

Ações coletivas

Rogério Bastos Arantes

A conquista de direitos e a evolução da cidadania nos tempos modernos foram marcadas, desde a origem, por um paradoxo. Quando a Revolução Francesa ergueu solenemente a sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, um passo decisivo foi dado na direção do estabelecimento da igualdade civil e das liberdades individuais. O extraordinário esforço feito à época foi o de romper com as bases da antiga sociedade estramental, liberando o indivíduo e elegendo-o como a nova unidade de direitos. Acima dele apenas a nação, formada pela associação voluntária de cidadãos, e nenhum corpo intermediário poderia mais exercer autoridade que não derivasse expressamente da delegação dos indivíduos ou da soberania reunida na forma da nação. Na prática, essa emancipação política do indivíduo não resultou de fato, como apontaria Marx, na emancipação humana, uma vez que a sociedade burguesa introduziu novas formas estruturais de desigualdade, capazes de reduzir o alcance daquela igualdade civil e das liberdades individuais. O paradoxo da cidadania moderna reside, portanto, na afirmação do individualismo frente a todas as formas de paternalismo ou dominação não legítima, sendo que esse mesmo individualismo não foi suficiente para construir uma sociedade justa e igualitária.

Na esfera política, o estabelecimento dos direitos civis de igualdade e liberdade levou a uma reconfiguração da cidadania política, nos clássicos termos descritos por Marshall (1967). Um subproduto importante dessas transformações foi a reconfiguração da ideia e da prática da representação política. O mesmo processo que levou à afirmação da cidadania civil rompeu com os antigos laços de reciprocidade entre servos e senhores e seu efeito dominó tensionou todo o espaço político em busca de uma maior democratização do poder. Todavia, a crescente igualdade de condições — na expressão de Tocqueville (1977), um dos mais argutos observadores da formação da sociedade liberal democrática — não impulsionaria necessariamente os homens à participação na esfera pública, tendo antes os conduzido à fruição individualista de interesses particulares, a tal ponto de ameaçar encerrá-los, “por inteiro, na solidão de seu próprio coração”. Individualismo, massificação e apatia política seriam expressões paradoxais da conquista da igualdade civil, com reflexos importantes sobre a representação e o exercício da autoridade política.

Na esfera jurídica, a autonomia individual se traduziu no princípio da disponibilidade, isto é, na prerrogativa dos indivíduos de dispor dos direitos (legalmente autorizados ou não proibidos) conforme sua exclusiva vontade. Essa soberania individual estendia-se, inclusive, a situações de lesão frente às quais a decisão e o modo de reagir seriam prerrogativas do indivíduo. Duas exceções importantes a essa regra foram contempladas, no bojo do processo que levou igualmente à afirmação do Estado e à constituição do monopólio estatal do uso legítimo da violência física: direitos considerados “indisponíveis” ou titulares de direitos tidos por “incapazes” ensejariam a atuação de um substituto legal do indivíduo em processos judiciais. O direito indisponível à vida, por exemplo, explica por que cabe ao Estado o monopólio da ação penal pública nos crimes que atentem contra ela, independentemente da vontade da vítima ou de quem fale por ela. Já os menores de idade, os deficientes mentais, os viciados em tóxicos, dentre outros exemplos de hipossuficiência reconhecidos pelos códigos civis, são considerados incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil e por essa razão

requerem a atuação do Ministério Público como forma de proteção especial de seus direitos e interesses.

A longo prazo, o individualismo liberal se mostraria insuficiente para sustentar o bom funcionamento da Justiça, e exceções como as apontadas acima foram sendo ampliadas sob as bandeiras do acesso à Justiça por parte dos hipossuficientes ou das causas difíceis de serem levadas adiante por indivíduos isolados.

