência do TSE, v. 6, tomo 3, p. 132.

BRASIL. Código Civil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 17 jun. 2016.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>, acesso em 10 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 883656/RS. Ação Civil Pública proposta com o objetivo de reparar dano ambiental, causado por contaminação com mercúrio. Recorrente: Alberto Pasqualini Refap S/A. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Herman Benjamin, Brasília, 28 fev. 2012. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200601451399&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>, acesso em: 13 jun. 2016.

BULOW, Oskar Von. **Excepciones y presupuestos procesales**. Bueno Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

BURGO, V. Em busca da legitimação perdida: a exclusão da pessoa física do rol de legitimados do PL n. 5.139/2009. In: Maria Clara Gozzoli; Mirna Cianci; Petrônio Calmon; Rita Quartieri. (Org.). Em defesa de um novo sistema de Processos Coletivos. 1ed.São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, p. 5-704.

BUZAID, Alfredo. A influência de Leibman no Direito Processual Civil Brasileiro. In:Revista de processo, n. 27, São Paulo, **Revista dos Tribunais**, ano VII, jul-set. 1982.

DIAS, Edna Cardozo. **Direito ambiental: no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos - espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.256 , p. 209-218, jun. 2016.

DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. *Amicuscuriae* e o processo coletivo. **Revista de Processo**, São Paulo, v.36, n.192 , p. 13-46, fev. 2011.

[CAMPOS, Felipe de Almeida](#); OLIVEIRA, A. F. ; REZENDE, R. H. ; QUEIROZ, V. ; FANTONI, W. F. O controle concentrado de constitucionalidade e a defesa de interesses corporativos: análise das ADIs no período de 2013 a 10 de novembro de 2015. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos (UFRN)**, v. 9, p. 252-285, 2016.

CÂNDIDO, Joel José. **Direito Eleitoral brasileiro**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Bauru, SP: Edipro, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso a justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. CASTRO, Edson de Resende. **Curso de direito eleitoral**, 6ª Ed., rev., atual – Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CARVALHO DIAS, Ronaldo Bretas de. et al. **Estudo sistemático do NCPC** (com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.256, de 04/02/2016)- Belo Horizonte: Editora D'Plácito, 2016.

COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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

COSTA, José Rubens. **Ação de Impugnação de mandato eletivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

COSTA, Tito. **Recursos em matéria eleitoral**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIERLE, José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2008;

DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FAZZALARI, Elio. **Istituzionididirittoprocessuale**. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3ed. rev., ampl. e atual. até a EC n. 67/2010 e em consonância com a jurisprudência do STF. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 5ª Ed. Atual e ampl até a EC nº 71 de 29/12/2012 e em consonância com a Jurisprudência do STF. Salvador: JusPODIVM, 2013.

FERRARESI, Eurico. **Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERREIRA, Juliana Maria Matos. **O processo coletivo e a cidadania na implementação da democracia**. 2011 136 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

FICHTNER, José Antônio. **Impugnação de Mandato Eletivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRESTA, Roberta Maia, **Ação temática eleitoral: proposta para a democratização dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos**. 2014. 257f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-graduação em Direito, Belo Horizonte/MG, 2014.

GRESTA, Roberta Maia; FERREIRA, Lara Marina; BRACARENSE, Mariana Sousa. **Parâmetros de legitimidade da atuação dos partidos políticos no processo jurisdicional eleitoral**. In: Revista de doutrina e jurisprudência, v. 1, n. 26, p. 9-40. Belo Horizonte: TREMG, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas”. In: **O processo: estudos e pareceres**. São Paulo: DPJ Ed., 2006.

JARDIM, Torquato. **Direito Eleitoral positivo, conforme a nova lei eleitoral**. 2. ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1998.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 3.ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2016.

LÔBO, Edilene. **A inclusão do cidadão no processo eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. **A dinamização do ônus da prova sob a ótica do novo Código de Processo Civil**. In: Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. v. 3, Salvador: JusPodivum, 2014.

MACIEL JÚNIOR, 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**: uma inserção no estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2008.

MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). **Panorama atual das tutelas individual e coletiva**: estudos em homenagem ao Professor Sérgio Shimura. São Paulo: Saraiva, 2011. Resenha de: BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Revista Brasileira de Direito Processual RBDPro*, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70542>>. Acesso em: 26 outubro, 2014.

NOGUEIRA, Gustavo. A coletivização das demandas individuais do NCPC e sua convivência com as demandas coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.255, p. 291-308, maio 2016.

NUNES, Dierle; PICARDI, Nicola. A Escola Paulista de São Paulo -- A contribuição de Enrico Tullio Liebman -- O movimento de reforma processual após a Constituição de 1988. III Projeto preliminar de um novo código -- O impacto de movimento de convergência entre 'civil law' e 'common law'. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 190 t.2, p. 93-120, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242945>>. Acesso em 18 jul. 2016.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral**: controle social e fiscalização das eleições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo civil ambiental**. 2. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Princípios de direito ambiental**: na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 4. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TESHEINER, José Maria Rosa. Ações coletivas relativas a interesses ou direitos coletivos stricto sensu. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n.228, p. 241-257, fev. 2014.

THIBAU, Vinícius Lott. **Presunção e prova:** no direito processual democrático. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo.** São Paulo: Malheiros, 2007. 502 p. Resenha de: ROSSI, Fernando. **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPro, Belo Horizonte, ano 16, n. 61.

Submissão: 28.03.2018

Aceitação: 24.12.2018