

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MÁRCIA VITOR DE MAGALHÃES E GUERRA

**SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL CONGLOBANTE: NOVAS OBSERVAÇÕES
SOBRE A SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL NOS PROCESSOS COLETIVOS E A
NECESSIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DA LEGITIMAÇÃO ADEQUADA E
DA ADEQUADA REPRESENTAÇÃO**

VITÓRIA

2009

MÁRCIA VITOR DE MAGALHÃES E GUERRA

**SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL CONGLOBANTE: NOVAS OBSERVAÇÕES
SOBRE A SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL NOS PROCESSOS COLETIVOS E A
NECESSIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DA LEGITIMAÇÃO ADEQUADA E
DA ADEQUADA REPRESENTAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil.
Orientador: Prof^o Dr^o Hermes Zaneti Júnior.

VITÓRIA

2009

MÁRCIA VITOR DE MAGALHÃES E GUERRA

**SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL CONGLOBANTE: NOVAS OBSERVAÇÕES
SOBRE A SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL NOS PROCESSOS COLETIVOS E A
NECESSIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DA LEGITIMAÇÃO ADEQUADA E
DA ADEQUADA REPRESENTAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof.º Dr.º Hermes Zaneti Júnior
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof.º Dr.º Aluisio Gonçalves de Castro Mendes
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Prof.º Dr.º Daniel Mitidiero
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof.º Dr.º Marcelo Abelha Rodrigues
Universidade Federal do Espírito Santo

A minha mãe, Maria Vitor.

A Deus, fonte de amor, por tudo.

Aos amigos, pelo carinho e incentivo nas horas de ansiedade.

Em especial, ao meu orientador Hermes Zaneti Jr., pelos valiosos ensinamentos, pela atenção e confiança depositada.

RESUMO

Apresenta uma nova perspectiva do instituto da substituição processual em processos coletivos, a partir da realidade dinâmica do chamado processo civil constitucional, sensível às influências da tradição de *common Law* em sua estrutura, bem como do formalismo-valorativo, compreendido como nova fase metodológica do processo. Nesse contexto, sistematiza um novo perfil da legitimação processual, correlacionado com o conteúdo híbrido de nosso processo civil e seus reflexos na concepção ontológica do instituto. Este novo perfil inclui a adequada legitimação e a representação adequada como formas de superar o que, com razão, em um primeiro momento, foi considerado como grande revolução processual na legitimação processual coletiva brasileira, a legitimação legal, *ope legis*. Ou seja, instituiu-se inicialmente um modelo no qual os entes legitimados gozariam de presunção de adequada representação, fundado num juízo *a priori*, em abstrato, pelo legislador, com a característica marcante de ser um modelo de legitimação mista de órgãos públicos (modelo estatal) e associações (modelo organizacional). Os resultados demonstram que tal modelo já não mais se sustenta frente às novas perspectivas processuais, indicando que o modelo que se propõe na pesquisa é mais adequado aos escopos do processo civil coletivo. Aplicar o controle em concreto da legitimidade, certamente, impõe outros problemas de fundo que se visualizam a partir do momento em que se traça o perfil de atuação dos principais entes legitimados. A legitimidade nas ações coletivas é tema que vem evoluindo no processo coletivo e no direito brasileiro, em particular, mas que ainda necessita de amadurecimento para a fixação de seus adequados contornos. Ainda há carência legislativa no que tange à fixação de critérios objetivos que permitam ao magistrado, a partir do próprio ordenamento constitucional, adequar a legitimidade (primeiro passo, como um controle abstrato da norma), para, posteriormente, a partir da análise do caso concreto, exercer o controle da adequada representatividade do indivíduo ou ente legitimado.

PALAVRAS - CHAVE: PROCESSO CIVIL; AÇÕES COLETIVAS; LEGITIMIDADE; SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL; ADEQUADA REPRESENTAÇÃO.

ABSTRACT

Presents a new perspective of the institute of the replacement procedure in collective processes, from the dynamic reality of the so-called civil procedure constitutional, sensitive to the influences of the tradition of common Law in its structure, and the formalism-value, understood as a new phase of the methodological process. In this context, organizes a new profile of procedural legitimacy, correlated with the content of our hybrid civil procedure and its consequences in the design of ontological institute. This new profile includes the adequate legitimacy and adequate representation as appropriate ways to overcome what, at first, was considered as a major revolution in procedural collective Brazilian procedural legitimacy, the legitimacy legal, *ope legis*. That is, initially set up a model in which the legitimate entities enjoy the presumption of adequate representation, based on a pre-established value of the legislature, with the characteristic of being a model of mixed public legitimacy (model state) and organizations (organizational model). The results show that this model is no longer maintains because of the new prospects, indicating that the model proposes in this research is more appropriate to scope of civil collective. Apply the control of the adequacy of representation, of course, implies other problems that are visualized from the moment that draws the profile of action of the main entities legitimized. The legitimacy on collective action is the subject that has evolved in a collective process and in the Brazilian law, in particular, but still needs to mature to the appropriate setting of its contours. There is grace in relation to legislative establishment of objective criteria to enable judge, from the constitutional order, bring the legitimacy (the first step, as an abstract control of the law), for then, from the analysis of the case to exercise control of the adequate representation of the individual or entity legitimized.

KEYWORDS: CIVIL PROCEDURE ; COLECTIVE ACTIONS ; LEGITIMACY ; REPLACEMENT PROCESSUAL; ADEQUACY OF REPRESENTATION.

LISTA DE SIGLAS

CM-GIDI - Código de Processo Coletivo Modelo para Países de Direito Escrito – Projeto Antonio Gidi

CMI-A - Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América

CBPC – IBDP - Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual

CBPC – UERJ/UNESA - Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos

CPC – Código de Processo Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição da República

LACP – Lei da Ação Civil Pública

LA – Lei da Ação Popular

MP – Ministério Público

MSC – Mandado de Segurança Coletivo

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ- Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO..... 10

1 FUNDAMENTOS SOBRE A LEGITIMAÇÃO ADEQUADA E A ADEQUADA REPRESENTAÇÃO..... 15

1.1 DEFINIÇÃO DO MODELO BRASILEIRO DE LEGITIMIDADE NAS DEMANDAS COLETIVAS: SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL 15

1.1.1 A INSUFICIÊNCIA DO MODELO DO CPC E A NECESSIDADE DE REFORMULAÇÃO DE ANTIGOS CONCEITOS À LUZ DO PROCESSO COLETIVO PARA CONSTRUÇÃO DO MODELO BRASILEIRO 15

1.1.2 APROFUNDANDO AS DIFERENÇAS: CRÍTICA AOS MODELOS DE DIREITO COMPARADO (MODELO NORTE-AMERICANO E MODELO EUROPEU-CONTINENTAL)..... 28

1.1.3 TENDÊNCIAS DO ORDENAMENTO BRASILEIRO: ANÁLISE DOS CÓDIGOS MODELO (GIDI E IBERO-AMERICANO) E DOS ANTEPROJETOS (IBDP, UERJ/UNESA E O QUE DISCIPLINA A AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PL 5.139/09) 39

1.2. DIREITO MATERIAL E PROCESSO: SUPERAÇÃO DAS RESISTÊNCIAS QUANTO AO INTERESSE PROCESSUAL DOS SUBSTITUTOS PROCESSUAIS..... 47

1.2.1 SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL: A RELAÇÃO ENTRE INTERESSE PROCESSUAL E A LEGITIMAÇÃO NA VISÃO DO CPC TRADICIONAL (CRÍTICA DA DOCTRINA MAJORITÁRIA)..... 47

1.2.2 SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL: A RELAÇÃO ENTRE INTERESSE PROCESSUAL E LEGITIMAÇÃO NAS AÇÕES COLETIVAS 51

1.3. DIREITO NACIONAL EM RELAÇÃO PERSPECTIVA COM OS CONCEITOS DE DIREITO COMPARADO: A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA..... 58

1.3.1 REPRESENTAÇÃO ADEQUADA E LEGITIMIDADE ADEQUADA: FIXANDO PREMISSAS PARA DIFERENCIAÇÃO DOS INSTITUTOS..... 58

1.3.2 ELEMENTOS DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA: 73

1.3.2.1 Vigorosa tutela pelo representante e pelo advogado 73

1.3.2.2 Ausência de conflito entre representante e grupo e entre grupo e advogado. 77

2 OS ATORES PROCESSUAIS NOS PROCESSOS COLETIVOS E SUAS PARTICULARIDADES COM RELAÇÃO À LEGITIMAÇÃO ADEQUADA E A ADEQUADA REPRESENTAÇÃO..... 85

2.1. MINISTÉRIO PÚBLICO..... 85

2.1.1 O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS..... 89

2.1.2 O MINISTÉRIO PÚBLICO E A SUA LEGITIMIDADE NO MS COLETIVO..... 96

2.2. ASSOCIAÇÕES, SINDICATOS E PARTIDOS POLÍTICOS..... 100

2.2.1 A REGRA DO ART. 2-A DA LEI 9.494/97 108

2.3. PESSOA FÍSICA..... 111

2.3.1 AÇÕES PSEUDOINDIVIDUAIS..... 117

2.3.2 NOTIFICAÇÃO ADEQUADA..... 120

2.4. DEFENSORIA PÚBLICA E A QUESTÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA..... 126

2.5 PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E A QUESTÃO DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA.. 131

<u>3 LEGITIMAÇÃO COLETIVA PASSIVA</u>	<u>134</u>
<u>CONCLUSÃO.....</u>	<u>148</u>
<u>REFERÊNCIAS.....</u>	<u>155</u>
<u>ANEXOS</u>	<u>166</u>

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da sociedade de massa e, por conseguinte, das relações econômicas, sociais e jurídicas, na medida em que implicou o crescimento dos litígios e os tornou mais complexos, desafiou a criação de novos instrumentos e técnicas processuais aptos a viabilizar uma efetiva e adequada tutela aos direitos da coletividade e, por conseguinte, o amplo acesso à justiça.

Com efeito, inúmeros danos coletivos, notadamente os de pequena monta, mas de grande relevância social, ficariam descobertos pelo manto do Judiciário caso não houvesse instrumentos que permitissem um acesso facilitado à Justiça, seja por desinformação jurídica, sejam pelos ônus processuais demandados num litígio, seja ainda pela usual fragilidade dos que têm seus direitos violados.

As ações coletivas, sem dúvida, representam um dos instrumentos de maior relevância na busca por esse escopo constitucional, na medida em que permitem, por meio de inúmeros legitimados, por meio da técnica da *substituição processual*, a proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, permitindo, ainda, um tratamento uniforme das situações em litígio, economia processual e o equilíbrio entre as partes.

Nesse contexto, rompe-se com o modelo tradicional do processo civil, de base individualista, e se impõe a necessidade de se adequar diversos institutos processuais a essa nova sistemática coletiva. Dentre esses institutos situa-se o da legitimação para agir, que, tradicionalmente vinculado à titularidade do direito material discutido, passa a necessitar de uma nova base conceitual em vista da não rara impossibilidade de se atribuir individualmente a titularidade desses direitos coletivos.

O presente estudo, desse modo, objetiva a pesquisa desse importante instituto processual, a legitimação nas ações coletivas, sob a moderna perspectiva do processo civil constitucional. Busca sistematizar um novo perfil da legitimação processual, consubstanciado na tendência de se permitir a fixação da legitimidade coletiva, pelo magistrado, por meio do que se denominou *legitimação conglobante*. Trata-se de uma nova visão calcada em uma maior proximidade entre o Direito Material e o Direito Processual, a partir da percepção de que a

legitimidade resulta de uma situação jurídica oriunda de uma situação de fato, que o direito protege.

Nesse particular, muito embora os processos coletivos, no ordenamento nacional, ainda não tenham alcançado um estágio de amadurecimento ideal, a atuação de cada um dos entes legitimados ganha cada vez mais papel de destaque a frente da tutela dos direitos metaindividuais cuja representação, pela natureza e relevância, deve ser a mais adequada e efetiva.

Assim, a importância e a atualidade do tema mostram-se patentes na medida em que esta pesquisa busca assentar uma nova perspectiva do instituto da substituição processual em processos coletivos, a partir da realidade dinâmica do chamado processo civil constitucional, de caráter publicista, sensível às influências da tradição da *common Law* em sua estrutura, bem como do formalismo-valorativo, compreendido como nova fase metodológica do processo, agora voltado, sobretudo, à realização dos direitos fundamentais.

Este novo perfil inclui a adequada legitimação e a representação adequada como formas de superar o que, com razão, em um primeiro momento, foi considerado como grande revolução processual na legitimação processual coletiva brasileira, legitimação legal, *ope legis*.

Nessa esteira, supera-se o modelo estático de legitimação coletiva brasileira, assim definido, pela doutrina, como *ope legis*, para um novo modelo, agora mais adequado aos escopos da tutela coletiva e aos contornos constitucionais, que prevê a adequada legitimação e a representação adequada, pelo magistrado, a partir de todo ordenamento. É a inclusão da chamada legitimidade *ope judicis*.

Ou seja, trata-se da ampliação do controle judicial da adequada legitimação, a partir da análise *in concreto* da adequada representação dos legitimados, controle que permitirá fixar a legitimidade *ad causam* nas ações coletivas a partir das realidades concretas da sociedade e com base em todo o ordenamento jurídico e não apenas em uma norma específica.

Com o objetivo de aprofundar a pesquisa do tema quanto à legitimação, não são abordadas as demais condições da ação, com ressalva, pela sua imbricação conceitual com o presente tema, do interesse de agir.

A pesquisa limita-se, ainda, à análise da legitimação no âmbito do Direito Processual Civil, processo de conhecimento, não sendo destacada a legitimidade para execução coletiva e para a ação cautelar coletiva ou a legitimação nos procedimentos de liquidação.

A legitimação no âmbito dos dissídios trabalhistas coletivos, considerando a peculiaridade do assunto, que demandaria pesquisa própria, também não é tratada.

O trabalho é desenvolvido em três partes: a primeira busca fixar os fundamentos da legitimação adequada e da adequada representação, a partir da definição do modelo brasileiro num comparativo aos modelos norte-americano e europeu-continental. A segunda realiza uma explanação das principais celeumas que permeiam a atuação dos legitimados centrais às ações coletivas no Brasil no que tange à fixação do controle, dessa legitimidade, pelo magistrado. Por fim, aborda-se o tema sob a perspectiva do polo passivo do processo, registrando as principais questões que decorrem da aceitação de litígios em face da coletividade.

Na primeira parte da pesquisa busca-se delinear os contornos do modelo da legitimação coletiva no ordenamento nacional, a partir da análise do modelo de legitimação construído à luz dos litígios tradicionais, de cunho individualista. Portanto, inadequado ao modelo coletivo. Na sequência, são analisados os principais sistemas de legitimidade no direito comparado com destaque para as *class actions*, na tradição da *common Law*, e para as ações associativas (*Verbandsklage*) na tradição da *civil Law*, ressaltando as principais características e problemáticas que a adoção de cada modelo implica à tutela dos direitos coletivos e quais soluções que esses ordenamentos apresentam e que podem servir de paradigma ao modelo nacional.

Abordam-se ainda as tendências evolutivas que o atual modelo vem buscando imprimir, tendências que se expressam nos projetos de Código Modelo e nos anteprojetos desenvolvidos no âmbito do Instituto Brasileiro de Direito Processual e no âmbito do Programa de Pós-Graduação da UERJ/UNESA.

Em tópico próprio, aborda-se a relação entre direito material e processo, na tentativa de se superar a atual relação entre o instituto do interesse de agir e o da legitimação nas ações coletivas.

Um dos fundamentos centrais da presente pesquisa, o instituto da representação adequada é tratado sob uma perspectiva do direito comparado, a partir do estudo de sua aplicação no modelo das *class actions* norte-americanas, origem do instituto. São fixadas as premissas de sua conceituação, a partir do estudo dos elementos que o integram, de modo a possibilitar sua distinção com o instituto da legitimação adequada: fases de um mesmo processo, consubstanciado na fixação da legitimação das ações coletivas, a partir do ordenamento, que este trabalho denomina de legitimação conglobante.

A carência legislativa sobre o tema é enfrentado a partir do novo papel que o judiciário assume no moderno ordenamento constitucional, voltado à participação democrática e que comete à jurisprudência o papel de fonte primária do Direito, voltada à definição de conceitos abertos a partir de valores principiológicos.

A segunda parte do trabalho, por sua vez, fixa-se na análise da atuação dos principais entes legitimados às ações coletivas, destacando-se os pontos controvertidos que permeiam sua atuação, a começar pelo Ministério Público, cuja legitimação para tutela dos direitos individuais homogêneos e para o mandado de segurança coletivo ainda não se mostra pacificada.

Em seguida, aborda-se a legitimidade dos chamados “corpos intermediários” (associações e sindicatos) destacando-se a necessidade de se promover o fomento de sua participação como verdadeiros titulares que são das demandas coletivas.

A legitimação da pessoa física nas demandas coletivas também é estudada, partindo-se da análise das teorias que defendem sua extensão de *lege lata*. Malgrado seja admitida a possibilidade de tutela a um direito difuso pelo indivíduo de modo reflexo, assenta-se a necessidade de previsão normativa que venha a atribuir ao indivíduo expressamente o poder de litigar coletivamente.

Busca-se ainda esclarecer a necessidade de mudanças na atual sistemática de notificação das ações coletivas aos interessados, como meio de possibilitá-los um efetivo controle da demanda coletiva e da atuação do representante em juízo, bem como auxílio na instrução da causa.