Do paradoxo da modernidade às ações coletivas

A afirmação do individualismo implicou novos problemas, que podem ser bem apresentados na forma do dilema da ação coletiva. Nessa primeira acepção, a questão da ação coletiva se põe em termos teóricos (ainda não estamos nos referindo às ações coletivas de caráter judicial, que serão vistas adiante) e diz respeito àquele tipo de situação em que se pode vislumbrar a existência de um bem comum (público ou coletivo), mas esse não é facilmente produzido se deixado à sorte (ou azar, melhor seria dizer neste caso) dos interesses individuais. Boa parte das questões em política gira em torno do dilema da ação coletiva, tal como o formulou Olson (1965). Colocado o problema em termos normativos, a solução do dilema passaria pelo encontro de formas, quase sempre institucionais, de se promover a cooperação (que pode ser mais ou menos voluntária e mais ou menos coercitiva) entre indivíduos, de modo a atingir resultados que transcendam seus interesses mais imediatos. Em termos comparativos, pode-se dizer que a política sempre foi o terreno próprio da ação coletiva, em que pese o fato de o moderno individualismo liberal ter exacerbado o dilema da cooperação ao afirmar a liberdade individual e a autonomia da esfera privada frente ao Estado. A Justiça, por outro lado, manteve-se por mais tempo afastada das questões coletivas, justamente pela falta de capacidade ou legitimidade para operar a transmutação de interesses individuais em interesses coletivos ou gerais.

Na verdade, podemos desdobrar o problema da ação coletiva em dois tipos: uma coisa é falar na produção coletiva de bens, outra é fa-

lar de produção de bens coletivos. No primeiro caso, o termo coletivo diz respeito ao processo de produção; no segundo, à natureza do bem produzido. Leal (1998) parte de distinção similar para chegar a dois tipos de ação judicial coletiva. A primeira se refere à defesa de direitos individuais por meio de um tratamento processual coletivo. Nesse caso, os direitos são individuais, mas o mecanismo processual possibilita sua agregação e defesa comum junto à Justiça. A segunda diz respeito a um interesse qualitativamente (e não só quantitativamente) transindividual, isto é, refere-se a direitos difusos indivisíveis, sem titularidade individual definida e que transcendem a mera soma das partes. Mesmo porque não estão albergados por uma relação jurídica de tipo contratual, tais interesses ou direitos são de caráter geral e poderão ser judicializados por terceiros, desde que reconhecidos por lei.

Esses dois tipos de acesso coletivo à Justiça são transformações recentes e se ligam ao que Cappelletti & Garth (1988) chamam de a “segunda onda” de ampliação do acesso à Justiça, ocorrida por volta dos anos 1960 (a primeira teria sido a da criação de mecanismos de assistência judiciária aos mais pobres). O reconhecimento da existência de direitos difusos ou da necessidade de dar representação a interesses individuais comuns a grandes grupos ou coletividades encerra um capítulo importante do projeto exclusivamente liberal de Justiça. Tal reconhecimento se deu por razões positivas, na esteira da promoção dos direitos sociais pelo *Welfare State*, mas sobretudo por razões negativas: a incapacidade do sistema de Justiça assentado em bases individualistas de dar conta das causas coletivas. A pressão pela abertura do ordenamento jurídico e pela ampliação do acesso à Justiça teve origem na crescente percepção de que causas como o meio ambiente e o patrimônio cultural não poderiam ser adequadamente defendidas sob o juízo limitado da matriz liberal. Também a individualização forçada de conflitos em série, típicos da sociedade capitalista de massa, passou a ser questionada. Até por economia processual e redução de custos, ações coletivas em defesa de grandes contingentes de pessoas lesadas por um dano comum deveriam encontrar uma forma processual de acesso à Justiça.

Embora a tendência apontada anteriormente pareça linear, problemas de fundo atormentaram e seguem atormentando os defensores da ampliação do acesso à Justiça para causas coletivas. Leal (1998) resume muito bem os dois principais: a representação de interesses alheios por parte de autores sem mandato explícito e revogável e a extensão da coisa julgada a terceiros que não figuram no processo. Em outras palavras, ao abrir-se para causas coletivas, a Justiça passa a enfrentar os problemas típicos da política: a representatividade adequada e a transmutação dos interesses manifestos por uns em interesse de todos.

Ações judiciais coletivas no Brasil

Em tese, todos os tipos de ação cujo processo ou resultado transcende o indivíduo poderiam ser considerados ações coletivas. No caso brasileiro, temos diversos tipos de ações judiciais que poderiam ser classificadas desse modo: as ações que compõem o sistema de controle constitucional, tais como Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade ou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental são formas de acesso à Justiça em que interesses de muitos estão sendo representados por poucos, quando não por um só e mesmo ator. A Ação Popular, estabelecida pelo art. 5º (LXXXIII) da Constituição, permite a qualquer cidadão pleitear a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. O mandado de segurança — um tipo especial de ação através da qual se pode defender direito líquido e certo contra ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, LXIX) — recebeu em 1988 uma extensão “coletiva” que pode ser utilizada por partidos políticos com representação no Congresso Nacional (art. 5º, LXX, “a”) e por organizações sindicais, entidades de classe ou associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (art. 5º, LXX, “b”).

