

A Limitação do Rol dos Legitimados Para a Propositura das Ações Coletivas em Contraposição ao Princípio Constitucional de Amplo Acesso ao Poder Judiciário

Patrícia Brandão Paoliello¹

Sumário: 1. Introdução. 2. O nascimento das relações jurídicas metaindividuais (coletivas, difusas, individuais homogêneas). 3. Direitos ou interesses difusos e coletivos? 4. Conceitos: interesses difusos, interesses coletivos e interesses individuais homogêneos. 4.1. Interesses difusos. 4.2. Interesses coletivos. 4.3. Interesses individuais homogêneos. 5. Da legitimação ativa para a propositura das ações coletivas na defesa dos interesses difusos. 6. Do princípio constitucional do amplo acesso à Justiça. 7. A limitação do rol dos legitimados para a propositura das ações coletivas em contraposição ao princípio constitucional de amplo acesso ao Poder Judiciário. 8. Conclusão. 9. Bibliografia.

1. Introdução

A constante evolução das relações sociais faz surgir, diante do Poder Judiciário, conflitos novos a cada dia, exigindo do Poder Legislativo uma constante atualização das normas pátrias.

A sociedade neoliberal fez acentuar a necessidade de criação de um novo ramo do direito, já que a antiga divisão direito público e direito privado tornou-se insuficiente à classificação das categorias que consideram a natureza jurídica dos interesses, surgindo os direitos coletivos *latu sensu*.

O atual estágio de desenvolvimento da sociedade – apelada, por alguns, como de massa – exige dos legisladores e operadores do direito a compreensão dos fenômenos sociais sob uma perspectiva ampla, coletiva.

Os direitos ou interesses transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) sempre existiram; não são novidade de algumas poucas décadas. Nos últimos anos, apenas se acentuou a preocupação doutrinária e legislativa em identificá-los e protegê-los jurisdicionalmente, agora sob a égide do processo coletivo.

A razão consiste em que a defesa judicial de interesses transindividuais de origem comum tem peculiaridades: não só esses interesses são intrinsecamente transindividuais, como também sua defesa judicial deve ser coletiva, seja em benefício dos lesados, seja ainda em proveito da ordem jurídica. Dessa forma, o legislador estipulou regras próprias sobre a matéria, especialmente para solucionar problemas atinentes à economia processual, à legitimação ativa, à destinação do produto da indenização e aos efeitos de imutabilidade da coisa julgada.

A respeito do tema, confira as ponderações de Ricardo de Barros Leonel em sua obra Manual do Processo Coletivo:

Nos conflitos de massa que caracterizam a sociedade moderna e cada dia incidem em maior intensidade, abandonando as típicas confrontações individualísticas entre sujeitos determinados, fica patente a imprescindibilidade de compreensão dos instrumentos postos pelo legislador à disposição dos interessados, a fim de que seja viável e adequada a defesa de tais interesses ou direitos de natureza não individual (2002, p. 16).

A proteção destes direitos ou interesses surgiu no nosso país através de leis esparsas como a Lei da Ação Civil Pública, da Ação Popular, o Código de Defesa do Consumidor, dentre várias outras.

Tais instrumentos normativos vêm disciplinando a relações judiciais coletivas, mas estão longe de ser satisfatórios à efetiva tutela dos interesses postos em discussão. Isso porque apesar de existir um sistema de tutela coletiva, pouco se sabe a respeito da teoria do direito coletivo, que haveria de embasar este sistema.

Não bastasse a rasa teoria processual coletiva, os diplomas legais que regem este sistema ainda padecem de um grave vício: o restritíssimo rol de legitimados ativos à propositura das respectivas ações.

Atento aos interesses políticos justamente de limitar e restringir o manuseio dos instrumentos processuais coletivos postos à disposição da sociedade, que constituem, na prática, um controle dos cidadãos aos excessos cometidos pelo Poder Público, o legislador

¹ Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós Graduada em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

cuidou em criar uma lista bem exígua de pessoas legitimadas ao manejo destas ações, afastando o cidadão do Poder Judiciário.