Considerando a recente reforma legislativa que avançou e estendeu a legitimação das ações coletivas à Defensoria Pública, a pesquisa aborda sua atuação sob uma perspectiva crítica à doutrina que limita a atuação do órgão na defesa dos interesses dos hipossuficientes econômicos.

A atuação dos partidos políticos também ganha atenção sob o aspecto do critério da pertinência temática e sua distinção com o simples critério da territorialidade, usualmente levantado pela doutrina.

Na terceira parte do ensaio, aborda-se a legitimação coletiva passiva. Tema controvertido, a pesquisa traz a opinião da principal doutrina em sede de direitos coletivos quanto à aceitação desse tipo de demanda no ordenamento atual, bem como as tendências de regulamentação do tema que vêm seguindo os projetos de Código Modelo e os anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos (USP e UERJ/UNESA), além do anteprojeto que disciplina a ação civil pública – PL 5.139/09.

No que se refere às considerações finais, apresentam-se os resultados da pesquisa por meio dos quais se busca sistematizar as principais ideias e firmar o atual modelo da legitimação coletiva brasileira

1 FUNDAMENTOS SOBRE A LEGITIMAÇÃO ADEQUADA E A ADEQUADA REPRESENTAÇÃO

1.1 Definição do modelo brasileiro de legitimidade¹ nas demandas coletivas: substituição processual

1.1.1 A insuficiência do modelo do CPC e a necessidade de reformulação de antigos conceitos à luz do processo coletivo para construção do modelo brasileiro

Com a crise do positivismo jurídico, no pós-segunda Guerra Mundial, o Estado legislativo, reinante no século XIX, entra em crise e rompe com o paradigma da supremacia das leis, dando início ao movimento da constitucionalização de direitos.²

Com efeito, reflexo da alteração de paradigma no plano do Direito para um estudo fundado mais no plano constitucional e de base principiológica, valorativa e transformadora, o positivismo jurídico é superado pelo fenômeno que vem sendo denominado pela doutrina de neoconstitucionalismo.³

¹ A legitimidade *ad causam*, para a demanda (a que se refere o presente escrito) e a legitimidade processual não se confundem. Segundo Giuseppe Chiovenda, a *legitimatío ad causam* “quer significar que, para receber o juiz a demanda, não basta que repute existente o direito, mas faz-se mister que o repute pertencente àquele que o faz valer e contrário àquele contra quem se faz valer.” A *legitimatío ad processum*, ao revés, indica pressuposto processual. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Bookseller, 2002, v. 1, p. 222. Celso Agrícola Barbi coloca que a legitimidade para a causa se refere ao direito de ação, a determinada demanda, enquanto a legitimidade *ad processum* se refere ao processo; como pressuposto processual, é a capacidade de estar em juízo. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 3, p. 31. Conf. ainda MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Bookseller, 1997, v. 1, p. 34.

² A mudança do Estado legislativo para o Estado constitucional implicou transformações no papel da lei. “A lei, pela primeira vez na época moderna, vem submetida a uma relação de adequação e, portanto, de subordinação, a um estrato mais alto de direito estabelecido pela Constituição. Por si só essa inovação poderia apresentar-se, como de fato tem-se apresentado, como uma simples continuação dos princípios do Estado de Direito que conduz às últimas conseqüências a completa sujeição ao direito de todas as funções ordinárias do Estado, incluída a legislativa (à exceção, portanto, somente da função constituinte).” (Tradução nossa) ZAGREBELKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 7. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 34.

³ Para o estudo do tema na doutrina nacional, consulte-se: BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*. n. 15, 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 22 out. 2008; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista forense*, Rio de Janeiro, ano 102, vol. 384, 2006, p. 71-104; CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 12 fev. 2009. Propondo o estudo do direito processual sob a perspectiva constitucionalizadora do Estado Democrático Constitucional de Direito, ver por todos: ZANETI Jr., Hermes. *Processo constitucional: O modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

No Brasil, sensível às influências europeias ao longo da segunda metade do século XX, o movimento ganha contornos concretos com a promulgação da Constituição da República de 1988 que positivou diversos direitos e garantias materiais e processuais. A constitucionalização de normas processuais, dentro do que representou o fenômeno da descodificação, implicou a retirada do Código de Processo do centro do ordenamento processual⁴ e fez com que o processo assumisse papel de vanguarda nos ordenamentos modernos.

Hermes Zaneti Jr., nesse sentido, expõe que a Constituição de 1988 impôs uma radical transformação no espírito do discurso jurídico e judicial. Afirma que:

[Com a Constituição de 1988] Passou-se de um discurso fundado em regras codificadas, centradas no juiz, apodítico e demonstrativo, que aplicava o direito material posto e fundado nos direitos subjetivos preconcebidos, para um *discurso democrático, que relaciona autor, juiz e réu em colaboração, com viés problemático e argumentativo, fundado na participação das partes para obtenção da melhor solução jurídica*; em síntese, na garantia constitucional do contraditório.⁵

Nessa esteira, as normas processuais, constituídas à luz do Estado legalista, de cunho individualista e caráter privatista, característicos da fase do procedimentalismo científico⁶, passam a ser objeto de uma interpretação constitucional mais aberta, por imposição de novas demandas sociais, aspirantes por uma visão pluridimensional do fenômeno processual.

⁴ Com efeito, “O Código de Processo Civil foi pensado para a tutela dos interesses individuais (direitos subjetivos), sobretudo os de caráter patrimonial. A titularidade do direito subjetivo, irradiada no ordenamento processual pelo princípio dispositivo (pelo qual a sorte do processo está, em certa medida, entregue à vontade das partes), projetou o caráter eminentemente individualista do CPC.” CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 12 fev. 2009.

⁵ ZANETI Jr., *Processo constitucional*, p. 55-56.

⁶ Sobre as fases metodológicas do processo civil brasileiro, do praxismo ao formalismo-valorativo, conf. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. 2007. 146 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul. Nessa esteira, o direito processual civil brasileiro vive a sua quarta fase metodológica, a chamada fase do formalismo-valorativo. Na primeira delas, denominada praxista ou sincretista, o processo caracterizou-se pela inexistência de autonomia frente ao direito material; confundia-se com o mero procedimento. Essa fase foi superada pela chamada processualista, momento em que o processo passa a ter tratamento científico e reconhecimento de relação jurídica, ao mesmo tempo em que passa a se distanciar da realidade social. Criticando essa perspectiva, surge a fase instrumentalista, que rompe com o caráter puramente técnico do processo para revelar-lhe outros escopos, como políticos, sociais e econômicos e que teve, no Brasil, como principal expoente, o catedrático da Universidade de São Paulo Cândido R. Dinamarco.

O processo abandona, assim, seu caráter eminentemente privatista e ganha contornos publicistas, dentro do que se vem denominando de neoprocessualismo⁷, fenômeno que se enquadra na nova fase metodológica processual, a do formalismo-valorativo⁸, caracterizada por uma metódica aberta, pluralista e diferenciada pela ênfase nos valores constitucionais.

Sob tal perspectiva, deve o processo ser entendido como um meio de efetivação⁹ dos direitos fundamentais; como um direito fundamental em si, consoante afirma Carlos A. Alvaro de Oliveira:

[...] se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado.¹⁰

Esse novo paradigma, desse modo, impõe uma reanálise de antigos conceitos do Direito Processual, tradicionalmente voltados à tutela de interesses individuais das partes, para adequá-los ao novo modelo que hoje se apresenta sintonizado com o direito material. Essa mudança se reflete na produção normativa que, sensível às novas exigências da sociedade de massa, impõe a criação de técnicas processuais voltadas à efetivação de garantias fundamentais.

O desenvolvimento da tutela dos direitos coletivos certamente denota o escopo que o processo, por meio das ações coletivas, passa a ter, voltado não somente ao interesse das

⁷ “Fatores como a circunstância do Código Civil ter deixado de ser o centro do ordenamento jurídico, o surgimento dos microssistemas (Estatuto da Criança e do Adolescente, Código do Consumidor, Estatuto do Idoso etc.), o fenômeno da constitucionalização dos direitos materiais e processuais fundamentais, a crescente adoção da técnica legislativa das cláusulas gerais e o aumento dos poderes do juiz explicam o surgimento do neoprocessualismo.” CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 12 fev. 2009. Considerando ser a crise da codificação a manifestação mais clara de que as leis e outras fontes, por si só, já não constituem um ordenamento, nos moldes do que se verificava no século XIX, conf. ZAGREBELKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, p. 39.

⁸ A expressão formalismo-valorativo, entendida aqui como a nova fase metodológica do processo civil, se deve a Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, fruto de estudos acadêmicos realizados no âmbito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Para um estudo aprofundado do tema, consulte-se ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁹ Hermes Zaneti Jr. observa que “Esta orientação fez com que o processo assumisse papel de vanguarda nos ordenamentos modernos. Papel de instrumento voltado a auxiliar na efetivação desses direitos [fundamentais] e, como tal, de direito fundamental por si.” ZANETI Jr. Hermes. *Processo constitucional: relações entre processo e constituição*. In MITIDIERO, Daniel Francisco. ZANETI Jr., Hermes (Org.). *Introdução a estudo do processo civil. Primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 37.

¹⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. In OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 270.

partes, mas à realização do bem comum. Ou seja, o processo coletivo surge nesse cenário como importante instrumento de efetivação de objetivos constitucionais.

Nesse sentido, expõe Ada Pellegrini Grinover:

De um modelo processual individualista a um modelo social, de esquemas abstratos a esquemas concretos, do plano estático ao plano dinâmico, o processo transformou-se de individual em coletivo, ora inspirando-se ao sistema das *class actions* da *common law*, ora estruturando novas técnicas, mais aderentes à realidade social e política subjacente. E nesse campo o Brasil tem algo a dizer.¹¹

Com efeito, face à sociedade moderna, na qual se avolumam conflitos massificados, eis que surge a necessidade de se criarem instrumentos que viabilizem a tutela desses novos direitos, em geral, de titularidade indeterminada ou de difícil determinação, em conformidade a um novo processo civil, pautado nos valores constitucionais e representante de um modelo cooperativo¹² de administração da justiça.

Nessa nova perspectiva, observam-se que, antigos institutos, moldados de acordo com a tradicional visão processual, calcados na cultura individualista e formal do processo, precisam ser revisitados, de modo a trazer para o processo coletivo técnicas que possibilitem o seu sucesso.¹³ Dentre esses institutos, que merecem uma nova roupagem frente à tutela jurisdicional coletiva, encontra-se o objeto da presente pesquisa, o instituto da legitimidade *ad causam*. Com efeito,

Sendo *dessubstantivados* os interesses metaindividuais, o poder de representá-los judicialmente aparece desvinculado da ‘titularidade da pretensão,’ vindo outorgado a certos órgãos credenciados pelo legislador (CDC, art. 82; Lei 7.347/85, art. 5º), ou mesmo pelo constituinte (art. 102, § 3º) [...]¹⁴

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de "civil Law" e "common Law"*: uma análise de direito comparado. Tema n. 5. Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 230.

¹² ZANETI Jr., *Processo constitucional*, p. 59-61.

¹³ Nesse sentido, conf. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 27. “O redimensionamento do processo torna, assim, imprescindível o reconhecimento da existência de novas perspectivas a serem seguidas pelo processualista e pelo legislador, identificando as novas situações e promovendo o ajustamento com novas formas de tutela jurisdicional.” Idem, p. 27. Conf. ainda ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Processo Civil Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 53-54

¹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 106. “Assim se passa com a legitimação para agir, tradicionalmente extraída a partir de situações legitimantes adrede positivadas [...] mas no plano coletivo não há como manter esse mesmo parâmetro, dada a indeterminação dos sujeitos e a indivisibilidade do objeto, donde o alvitre da *relevância social do interesse*, à qual se agrega a *representação adequada* do portador em Juízo. (Grifo do autor) Idem, p. 106.

No Brasil, o movimento pela tutela coletiva suscita-se, na década de 70, a partir dos estudos acadêmicos realizados na doutrina italiana notadamente por parte dos autores¹⁵ José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz de Oliveira.

A doutrina italiana, com efeito, influenciou sobremaneira os estudos do direito coletivo no ordenamento brasileiro. Na década de 70¹⁶, com destaque para os congressos de Pavia e Salerno, foi que o direito coletivo italiano ganha relevo, em especial com trabalhos de autores como Vincenzo Vigoritti e Mauro Cappelletti¹⁷.

Em 1974, no IX Congresso Internacional da Academia Internacional de Direito Comparado, do qual resultou seu célebre trabalho intitulado: *Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil*, já ressaltava, Mauro Cappelletti, a necessidade de se superar a tradicional dicotomia entre direito público-privado¹⁸ na solução das lides que passaram a marcar a sociedade contemporânea. Nessa esteira, defendia uma reformulação¹⁹ dos institutos

¹⁵ Explica Márcio Flávio Mafra Leal que “Na verdade, o que aconteceu no Brasil foi uma ‘revolução’ de professores e profissionais de Direito que, estudando autores estrangeiros, principalmente italianos, passaram a reivindicar um tratamento processual no Brasil de conflitos meta-individuais, embora socialmente não houvesse manifestações e pressões visíveis para tal, por falta de consciência político-jurídica de grupos, pela debilidade organizacional da sociedade civil brasileira e pela repressão política vivida no País durante pelo menos duas décadas.” LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 184.

¹⁶ O movimento na Itália foi impulsionado pela polêmica decisão, proferida pelo Conselho de Estado, em 1973, que reconheceu a legitimidade da associação ambientalista *Italia Nostra*. Na ocasião, a entidade impugnou ato da província de Trento que teria autorizado a construção de uma rodovia próximo ao lago do Tovel Conf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 98-120.

¹⁷ Mauro Cappelletti, no relatório geral do Projeto Florença, publicado na década de 70, enumera três soluções para o problema do acesso à justiça as quais intitulou *ondas renovatórias*: a primeira onda foi 1) a assistência judiciária seguida da 2) representação dos interesses difusos, sendo a mais recente o 3) novo enfoque de acesso à justiça. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Trad. Ellen Gracie Northfleet, 2002, p. 49-67. O autor aborda ainda os problemas relacionados ao acesso à justiça para tutela dos direitos coletivos nos seguintes escritos: CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*. *Revista de processo*, São Paulo, ano 2, n. 5, 1977, p. 128-159, 1977; CAPPELLETTI, Mauro. *Tutela dos interesses difusos*. *Ajuris*, Porto Alegre, ano 12, n. 33, 1985, p. 169-182, 1985; CAPPELLETTI, Mauro. *O Acesso dos consumidores à justiça*. *Revista de processo*, São Paulo, ano 16, n. 62, 1991, p. 205-220, 1991; CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*. *Revista de processo*, São Paulo, ano 16, n. 61, 1991, p. 144-160.

¹⁸ “A *summa divisio* aparece irreparavelmente superada diante da realidade social de nossa época, que é infinitamente mais complexa, mais articulada, mais ‘sofisticada’ do que aquela simplista dicotomia tradicional. Nessa época, já tivemos oportunidade de ver, traz prepotentemente ao palco novos interesses ‘difusos’, novos direitos e deveres que, sem serem públicos no senso tradicional da palavra, são, no entanto, coletivos: desses ninguém é ‘titular’, ao mesmo tempo que todos os membros de um dado grupo, classe ou categoria, deles são titulares.” CAPPELLETTI, *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*, p. 135.

¹⁹ “Eis, portanto, porque os milenares princípios de defesa e de contraditório se revelam insuficientes diante das mutantes exigências da sociedade contemporânea. Tal insuficiência, por outro lado, não significa abandono, mas superação. É necessário superar sistemas de um garantismo processual de caráter meramente individualístico [...]. Em seu lugar, deve nascer um novo e mais adequado tipo de garantismo, que eu gostaria de definir como

processuais, dentre os quais a legitimação coletiva, de modo a torná-los mais adequados à tutela desses novos direitos.

O modelo de representação dos direitos supraindividuais, inicialmente calcado no modelo tradicional, sem dúvida, na esteira do que afirmava o autor italiano, consistia um obstáculo organizacional à garantia do acesso à justiça.²⁰

Do mesmo modo, o comparecimento em juízo de todos aqueles considerados titulares dos direitos difusos ou coletivos mostrava-se inviável. Fazia-se imperiosa a construção de um modelo de representatividade dos direitos dos membros ausentes, de modo que se viabilizasse a participação de um ente em juízo capaz de promover a tutela adequada e efetiva dos direitos dos membros ausentes.

À medida que os estudos sobre direito coletivo se desenvolviam no Brasil, à semelhança do direito italiano, mostrava-se cada vez mais assente a incompatibilidade do modelo tradicional existente para a tutela desses novos direitos, mormente quando o instituto em discussão era o da legitimação para agir.

Isso porque a regra contida no art. 6º do vigente Código de Processo Civil²¹, construído numa base individualista de litígios, vincula a legitimidade ativa à afirmação da titularidade da relação jurídica material discutida no processo (legitimidade ordinária), salvo em casos de expressa autorização legal (legitimidade extraordinária). Assim, em se tratando de direitos coletivos, cuja titularidade difusa é a marca da sua definição e, considerando que, à época, não havia legislação própria que regulasse a matéria, restava patentemente prejudicada a utilização da pré-citada norma em sua visão clássica.