Embora tais tipos de ação suscitem igualmente os problemas da representatividade adequada e da extensão da coisa julgada a terceiros, os atores legitimados a promoverem-nas e os objetos sobre os quais incidem são certos, e seus limites conhecidos. Nenhuma ação ultrapassa tanto esses parâmetros e dá vazão a questões coletivas (incluídos aqui vários dilemas e contradições que marcam o campo) como a Ação Civil Pública.

Apesar de leis anteriores terem iniciado o reconhecimento de direitos transindividuais, foi a Lei nº 7.347/1985, da Ação Civil Pública, que instituiu sua forma de acesso à Justiça. Com a lei de 1985, meio ambiente, direitos do consumidor e patrimônio histórico e cultural passaram a ser definidos como direitos difusos e coletivos, e desde então eles têm sido objeto de ações coletivas na Justiça, promovidas por associações civis e, principalmente, pelo Ministério Público (MP). Confirmando a tendência de abertura do ordenamento jurídico aos direitos transindividuais, a Constituição de 1988 reiterou aqueles mencionados pela lei de 1985 e pavimentou o caminho para o surgimento de novos tipos. Desde então, a Constituição tem se mostrado uma fonte bastante generosa e pode-se dizer que a partir dela veio se construindo no país uma espécie de “sistema jurídico”, caracterizado pelo surgimento de leis que estabelecem novos direitos indisponíveis e novas situações de hipossuficiência de seus titulares, ampliando ainda mais o leque de possibilidades de atuação do Ministério Público (Arantes, 2002). A título de exemplo de novas leis criadas a partir de 1988 que reconhecem direitos difusos e coletivos e atribuem papel especial ao Ministério Público, vale citar as normas reativas a: pessoas portadoras de deficiência (1989); estatuto da criança e do adolescente (1990); defesa do consumidor (1990); lei da improbidade administrativa (1992); lei sobre infrações da ordem econômica (1994); lei da biossegurança e técnicas de engenharia genética (1995); e lei de responsabilidade fiscal (2000). Em 2001 foram incorporadas à Lei nº 7.347/1985 as hipóteses de ação civil pública contra infrações à ordem econômica e à economia popular e, ainda, à ordem urbanística.

A grande novidade representada pela Lei da Ação Civil Pública (ACP) residiu na legitimação processual de atores públicos e sociais para a defesa de causas coletivas. Segundo a lei, podem propor esse tipo de ação: I)

associações civis que tenham entre suas finalidades estatutárias a proteção de direitos difusos e coletivos específicos; II) Ministério Público; e III) União, estados, municípios e entes públicos, tais como autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista. Lei de 2007 incluiu também a Defensoria Pública no rol de legitimados, mas a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público — Conamp ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal contra tal inclusão, alegando que não caberia à Defensoria Pública a defesa de interesses coletivos, mas tão somente de indivíduos (e não coletividades) necessitados (A ADI aguardava julgamento em julho de 2011, período posterior à escrita deste ensaio).

De fato, a controvérsia sobre a legitimação para uso de ações coletivas judiciais reside, como vimos, nos problemas da representação de interesses alheios e na extensão dos efeitos da decisão a terceiros. Quando Cappelletti (1977) examinou pela primeira vez tais questões, mostrou-se bastante crítico em relação às experiências conhecidas até aquela época. Segundo o autor, as duas soluções mais utilizadas até então eram insuficientes e precisavam ser superadas. De um lado, tinha-se a prerrogativa de deixar a defesa do interesse coletivo nas mãos dos próprios indivíduos vítimas de algum tipo de lesão para que esses, defendendo a si mesmos, beneficiassem também a coletividade. A limitação dessa estratégia, segundo Cappelletti, era evidente, especialmente porque nos conflitos coletivos, os indivíduos isolados se encontram em grande desvantagem, como no caso das relações de consumo. De outro lado, tinha-se a solução pública, isto é, a que entregava ao Ministério Público a defesa dos interesses gerais da sociedade. Cappelletti rejeita tal resposta, apontando graves defeitos no Ministério Público. Primeiro, o promotor se assemelha muito ao juiz, inclusive na inércia e falta do dinamismo que a defesa judicial desses novos direitos requer. Segundo, a ligação do MP com o Poder Executivo compromete sua independência na tarefa de proteger interesses que muitas vezes são lesados pela própria administração do Estado. Terceiro, faltaria aos promotores de Justiça formação especializada e conhecimento técnico suficientes para enfrentar os novos problemas trazidos pelos conflitos coletivos em meio a uma sociedade

cada vez mais complexa. Também em Cappellerti & Garth (1988) essa posição crítica em relação ao MP é reafirmada.