Neste aspecto, confira as constatações do Professor Vicente de Paula Maciel Júnior, em Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas:

Entretanto, as forças dominantes nos processos de definição de competência de poder e muitas vezes os próprios agentes políticos, vêm determinando a exclusão dos indivíduos nos processos judiciais através da limitação da legitimação para agir. Ou seja, o sistema baseado nos direitos subjetivos vem privilegiando a tutela individual dos direitos e admitindo pouquíssimos avanços quanto às demandas contra os agentes políticos ou mesmo quanto à legitimação para que concorrentemente os sujeitos possam participar da correção sobre a deliberação de alguns atos de poder (2006, p. 119).

Isso significa dizer que a vítima da violação ao seu direito não pode, por si só, de forma direta, demandar judicialmente no sentido de impedir que determinada ameaça se concretize, ou mesmo que a já concretizada lesão cesse. Não pode esta vítima pretender em seu nome pleitear a reparação deste dano.

Há que se obter que tais limitações vão de encontro ao princípio constitucional de amplo acesso ao Poder Judiciário, previsto na nossa Constituição Federal dentro das garantias e direitos fundamentais assegurados aos cidadãos (art. 5º, inciso XXXV).

Este artigo jurídico se propõe exatamente a demonstrar que as restrições existentes à titularidade da legitimação ativa para a propositura de ações coletivas ferem o princípio constitucional em voga, não merecendo subsistir.

2. O nascimento das relações jurídicas metaindividuais (coletivas, difusas, individuais homogêneas)

Com o advento da Revolução Industrial, a produção industrial tomou conta do mundo, inaugurando uma era de evolução tecnológica, econômica e até mesmo social. A partir da Revolução Industrial o volume de produção aumentou extraordinariamente: a produção de bens deixou de ser artesanal e passou a ser maquinofaturada; as populações passaram a ter acesso a bens industrializados e deslocaram-se para os centros urbanos em busca de trabalho. As fábricas passaram a concentrar centenas de trabalhadores, que vendiam a sua força de trabalho em troca de um salário.

Foi o marco da evolução da fase individualista da sociedade para o surgimento da cultura de massa: trabalho, produção, consumo, meio ambiente, etc.

As relações trabalhistas, o consumismo em excesso, e a própria consciência do cidadão de que pode fiscalizar o Poder Público e exigir dele o cumprimento da lei e a proteção do patrimônio público gera situações em que vários interesses individuais convergem na mesma direção, cabendo, muitas vezes a proteção unificada destes interesses, que passam a ser conhecidos como interesses transindividuais ou metaindividuais.

Os interesses metaindividuais enquadram-se como uma terceira categoria de interesses, situando-se entre os interesses privados e os públicos. São interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir interesse público.

Os interesses transindividuais ou metaindividuais ultrapassam o limite da esfera jurídica de determinando indivíduo, abarcando um número indeterminado ou determinável de pessoas (depende da sua classificação específica: se coletivos, difusos ou individuais homogêneos) têm natureza híbrida, universal e indivisível. Afloraram a partir da massificação da economia neoliberal, diante a imensidão de pessoas que se encontram na mesma situação jurídica.

O primeiro passo para a “revelação” dos interesses difusos deu-se com o advento da Revolução Industrial e a consequente constatação de que os valores tradicionais, individualistas, do século XIX, não sobreviveriam muito tempo, sufocados ao peso de uma sociedade “de massa”. Tércio Sampaio Ferraz Júnior se interroga sobre a razão pela qual os interesses difusos vieram “aflorar agora, nesta segunda metade do século XX, com essa intensidade pelo menos”, para constatar, então, que o fenômeno está ligado ao tipo de sociedade ao qual vivemos, que é chamada sociedade de massa”.

Na sociedade globalizada não há lugar para o homem enquanto indivíduo isolado; ele é tragado pela roda-viva dos grandes grupos e corporações: não

há mais preocupação com as situações jurídicas individuais, o respeito ao indivíduo enquanto tal, mas, ao contrário, indivíduos são agrupados em grandes classes ou categorias, e como tais, normatizados (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 6. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004).

O nascimento destes interesses difusos e coletivos acarretou um sério problema ao Direito Processual Civil, na medida em que a mera importação dos conceitos individuais deste ramo do direito não se presta a tutela daqueles interesses já que o processo civil foi todo construído sob a égide das relações individualistas.