A doutrina, diante desse quadro, buscou soluções para que pudesse ser definida a legitimidade coletiva, por meio de sugestões como a legitimação concorrente e disjuntiva dos co-titulares

‘social’ ou ‘coletivo’, conceito não somente para a salvaguarda dos indivíduos em um processo individualístico, mas também para a salvaguarda dos múltiplos e extremamente importantes novos grupos e ‘corpos intermediários’ que também reclamam acesso à justiça para a tutela dos seus interesses.” CAPPELLETTI, Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, p. 154. Conf. ainda do mesmo autor *Vindicating the public interest through the courts*. In CAPPELLETTI, Mauro. *The judicial process in comparative perspective*. Clarend Press Oxford, 1998, p. 304.

²⁰ Acorde-se sobre o assunto que Cappelletti já indagava: “A quem pertence o ar que respiro?” CAPPELLETTI, Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, p. 135; CAPPELLETTI, *Vindicating the public interest through the courts*, p. 273.

²¹ Art. 6. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

agindo em juízo isoladamente ou mediante o direito à formação de litisconsórcio voluntário; legitimação de pessoas jurídicas (sociedades, associações) cujo fim institucional consistisse na defesa do interesse em litígio; legitimação do Ministério Público, dentre outros²².

À época, poucas eram as situações em que entidades estavam legitimadas à tutela coletiva de seus membros, como a prevista na Lei 4.215/63 que determinava que à OAB cabia representar os interesses dos advogados e os individuais relacionados ao exercício da profissão.²³

Em 1981, representando um claro avanço no tema, entra em vigor a lei que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), responsável pela legitimação do Ministério Público para propositura de ação de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente.²⁴

Kazuo Watanabe criticava a omissão quanto à possibilidade de tutela de direitos coletivos perante o Judiciário. Sugeriu, assim, independentemente das alterações legislativas que se impunham necessárias, uma interpretação extensiva do art. 6º do CPC, que fosse consoante às necessidades práticas de acesso à justiça e que permitisse às associações, bem como a outros corpos intermediários, o ajuizamento de demandas em prol da sociedade. Defendia, portanto, a natureza ordinária da legitimação ativa desses entes.²⁵

Essa necessidade de se flexibilizar a interpretação do art. 6º também foi visualizada por Barbosa Moreira,²⁶ que defendeu sua eventual viabilidade, com a tutela de direitos difusos, por pessoa física, a partir do art. 892, 1ª parte do CC/16, que trata das obrigações indivisíveis,

²² MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 198-199; GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 38-45; WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 90-97; OLIVEIRA Jr., Waldemar Mariz. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 17-23.

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela dos interesses difusos. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 45.

²⁴ Art. 14, § 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.

²⁵ WATANABE, Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir, p. 90.

²⁶ O autor trata a questão da legitimidade nas ações coletivas como um dos pontos sensíveis da problemática processual dos interesses coletivos ou difusos. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 99.

(atual 260 CC/02). Assim, segundo o autor, “Como a indivisibilidade é, precisamente, uma das características essenciais da estrutura dos interesses difusos [...], basta, para resolver o problema, operação hermenêutica simples, que desprenda da acepção rigorosamente técnica as palavras ‘credores e ‘dívida.’”²⁷

Frente às soluções que se apontavam hábeis à resolução da problemática da titularidade ativa da demanda coletiva, dentre as quais a instituição de legitimação concorrente e disjuntiva dos co-titulares, a legitimação de pessoas jurídicas (sociedades e associações) e a legitimação de órgãos públicos, concluía Barbosa Moreira, seguindo Mauro Cappelletti, que proceder à combinação de tais soluções representaria, com grande probabilidade, a melhor forma de se atingir resultados mais positivos.²⁸

E essa foi, de fato, implantando inicialmente um modelo de legitimidade *ope legis*, a solução encontrada pelo legislador brasileiro²⁹, ao prever, na Lei 7.347/85 e na Lei 8.078/90, um amplo rol de legitimados³⁰, indo ao encontro do que se denominou de *universalização do processo e da jurisdição*³¹ e, certamente, contribuiu, e ainda contribui, para o fomento da democracia participativa no Estado Democrático de Direito “que se manifesta na estruturação

²⁷ MOREIRA, A tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos, p. 201. Dessa forma, conclui o autor que, “[...] será talvez possível, em determinados casos, contornar o óbice do art. 6º, do Código de Processo Civil, desde que se reconheça que neles o que se põe em jogo é algo distinto da mera soma dos interesses individuais: um interesse *geral* da coletividade, qualitativamente diverso e capaz de merecer tutela como tal.” Idem, p. 203.

²⁸ Solução a que Mauro Cappelletti denominou de mista ou plúrima. CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à justiça*, p. 65-66, e que BARBOSA MOREIRA chamou de eclética. Ressalte-se que, sem embargo de não utilizar a denominação *plúrima* ou *mista*, tal solução já vinha sugerida por Mauro Cappelletti em trabalho anterior. Conf. CAPPELLETTI, *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*, p. 143-145. Observa ainda José Carlos Barbosa Moreira “que estas soluções [conceder legitimação a entes privados e públicos] não se excluem reciprocamente *a priori* e admitem, pelo menos em tese, combinações de diversos tipos e graus. Como todas apresentam, ao lado de possíveis vantagens, manifestos inconvenientes, quando as examinamos em separado, é justamente por meio de tais combinações que se pode, com toda probabilidade, alcançar resultados mais positivos.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)*. In *Temas de derecho procesual civil*: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 165. Antes mesmo, já afirmava José Carlos Barbosa Moreira que “As soluções ‘quimicamente puras’, aqui como alhures, parecem insatisfatórias.” MOREIRA, A tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos, p. 199.

²⁹ Álvaro Luiz V. Mirra observa que o legislador, ao optar por essa legitimação, privilegiou a participação judicial semidireta. “Isso porque [...] atribuiu-se a iniciativa da ação civil pública apenas a determinados ‘grupos ou instituições sociais secundários’ – no caso, o Ministério Público e as associações civis ambientalistas -, que se encontram [...] em posição intermediária entre os cidadãos e os representantes eleitos pelo povo. Afastou-se, com isso, a participação direta das pessoas individualmente consideradas, as quais não tiveram reconhecida sua legitimidade ativa para a causa.” MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa*. In MILARÉ, Édís (Coord.) *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 42.

³⁰ Solução consagrada na Constituição da República, no art. 129, § 1º.

³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo, Malheiros, 1994, p. 304.

de processos que ofereçam aos cidadãos possibilidades efetivas de aprendizado da democracia, de participação nos processos decisórios, de exercício do controle crítico nas divergências de opinião e da produção de *inputs* políticos democráticos.”³²

A opção legislativa brasileira, em sede de tutela coletiva, ao pré-definir os entes aptos à propositura das demandas, abandonou o critério da afirmação da titularidade do direito pleiteado e concedeu a tais entes uma legitimação processual extraordinária.³³ Representou a adoção dos chamados *procedimentos representativos*, por meio dos quais se alcançam “maior celeridade, eficiência e amplitude ao acesso à justiça, ao mesmo tempo em que praticam a igualdade entre pequenos litigantes e grandes réus.”³⁴

Instituiu-se, desse modo, um modelo de legitimidade extraordinária por meio da técnica da substituição processual³⁵, *autônoma*, assim entendida por se tratar de legitimidade que “confere ao respectivo titular [do direito] a possibilidade de atuar em juízo com total independência em relação à pessoa que ordinariamente seria legitimada, e em posição análoga à que a esta caberia se ordinário fôsse o critério adotado pela lei para definir a situação legitimante” e *exclusiva*, no sentido de que sua atuação exclui a do titular do direito como parte principal, “tornando-lhe a presença irrelevante e, mais do que isso, insuficiente para a regular instauração do contraditório.”³⁶

³² SOARES, Mário Lúcio Quintão. Processo constitucional, democracia e direitos fundamentais. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 407; Conf. ainda ZANETI Jr., *Processo constitucional*, p.60-61.

³³ No entanto, conforme se demonstrará logo mais a frente, a natureza jurídica da legitimidade nas ações coletivas, se ordinária ou extraordinária ou ainda se autônoma para condução do processo, ainda é assunto discutido pela doutrina. Vide *infra*, p. 14, notas 35-37.

³⁴ CABRAL, Antonio do Passo. A causa de pedir nas ações coletivas. In DIDIER Jr., Fredie; MOUTA, José Henrique. (Coord.) *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 63. Observa o autor que tal modelo, na medida em que traz benefícios, também impõe algumas dificuldades, como a vinculação de terceiros ao resultado da demanda. Na visão do autor, as razões dessa problemática seriam: “a) o distanciamento que existe, muitas vezes, entre o legitimado extraordinário e os fatos a serem expostos; e b) o estabelecimento de sistemas automaticamente inclusivos dos membros ausentes da classe (*absent class members*) aos efeitos do julgamento, o que desconsidera dissidências e especificidades dentro da coletividade substituída.” Idem, p. 64.

³⁵ A teoria da substituição processual será mais profundamente abordada nos itens 1.2.1 e 1.2.3.

³⁶ Trata-se de classificação elaborada por José Carlos Barbosa Moreira. A legitimação extraordinária, segundo o autor, pode ser classificada como autônoma ou subordinada. Será subordinada quando “apenas o titular da própria situação jurídica objeto do Juízo pode ajuizar o pedido, ou só contra ele pode dirigir-se a demanda. A presença do legitimado ordinário é, assim, indispensável à regularidade do contraditório.” A legitimidade autônoma, por sua vez, pode ser exclusiva ou concorrente. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 58, vol. 404, 1969, p. 10-11.

Em sede de ações coletivas, com efeito, a regular observância do contraditório prescinde a presença dos titulares do direito deduzido em juízo, ou daqueles cujos interesses contrariar-se com os da demanda, até pela impossibilidade lógica de se chamar a juízo, em litisconsórcio necessário, todos aqueles que tenham tido ou venham a ter sua esfera de direito atingida pelo resultado da lide.

Ressalte-se que, conforme já mencionado, o entendimento quanto à natureza da legitimidade nas ações coletivas, se ordinária, extraordinária ou autônoma para condução do processo, ainda padece de divergências entre os que debatem o assunto.

A doutrina que defende ser a natureza jurídica da legitimidade ativa nas ações coletivas como sendo ordinária³⁷, funda-se no argumento de que os entes legitimados, ao defenderem direito da coletividade, estariam, *ipso facto*, defendendo parcela do próprio direito. Ao passo que aqueles que defendem a natureza extraordinária³⁸ da legitimidade afirmam que, nesses casos, o ente legitimado substitui processualmente a coletividade, ou seja, o ente legitimado não afirma a titularidade do direito material, defendendo, em nome próprio, direito alheio.

Por fim, há os seguidores da corrente que afirma ser a legitimidade nas ações coletivas autônoma para a condução do processo³⁹, corrente baseada na doutrina alemã que abdica da

³⁷ Conf. WATANABE, Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir, p. 85-97.

³⁸ Conf. DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil: Processo coletivo*. 4. ed, Salvador: Juspodivm, 2008, vol. 4, p. 196; ZANETI Jr. Hermes. A Legitimação Conglobante nas Ações Coletivas: A Substituição Processual Decorrente do Jurídico. In ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; NERY JUNIOR, Nelson; MAZZEI, Rodrigo; ALVIM, Theresa (Org.) *Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; MENDES, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, 2002, p. 245; DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 204; ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 78; LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 193; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio-ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.110; MANCUSO, *Jurisdição coletiva e coisa julgada: Teoria geral das ações coletivas*, p. 245; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural e outros interesses*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, p. 60; GRINOVER, Ada Pellegrini. Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência. In MILARÉ, Édis. *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 23-27; GRINOVER, Ada Pellegrini. Eficácia e autoridade da sentença: a teoria de Liebman no Código de Defesa do Consumidor e no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. In GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: DPJ, 2006, p. 204; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 154; ARRUDA ALVIM, José Manoel; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James. *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 359-361.

³⁹ Conf. NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 1319; ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 68; GIDI, Antonio. *Coisa*

pressuposição da existência do direito material (próprio ou de outrem) como fundamento para essa legitimidade.

O presente escrito funda sua pesquisa na corrente que acolhe a teoria da legitimação extraordinária por substituição processual como a melhor forma de garantir uma efetiva e adequada tutela dos direitos coletivos *lato sensu*.

E esse foi, de fato, o posicionamento encampado pelo Supremo Tribunal Federal, recentemente confirmado no RE n. 214668, no qual reconheceu a atuação dos sindicatos como substitutos processuais na tutela dos direitos e interesses coletivos ou individuais das categorias que representam.⁴⁰

Nesse sentir, acolhe-se, ainda, a doutrina capitaneada por Arruda Alvim que considera a legitimação como decorrente do ordenamento, de modo a admitir a substituição processual por determinado ente, ainda que este não venha expressamente elencado num rol taxativo de legitimados em abstrato, mas a partir de uma interpretação sistemática.⁴¹

Com efeito, a leitura do ordenamento a partir da Constituição da República permite afirmar que o substituto processual não é somente aquele definido pela lei, mas também pelo magistrado que o determina, no caso concreto, por meio do controle da *legitimação adequada* e da *adequada representação* em conformidade com as premissas do ordenamento jurídico, inclusive com a da necessidade de garantir a tutela jurisdicional adequada, modelo que a presente pesquisa denominou de *legitimação conglobante*⁴².

Julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 44; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 500; NEGRÃO, Ricardo. *Ações coletivas: enfoque sobre legitimidade ativa*. São Paulo: Leud, p. 290; VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 177; ARAUJO, Rodrigo Souza Mendes de. *A representação adequada nas ações coletivas*. 2007. Dissertação. (Mestrado em Direito). Pontifícia Católica de São Paulo, São Paulo, 2007; SPALDING, Alessandra Mendes. *Legitimidade ativa nas ações coletivas*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 58.

⁴⁰ Conf. RE n. 214668/ES, tribunal pleno, Min. Relator Carlos Velloso, julgado em 12/06/2006, DJ 24/08/2007. Conf. ainda RE n. 193.503/SP, RE n. 193.579/SP, RE n. 208.983/SC, RE n. 210.029/RS, RE 211874/RS, RE n. 213.111/SP, Min. Rel. orig. Carlos Velloso, Min. Rel. p/ o acórdão Joaquim Barbosa, julgados em 12.6.2006, DJ 24/08/2007.

⁴¹ “A palavra *lei*, no art. 6º, *deve ser entendida como sistema*, no que se compreende decreto, lei complementar, etc.” ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 426.

⁴² A expressão é de Hermes Zaneti Jr. que, segundo explica, “Com essa denominação entendemos a legitimação extraordinária permitida pelo ordenamento, mesmo que não expressa na lei, por não estar contrariada por norma jurídica ou em desacordo com os princípios do ordenamento coletivo. Dessa forma, com a adoção de tal

Ou seja, trata-se da possibilidade de fixação, pelo magistrado, da legitimidade por meio de um procedimento que envolve duas etapas: primeiro o juiz verifica se a legitimidade em questão está autorizada pelo ordenamento jurídico e consoante a finalidade da tutela coletiva (*legitimação adequada*), para, depois, *in concreto*, verificar a presença de elementos indicativos de que haverá *adequada representação* pelo legitimado.

Sob tal entendimento e levando em consideração outros fundamentos, que serão mais a frente abordados, é que a presente pesquisa demonstra configurada a legitimidade ativa para a propositura de uma lide coletiva a partir do ordenamento como um todo e não somente a partir de autorização de uma norma legal específica. Seguindo essas premissas, por exemplo, é possível justificar, com efeito, a legitimidade do Ministério Público para a propositura de mandado de segurança coletivo⁴³, não obstante inexistente qualquer menção expressa no artigo da Constituição da República que aborda o assunto.

O modelo brasileiro adotou ainda uma legitimidade concorrente e disjuntiva⁴⁴, a saber: um modelo de legitimidade no qual a atuação de um ente não exclui a de outro e ocorre independentemente de autorização ou anuência dos demais. É possível a todos os legitimados, de modo concorrente, habilitarem-se à ação coletiva, desde que preenchidos os requisitos legais.

Nesses termos, considerando que os entes legitimados agem na tutela de direitos pertencentes a uma coletividade e, portanto, na tutela de direitos alheios, sua atuação representa os anseios da sociedade. Nessa qualidade, atuam, ou no mínimo deveriam necessariamente atuar, no papel de autênticos porta-vozes da população. No entanto, como bem observou Antonio do Passo Cabral, a técnica da legitimação extraordinária, sem embargo de permitir a tutela dos

denominação, prestamos nossa justa homenagem aos juristas do direito penal, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, pela importante contribuição científica na elaboração deste conceito: ‘A *tipicidade conglobante* é um corretivo da *tipicidade legal*, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas, como acontece no caso do oficial de justiça, que se adequa ao ‘subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel’ (art. 155 do CP), mas que não é alcançada pela proibição do ‘não furtarás’. A função deste segundo passo do juízo de tipicidade penal será, pois, reduzi-la à verdadeira dimensão daquilo que a norma proíbe, deixando fora da tipicidade penal aquelas condutas que somente são alcançadas pela tipicidade legal, mas que a ordem normativa não quer proibir, precisamente porque as ordena ou as fomenta.’” ZANETI Jr., Hermes. A legitimação conglobante nas ações coletivas, p. 230.

⁴³ O tema será ainda aprofundado quando se estiver a abordar a legitimidade do Ministério Público. Vide *infra* Capítulo II, item 2.1.2.