Embora tais opiniões tenham sido ouvidas no Brasil, especialmente pelo grupo de juristas responsável por um dos anteprojetos da Lei da ACP de 1985, descrevemos em trabalho anterior (Arantes, 2002) como promotores e procuradores favoráveis ao papel do Ministério Público nessa área apresentaram ao Congresso Nacional outro projeto que, uma vez aprovado, não só assegurou-lhes essa condição como conferiu vantagens institucionais importantes ao MP em relação às associações civis na representação tutelar dos direitos difusos e coletivos.

O paradoxo da criação da ACP é que ela se deu no contexto da redemocratização do país, num momento de forte crítica às instituições estatais e de reivindicação da abertura do ordenamento jurídico à representação de direitos por organizações da sociedade civil, mas a legitimação para agir do MP estava assentada na ideia e no princípio jurídico da hipossuficiência dessa mesma sociedade civil.

Desde então, a ampliação crescente do “subsistema” de defesa de direitos e interesses coletivos tem se orientado pelos princípios do anti-individualismo processual, da indisponibilidade de certos direitos substantivos e da hipossuficiência dos seus titulares (por vezes sociais e coletivos). Esse processo mudou a face do ordenamento jurídico brasileiro e transformou o MP no ator principal desse novo sistema institucional. Assim, não cabe dúvida sobre a origem do papel relevante que o MP vem desempenhando nas últimas décadas no Brasil, nas mais diversas áreas de conflitos coletivos. Todavia, não se deve concluir dessa experiência que a sociedade brasileira estaria condenada à hipossuficiência em matéria de direitos coletivos. Do contrário, causa e consequência acabam se reforçando num círculo impenetrável: a sociedade civil incapaz requer um MP forte e o MP deve ser forte porque a sociedade civil é incapaz. Uma análise do processo de construção da ação coletiva no Brasil é capaz de demonstrar que a legislação e o quadro institucional reforçaram o papel do MP e, conseqüentemente, o princípio tutelar que caracteriza há tempos a relação entre Estado e sociedade no Brasil. Escapar a esse círculo parece ser o grande desafio das ações coletivas judiciais.

Referências bibliográficas

- ARANTES, R. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Idesp; Sumaré: Educ, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. “Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil”. In: *Revista de Processo*. São Paulo, nº 5, jan.-mar., 1977.
- _____; GARTH, Brian. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- OLSON, Mancur. *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups*. Cambridge: Harvard University Press, 1965 (1971).
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. São Paulo: Edusp, 1977.
- VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. “Revolução processual do Direito e Democracia Progressiva”. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: Luperj/Faperj, pp. 337-491, 2002.

Copyright © Leonardo Avritzer, Newton Bignotto, Fernando Filgueiras, Juarez Guimarães, Heloisa Starling, 2013.

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

D578 Dimensões políticas da justiça / Leonardo Avritzer... [et al.] –
Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

Inclui bibliografia
ISBN 978-85-200-1169-0

1. Democracia – Brasil. 2. Brasil – Política e governo. 3. Brasil –
Política social. I. Avritzer, Leonardo, 1959-.

13-1356 CDD: 302.14
CDU: 316.42

Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução, armazenamento ou transmissão de partes deste livro, através de quaisquer meios, sem prévia autorização por escrito.

Este livro foi revisado segundo o novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

Direitos desta edição adquiridos pela
EDITORA CIVILIZAÇÃO BRASILEIRA
Um selo da
EDITORA JOSÉ OLYMPIO LTDA.
Rua Argentina, 171 – Rio de Janeiro, RJ – 20921-380
Tel.: 2585-2000

Seja um leitor preferencial Record.
Cadastre-se e receba informações sobre nossos lançamentos e nossas promoções.
Atendimento e venda direta ao leitor:
mdirerito@record.com.br ou (21) 2585-2002

Impresso no Brasil
2013

Organizadores:
Leonardo Avritzer
Newton Bignotto
Fernando Filgueiras
Juarez Guimarães
Heloísa Starling

Dimensões políticas da justiça

1ª edição