O Brasil tem hoje uma vasta e moderna legislação destinada a proteção destes direitos, como por exemplo, a Lei da Ação Civil Pública e a Lei da Ação Popular, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outros. No entanto, tais mecanismos não se mostram tão eficazes dada a falta de suporte doutrinário que fundamentem estes novos institutos jurídicos.

O professor Doutor Vicente de Paula Maciel, bem pondera os efeitos do surgimento deste novo ramo do processo:

Há uma grande perplexidade na doutrina nacional e estrangeira sobre os direitos coletivos e são diversas as soluções de cada país para conferir efetividade a estes direitos. Temos no Brasil um sistema de ações coletivas, mas estamos longe de um consenso sobre o que sejam os direitos (ou interesses) difusos, coletivos, homogêneos, etc. Ou seja, temos tutelas processuais, mas a doutrina e a jurisprudência estão repletas de indagações sobre a legitimação, os efeitos, a forma, a extensão daquilo que estamos tutelando (2006, p. 20).

Esta evolução cultural, decorrente do avanço tecnológico, da explosão populacional, dos bens de consumo impõe também uma evolução no próprio Estado Democrático de Direito, que não pode deixar de tutelar de forma adequada e específica as relações jurídicas novas de tamanha dimensão.

3. Direitos ou interesses difusos e coletivos?

Questão técnica que se mostra de grande valia a qualquer estudo que tenha como escopo as ações coletivas é a diferenciação do conceito de “direitos subjetivos” e de “interesses subjetivos”.

Tratam-se, evidentemente, de situações jurídicas diferentes, cuja distinção se mostra importante para o estudo desta ciência do direito.

As leis brasileiras tratam de ambos os institutos, o que demonstra que existe, a rigor, distinção entre eles. Veja alguns exemplos:

CF. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Lei nº 7.347/85. Art. 5º. § 5º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.

Lei nº 8.078/90. Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

A respeito do tema, elucida Maciel Junior o seguinte:

A legislação brasileira, em diversas passagens fala da tutela dos interesses e direitos difusos, coletivos. A nomenclatura revela que haveria uma distinção entre as expressões. Se adotássemos a definição de Ihering de que os direitos são interesses juridicamente tutelados, teríamos de admitir que tanto os interesses quanto os direitos difusos representam exatamente a mesma coisa, não havendo divergência ontológica entre as expressões, o que cairia no vazio (2006, p. 43).

Começaremos pelos conceitos.

O interesse é uma manifestação de vontade individual do sujeito, em relação a determinado bem. Trata-se de um conceito eminentemente individual, pois reflete a intenção de determinado sujeito, que reside na esfera psíquica deste indivíduo.

O interesse não tem proteção jurídica do Estado ou da sociedade, exatamente dado o seu caráter individual e volitivo, não podendo o sujeito exigir a satisfação deste seu interesse por imposição.

Em sua obra, Mancuso leciona:

Os interesses “simples” - já o vimos - caracterizam-se pelas circunstâncias de se reportarem a anseios, aspirações, desejos, cuja realização não é incentivada, nem tampouco protegida ou mesmo defendida pelo Estado. Trata-se de tendência à satisfação de uma necessidade, mas tal se passa no campo psíquico do sujeito, que deseja tal satisfação, mas não pode exigí-la do Estado ou de terceiro (2004, p. 75).

Por sua vez, o direito subjetivo é aquele que encontra proteção do Estado, quer através da sua previsão no direito material, quer através da tutela jurisdicional.

Explica Barros Leonel que o direito subjetivo nada mais é do que “a posição de vantagem assegurada pelo ordenamento jurídico material, que permite ao seu titular, numa situação concreta, invocar a norma a seu favor” (2002, p. 81).

Nota-se que, no caso dos direitos, a concepção se volta à esfera pública na medida em que visam a proteção e estabilização das relações sociais.

Existe uma clara correlação entre os institutos: os interesses individuais podem vir a se tornar direitos subjetivos. A partir do momento em que determinado interesse vem a ser reconhecido pela sociedade, tanto através do consenso social com a sua contemplação na norma de direito material, quanto de forma compulsória, através do pronunciamento judicial, este interesse consolida-se como um direito subjetivo, garantindo ao seu titular a proteção efetiva do Estado.