⁴⁴ Quanto à atecnicidade do termo utilizado pela doutrina, bem observa Antonio Gidi que “Em vernáculo, ‘disjuntivo’ quer significar a proposição composta de dois predicados, sendo que apenas um deles pode ser atribuído do sujeito com exclusão do outro. É o ‘ou-excludente’ da Lógica Formal.” GIDI, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p.38, nota 91.

direitos da coletividade muitas vezes dispersa geograficamente, implica também, por vezes, dificuldades nas afirmações de fato, tendo em vista o distanciamento, não raro, existente entre o legitimado extraordinário e os fatos a serem expostos.⁴⁵

Disso se extrai a importância e a necessidade de se proceder ao controle da atuação de tais entes, pelo que se denominou de *representação adequada*, instituto largamente aplicado no modelo de litígio coletivo norte-americano e que o Brasil, malgrado com algumas resistências, vem buscando programar, em uma clara evolução do modelo de legitimação *ope legis* para o modelo *ope judicis*⁴⁶.

Ressalte-se que essa é uma tendência que vem sendo vislumbrada não somente no Brasil, mas também em vários países de tradição da *civil Law*, conclusão extraída do Relatório Geral⁴⁷ sobre as novas tendências em tema de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas dos países de *civil Law* elaborado no âmbito do XIII Congresso Mundial de Direito Processual, realizado em Salvador, Bahia, no ano de 2007.

Trata a representação adequada, em linhas gerais, de requisito necessário ao regular desenvolvimento da ação coletiva, consubstanciada na análise de determinadas características, atinentes aos legitimados e aferíveis durante toda a condução processual, necessárias para

⁴⁵ CABRAL, A causa de pedir nas ações coletivas, p. 64.

⁴⁶ Nesse sentido, afirmam Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr. que: “Hoje, na jurisprudência, começa a perseverar o controle judicial da adequada legitimação, seguindo a tendência dos ordenamentos modernos de acompanhar, pelo juiz, a adequada representação das partes envolvidas. Portanto, correta a doutrina ao afirmar que a legitimação no Brasil não se limita ao legislador, ocorrendo também o controle *ope judicis*. Um dos casos em que esse controle tem se mostrado mais rigoroso é na legitimação do Ministério Público.” DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 338-339. Do mesmo modo, assinala Marcelo Vigliar que foi feita “uma suposta adesão ao denominado sistema *ope legis* crendo que, apenas por pertencermos à família jurídica do *civil Law*, a previsão legal de um rol de legitimados bastaria à solução do problema. Puro engano. A jurisprudência (bastante expressiva), formada ao longo desses 20 anos de prática de processos coletivos, que versa a condição do legitimado ativo, não me deixa mentir nem exagerar. [...] Estivéssemos num sistema *ope legis* (nunca estivemos porque ele é impraticável), e não se discutiria tanto, em juízo, a preliminar da legitimação ativa.” VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant class action* brasileira: limites propostos para o Código de Processos Coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio G. de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 313. Registrem-se aqui as críticas lançadas por Antonio Gidi quanto ao termo *ope judicis* utilizado pela doutrina porque, segundo explica “tanto no direito brasileiro como no direito norte-americano, é a lei escrita (e não o juiz) que determina quem tem e quem não tem legitimidade para propor uma demanda coletiva: um ente coletivo nas demandas coletivas brasileiras, um membro do grupo típico e adequado nas demandas coletivas norte-americanas.” GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 87.

⁴⁷ GRINOVER; WATANABE; MULLENIX, *Os processos coletivos nos países de “civil Law” e “common Law”*, p. 250.

demonstrar, no caso concreto, se os legitimados se apresentam habilitados a uma atuação adequada e eficiente dos interesses da sociedade.

Muito embora, perceba-se que a questão não está pacificada em sede de doutrina e jurisprudência, conforme oportunamente será demonstrado.

1.1.2 Aprofundando as Diferenças: Crítica aos Modelos de Direito Comparado (Modelo Norte-Americano e Modelo Europeu-Continental⁴⁸)

Não há dúvida que o estudo do direito comparado é de fundamental importância ao desenvolvimento dos diversos institutos jurídicos nacionais. Trata-se de instrumento por meio do qual o jurista conhece novas regras, novos sistemas e, desse modo, visualiza melhor as particularidades que ocorrem no seu próprio ordenamento.

Mauro Cappelletti, no clássico *Processo, Ideologia e Sociedade*, ressalta a função esclarecedora que o Direito Comparado apresenta a partir do surgimento crescente, na estrutura contemporânea, de novas tendências universalizadoras de ideias. Com efeito, a coexistência de ideias e de diversas e distintas tradições jurídicas mostra-se cada vez mais latente, exigindo do Direito Comparado um método de equilíbrio que vise a evitar que fanatismos, calcados na incompreensão e na desinformação, se imponham. Isso porque o comparativista consegue vislumbrar, por entre as diferenças, oposições e sua historicidade, assentimentos que exsurtem pela *dialética das diferenças*.⁴⁹

Ressalta o autor a necessidade de se superar a ideia de que somente sistemas e normas podem ser objeto de estudo do Direito Comparado. Propõe um novo paradigma de investigação a partir da fixação de um comum “ponto de partida” – um *tertium comparationis* - pré-jurídico,

⁴⁸ O presente escrito adotou a sistematização de Michele Taruffo, que defende a existência de dois modelos de tutela jurisdicional coletiva: o modelo das *class actions* norte-americanas e o modelo da *Verbandsklage* alemã, ambos analisados neste tópico sob o aspecto da legitimação para agir. TARUFFO, Michele. Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi. In LANFRANCHI, Lucio (Org.). *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*. Torino: Giappichelli, 2003, p. 53-66.

⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Tradução: Santiago Sentis Melendo; Tomaz A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974, p. 303.

que pode consubstanciar-se em um problema ou necessidade comum compartilhado pelas tradições legais⁵⁰ que serão objeto de análise.⁵¹

Tal concepção, certamente, permite uma melhor visão dos escopos do Direito Comparado, não mais visto como um instrumento de sobreposição legislativa, mas como importante instrumento para melhor compreensão e operacionalização dos institutos pesquisados.

Seguindo esse paradigma moderno, far-se-á uma pequena digressão acerca da legitimidade no modelo norte-americano, cujo expoente principal se encontra nas *class actions*⁵² e no modelo europeu-continental das ações associativas, apresentando como “ponto de partida” a necessidade de se estabelecer um sistema de legitimação que viabilize o mais amplo acesso à justiça e assegure a realização das garantias constitucionais do processo.

Com origem no *Bill of Peace*⁵³, as *Class Actions* norte-americanas representam hoje a principal forma de tutela dos direitos coletivos nos EUA⁵⁴.

⁵⁰ No seu trabalho intitulado *finis, objeto y método del derecho comparado*, J. H. Merryman critica o termo sistema jurídico e afirma que seu emprego não significa a aceitação de alguma noção rigorosa de sistema, bem como não impõe opinião de que sistema jurídico seja sistemático. MERRYMAN, J. H. *Fines, objeto y método del derecho comparado*. *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, ano 9, n. 25, 1976, p. 71. Segundo o autor, ‘tradição legal’ é o termo mais apropriado à compreensão da multiplicidade dos ordenamentos, assim o definindo como “um conjunto de actitudes profundamente arraigadas, historicamente condicionadas, acerca de la naturaleza del derecho, acerca del papel del derecho en la sociedad y el cuerpo político, acerca de la organización y la operación adecuadas de um sistema legal, y acerca de la forma em que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho.” MERRYMAN, J. H. *La tradición jurídica romano-canonica*. México: Fondo de cultura económica, 2000, p. 17

⁵¹ Conf. CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*. Bologna: Il Mulino, 1994, p. 16-17.

⁵² Como bem observa Antônio Gidi “[...] a expressão *class action* tem sido, amiúde, traduzida como ‘ação de classe’. Muito mais tecnicamente preciso traduzi-la para o vernáculo como ‘ação coletiva’. Da mesma forma, evitamos traduzir *class* como ‘classe’, mas como ‘grupo’ (não, obviamente, no sentido que o artigo 81, parágrafo único, II, do CDC, emprega ao termo)”. GIDI, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 235, nota 535.

⁵³ “O *Bill of Peace* era permitido quando o autor pudesse demonstrar, em razão do tamanho do grupo, que sua união seria impossível ou impraticável, que todas as pessoas tinham interesse no objeto do litígio e que as partes identificadas seriam capazes de representar adequadamente os interesses dos membros ausentes. Se os pré-requisitos estivessem presentes, a ação poderia ser processada numa base representacional e a sentença final vincularia a todos os membros ainda que não fossem partes presentes no litígio.” (Tradução nossa) FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. 4. ed. Hanbook series, 2005, p. 759. Na doutrina nacional, conf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. “*Class action*” e *mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 11.

⁵⁴ Não obstante, registra Luis Roberto Barroso que “Tanto no Brasil como nos Estados Unidos, embora por motivações diferentes, a legislação nos últimos anos tem exibido uma tendência restritiva do uso das ações coletivas. No caso americano, ao que se noticia, como uma reação conservadora e sob a alegação que os grandes beneficiários do sistema seriam os advogados.” BARROSO, Luis Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 130, 2005, p. 153.

A *rule 23* das *federal rules*, seção 23 (a)⁵⁵, prevê quatro requisitos necessários ao processamento de uma questão por meio de uma *class action*. São eles: 1) impraticabilidade de formação de litisconsórcio em razão da numerosidade da classe; 2) presença de questões comuns; 3) tipicidade entre a pretensão ou defesa do representante e a pretensão ou defesa da classe e 4) representação adequada do representante.

A legitimidade nas *class actions* é outorgada a qualquer membro⁵⁶ de determinado grupo interessado na causa. É o que preceitua a já mencionada *Rule 23* ao dispor que “Um ou mais membros da classe podem demandar ou serem demandados, como legitimados, no interesse de todos [...]”.

O modelo de litígio das *class actions* consubstanciam os chamados *Representative Proceedings*⁵⁷, modelo de litígio que possibilita a determinados sujeitos postularem em defesa dos direitos da coletividade, vítima do dano. Possibilita, nessa esteira, a tutela jurisdicional a

⁵⁵ São requisitos da demanda coletiva norte-americana, de acordo com a *Federal Rule 23* (a) Prerequisites to a class action. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable. (2) there are questions of law or fact common to the class. (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class. (versão atualizada da *Rule 23 – Federal Rules of Civil Procedure* – Disponível em: <<http://judiciary.house.gov/hearings/printers/110th/civil2008.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2009). Na tradução de Cruz e Tucci: “1 – a categoria for tão numerosa que a reunião de todos os membros se torne impraticável; 2 – houver questões de direito e de fato comum o grupo; 3 – os pedidos ou defesas dos litigantes forem idênticos aos pedidos ou defesas da própria classe; 4 – os litigantes atuarem e protegerem adequadamente os interesses da classe.” CRUZ E TUCCI, “*Class action*” e *mandado de segurança coletivo*, p. 14. A tradução para o português também se encontra em escrito de Ada Pellegrini Grinover. Conf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos da admissibilidade*. *Revista de processo*, São Paulo, ano 26, n. 101, 2001, p. 13.

⁵⁶ Aquele que se intitula representante do grupo e que dá início à ação coletiva não precisa da autorização dos potenciais membros desse grupo para tal. Do mesmo modo, o consenso dos membros do grupo não costuma ser pré-requisito para que o juiz certifique a ação como coletiva. Na verdade, o que usualmente ocorre, é a oposição dos potenciais membros do grupo ao litígio, seja porque desejam levar à demanda interesses próprios, seja porque não desejavam enfrentar litígio. Conf. SEXTON, John E.; MILLER, Arthur R.; FRIENDENTHAL, Jack H.; COUND, John J. *Civil Procedure: cases and materials*. 7. ed. West Group, St. Paul, Minn., 1997, p. 688. No entanto, ressalvando que a existência de uma autorização específica por parte dos potenciais membros do grupo implica maior ou menor reconhecimento da adequada representação, conf. FRIEDENTHAL; KANE; MILLER, *Civil procedure*, p. 766, nota 33.

⁵⁷ Conf. ANDREWS, Neil. Multi-party proceedings in england: representative and group actions. *Duke Journal of Comparative & International Law*, n. 11, 2001, p. 250; FISS, Owen. A teoria política das ações coletivas. In FISS, Owen. *Um novo processo civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coord. Trad. Carlos Alberto Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 240.

muitos que, por problemas relacionados ao acesso à justiça, possivelmente dessa tutela se furtariam.⁵⁸

Owen Fiss observa que atribuir ao ente privado esse poder de atuar em juízo, em detrimento da ínfima participação do poder público, revela que o sistema jurídico norte-americano tem se mostrado relutante em conceder ao agente público, ao poder do governo, a exclusividade desse papel. Esse receio convergiu para o surgimento de um ente privado que passaria a exercer as atribuições do Ministério Público: o *private attorney general*⁵⁹.

Nesse modelo, mostra-se essencial que o membro legitimado, representante do interesse de todos os outros membros, impossibilitados de participar da demanda, “exprima, em perfeita harmonia, os anseios de toda a categoria”⁶⁰, a partir da tutela de interesse próprio que seja compatível com os interesses do grupo (*real party in interest*⁶¹).

Isso porque a *Rule 23* [(a) (3)] exige, para que a demanda tenha tratamento coletivo⁶², tipicidade⁶³ entre a pretensão do representante e a pretensão dos membros do grupo, ou seja,

⁵⁸ Conf. ANDREWS, op. cit., p. 263. O autor elenca ainda como vantagens da adoção desse tipo de procedimento, 1) sua *eficiência*, tendo em vista que permite aos membros da classe sejam beneficiados, sem que haja sua necessária identificação ou notificação ou ainda sem que necessite de seu ingresso na lide, importante fator de redução de custos do processo; 2) a *igualdade no tratamento*, porque a demanda engloba o grupo como um todo e assegura uma justa disposição dos direitos e, por fim 3) a potencial *forma* que representa na *reivindicação de direitos civis*. Idem, p. 263-264.

⁵⁹ FISS, op. cit., p. 236.

⁶⁰ TUCCI, “*Class action*” e *mandado de segurança coletivo*, p. 20. Ressalte-se que não se exige que todos os representantes do grupo façam parte dele. Mostra-se suficiente que apenas um dos representantes seja membro do grupo. Conf. FRIEDENTHAL; KANE; MILLER, op. cit. p. 763.

⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. A Tutela dos interesses difusos, p. 179. Afirma o autor que “O *class actor* ou *class suitor*, o autor das *class actions* não necessita de uma autorização precedente, através de lei específica. É uma associação espontânea, que voluntariamente se apresenta em juízo, dizendo-se, autodenominando-se representante de uma classe, *self actorited*, como dizem nos Estados Unidos, ou seja, *real party in interest*.” Idem, p. 38. Importante a observação de Pedro Dinamarco acerca do posicionamento de Cruz e Tucci que considera esse modelo de legitimidade norte-americano (*real party in interest*) semelhante ao da ação popular prevista no ordenamento nacional, considerando o autor popular, pois, um legitimado ordinário, porque tutelaria, por meio da ação popular, interesse próprio. Afirma, com acerto, Dinamarco que “[...] além de não ver o autor popular como ‘legitimado ordinário concorrente’, mas sim como legitimado extraordinário, parece mais adequado afirmar-se que o cidadão não precisa (ou não pode) ter interesse particular na ação popular. Ele deve necessariamente defender os interesses próprios do Estado [...]”, DINAMARCO, *Ação civil pública*, p. 134, nota 38; CRUZ e TUCCI, “*Class action*” e *mandado de segurança coletivo*, p. 21.

⁶² Uma vez ajuizada a ação, deverá o juiz analisar sua hipótese de cabimento, bem como se estão presentes os requisitos previstos na *Rule 23*, para que a ação tenha tratamento coletivo. A essa decisão do juiz, que autoriza o processamento da ação como uma *class action*, dá-se o nome de certificação. Segundo Humberto Dalla B. de Pinho, “[...] equivaleria, no Direito brasileiro, ao despacho liminar de conteúdo positivo [...]” PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. *Ações de classe. Direito comparado e aspectos processuais relevantes*. Artigo disponível em: <www.humbertodalla.pro.br>. Acesso em: 25 set. 2008.

“é necessário que o representante tenha os mesmos interesses e tenha sofrido o mesmo ilícito que os demais, sendo ele próprio um dos membros desse grupo.”⁶⁴

Verifica-se, desse modo, uma sobreposição entre o requisito da tipicidade, necessário ao processamento de uma *class action*, e o da legitimidade (*standing to sue*) e ainda com o da adequada representação. Ou seja, é legitimado o membro do grupo que tenha, modo geral, o mesmo interesse que o grupo.

Assim, o instituto da *standing to sue* norte-americana representa um misto de legitimidade e interesse; na ausência de tipicidade, conclui-se pela ausência de *standing*.⁶⁵

Sem dúvida que essa concepção, traçada no sentido de que o representante do grupo deve possuir a mesma pretensão do grupo em si, assenta-se na tradição individualista norte-americana embasada na ideia de que a atuação de um representante é adequada somente se, na tutela de direitos coletivos, seu interesse individual também seja protegido.

Ou seja, trata-se de um modelo que não encampou o distanciamento entre o titular do direito de ação em relação ao titular do direito material alegado, impondo ao membro legitimado um necessário interesse material na promoção da demanda.

Acolhendo tal entendimento, parcela da doutrina⁶⁶ já critica a exigência desse requisito, por parte dos tribunais norte-americanos, para certificação da *class action*, passando a questionar até mesmo o papel desempenhado pelo representante do grupo nessas ações.