Mais uma vez vale citar o il. D. Vicente de Paula Maciel que no sentido de que o direito nasce do interesse:

O direito subjetivo somente existe a partir do momento em que a sociedade espontaneamente confere validade ao interesse da parte, ou quando o sujeito consegue o reconhecimento judicial, através de um processo de validação de seu interesse.

O que se tem antes desse momento é o interesse do sujeito, portanto, um interesse subjetivo, que ainda não é direito subjetivo. Somente haverá direito subjetivo se o interesse do sujeito for validamente reconhecido pelos processos de validação (reconhecimento espontâneo da sociedade ou atividade substitutiva estatal – devido processo legal) (2006, p. 61).

Uma vez transposta a barreira da validação, quer social, quer judicial, o interesse transmuta sua natureza jurídica, vindo a se estabelecer como direito subjetivo.

Um bom exemplo para elucidar a questão foi dado pelo Professor acima citado em sua obra: um sujeito pode manifestar seu interesse em ser mantido em seu emprego. No entanto, a simples manifestação deste interesse não significa a sua transformação em direito (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 57). Sua intenção não lhe garante proteção jurídica, não antes de ser este interesse validado.

Caso não existisse a diferenciação deste instituto, algumas situações ficariam sem explicação, como quando existem vários interesses contrastantes perante determinada norma. Se não houvesse distinção entre direitos e interesses, não haveria como explicar a solução de demandas que envolvam vários titulares de direitos conflitantes em face da mesma norma.

Diante de um conflito de interesses, mostra-se imprescindível o reconhecimento judicial de qual interesse deve prevalecer, transformando-o em direito.

Feita a diferenciação da concepção dos direitos e dos interesses, passamos, em breves linhas, dos conceitos de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos.

4. Conceitos: interesses difusos, interesses coletivos e interesses individuais homogêneos

Os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos são espécies do gênero interesses metaindividuais.

Os interesses metaindividuais enquadram-se como uma terceira categoria de interesses, situando-se entre os interesses privados e os públicos. São interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir interesse público.

4.1. Interesses difusos

São os interesses que pertencem a um número indeterminável de pessoas, não sendo possível especificar os titulares destes interesses. Os interesses difusos são também indivisíveis, eis que uma lesão a esse direito atinge todas as pessoas (indetermináveis) que o possuem. Os interesses difusos são oriundos de uma situação de fato.

Em sua obra, Mancuso dá as principais notas das características destes interesses: (i) indeterminação dos sujeitos; (ii) indivisibilidade do objeto; (iii) intensa conflituosidade; (iv) duração efêmera, contingencial. (2004, p. 93)

4.2. Interesses coletivos

Os titulares são determinados ou determináveis, pertencem a um grupo, categoria ou classe. São também indivisíveis. Caso seja reparado para um, será reparado para todos. Lesou a um, lesou a todos. Origina-se de uma relação jurídica (preexistente).

A distinção entre os difusos e coletivos é bem pontuada por Barros Leonel:

De pronto, é possível identificar dois dados diferenciadores: maior limitação dos interesses coletivos, em virtude da existência do dado organizativo do grupo interessado (ausente nos difusos), e existência de uma relação jurídica embasando o liame existente entre os interessados.

Estes interesses são também inerentes a pessoas indeterminadas a princípio, mas determináveis, pois o vínculo entre elas é mais sólido, decorrente de uma relação jurídica comum. Aqui também o objeto ao qual se volta o interesse é indivisível, satisfazendo a todos ao mesmo tempo, sendo todo o grupo lesado coetaneamente na hipótese de violação

Deste modo, os coletivos distinguem-se dos difusos, ambos indivisíveis, pela sua origem, na medida em que nestes o vínculo relaciona-se a dados acidentais ou factuais, enquanto naqueles a ligação dos integrantes do grupo, categoria ou classe decorre de uma relação jurídica (2002, p. 106).

4.3. Interesses individuais homogêneos

Cuidam-se de interesses individuais tratados de forma coletivizada. Interesses individuais homogêneos possuem causa comum que afeta, embora de modo diverso, número específico de pessoas, com consequências distintas para cada uma delas.

Em que pese serem os direitos individuais homogêneos provenientes de causa comum que atinge a todos os lesados, são metaindividuais apenas para fins de tutela judicial coletiva, porque continuam a possuir, no plano do direito material, característica individual clássica. Trata-se, então, de prerrogativa processual concedida em razão da homogeneidade causal.

5. Da legitimação ativa para a propositura das ações coletivas na defesa dos interesses difusos

Conforme já mencionado, a proteção dos interesses difusos e coletivos no nosso ordenamento ocorre através de leis esparsas que tratam das matérias de dimensão transindividual.

Todas estas leis têm um ponto em comum: todas elas criam limitações à legitimidade ativa para a propositura das ações coletivas.

Por exemplo: a lei da Ação Civil Pública confere apenas ao Ministério Público, à Defensoria Pública, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, às autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista e a associações que atendam às exigências impostas da respectiva lei.

Nos mesmos moldes, em se tratando de ações coletivas, o Código de Defesa do Consumidor limita os legitimados às seguintes entidades: o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC e as associações que também atendam `as exigências daquele diploma legal.

Suficientes estes dois exemplos.

Vê-se que o ajuizamento das ações coletivas aqui no Brasil não pode ser feito diretamente por qualquer cidadão, titular do direito difuso violado. Criou-se uma espécie de legitimação extraordinária (há controvérsias doutrinárias neste ponto) onde entes públicos, sindicais, associações “representam” os interessados difusos e coletivos.

Barros Leonel pondera:

A definição da legitimação ativa para as demandas coletivas é questão que envolve dificuldades legislativas, em virtude da complexidade teórica e prática da matéria. Esta dificuldade decorre de que, quando se trata da defesa em juízo dos interesses supra-individuais, normalmente aquele que se pretende legitimado não é diretamente titular daqueles, ou, ainda que o seja, não exerce esta posição de preeminência em caráter de exclusividade. Basta recordar que no nosso sistema o direito de ação é ordinariamente conferido a quem é titular da situação protegida, na legitimação ordinária, e excepcionalmente conferido a quem não é titular dos direitos ou interesses e promove sua defesa em nome próprio e no interesse alheio, na legitimação extraordinária ou substituição processual. Somente é possível agir em juízo, na defesa do interesse que não é do próprio demandante, quando há expressa autorização legal neste sentido (2002, p. 154).

Esta limitação é vista por muitos como influencia do individualismo no modelo coletivo:

Ephraim de Campos Jr. (1985, p. 86-96) admite grandes dificuldades enfrentadas na questão da legitimação quando se trata dos interesses coletivos ou difusos em face de haver um declínio da concepção individualista do processo, normalmente centrada nas relações intersubjetivas, para a adoção de uma nova perspectiva, hoje direcionada para a solução de conflitos metaindividuais. Para o autor, a solução da legitimidade nessas categorias de interesses poderia ser encontrada com a admissão da substituição processual, adotando-se a legitimação extraordinária concorrente dos diversos co-interessados, o que viabiliza uma tutela efetiva com favorecimento de todos os substituídos em virtude da atividade do substituto (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 133).

A intenção do legislador em criar barreiras ao acesso do cidadão ao judiciário visa, de forma subvertida, a proteção do próprio poder público. O acesso amplo e irrestrito dos cidadãos ao poder judiciário poderia se transformar em um mecanismo forte e eficiente de controle da administração, controle este que definitivamente não se quer sofrer.

Maciel Junior bem destacou a origem e a razão deste problema, argumentando que “os agentes políticos tendem a criar ou atribuir competências aos chamados órgãos ‘intermediários’ (Ministério Público, associações, Órgãos de Defesa do Consumidor, Delegacias de Ordem Econômica, Ombudsman) e que em muitos casos pertencem ao próprio governo” (2006, p. 120).

Vincenzo Vogoriti, citado na obra de Maciel Júnior, defende a importância da participação do indivíduo que passa a superar a idéia meramente privatista e passa a agir *uti cives* e não *uti singuli* (2006, p. 120).

A legitimação apenas de entidades, na sua grande maioria ligadas ao próprio governo, por si só, já constitui um filtro a esta atuação. No entanto, há que se lançar o seguinte questionamento: os legitimados ativos exercem, de fato, a representação efetiva dos interessados? Eles conseguem realmente atender ao clamor, na defesa destes interesses difusos?

A restrição existente vai exatamente de encontro com a própria natureza dos interesses difusos, criando barreiras ao exercício destes interesses, afastando o cidadão do acesso ao Judiciário.