⁶³ Na verdade, não se trata de exigir que os interesses do representante sejam idênticos aos dos membros do grupo, mas que não haja conflitos de pretensões ou defesas entre estes e aquele, numa clara sobreposição entre esse requisito e a adequada representação. Conf. FRIEDENTHAL; KANE; MILLER, *Civil procedure*, p. 765.

⁶⁴ GIDI, Antônio. “*Class action*” como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 89. Observa ainda o autor, oportunamente, que o requisito em questão se equivale ao requisito da questão comum, visto sob a perspectiva interna, de dentro do processo. Desse modo, conclui que “a subdivisão (a) (3) não faz mais que repetir o requisito da existência da questão comum previsto na subdivisão (a) (2), sob a perspectiva interna ao processo, exigindo que o representante do grupo seja um dos seus membros.” Idem, p. 89.

⁶⁵ Ressalta Antonio Gidi que pertencer ao grupo não se trata de um novo requisito à demanda coletiva norte-americana, mas que “O critério de membridade ao grupo é determinado apenas pela tipicidade da lide individual do representante, em face da lide das pessoas que pretende representar. Se houver tipicidade da lide do autor em face da dos demais membros do grupo é porque ele é um membro do grupo. Poderá, assim, representar adequadamente os interesses da coletividade, se também atender às demais exigências legais.” GIDI, “*Class action*” como instrumento de tutela coletiva dos direitos, p. 90.

⁶⁶ BURNS, Jean Wegman. Decorative Figureheads: Eliminating class representatives in class actions. *The Hastings Law Journal*, San Francisco, vol. 42, 1990, p. 165-202; NOTE. Federal Rule of Civil Procedure 23 (a)

Jean Wegman Burns considera a função do “autor ideal” inútil e prejudicial à lide. Isso porque, segundo explica, leva os tribunais a uma análise da lide coletiva sob o enfoque da lide tradicional, desconsiderando os interesses da classe. Sob essa abordagem, a Suprema Corte, no caso *Board of School Commisioners v. Jacobs*⁶⁷, extinguiu a *class action (dismissid)*, pois, antes que o juiz certificasse a lide, os interesses do representante já haviam sido debatidos, o que tornou a ação prejudicada (*moot*) não obstante a questão tenha permanecido “viva” para o restante da classe, em patente prejuízo a ela.

Admite o autor, por outro lado, que as cortes norte-americanas, em direção diametralmente oposta e sob um enfoque funcional⁶⁸, vêm desconsiderando o elemento *representante* e enfatizando o elemento *grupo*, ao reconhecer que a pretensão individual do representante de forma alguma diminui os reais problemas existentes entre ele e a classe. Nesse sentido, os tribunais⁶⁹ têm decidido pelo prosseguimento da lide no modelo de *class action*, mesmo que, após a certificação da lide se verifique que a pretensão individual do representante já não se encaixa na pretensão do grupo.

Sabe-se que na lide coletiva, sem embargo de se tutelarem direitos que, em tese, pertencem a todos e, portanto, ao próprio demandante, a pretensão individual com a coletiva não se confunde sob pena de haver prejuízo à atuação de outros entes que não os necessariamente atingidos pelo dano coletivo.

Importante que seja dado tratamento objetivo à tutela coletiva tendo em vista que se mostra relevante a tutela do interesse público, quer se constitua ou não numa situação jurídica individual. Os interesses difusos se legitimam e se tornam tuteláveis pela sua natural relevância social.

(3). Typicality requirement: the superfluous prerequisite to maintain a class action. *Ohio State Law Journal*, Columbus, vol 42, 1981 (Olger C. Twyner III), p. 797-811.

⁶⁷ (Jacobs, 420 U.S. at. 129-30) Conf. BURNS, op. cit., p. 168-169.

⁶⁸ Conf. BURNS, op. cit., p. 171.

⁶⁹ Burns cita os casos *Gerstein v. Pugh and United States Parole Commission v. Geraghty* (Gerstein v. Pugh 420 US 103 [1975] e *United States Parole Commission v. Geraghty* 445 U.S 388 [1980]) nos quais a corte permitiu que as *class actions* assim continuassem mesmo depois de verificado que as pretensões individuais dos representantes não correspondiam mais às pretensões centrais da lide definidas com a certificação. O tribunal fundamentou suas decisões no fato de considerar o adequado representante o advogado do grupo. *Ibid.*, p. 170. Na verdade, o que o autor busca enfatizar é que o papel que o representante desenvolve na lide, não é, na prática, confuso como a doutrina aborda. Isso porque o real trabalho, no desenvolvimento de uma *class action*, é executado, de fato, pelo advogado do grupo. Diferentemente do modelo tradicional de litígio, são os patronos quem, de regra, dão início às ações coletivas norte-americanas. São eles quem inicialmente descobrem o objeto da ação, furtando do representante da classe uma atuação mais presente. Por isso, consoante será ressaltado neste trabalho, a imperiosa necessidade do controle de sua adequada representação.

Antonio Gidi elenca inúmeras decisões da Suprema corte norte-americana que, por considerar ausente o requisito da tipicidade, extinguiu demandas coletivas num patente prejuízo aos potenciais membros beneficiados. No caso *DuPree x United States*⁷⁰, a Suprema Corte, ao impossibilitar que o cônsul do México ajuizasse demanda coletiva em prol de cidadãos mexicanos presos em território norte-americano, em razão de não ter sido vítima do ato ilícito, demonstrou claramente que esse posicionamento, se tomado em destempero, gera danos à tutela coletiva.

Do mesmo modo, considerar que o requisito da tipicidade só será satisfeito quando o réu apresentar relação jurídica com o representante, pode levar a situações igualmente conflitantes com os escopos da tutela coletiva. Não permitir, por exemplo, que se ajuíze demanda contra duas ou mais empresas, autoras de igual conduta ilícita, quando não tenha o representante sofrido dano de ambas ou todas elas, demonstra retrocesso e exige que a discussão do assunto seja levada a sede de adequada representação, instituto que com a tipicidade não se confunde.⁷¹

Levantam-se ainda críticas⁷² no sentido de que tal modelo das *class actions* violaria garantias constitucionais como contraditório e o devido processo legal, por se tratar de um sistema *automaticamente inclusivo* que impõe a todos os efeitos da decisão do julgado, tanto ao representante do grupo quanto aos representados (*absent members*⁷³) que não tiveram uma participação efetiva na lide.

⁷⁰ GIDI, A “*class action*” como instrumento de tutela coletiva dos direitos, p. 95.

⁷¹ Antonio Gidi salienta que, situação distinta é a de um candidato, a um determinado emprego, vítima de uma prática discriminatória (racial, sexual ou étnica), que venha representar os demais empregados da empresa, caso tal prática se manifeste, de modo semelhante, na contratação e na promoção dos empregados. O que a jurisprudência, contudo, não vem admitindo, lembra o autor, é a representação por parte de pessoas que tenham sofrido um tipo de discriminação, como a étnica, por exemplo, àquelas que tenham sofrido outro tipo de discriminação, como a sexual. Conf. GIDI, A “*class action*” como instrumento de tutela coletiva dos direitos, p. 98.

⁷² Nesse sentido, ANDREWS, Multi-party proceedings in england: representative and group actions, p. 264-265. O autor elenca as seguintes desvantagens na adoção desse modelo de procedimento: 1) Possibilidade de falha na particularização das relevantes distinções existentes entre as reclamações individuais que, se desconsideradas, levam a julgamentos superficiais e injustos; 2) Possibilidade de violação ao devido processo legal e 3) Tendência em coagir a parte contrária na realização de acordos, ao invés de lutar pela causa no mérito.

⁷³ Conf. CABRAL, Antonio de Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão. *Revista de processo*, São Paulo, ano 32, n. 147, 2007. Defende o autor que “A condução do processo por um ente estranho à coletividade pode esconder dissidências dentro da classe, vilipendiando a liberdade individual de talvez milhares de pessoas com opiniões divergentes, que poderiam inclusive ter adotado estratégia processual diversa se tivessem ajuizado demandas individuais.” Idem, p. 127.

Além disso, representaria um sistema que mascara os conflitos existentes no grupo, prejudicando, portanto, as demandas individuais que poderiam ter sido propostas em benefício maior à vítima do dano.

Ora, sabe-se que dentro desse modelo de litígio, a tutela dos interesses da classe é reservada a um ou a alguns membros considerados representantes de todo o restante do grupo (representantes adequados), de modo que a decisão proferida no âmbito das *class actions* a todos os membros do grupo afeta e não somente o *class representative*.

A aferição quanto à representação adequada⁷⁴ do ente legitimado é trabalho do magistrado que, no caso concreto, a partir de informações como capacidade técnica e financeira, além de histórico na atuação em litígios coletivos, promove o controle da adequação do ente que lidera a demanda, de modo a garantir a observância do devido processo legal.

Desse modo, o devido processo legal, nesse modelo de litígio, é assegurado por meio do controle judicial da adequada representação, de maneira que os interesses dos chamados membros ausentes se mantêm assegurados pela tutela adequada do *class representative*. Ademais, a exigência de notificação adequada aos membros do grupo para ciência do ajuizamento da demanda reforça esse entendimento.

As críticas lançadas a essa sistema, fundadas na violação das garantias do contraditório e do devido processo legal e na violação dos direitos individuais, só mereceriam guarida se não houvesse o controle judicial da adequada representação dos entes legitimados.

Não obstante presente a possibilidade de atuação estatal⁷⁵, o modelo norte-americano de solução de conflitos coletivos ainda se concentra na iniciativa particular. As agências estatais

⁷⁴ A questão da adequada representação, consoante será mais oportunamente tratada, é de tal relevância para o sistema norte-americano, que não se submete à preclusão, ou seja, é possível, a qualquer tempo, ao membro do grupo que tenha se mostrado insatisfeito com a representação a ele dispensada, ingressar com nova demanda, pleiteando que os efeitos da decisão, proferida no processo anterior, não recaiam sobre ele. A essa impugnação dá-se o nome de *collateral attack*. Ressalte-se que, caso essa questão não seja tratada de modo incidental na nova lide ajuizada, sendo esta proposta com o objetivo precípuo de atacar a formação (ou não formação) da coisa julgada no processo anterior, fala-se em *direct attack*. Conf. GIDI, *A “class action” como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 101.

⁷⁵ A doutrina que reconhece a existência de legitimidade e interesse (*standing to sue*) aos Estados para propositura de lides coletivas é chamada de *parens patriae doctrine* (teoria do pai da pátria). Antonio Gidi leciona que se trata de hipóteses cuja aplicação é bem restrita: “limita-se aos casos de interesses públicos mais elementares; [...] o Estado precisa possuir uma pretensão própria contra o réu [...] e é válida somente para a propositura de ações declaratórias e injuntivas.” Conf. GIDI, Antonio. *Class actions in Brazil: a model for civil*

se limitam a um papel regulador e de fiscalização, retirando-as do cenário de conflitos judiciais coletivos.

Dentre as consequências dessa concentração do particular na autoria das lides está o crescente desenvolvimento da advocacia empresarial no domínio das lides coletivas, impondo outro problema para reflexão, qual seja, o da representação nos acordos e a real defesa dos interesses, por parte desses advogados, do grupo ausente.⁷⁶

Diferentemente do modelo assumido nas lides coletivas norte-americanas, as ações associativas representam um modelo de tutela coletiva mais fragmentado e embasado numa concepção extremamente individualista que furta, em certa medida, as características necessárias a uma perspectiva molecularizada de litígio.

Não obstante prevista a legitimidade de associações no âmbito da tutela coletiva na Itália e na França, o país que melhor representa o desenvolvimento desse modelo de litígio é a Alemanha, com as chamadas *Verbandsklage*.⁷⁷

As ações associativas, como se depreende da própria nomenclatura, são aquelas intentadas por associações, previamente registradas na lista do Ministério da Administração Pública ou na

law countries. *American Journal of Comparative Law*, vol. 51, 2003, p. 382-384; GIDI, A “class action” como instrumento de tutela coletiva dos direitos, p. 125.

⁷⁶Conf. nesse sentido, LEAL, Márcio Flávio Mafra. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – Aspectos políticos, econômicos e jurídicos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 68; Embora reconheça que os altos interesses financeiros que envolvem as *class actions* podem levar à realização de acordos abusivos, afirma Antonio Gidi que o acordo coletivo, ainda assim, representa um dos métodos mais importantes na solução desses litígios de massa. GIDI, A “class action” como instrumento de tutela coletiva dos direitos, p. 308-309. Criticando esse meio alternativo de solução de controvérsia (*Alternative Dispute Resolution – ADR*), Owen Fiss afirma que o consentimento, em tais acordos, não raro, é obtido mediante coação e que a usual desigualdade das partes gera um desequilíbrio do poder. FISS, Owen. Contra o acordo. In FISS, Owen. *Um novo processo civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coord. Trad. Carlos Alberto Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 122-134.

⁷⁷“A defesa judicial dos interesses coletivos, em sentido amplo, é realizada na Alemanha, basicamente através das *verbandklagen*, que são as ações associativas. Embora não recebam tratamento comum, porque se encontram espalhadas em diversos estatutos legais, na companhia, em geral, de outras normas de direito material e processual pertinentes ao tema regulado, possuem, além da denominação, características essencialmente semelhantes.” MENDES, *Ações coletivas no direito comparado*,” p. 121. Dentre as outras formas de tutela coletiva de direitos, existentes nos países da Europa, não adeptos ao modelo das *class actions*, podem-se citar os chamados *model suits*, procedimentos-modelo construídos a partir de pretensões individuais comuns, cuja solução passa a ser aplicada a todos os casos igualmente situados e os chamados *funds solutions*, fundos criados por lei para ressarcimento das vítimas, sistema que, igualmente, têm representado importante instrumento na solução dos litígios coletivos. Conf. WALTER, Gerhard. Mass tort litigation in Germany and Switzerland. *Duke Journal of Comparative and International Law*. n. 11, 2001, p.374-376.

Comissão da Comunidade Europeia,⁷⁸ não com o objetivo primeiro de tutelar interesses de seus associados, mas sim de certas instituições cujo interesse público⁷⁹ envolvido reclama controle.

À semelhança do exigido no ordenamento brasileiro, as associações europeias, do mesmo modo, necessitam prever, nos seus dispositivos estatutários, o direito coletivo que se pretende proteger. O objeto de tutela, por outro lado, é restrito às ordens judiciais de cumprimento (tutela inibitória ou injuncional), não sendo possível a elas pleitear tutela indenizatória⁸⁰, esta limitada às vítimas do dano⁸¹.

A questão da representação adequada e dos conflitos de interesses entre as associações e seus membros também vem sendo discutida nos tribunais europeus. Harald Koch relata julgado no qual foi negada a legitimidade a um ente associativo pelo simples fato de prever, em seu estatuto, a tutela tanto de interesses do consumidor como de interesses profissionais a uma concorrência leal. Ou seja, fundou o critério da adequada representação em meros juízos objetivos, fixados *a priori*, desconsiderando as necessidades de cada caso concreto, em desacordo com a finalidade precípua do instituto que é a de fomentar uma tutela adequada.⁸²

As características desse modelo, contudo, não refletem, modo geral, um modelo genuíno de tutela coletiva de direitos, na medida em que, ao exigirem um interesse pessoal e direto na causa por parte do autor, dispensam à ação coletiva um tratamento atomizado em flagrante

⁷⁸ MENDES, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 130.

⁷⁹ KOCH, Harald. Procedimientos colectivos y representativos en el procedimiento civil alemán. In GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *Procesos Colectivos: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*. México: Porrúa, 2003, p. 243.

⁸⁰ “Embora haja uma forte pressão dos agentes econômicos europeus contra a implantação das ações coletivas indenizatórias, por outro lado, no plano da União Européia, tudo indica que é um caminho sem volta, e as ações coletivas em todas as suas modalidades serão, mais cedo ou mais tarde, positivadas.” LEAL, Anteprojeto de código brasileiro de Processos Coletivos – Aspectos políticos, econômicos e jurídicos, p. 69.

⁸¹ Conf. MENDES, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 126; KOCH, *Procedimientos colectivos y representativos en el procedimiento civil alemán*, p. 243; DIDIER Jr.; ZANETTI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 55-56.

⁸² KOCH, *Procedimientos colectivos y representativos en el procedimiento civil alemán*, p. 244.

conflito com o tratamento molecular⁸³ que se busca empreender em sede de direito coletivo, em benefício a todos os titulares do direito.⁸⁴

Talvez o desenvolvimento, ainda não ideal, desse modelo, nos países europeus, esteja relacionada à intensa concentração das questões coletivas na própria Administração Pública, por meio de órgãos governamentais.

Ocorre que concentrar a solução de litígios coletivos no âmbito da Administração Pública demanda um alto gasto na manutenção de sua estrutura burocrática, mantida às expensas de uma pesada carga tributária, além de exigir um sistema político aberto e livre de influências partidárias.⁸⁵

Igualmente, “exige-se uma burocracia onipresente, fiscalizatória e sensível à opinião pública e às iniciativas da sociedades civil, que constantemente agem em conjunto”⁸⁶.

Certamente, não há modelos puros⁸⁷ de litígios coletivos e o modelo brasileiro é um claro exemplo disso, ao mesclar características presentes em diversos sistemas de tutela coletiva, que se adaptam às suas particularidades e o definem como um dos mais avançados.