6. Do princípio constitucional do amplo acesso à Justiça

Conforme já ressaltai várias vezes, a essência do direito está na ação. O que o ar puro representa para a chama, a liberdade de ação representa para o senso de justiça, que sufocará se a ação for impedida ou perturbada (IHERING, Rudolf Von. A Luta pelo direito. Trad. J. Cretella Jr. E Agnes Cretella 1 ed. 2ª tiragem São Paulo: RT, 1998, p. 84).

Vige no direito brasileiro, com status de direito fundamental, o princípio do amplo acesso ao judiciário previsto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, *verbis legis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]²

A análise deste princípio será aqui procedida não sob a ênfase do monopólio do poder jurisdicional pelo Poder Judiciário, envolvendo a própria tripartição e independência dos três poderes, mas sim sob a ótica do efetivo e amplo direito do cidadão de buscar a tutela jurisdicional para a defesa dos seus interesses.

O acesso ao Poder Judiciário está intimamente vinculado com a concepção do chamado "direito aos tribunais" ou "direito de ação", conhecido princípio da iniciativa de parte ou da demanda.

O princípio em voga decorre do Estado Democrático de Direito e constitui o instrumento que assegurem que, em cada caso em que se manifeste lesão a direito individual de qualquer espécie, o Judiciário dirá a última palavra e, como é sua função, aplicará a lei.

A importância prática do preceito ora examinado está em vedar sejam determinadas matérias, a qualquer pretexto, sonegadas aos tribunais, o que ensejaria o arbítrio. Proíbe, pois, que certas decisões do Executivo, que devem estar jungidas à lei, escapem ao império desta eventualmente, sem a possibilidade de reparação. O crivo imparcial do Judiciário, assim, pode passar por todas as decisões da Administração, contrariando a possível prepotência de governantes e burocratas. Trata-se, portanto, de garantia fundamental para que possa existir, sobreviver o Estado de Direito, voltado para o bem comum, preocupado com o bem estar da sua população, limitando a arbitrariedade dos governantes e fortalecendo as garantias individuais.

Nestes termos, confira as lições dos doutrinadores Antonio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, na obra Teoria Geral do Processo:

Seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que faça justiça a ambos os participantes do conflito e do processo. Por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar as partes acesso à justiça, o que se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em *acesso à ordem jurídica justa*.

Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera *admissão ao processo*, ou possibilidade de ingresso em juízo. Como se verá no texto, para que haja efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para a integridade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais (2009, p. 39).

Nos dizeres de Rosemiro Pereira Leal, *in* Teoria Geral do Processo: primeiros estudos, o acesso à *jurisdição* faz-se pelo direito-de-ação incondicionado de movimentar o aparato estatal na sua atividade judicacional (2009, p. 68).

Não cabe ao legislador infraconstitucional criar exigências, restrições de forma a limitar, dificultar, criar entraves ao acesso do cidadão à justiça, sob pena de estar violando frontalmente o princípio constitucional em tela.

² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

A nova Constituição representa o que de mais moderno existe na tendência universal rumo à diminuição da distância entre o povo e a justiça. Se o Estado não aplicar com determinação seus esforços no sentido de tornar eficaz o texto constitucional, com o escopo precípuo de permitir o pleno acesso à administração da justiça e a efetividade do processo, tais princípios não passarão de letra morta e, de fato, nenhuma evolução sócio-jurídica será alcançada.

Diante do que foi exposto, veja o tamanho do contra-senso que nos apresenta: se o acesso à jurisdição deve ser amplo, irrestrito e incondicionado, se deve abarcar o maior número de pessoas possíveis de forma a garantir o próprio respeito à ordem jurídica, e, porque não dizer, ao próprio Estado Democrático de Direito, como é possível que a legitimação ativa das ações coletivas seja restrita a um número ínfimo de legitimados?

É exatamente este aspecto que seja enfrentando a seguir.

7. A limitação do rol dos legitimados para a propositura das ações coletivas em contraposição ao princípio constitucional de amplo acesso ao Poder Judiciário

Finalmente, chegamos ao paralelo entre as restrições legislativas da legitimação ativa das ações coletivas com o princípio constitucional de amplo acesso ao poder judiciário.