Atualmente, vislumbra-se a tendência na recepção das normas aplicáveis ao modelo norte-americano, como as que instituem o controle da adequada representação. Sem embargo, ainda remanesce, na legislação coletiva nacional, normas próprias, como as que regulam a coisa julgada *secundum eventum probationis* e a *secundum eventum litis*, num claro reforço de que o transplante de regras estrangeiras deve ser feito de forma temperada, de modo a respeitar o modo de ser de cada ordenamento.

⁸³ A expressão é de Kazuo Watanabe. Conf. WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 188.

⁸⁴ DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 55. Afirmam os autores que “Mesmo que não fique clara a motivação dessa tutela coletiva, extremamente fragmentada, parece-nos correto afirmar que ela pretende atender a *demandas materiais* decorrentes dos novos direitos do consumidor, do meio ambiente, etc., não tendo sede em uma filosofia comum que oriente uma mudança da perspectiva individual do litígio para a perspectiva coletiva, ao contrário das *class actions*, onde a filosofia está bem presente.” Idem, p. 55.

⁸⁵ Conf. LEAL, Anteprojeto de código brasileiro de Processos Coletivos – Aspectos políticos, econômicos e jurídicos, p. 67.

⁸⁶ Ibid., p. 67.

⁸⁷ ZANETI Jr., *Processo constitucional*, p. 52.

1.1.3 Tendências do Ordenamento Brasileiro: Análise dos Códigos Modelo (Gidi e Ibero-Americano) e dos Anteprojetos (IBDP, UERJ/UNESA e o que disciplina a Ação Civil Pública – PL 5.139/09)

A ideia da codificação traz vantagens na aplicação da legislação coletiva, na medida em que a organiza e propicia a uniformização dos princípios interpretativos aplicáveis. Simplifica o sistema jurídico e possibilita, a partir daí, sua melhor compreensão.⁸⁸

Antonio Gidi enumera cinco objetivos a serem alcançados pela codificação ou consolidação da LACP. Seriam estes: I) a reunião material das normas processuais coletivas, atualmente dispersas de forma desnecessária; II) fim do duplo sistema que aponta para a existência de dois tipos de demandas coletivas, a “ação coletiva” e a “ação civil pública”; III) a extinção das diferenças procedimentais impostas pela doutrina e jurisprudência em razão da tutela, de um lado, de direitos difusos e coletivos e, de outro, de individuais homogêneos; IV) a uniformização da jurisprudência e esclarecimento de conceito de institutos constantemente atacados pelo Estado na tentativa de fragmentar a tutela coletiva; e, por fim, V) teria o escopo de promover inovações, de modo a aperfeiçoar determinados institutos e estabelecer mecanismos que visassem à efetividade da tutela coletiva.⁸⁹

Diante das vantagens apresentadas pela codificação, muitos doutrinadores⁹⁰ passaram a se mostrar favoráveis à ideia de codificar a legislação coletiva, atualmente dispersa no ordenamento e entrelaçada por meio de um microsistema coletivo.⁹¹

⁸⁸ Conf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes de uma nova proposta de codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 82-83.

⁸⁹ GIDI, *Rumo a um código de processo civil coletivo*, p. 23-25.

⁹⁰ Conf. GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo*, p. 23-30; DIDIER Jr.; ZANETI Jr, *Curso de direito processual civil*, p. 66-70; ALMEIDA, *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*, p. 82-85.

⁹¹ Ressalte-se que a ideia de microsistema não é incompatível com a de codificação. Com efeito, “O valor dos Códigos nos ordenamentos jurídicos atuais é enunciar princípios, cláusulas gerais e regras para harmonizar a legislação infraconstitucional com os objetivos da Carta Magna e dos direitos fundamentais nela estatuídos. A diáspora legislativa causada pela complexidade e velocidade do mundo moderno necessita deste amparo para mais bem direcionar não só o aplicador como também os legisladores do direito na atuação cotidiana.” DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de Direito Processual Civil*, p. 69. Ainda sobre o tema, conf. MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In GOMES Jr., Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (Coord.). *Ação popular: aspectos relevantes e controvertidos*. São Paulo: RCS, 2006. O autor define microsistema, em apertada síntese, como o conjunto de “leis especiais ou extravagantes para a regulação de determinadas relações jurídicas que, por sua especificidade e regência própria de princípios, não encontram guarida no ventre das normas gerais.” Idem, p. 402.

Gregório Assagra de Almeida, de outro lado, em estudo realizado sobre o tema, adverte sobre os riscos que uma codificação, carente de diretrizes metodológicas e principiológicas, pode implicar tendo em vista a relativa incipiência nos estudos dessa matéria no ordenamento brasileiro.⁹²

Consoante já demonstrado em linhas anteriores, o vigente Código de Processo Civil não elencou normas que visassem à adequada tutela coletiva de direitos. Com efeito, mudanças faziam-se necessárias na medida em que novos direitos emergiam, fruto da litigiosidade de massa cuja tutela mostrava-se assente.

Nessa linha, a doutrina brasileira passa a voltar os olhos ao estudo e à busca de novos mecanismos que visassem à proteção desses novos direitos, o que levou à elaboração de dois anteprojetos de lei e dois projetos de Código Modelo, sendo o primeiro projeto de autoria de Antonio Gidi.⁹³

Em 1993, Antonio Gidi, na obra intitulada *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, iniciou a elaboração do que seria o primeiro Código Modelo de direito coletivo, o Código de Processo Coletivo Modelo para Países de Direito Escrito, denominado pelo próprio autor de Anteprojeto Original⁹⁴, divulgado no Brasil, pela Revista de Processo, no ano de 2003.

Em 2002, durante a XVIII Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, em Montevideu, Uruguai, foi apresentado, com a participação de quatro autores brasileiros, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Antonio Gidi e Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, a primeira versão do Código Modelo de

⁹² ALMEIDA, *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*, p. 83-84.

⁹³ Para um conhecimento detalhado do quadro comparativo de desenvolvimento dos anteprojetos que serão, neste item do trabalho, citados, conf. GIDI, *Rumo a um código de processo civil coletivo*, p. 7-23.

⁹⁴ Explica o autor que tal denominação se deve a sua pioneira proposta de codificação da legislação coletiva, apresentada, no ano de 2002, aos demais co-relatores do Anteprojeto de Código Modelo Ibero-Americano Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Conf. GIDI, *Rumo a um código de processo civil coletivo*, p. 12. O citado projeto se encontra publicado, dentre outras obras, em: GIDI, Antonio. Código de Processo Civil Coletivo: um modelo para países de direito escrito. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 28, n. 111, 2003, p. 192-298; MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 757-776; DIDIER, Jr., ZANETTI Jr., *Curso de direito processual civil*, Anexo I. O trabalho do autor encontra-se ainda publicado em outros países e idiomas, encontrando-os disponíveis em: <<http://ssrn.com/author=564684>>, acesso em: 12 jan. 2008.

Processos Coletivos (Código Modelo Ibero-Americano), cuja versão final veio a ser aprovada na XIX Jornadas Ibero-Americanas, realizada em Caracas, Venezuela, em 2004.⁹⁵

Sem dúvida, o Código Modelo, ainda que prevendo alguns dispositivos que refreavam a vanguarda da tutela coletiva, representou um importante instrumento de discussão e debate em sede de legislação coletiva, influenciando sobremaneira países da América Latina, entre os quais o Brasil.⁹⁶

Nesse contexto, também com início em 2003, é que surge com Ada Pellegrini Grinover, no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos⁹⁷.

Com o objetivo de aprimorar o anteprojeto de Ada Pellegrini Grinover, em 2005, os Programas de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Estácio de Sá (UNESA), sob a orientação de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, acabaram por elaborar um novo anteprojeto, Anteprojeto UERJ/UNESA.⁹⁸

⁹⁵ O citado projeto de código modelo encontra-se publicado, dentre outras obras, em: GRINOVER; MENDES; WATANABE, *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, Apêndice; DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, Anexo II; GIDI; FERRER, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos*, apêndice I.

⁹⁶ Importante é salientar que a versão final do Código Modelo Ibero-Americano, após debates e influência de diversos doutrinadores de outros países, não foi aprovada nos moldes aspirados por Antonio Gidi, que, não obstante os avanços reconhecidos, critica veementemente o Código Modelo. Afirma, inclusive que, em decorrência dos erros cometidos, nem mais apóia o anteprojeto em questão. Conf. GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo*, p. 13.

⁹⁷ O citado anteprojeto encontra-se publicado, dentre outras obras, em: GRINOVER; MENDES; WATANABE, *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, apêndice; DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, Anexo II; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 1-24. Para um estudo do citado anteprojeto, conf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p.16-32; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In DIDIER Jr., Fredie; MOUTA, José Henrique (Coord.) *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 89-131.

⁹⁸ O citado projeto encontra-se publicado, dentre outras obras, em: GRINOVER; MENDES; WATANABE, *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, apêndice; DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, anexo II; LUCON, *Tutela coletiva*, p. 279-301.

Algumas das inovações trazidas no âmbito dos programas de pós-graduação UERJ-UNESA foram incorporadas ao Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos que, por meio do Instituto de Direito Processual, foi levado ao Ministério da Justiça⁹⁹.

Importante se faz ainda mencionar o recente projeto de lei que disciplina a ação civil pública, projeto de lei de n.º 5.139/09 que prevê, dentre seus dispositivos, a revogação da Lei 7.347/85.

Nesse ponto do trabalho, serão analisadas as principais inovações que os anteprojetos, bem como os projetos de código modelo, trouxeram em sede do tema abordado neste estudo, a legitimação ativa. Para facilitar a referência, os projetos serão aqui denominados do seguinte modo: a) Código de Processo Coletivo Modelo para Países de Direito Escrito – Projeto Antonio Gidi (CM-GIDI); b) Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América (CMI-A); c) Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual (CBPC-IBDP); d) Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (CBPC-UERJ/UNESA).

Da sua simples leitura, verifica-se que os projetos buscaram evoluir a regulamentação de importantes institutos do processo coletivo, atualmente omissos ou mal elaborados. Dentre esses institutos, podem-se citar: o controle da adequada representação, o sistema de notificação adequada e a ação coletiva passiva.

Conforme mencionado, o primeiro projeto apresentado, no ano de 2002, foi o Código de Processo Coletivo Modelo para Países de Direito Escrito, elaborado por Antonio Gidi e denominado, pelo autor, como Anteprojeto Original (CM-GIDI). Com efeito, trata-se de projeto inovador que buscou aprimorar o Direito Processual Coletivo no objetivo de se tutelarem, de forma cada vez mais efetiva, os direitos coletivos. Dentre as inovações por ele apresentadas encontra-se o controle judicial da adequada representação.

Previsto no art. 3, II, do CM-GIDI, o controle da adequada representação do autor coletivo, extensível ao advogado do grupo, vem previsto como requisito da ação coletiva, devendo ser analisado não somente para fins de certificação da demanda coletiva, mas durante todo o seu desenvolvimento. Com o objetivo de nortear a atuação judicial na execução desse controle, preocupou-se o projeto em elencar fatores capazes de guiar o magistrado a determinar, no

⁹⁹ A versão atualizada do projeto em referência encontra-se disponível em: <<http://www.ibdp.org>>. Acesso em: 02 set. 2008.

caso concreto, se o legitimado autor, bem como o advogado do grupo, mostram-se aptos a gerir adequadamente os interesses dos membros ausentes.

Trata-se de critérios, não taxativos, que deverão ser levados em conta, pelo magistrado, na hora de aferir se um ente é ou não adequado à tutela do direito do grupo que ele representa. Critérios como credibilidade, capacidade técnica e econômica e experiências em lides coletivas são um exemplo do que o magistrado deverá sopesar para que aquele legitimado, assim considerado abstratamente, também o seja no caso concreto.

O CM-GIDI confere ao instituto da adequada representação uma notável relevância que pode ser expressa na regra do art. 18 que prevê a não extensão dos efeitos subjetivos da sentença coletiva àqueles cujos direitos tenham sido inadequadamente representados. Desse modo, não há que se falar em rescisória da sentença coletiva nos casos em que houve inadequada representação, porque o CM-GIDI não considera, nessas hipóteses, sequer a formação de coisa julgada.

Nesse sentido, enfatiza o autor do aludido projeto que:

É princípio básico do direito processual civil coletivo que o processo não pode prosseguir, nem há formação de coisa julgada, sem que haja uma adequada representação dos interesses em jogo. Trata -se de uma regra fundamental, sem que, o sistema processual civil coletivo não poderá funcionar adequadamente.¹⁰⁰

Tal orientação, contudo, conforme, oportunamente, demonstrar-se-á, não é considerada, pela presente pesquisa, como a mais adequada¹⁰¹. Igual orientação também não foi aventada pelos demais projetos que se mantiveram silentes quanto às conseqüências processuais que decorreriam do reconhecimento, posterior à decisão de mérito, de uma inadequada representação.¹⁰²

O Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América (CMI-A) trouxe, no art. 2º, dispositivos bastante similares aos previstos no CM-GIDI no que tange à regulamentação da representação adequada como requisito da ação coletiva. No entanto, não

¹⁰⁰ GIDI, *Rumo a um código de processo civil coletivo*, p. 97.

¹⁰¹ Vide infra item 1.3.1.

¹⁰² Entendendo pela impossibilidade de controle da representação adequada após o trânsito em julgado das ações coletivas, conf. MATTOS, Luiz Norton Baptista de. A litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor e os anteprojetos do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 211.

estendeu essa necessidade de controle ao advogado do grupo, necessidade premente, conforme será visto, a um salutar desenvolvimento da ação coletiva.

Igualmente o CBPC-UERJ/UNESA (art. 8º) e o CBPC-IBDP (art. 20), não obstante tenham previsto o instituto, prevendo também critérios norteadores à atuação judicial, não previram a necessidade de se efetivar tal controle ao advogado do grupo.

O CBPC-IBDP, no entanto, foi ainda mais restritivo ao direcionar o controle da adequada representação aos indivíduos. Nessa esteira, presume o anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual que os demais entes legitimados serão sempre considerados aptos a demandar em prol de uma coletividade, ainda que se trate, por exemplo, de associação temerosa, constituída com plúrimas finalidades, sem capacidade financeira, credibilidade ou experiência em demandas coletivas. Sem dúvida, trata-se de limitação não adequada à tutela dos direitos coletivos.¹⁰³

O anteprojeto de lei que disciplina a Ação Civil Pública – PL 5.139/09, ao contrário, não previu expressamente a possibilidade de controle judicial da representação adequada dos entes legitimados ou do advogado do grupo.

No entanto, na medida em que o anteprojeto em referência não faz menção expressa ao instituto, também não veda sua aplicação, a qual o presente escrito entende necessária e adequada, a partir dos princípios de ordem constitucional e de uma interpretação sistemática do ordenamento. Ademais, constatada a inexistência de um autor coletivo adequado, o anteprojeto prevê a possibilidade de o magistrado, valendo-se da norma do art. 9º do citado anteprojeto, providenciar a substituição do ente legitimado.¹⁰⁴

Ressalte-se que o projeto CM-GIDI, buscando dar uma solução mais adequada à tutela e à efetividade processual coletiva, dispôs no art. 3.2 que, constatada a falta do aludido requisito, não deve o juiz extinguir a demanda, solução tradicionalmente adotada no modelo de

¹⁰³ Nesse sentido GIDI, *Rumo a um código de processo civil coletivo*, p. 97-98.

¹⁰⁴ Art. 9º. Não haverá extinção do processo coletivo, por ausência das condições da ação ou pressupostos processuais, sem que seja dada oportunidade de correção do vício em qualquer tempo ou grau de jurisdição ordinária ou extraordinária, inclusive com a substituição do autor coletivo, quando serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado adotar as providências cabíveis, em prazo razoável, a ser fixado pelo juiz.

processo civil individual quando ausente uma das condições da ação ou pressupostos processuais.

Desse modo, não reconhecida a representação adequada, ou ainda, havendo desistência infundada ou abandono da causa por um dos legitimados (que não o Ministério Público), deverá o juiz intimar o *Parquet* e demais legitimados para o caso com a finalidade de que estes entes assumam, querendo, a titularidade da causa. Essa solução também veio disposta nos demais projetos.¹⁰⁵

No que tange aos entes legitimados, os projetos, modo geral, ampliaram a legitimação, permitindo a qualquer indivíduo, pessoa física, a titularidade da demanda na defesa de interesses ou direitos difusos e ao membro do grupo, categoria ou classe na tutela de interesses ou direitos coletivos e individuais homogêneos¹⁰⁶.

O CM-GIDI, no entanto, não trouxe dispositivo nesse sentido. Abriu a possibilidade de o magistrado atribuir legitimidade ao membro do grupo, no caso de não haver legitimado coletivo adequado, interessado em representar os interesses dos membros do grupo. O autor do projeto justifica sua posição na presumida fragilidade do autor em face do réu, normalmente mais rico e poderoso. Desse modo, o risco de abuso em vista dessa relação assimétrica, segundo o autor, revela-se muito provável e, portanto, inadequado aos fins propostos pela tutela coletiva.¹⁰⁷

O anteprojeto que disciplina a Ação Civil Pública – PL 5.139/09 - também não ampliou a legitimidade nesse sentido e não elencou, portanto, o indivíduo como apto a demandar coletivamente. Além disso, restringiu, sobremaneira, o âmbito de atuação das entidades sindicais, ao vincular sua atuação à defesa dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria, restrição que, conforme se apontará, considera-se inadequada.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Art. 3º, § 4º do CMI-A; Art. 20, § 3º do CBPC-IBDP; Art. 8º, §3º do CBPC-UERJ/UNESA.