O que salta aos olhos é a manifesta incompatibilidade da legislação à realidade social e jurídica constitucional que hoje se apresenta, que retira dos próprios indivíduos interessados no direito o poder de acionar a proteção jurisdicional estatal.

A concentração da legitimidade ativa das ações coletivas torna o acesso ao judiciário, nos casos da defesa dos interesses difusos, mais restrita, mais difícil. Os órgãos legitimados nem sempre se movimentam de forma a proceder a defesa destes interesses, especialmente por serem as mesmas, na sua origem, vinculadas ao poder público.

Os sujeitos titulares dos interesses difusos, na medida em que são diretamente afastados da legitimidade ativa, encontram obstáculos para terem acesso a jurisdição em ações coletivas e, naturalmente, que deixam de defender muitos dos seus interesses ameaçados ou violados. Na prática, os chamados órgãos intermediários legitimados não conseguem atender aos anseios destes interesses, o que leva à conclusão inevitável de que o legislador, ao criar estas restrições na legitimação ativa, acabou por violar o princípio constitucional de acesso à justiça.

Num âmbito maior, pode-se dizer que as próprias condições da ação já seriam um obstáculo à jurisdição. Os processualistas as defendem com o vil argumento de que constituem a regulamentação do acesso à justiça, e não propriamente restrição a este acesso. Falácia, já que na prática nada mais são do que obstáculos ao direito de ação.

Neste sentido:

Quando o texto constitucional diz que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário “lesão” ou “ameaça a direito”, surge naturalmente a indagação se a norma infraconstitucional poderia criar condições para o exercício da ação ou pressupostos processuais.

A garantia constitucional parece ter evoluído no sentido de superar o formalismo e as contradições do sistema dualista do direito subjetivo e da relação jurídica processual.

Tanto no tema da ação quanto no processo, a opção do legislador foi a de garantir o acesso a um pronunciamento judicial sobre o mérito.

Portanto, o estabelecimento de condicionantes para a ação nesses sistemas estaria superado.

A ação é meio e não fim. Sendo meio não poderia ser obstáculo ao fim, que é a apreciação do interesses em conflito, onde se afirmam lesões ou ameaças a direito.

A lei processual, diante do imperativo constitucional, não poderia estabelecer condicionantes à ação.

A única condição existente para o acesso à justiça, segundo esse modelo constitucional, é a afirmação perante o Poder Judiciário da existência de lesão ou uma ameaça a direito (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 163/164).

No entanto, quando se analisa a questão pelo âmbito dos direitos difusos, com a gigantesca proporção da sua incidência, é que se percebe o tanto que estas restrições dificultam o acesso ao Judiciário.

Confira, mais uma vez, as lições de Maciel Junior a respeito:

E dentro do processo esse tema ganha dimensão teórica em torno da discussão sobre as condições da ação. Aproveitando-se do esquema individualista centrado no direito subjetivo, os processualistas desenvolveram a tese sobre as condições da ação bem a gosto dos agentes políticos que pretendiam controlar o acesso à justiça. [...]

Esse modelo centrado no direito subjetivo passou também a vigorar para a generalidade das ações, inclusive aquelas movidas contra o Estado e os agentes políticos. Só que nos processos legislativos de atribuição da legitimação para agir na tutela contra o Estado e agentes políticos, as forças políticas têm operado no sentido de neutralizar a faculdade de participação dos indivíduos. Com isso a participação dos indivíduos para a tutela da legalidade e da revisão dos atos administrativos praticados com desvio ou falta de competência restou praticamente anulada. Criou-se um vácuo de processos judiciais discursivos para o controle de ilegalidades e desvio de competência por parte dos agentes políticos (2006, p. 125/126).

Em pleno Estado Democrático de Direito, nota-se um evidente vestígio de autoritarismo, quando aquele que é naturalmente legitimado para agir tem este acesso negado, para atender ao nítido propósito de afastar o controle do povo em relação ao poder.

Ao adotar um modelo de amplo acesso ao poder judiciário, o Estado deve garantir, tanto no âmbito do direito individual, quanto no âmbito dos direitos difusos, a participação irrestrita e incondicionada dos interessados na jurisdição. Por isso, para o Professor Maciel Junior, já tantas vezes citados, a ação deve constituir uma faculdade do sujeito:

Como consequência de uma sociedade estruturada sob a forma de Estado de Direito e, especificamente, de Estado Democrático de Direito, o direito de ação para a tutela dos interesses somente pode ser entendido como "faculdade" de ação (2006, p. 124).