¹⁰⁶ Os projetos dispõem acerca dos entes legitimados nos seguintes dispositivos: Art. 2º, CM-GIDI; Art. 3º, CMI-A; Art. 20, CBPC-IBDP e Art. 9º, CBPC-UERJ/UNESA.

¹⁰⁷ GIDI, *Rumo a um código de processo civil coletivo*, p. 225 et. seq.

¹⁰⁸ Art. 6º São legitimados concorrentemente para propor a ação coletiva:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

Ressalte-se a observação de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes¹⁰⁹ quanto à disposição estrutural da legitimidade nos projetos apresentados. Com efeito, nesse particular, o CBPC-UERJ/UNESA estruturou-se melhor ao dispor sobre a legitimidade, ao lado da competência, dentre os dispositivos de ordem geral (Parte I) e não no capítulo destinado às ações coletivas ativas, conforme os demais projetos. Isso porque, não se pode olvidar, os dispositivos concernentes à legitimidade aplicam-se não somente à legitimidade ativa, mas também à passiva¹¹⁰ que, aliás, passa a vir regulada nos projetos, conforme será verificado no capítulo 3 deste trabalho.

Dentre ainda os institutos que ganharam nova roupagem, se comparado com a vigente legislação, foi o da notificação adequada.

De forma detalhada, o CM-GIDI (art. 5º) elencou diversos critérios a serem observados de modo a garantir uma adequada notificação dos interessados na demanda coletiva, visto que o critério atual utilizado, o de publicação editalícia em órgão oficial é, manifestamente, ineficaz.

De modo inovador ainda, os projetos, com exceção ao PL 5.139/09, preveem a possibilidade de o juiz estabelecer gratificação financeira, como estímulo à participação de pessoa física, associação ou fundação de direito privado, desde que demonstrada sua relevante atuação na defesa do direito em litígio¹¹¹.

Por fim, importante é mencionar a previsão expressa das ações coletivas passivas. Os projetos, com exceção ao PL 5.139/09, admitem expressamente esse tipo de demanda e a regulam em capítulos e/ou títulos próprios. Desse modo, sepultam a dúvida quanto à

III - a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, bem como seus órgãos despersonalizados que tenham como finalidades institucionais a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos;

IV - a Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive as suas seções e subseções;

V - as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas à defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria;

VI - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, a ser verificado quando do ajuizamento da ação;

e

VII - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, para a defesa de interesses ou direitos relacionados com seus fins institucionais, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

¹⁰⁹ MENDES, Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis, p. 18; MENDES, O direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, p. 93.

¹¹⁰ Para estudo do tema, vide infra Capítulo III.

¹¹¹ Os projetos regulam a matéria nos seguintes dispositivos: Art. 21, CM-GIDI; Art. 15, CMI-A; Art. 17, CBPC-IBDP; Art. 13, CBPC-UERJ/UNESA.

admissibilidade de se propor ação coletiva em face de uma coletividade organizada, desde que adequadamente representada¹¹².

1.2. Direito material e processo: superação das resistências quanto ao interesse processual dos substitutos processuais

1.2.1 Substituição processual: a relação entre interesse processual e a legitimação na visão do CPC tradicional (Crítica da Doutrina Majoritária)

Conforme já assentado, os conceitos tradicionais presentes no Direito Processual Civil, de cunho individualista, passam a ser revistos de modo a se adequarem a esse novo modelo de tutela de direitos: o processo coletivo.

Dentre esses conceitos que merecem essa readaptação é o de interesse processual.

Primeiramente, registre-se que o conceito de interesse de agir, como condição da ação, não deve ser confundido com o de interesse substancial, material na lide. Este tem caráter substancial e primário e aquele, secundário e instrumental¹¹³.

Essa distinção, todavia, nem sempre se mostra clara na doutrina. Por vezes, os conceitos se confundem, levando doutrina e jurisprudência, em algumas situações, a exigirem interesse material na causa para a configuração do interesse para agir.

Rodrigo da Cunha L. Freire observa que, fruto dessa confusão conceitual, fala-se atualmente em *interesse de agir metaindividual*. Segundo o autor, o interesse de agir não pode ser qualificado como metaindividual, somente o interesse substancial¹¹⁴.

¹¹² Os projetos regulam a matéria nos seguintes dispositivos: Art. 28, CM-GIDI; Art. 35, CMI-A; Art. 38, CBPC-IBDP e Art. 42, CBPC-UERJ/UNESA. A legitimação passiva é tema a ser tratado em capítulo próprio. Vide infra, Capítulo 3.

¹¹³ OLIVEIRA, Waldemar Mariz. *Substituição processual*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1971, p. 32; DIDIER Jr., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 281.

¹¹⁴ LIMA FREIRE, Rodrigo da Cunha. *Condições da ação: Enfoque sobre o interesse de agir*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 164

Segue concluindo que, “O que se pode discutir é a presença do interesse de agir em ação que visa à proteção de interesse substancial individual, estando pendente ação para defesa de interesse substancial metaindividual, com causa de pedir correspondente à daquela.”¹¹⁵

O interesse de agir nas ações coletivas é tema que será abordado no próximo item. Neste item, será abordada a teoria geral.

Fundado no binômio¹¹⁶ necessidade e utilidade da tutela jurisdicional, o interesse de agir, segundo a doutrina tradicional, “é o elemento material do direito de ação”; trata-se de “um interesse processual, secundário e instrumental com relação ao interesse substancial primário: tem por objeto o provimento que se pede ao juiz como meio para se obter a satisfação de um interesse primário lesado pelo comportamento da parte contrária, ou, mais genericamente, pela situação de fato objetivamente existente.”¹¹⁷

Leciona José Frederico Marques que o interesse de agir resta configurado quando “configurado o litígio, a providência jurisdicional invocada é cabível à situação concreta da lide, de modo que o pedido apresentado ao juiz traduza formulação adequada à satisfação do interesse contrariado, não atendido ou tornado incerto.”¹¹⁸

Trata-se, desse modo, de instituto que traz uma vinculação direta e pessoal com o titular do direito pleiteado¹¹⁹, mas que com ele não se confunde. Em razão dessa vinculação, reconhece-se, na doutrina, a dificuldade em se separar o interesse processual da legitimidade para agir.¹²⁰

¹¹⁵ LIMA FREIRE, *Condições da ação*, p. 164.

¹¹⁶ Assim, trazida a demanda a juízo, “o Estado-juiz verifica, em juízo sucessivo: a) se há realmente a necessidade concreta de tutela apontada pelo demandado; b) se o provimento reclamado (bem processual – provimento solicitado) seria realmente apto ou adequado para debelar aquela necessidade. portanto, havendo juízo negativo em uma dessas situações (falta de necessidade ou falta de adequação), o Estado entende inexistir interesse, justamente porque inútil seria o provimento solicitado.” ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 141.

¹¹⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 206-207.

¹¹⁸ MARQUES, *Manual de direito processual civil*, p. 236-237.

¹¹⁹ Na verdade, como bem ressalta Marcelo Abelha, “enquanto a necessidade põe o juiz em contato com o direito material, a adequação o põe em contato com o direito processual, qual seja o uso adequado das regras de processo (processo, provimento e procedimento) estabelecidas pelo legislador. Isso tem repercussão na decisão proferida pelo magistrado e conduz, na verdade, à dissociação entre esses dois aspectos do interesse, para colocar a verificação da necessidade da tutela dentro de aspectos atrelados ao mérito e à verificação da adequação da tutela dentro dos pressupostos do processo.” ABELHA RODRIGUES, *Manual de direito processual civil*, p. 141.

¹²⁰ Conf. ARMELIN. Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 106. Para o autor, “A distinção entre a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir, posto que factível, não apresenta a facilidade e a tranqüilidade de seu destaque da possibilidade jurídica do

Enquanto o primeiro consubstancia-se na relação entre a necessidade e o bem da vida, apto a satisfazê-la, o segundo relaciona-se à necessidade de se descobrir, *in concreto*, quem pode mover a demanda e em face de quem pode ser movida.

Fazendo alusão a ambos os institutos, Cândido Rangel Dinamarco afirma que a legitimidade se absorve no interesse de agir, uma vez que a falta daquela implica inutilidade do provimento jurisdicional. Para o autor, a ilegitimidade *ad causam* é, assim, “um destaque negativo do requisito do interesse de agir, cuja concreta ocorrência determina, *a priori*, a inexistência deste.”¹²¹

Ainda que se reconheça a dificuldade em se dissociar legitimidade *ad causam* e o interesse de agir, a distinção se impõe, porque em determinadas situações é possível que se visualize claramente a existência da legitimidade destacada do interesse. Nesse sentido, expõe Donaldo Armelin, é que se faz possível, por exemplo, a satisfação do bem da vida por meio da atuação do Judiciário sem que o titular da pretensão seja legitimado a tanto, como ocorre nos casos de legitimação extraordinária.

De fato, quando se está diante de legitimação extraordinária (substituição processual), ou seja, quando o autor pleiteia, em nome próprio, direito alheio, a distinção dos institutos mostra-se mais clara. Isso em razão da regra geral consubstanciada no art. 6º do CPC segundo a qual somente aquele que se afirma titular do direito pode em sua defesa demandar.

Afirma José Augusto Delgado, que “A exceção [à regra do art. 6º] não atinge de modo profundo o princípio geral, pois este, na verdade, se apresenta como o mais correto, em face do legislador deixar a cada pessoa a iniciativa de reivindicar em juízo os seus direitos.”

Nesses casos, continua o autor, facilmente se verifica “a presença de um interesse conexo da parte processual com o da parte material [...]. Esse liame é ditado pela norma positiva, conforme já afirmado no art. 6º, em haver a restrição de só ser admitida a substituição

pedido. Isso em razão não só dos proteiformes contornos do interesse de agir, como também pelas características de ambos os institutos constituírem-se em pressupostos genéricos dos atos processuais.” Idem, p. 106.

¹²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, t. 2. p. 308.

processual quando a própria lei reconhecer ao terceiro uma condição especial para demandar direito alheio.”¹²²

Com efeito, a atuação do substituto processual não depende da vontade do substituído, titular da relação jurídica deduzida em juízo, porque a legitimidade do substituto é originária, ou seja, “ela não deriva de uma outra legitimação potencial do titular do direito material.” Ao mesmo tempo em que “é acessória ou instrumental, pois tem ela por escopo provocar, do órgão da jurisdição, uma decisão sobre o mérito da relação jurídica do substituído.”¹²³

No entanto, ressalta Waldemar Mariz de Oliveira, que muitos são os autores que levam em consideração o interesse do substituto para que se configure o interesse de agir. Citando Francesco Carnelutti e Piero Calamandrei, na doutrina italiana, e José Frederico Marques e João Bonumá, no Brasil, afirma que, segundo esses autores, para que o substituto processual conduza o processo, necessário é que tenha interesse pessoal no resultado da demanda.

Esse modelo de análise das condições da ação trazido pelo CPC tradicional, baseado na titularidade do direito material e, por conseguinte, no interesse pessoal no resultado da lide, não se mostra adequado ao modelo coletivo.¹²⁴ Como bem observa Rodolfo de Camargo Mancuso:

Assim se dá porque no processo coletivo se lorigam, de um lado, interesses (absoluta ou relativamente) indivisíveis e, de outro, sujeitos (absoluta ou relativamente) indeterminados, e assim, o que configuraria o interesse processual,

¹²² DELGADO, José Augusto. Aspectos controvertidos da substituição processual. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 47, 1987, p. 7-8. Para um estudo da substituição processual, conf. ainda MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 28, vol. 404, 1969. Segundo o autor, embora a doutrina, em geral, trate como substituição processual todos os casos de legitimidade extraordinária, a denominação é mais adequada aos casos de legitimação extraordinária autônoma exclusiva porque, somente nesses casos, é que há, na verdade, uma substituição legal do legitimado ordinário pelo legitimado extraordinário. *Idem*, p. 12. Recorde-se que, mesmo antes da promulgação da LACP, em 1985, a doutrina já defendia uma interpretação extensiva do art. 6º do CPC, de modo a permitir a tutela de interesses coletivos por entidades associativas. Nesse sentido, conf. WATANABE, Tutela jurisdicional dos interesses difusos, p. 90-91; MOREIRA, A tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos, p. 202-203.

¹²³ OLIVEIRA, *Substituição Processual*, p. 132. Conclui o autor que “é justamente por força dêsse caráter inquestionável de acessoriedade ou de instrumentalidade que as causas responsáveis pela extinção do direito de ação do substituído produzem, igualmente, a extinção do direito de agir do substituto [...]” *Idem*, p. 132-133.

¹²⁴ “A desconexão entre titularidade da pretensão material e o poder de agir em Juízo, no ambiente dos conflitos metaindividuais, deve-se à *dessubstantivação* que caracteriza esses interesses de largo espectro social, levando a que os clássicos trinômios ‘necessidade-utilidade-adequação’ da ação proposta e interesse de agir ‘real-pessoal-atual’, devam passar por uma releitura e alguma adaptação.” Conf. MANCUSO, *Jurisdição coletiva e coisa julgada*, p. 410.

numa lide intersubjetiva, pode não ter exata correspondência e aplicação no campo dos mega-conflitos que afluem à jurisdição coletiva.¹²⁵

Importante, nesse ponto, faz-se a observação de Teori Albino Zavascki ao defender que “os objetivos perseguidos na ação coletiva são visualizados não propriamente pela ótica individual e pessoal de cada prejudicado, e sim pela perspectiva global, coletiva, impessoal, levando em consideração a ação lesiva do causador do dano em sua dimensão integral.”¹²⁶

Já defendia, nesse sentido, Waldemar Mariz de Oliveira¹²⁷ ao afirmar que tal exigência [de demonstrar interesse pessoal na causa] limita a incidência do dispositivo, tão elementar no processo coletivo atual. O autor cita, como exemplo, a atuação do Ministério Público que litiga em prol do interesse público primário, jamais buscando interesse próprio.

Certamente, conforme será abordado, o *Parquet* não atua no processo coletivo na busca de um interesse próprio, mas de um interesse público primário tutelável por um grupo determinado, determinável ou indeterminável de pessoas que não possui legitimação coletiva.

No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. assim se posicionam sobre o tema:

[...] a substituição processual independe da existência ou não de um específico interesse processual ou material do substituto: o que se deve averiguar é a existência de um interesse processual na solução do conflito, sem relacioná-lo à figura do substituto processual. A possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir devem ser examinados em relação à situação jurídica litigiosa posta em juízo, não sendo relevante a informação sobre quem seja o substituto processual¹²⁸.

1.2.2 Substituição processual: a relação entre interesse processual e legitimação nas ações coletivas

A compreensão do interesse processual¹²⁹ na tutela coletiva, assim como se dá com a legitimação ativa, não pode tomar como parâmetro essencial a titularidade do direito subjetivo protegido.

¹²⁵ Ibid., p. 410.

¹²⁶ ZAVASCKI, *Processo Coletivo*, p. 229.

¹²⁷ OLIVEIRA, *Substituição Processual*, p. 134.

¹²⁸ DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civi*, p. 204.

¹²⁹ Teori Albino Zavascki faz alusão ao requisito da pertinência temática, exigível a alguns entes legitimados, como uma questão ligada ao interesse de agir. Não é essa a linha de entendimento proposto no presente trabalho, que traz o requisito da pertinência temática como questão relacionada ao controle judicial da adequada legitimidade conforme, oportunamente, será demonstrado. Tal observação seria adequada ao sistema nacional,

Com efeito, o assunto, em sede de direito coletivo, deve ser revisto de modo a receber tratamento adequado haja vista a omissão legislativa no trato da questão.

A problemática ganha contornos especiais, sobretudo, pelo fato de se estar diante de direitos coletivos, o que demanda a presença de um representante em juízo desses direitos, que não, necessariamente, o titular individual do direito, mas um representante adequado. Ademais, “os interesses difusos, por definição, não constituem uma situação diferenciada ou de privilégio individual, cuja violação ou ameaça possa fazer emergir uma sanção previamente estabelecida em lei e que se possa fazer valer em juízo.”^{130 131}

Nesses casos, como seria possível determinar o interesse de agir de um legitimado para as ações coletivas?

Rodolfo de Camargo Mancuso, analisando o assunto, expõe a necessidade de se sistematizar um novo tipo de interesse processual, priorizando-se não mais seu caráter pessoal e direto, mas seu caráter relevante e legítimo. Assim leciona que:

[...] é sensível que a personificação do interesse, isto é, seu caráter direto e pessoal, que o torna afetado a um titular, vai se esmaecendo, para dar lugar ao reconhecimento de um novo tipo de interesse processual, surgido a partir de dados objetivos, da realidade exterior. Assim, em certas ações populares ou nas *class actions* tem-se por relevantes e suficientes para caracterizar o interesse de agir certos *factos objetivos* como a condição de eleitor ou cidadão, ou o fato de habitar certa região onde o que prevalece é a relevância social do interesse.¹³²

Destarte, o interesse processual passa agora a ser visto sob a ótica da *necessidade* de tutela de interesses legítimos e socialmente relevantes, ou seja, a necessidade de uma tutela jurisdicional efetiva passa a ser vista a partir do direito que se pretende tutelar e não a partir da titularidade desse mesmo direito.

caso este se assemelhasse ao norte-americano, cujo instituto da legitimidade encontra-se atrelado ao do interesse processual, ao que a doutrina denominou de *standing*. Vide infra. Conf. ZAVASCKI, *Processo coletivo*, p. 77.