Em sua obra inovadora, defende o D. Professor que as ações coletivas devem ser tratadas como ações temáticas, ou seja, que deve se propor a discussão de temas que afetam os interessados. Maciel Júnior ainda prevê a possibilidade da abertura dos temas ao maior número de interessados possíveis (através da publicação de editais), de flexibilidade de mérito da demanda (formação participada do mérito) de forma a amoldá-lo ao mais próximo do que representar o interesse coletivo.

Enfim, qualquer que seja o nome ou a forma de implementação destas mudanças, elas não de ser feitas.

A evolução do processo coletivo há de derrubar as barreiras do direito de ação coletiva, garantindo ao sujeito titular do direito difuso violado o acesso direto à jurisdição.

Com o livre acesso do cidadão ao poder judiciário, tanto no que tange os direitos individuais quanto os direitos coletivos *latu sensu*, certamente serão melhor efetivados, mais bem respeitados, o poder público será fiscalizado de forma mais rigorosa e, quem tem a ganhar com isso é o próprio Estado Democrático de Direito.

8. CONCLUSÃO

Conclusão a que se chega ao final deste estudo é que o processo coletivo merece ser reconstruído, deixando de lado as bases individualistas, para adotar um novo modelo com novos conceitos, fundamentos, e afastado das restrições processuais.

Outra não foi a conclusão do D. Maciel Junior:

Pelo que se pode constatar, nossa proposta de que as ações coletivas sejam ações temáticas é uma proposta de resgate aos interessados difusos da legitimação para agir que lhes foi roubada pelo modelo de processo coletivo centrado no individualismo.

E é muito mais do que isso, é a proposta de uma nova relação em que se reconhece o processo coletivo como um mecanismo moderno fundamental de controle pelos

interessados, dos atos que possam afetar diretamente a vida de todos nós. É a proposta para nova era em que haja a legitimação pelo procedimento e o controle efetivo por esse importante instrumento da racionalidade, que é o processo (2006, p. 141).

O nosso Estado Democrático de Direito tem que se fazer prevalecer na sua plenitude, sem ceder às pressões políticas daqueles que querem afastar o governo da fiscalização do povo.

É verdade que a titularidade dos direitos difusos é de difícil aferição dada a sua extensão, mas este fato não pode ceifar o direito de determinados titulares concretamente ofendidos de buscar a defesa direta dos seus interesses, sem depender de intermediários.

A ínfima lista de legitimados à propositura da ação coletiva não configura representatividade, não consegue atender aos anseios que envolvem toda a gama de direitos difusos, o que naturalmente seria muito melhor efetivado e protegido não só pelos atuais legitimados, mas por todo e qualquer cidadão afetado, titular deste direito.

O limite rígido imposto à legitimação ativa nas ações coletivas confronta com a própria natureza dos direitos difusos, e viola o princípio do amplo acesso ao judiciário.

A legislação infraconstitucional, ao criar restrições tamanhas afastando o cidadão da jurisdição, padece de grave vício de constitucionalidade.

Diante da inércia das autoridades competentes para a correção deste vício, o Poder Judiciário assume importante papel, cabendo-lhe ajustar o direito ao modelo constitucional vigente.

9. BIBLIOGRAFIA

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed., atualizada em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 62, de 9.11.2009, com adendo das EC nº 63 e nº 64/2010. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Manual de processo coletivo*. 2. ed. 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

CINTRA, Antônio C. A.. GRINOVER., Ada P. DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 25. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros editores, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Trad. J. Cretella Jr. E Agnes Cretella 1 ed. 2ª tiragem São Paulo: RT, 1998.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 8. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria do direito coletivo: direito ou interesse?* (difuso, coletivo ou individual homogêneo). Revista da Anamatra, São Paulo - SP, v. 9, 2004.

- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, São Paulo: Editora Saraiva, 1990, v. 1.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição Brasileira interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.
- NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa M. A. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. Atualizada até 10.04.2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Aide, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed., de acordo com a Emenda Constitucional 53, de 09.12.2006. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 53 de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.