¹³⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 164. Conf. ainda MANCUSO, *Jurisdição coletiva e coisa julgada*, p. 106.

¹³¹ José Marcelo Menezes Vigliar observa ainda que “[...] se fosse possível a exigência da demonstração do interesse de cada um dos interessados [dentro da sistemática da tutela coletiva], jamais haveria a apreciação do mérito, porque, além da dificuldade prática de se viabilizar essa tarefa, encontraríamos alguns titulares que poderiam alegar que, do seu ponto-de-vista, a defesa em juízo do interesse transindividual ofendido (como o meio ambiente) não faria a menor diferença. Esse fato comprometeria a própria presunção (*iure et de iure*) que o legislador cria, para que certos interesses/direitos sejam defendidos em juízo, quando não observadas as vedações existentes no direito material. VIGLIAR, *Tutela jurisdicional coletiva*, p. 65.

¹³² MANCUSO, *Interesses difusos*, p. 120. Conf. ainda MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Tutela judicial do meio ambiente: reconhecimento de legitimação para agir aos entes naturais? *Revista de processo*, São Paulo, ano 13, n. 52, 1988, p. 61.

Rompe-se, assim, a tradicional estrutura processual, fazendo com que as hipóteses de legitimidade e interesse, usualmente coincidentes, passem a ser exceções, na medida em que, no processo coletivo “o poder de agir não é exercido por quem se afirma titular do interesse metaindividual, mas por quem o texto de regência credencia como um *adequado representante*, seja de toda a sociedade, no caso dos interesses difusos, seja de parte dela (um grupo, categoria ou classe), no caso dos coletivos em sentido estrito, ou ainda de um expressivo número de sujeitos, cujas posições estão uniformizadas, por conta de uma unitária situação legitimante.”¹³³

Importante é ressaltar que a jurisprudência muitas vezes não traz a distinção dos institutos com clareza e, não raro, confunde-os. No julgamento do Resp n. 818725/SP¹³⁴, a 1ª Turma do STJ entendeu que, no caso em estudo, a ação popular, ajuizada com o objetivo de suspender o pagamento do estacionamento rotativo no Município de Tatuí/SP, por envolver relação de consumo, deveria ser extinta pela ausência de interesse de agir do autor (pela inadequação da via eleita), bem como por falta de legitimidade ativa, sob o fundamento de que o cidadão não é parte legítima a demandar coletivamente direitos do consumidor.

Com efeito, buscar tutela de direitos do consumidor, pertencentes a uma coletividade, por meio de ação popular, implica a inafastável conclusão da inadequação da via eleita, por não ser esse o escopo da ação popular. Portanto, carente o autor da ação de interesse de agir. No entanto, não significa dizer que o cidadão não disponha de legitimidade. O cidadão é parte legítima a propor ação popular, desde que o faça dentro dos parâmetros legais.

Outra é a visão de Elton Venturi¹³⁵ para quem o interesse processual, nas lides coletivas, é ínsito, presumido. Isso porque o legislador, ao previamente elencar os entes legitimados a demandar ações coletivas, incutiu-lhes, de forma implícita, um interesse processual.

Ainda nesse sentido, José Marcelo M. Vigliar assim fundamenta:

Abstraindo-se a sistemática da legitimação para as demandas coletivas, se fosse possível a exigência da demonstração do interesse de cada um dos interessados, jamais haveria a apreciação do mérito, porque, além da dificuldade prática de se

¹³³ MANCUSO, *Jurisdição coletiva e coisa julgada*, p. 394.

¹³⁴ Conf. Resp n. 818725/SP, Min. Relator LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 15/05/2008. Publicado no DJ 16/06/2008.

¹³⁵ VENTURI, *Processo civil coletivo*, p. 229-230. No mesmo sentido, conf. VIGLIAR, *Tutela jurisdicional coletiva*, p. 65.

viabilizar essa tarefa, encontraríamos alguns titulares que poderiam alegar que, do seu ponto-de-vista, a defesa em juízo do interesse transindividual ofendido (como o meio ambiente) não faria a menor diferença. Esse fato comprometeria a própria presunção (*iure et de iure*) que o legislador cria, para que certos interesses/direitos sejam defendidos em juízo, quando não observadas as vedações existentes no direito material. O legislador, nesse sentido, acatou a idéia que a doutrina proclama: a legitimidade basta para concluir pela presença do interesse (...) se a parte é legítima para a demanda coletiva, o interesse fica presumido, ou seja, o legislador previamente reconheceu aos legitimados a condição de interlocutores dos interessados (interessados do ponto de vista material)¹³⁶.

Ricardo Negrão, seguindo o mesmo entendimento, afirma que “O interesse de agir, enquanto demonstração da necessidade jurídica leva, assim, a considerações de ordem objetiva: a lei teria, em tese, demonstrado os casos em que se entende ‘implícito’ esse interesse, para benefício do interesse social.”¹³⁷

Ocorre que, mesmo que considere que o instituto em referência mereça tratamento peculiar em sede de direitos coletivos, sua aplicação ainda se mostra presente, de modo que afirmar que sua incidência ocorre sempre de modo presumido pode fazer com que algumas situações jurídicas tornem-se descobertas de fundamento.

Rodolfo de Camargo Mancuso traz o exemplo da atuação, em juízo, do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), autarquia legitimada à propositura das ações coletivas, *ex vi* do art. 3º da Lei 8.884/94 e art. 5ª da Lei 7.347/85 c/c art. 82, III, da Lei 8.078/90. Sua atuação, a depender do caso concreto, pode carecer de interesse de agir quando a lesão ou ameaça ao interesse que se pretende tutelar possa ser prevenida ou sanada em sede administrativa.¹³⁸

Debate ainda o autor paulista acerca da possibilidade de um ente da administração pública, detentor do poder de polícia, valer-se de ação civil pública para obtenção de providências materiais alcançáveis mediante sua atuação direta (poder-dever) sem que houvesse a necessidade de intervenção do Judiciário.

¹³⁶ VIGLIAR, *Tutela jurisdicional coletiva*, p. 65.

¹³⁷ NEGRÃO, *Ações coletivas*, p. 154.

¹³⁸ “[...] v.g. [com a aplicação do] art. 52 daquela lei, autorizando o ‘Secretário da SDE ou o Conselheiro Relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do CADE adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação ou torne ineficaz o resultado final do processo’; ainda dispõe o § 1º desse artigo que nessa hipótese será ‘determinada a imediata cessação da prática e ordenará, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária nos termos do art. 25’. MANCUSO, *Jurisdição coletiva e coisa julgada*, p. 411.

Essa é uma questão que, de fato, não se resume à garantia de acesso à justiça, mas envolve o Princípio da Separação dos Poderes e o interesse de agir, na medida em que se verifica, no caso em análise, a desnecessidade de se movimentar o aparato jurisdicional, porque o ente público dispõe de instrumentos próprios e hábeis a alcançar o mesmo resultado pretendido mediante a ação judicial. Além disso, não pode a atuação judicial operar “como um álibi para o administrador leniente, ou omissor, que *prefere* deixar o caso *sub judice*.”¹³⁹

Situações como esta, no entanto, devem ser analisadas com cautela. Trata-se, com efeito, de situação em que, não obstante presente a legitimidade *ad causam*, o interesse restaria prejudicado porque pressupõe a *necessidade* de ingresso ao Judiciário. Contudo, ressalte-se, mais uma vez, que tal aferição não pode ocorrer em abstrato, mas antes avaliada em cada caso concreto, sopesadas a urgência de cada situação bem como a relevância social do direito em questão.

Nesse sentido, conforme bem observou Álvaro Luiz Valery Mirra:

Não se pode perder de vista [...] que nem sempre a Administração dispõe, efetivamente, de meios materiais próprios para as providências necessárias à supressão da situação danosa ao meio ambiente. Além disso, muitas vezes os meios postos à disposição do Estado não são suficientes para a solução do conflito instaurado ou, mesmo sendo apropriados, a intervenção de polícia em si mesma é que não se mostra conveniente ou traz com ela o risco de ampliar o litígio. Nesses casos, não há como recusar à pessoa jurídica de direito público detentora do poder de polícia interesse de agir em juízo, fazendo-se, ao contrário, útil e até imperativa a movimentação do aparato estatal, como mecanismo, inclusive, de garantia contra eventuais arbitrariedades dos agentes públicos.¹⁴⁰

Ressalte-se que, também aqui, em sede de tutela dos direitos coletivos, não se deve vincular o *interesse de agir* ao interesse material, específico, do autor na própria ação. Atento a essa ressalva, Álvaro Luiz Valery Mirra¹⁴¹ observa que questões como “Qual o interesse de um determinado Estado-membro da Federação no ajuizamento de demanda para a reparação de danos causados por poluição de rio que não banha o seu território?” ou “Qual o interesse de certa associação de defesa do meio ambiente sediada em determinada localidade, ou criada para atuar na proteção de determinado ecossistema ou bem ambiental específico, na propositura de ação civil pública de responsabilidade por danos a bem ambiental diverso ou

¹³⁹ MANCUSO, *Jurisdição coletiva e coisa julgada*, p. 412-413.

¹⁴⁰ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 222.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 220.

situado em região distante?” ou ainda “Qual o interesse de determinada sociedade de economia mista atuante na área do controle da poluição ambiental para mover ação civil pública ambiental em defesa de espécies da fauna ameaçadas de extinção?” não são úteis na aferição da presença do interesse de agir, uma vez que, na verdade, trata-se de questões relacionadas ao interesse material na ação, elemento integrante, segundo o autor, da legitimação para agir e relacionado à identificação da representatividade adequada do autor¹⁴².

Com efeito, não se mostra a solução mais técnica concluir pela ausência de interesse processual quando se está diante de demanda, ajuizada por Estado-membro da Federação, que vise à reparação de danos causados por poluição de rio que não banha o seu território. No entanto, concluir que o pré-citado exemplo se refere ao interesse material do autor na ação, interesse este que integraria o instituto da legitimação para agir, significa aplicar, no âmbito processual coletivo, os mesmos institutos moldados à luz do direito processual tradicional.¹⁴³

A presença de interesse material na causa¹⁴⁴ denota titularidade do direito e subjetivação da ação, situações que não se verificam em sede de direitos coletivos.

Por isso, mais adequado que se posicionem essas indagações como critérios identificadores da representação adequada do autor, aferíveis pelo magistrado no curso da ação, de modo que se assegure uma tutela adequada e eficaz àqueles indivíduos que não se puderam fazer presentes na ação.

Importante ainda é destacar a crítica, com relação ao tema, feita por Elton Venturi no que tange ao projeto de código do Instituto de Direito Processual (CBPC-IBDP). O autor critica o dispositivo que exige a demonstração, por aquele que demanda, de interesse social (art. 20, §

¹⁴² “Quando se indaga se um determinado Estado-membro ou Município nele situado podem propor ação civil pública de responsabilidade por danos ambientais ocasionados em outro Estado-membro, o que se pretende discutir, rigorosamente, é a legitimidade, para a causa em questão, dessas pessoas jurídicas de direito público, como entes representativos dos interesses da coletividade na preservação da qualidade ambiental.” MIRRA, *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, p. 221.

¹⁴³ Em sentido contrário, conf. MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 352.

¹⁴⁴ No mesmo sentido, abordando *el derecho de amparo* e a ação popular argentina, Osvaldo Alfredo Gozaíni leciona que, por se tratar de ações que representam garantias instrumentais de acesso à jurisdição e que tutelam direitos abstratamente considerados, não se exige que tais direitos possuam titularidade específica ou a presença de um interesse pessoal ou de um dano efetivamente comprovado por parte daquele que apresenta a demanda. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *El derecho de amparo*. 2. ed. Argentina: Depalma, 1998, p. 109 (Tradução nossa).

1º), bem como o dispositivo que exige a demonstração de utilidade da tutela coletiva no caso concreto (art. 28, § 1º).

Ressalte-se que esse posicionamento já vem sendo defendido por Ada Pellegrini Grinover¹⁴⁵ que afirma haver a necessidade de se demonstrar a prevalência dos interesses comuns, bem como a superioridade da tutela coletiva nas ações que visem à tutela de direitos individuais homogêneos.

Segundo a autora, a origem comum do direito pode não ser suficiente para caracterizar sua homogeneidade. Assim, para que se possa aferir se os direitos individuais são, efetivamente, homogêneos por sua origem comum, leva-se em conta o critério da “*prevalência da dimensão coletiva sobre a individual*”¹⁴⁶

Ou seja, não ocorrendo essa prevalência das questões comuns, os direitos mostrar-se-iam heterogêneos e, portanto, careceria à tutela coletiva possibilidade jurídica do pedido.

O segundo requisito exigido pela autora é o da superioridade da tutela coletiva, em relação à individual, analisado, segundo ela, sob dois aspectos: o do interesse de agir e o da efetividade do processo.

Nessa esteira, “Se o provimento jurisdicional resultante da ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos não é tão eficaz quanto aquele que derivaria de ações individuais, a ação coletiva não se demonstra útil à tutela dos referidos interesses. E, ademais, não se caracterizaria como a via adequada à sua proteção.”¹⁴⁷

Esse posicionamento, todavia, impõe discussão. Elton Venturi afirma que a previsão do art. 20, § 1 do Anteprojeto implica a inversão do ônus de se demonstrar a relevância social, bem como outorga ao juiz a autoridade de selecionar, de modo subjetivo, as pretensões que considerar especialmente relevantes. Ou seja, “ilide, na prática, a presunção de relevância social presente no ajuizamento de qualquer ação proposta em defesa de direitos difusos ou

¹⁴⁵ GRINOVER, Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade, p. 195.

¹⁴⁶ Ibid., p. 195.

¹⁴⁷ GRINOVER, Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade, p.196.

coletivos, implicando a oposição de mais uma barreira à admissão do processamento de feitos pela via coletiva.”¹⁴⁸

Conclui ainda o autor que:

[...] a interpretação da homogeneidade dos direitos individuais como decorrente não de *qualquer* origem comum, mas apenas de uma origem comum qualificada, tão *próxima* a ponto de torná-los idênticos ou quase-idênticos quanto às questões fáticas e jurídicas envolvendo seus titulares e o infrator (o demandado na ação coletiva), parece-nos inegavelmente *contra legem*, criando obstáculo à admissão de ações coletivas não previsto pelo ordenamento brasileiro.¹⁴⁹

1.3. Direito nacional em relação perspectiva com os conceitos de Direito Comparado: a representação adequada

1.3.1 Representação adequada e legitimidade adequada: fixando premissas para diferenciação dos institutos

Conforme já assentado neste trabalho, a fixação do ente legitimado no processo coletivo perpassa pela análise da legitimação adequada e da adequada representação.

Nessa base, a aferição da legitimação adequada se consubstancia na análise de questões objetivas aferidas pelo legislador, a partir de critérios gerais e abstratos, controláveis pelo magistrado dentro do ordenamento constitucional. A possibilidade de o magistrado afastar o critério temporal na fixação da legitimidade das associações é exemplo de controle da legitimação adequada.

As questões atinentes à adequada representação, de outro lado, serão sempre aferidas pelo magistrado, em concreto, a partir de uma margem estabelecida pelo legislador a partir de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que irão nortear a atuação do magistrado.

Instituto de origem norte-americana, a adequada representação, no modelo de litígio das *class actions*, é questão de extrema relevância¹⁵⁰, porque revela a garantia do *due process of law*¹⁵¹.

¹⁴⁸ VENTURI, *Processo civil coletivo*, p. 231.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 231.

¹⁵⁰ Provavelmente o pré-requisito mais importante e o mais discutido. Nesse sentido, conf. SEXTON; MILLER; FRIENDENTHAL; COUND, *Civil Procedure*, p. 690.

¹⁵¹ “Impende observar que é exatamente a adequada representação dos interesses dos ausentes que contornará a violação do *due process clause*. [...] Por isso, para que possa haver o *binding effect* (efeito vinculante, efeito da

Prevista na *Rule 23 (a) (4)*¹⁵², trata-se de requisito de admissibilidade¹⁵³ da lide coletiva consubstanciada no dever de o magistrado verificar, de ofício, se a atuação do representante do grupo é efetivamente apta a defender os interesses do grupo, a que pertence¹⁵⁴.

Não obstante a regra federal norte-americana fazer menção à necessidade de adequada representação pela parte, os tribunais¹⁵⁵ têm entendido que a pré-citada norma se aplica também aos advogados do grupo.

Nos casos em que o grupo ou alguns de seus membros não venham a ser representados adequadamente na ação coletiva, os tribunais, em demanda posterior, não reconhecem o efeito vinculante¹⁵⁶ da coisa julgada coletiva, podendo vir a decidir novamente a questão (*collateral attack*), ou seja, a discussão, acerca da falta de representação adequada, pode eventualmente vir a ser suscitada por qualquer membro do grupo a qualquer tempo, mesmo após decisão final sobre o mérito da causa.

A importância da questão revela-se ainda em razão do sistema da coisa julgada no modelo das *class actions*. De acordo com a *Rule 23 (c) (3)*¹⁵⁷, o efeito vinculante da decisão atinge a todos

coisa julgada) em relação a todo o grupo, vale dizer, para que haja a coisa julgada *erga omnes* é preciso que o representante se haja portado de forma tal que o resultado seria o mesmo, ainda que os próprios ausentes estivessem postulando em juízo.” GIDI, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 238. Conf. *Supreme Tribe of Ben Hur vs. Cauble*, apud FRIEDENTHAL; KANE; MILLER, *Civil procedure*, p. 262.

¹⁵² *Rule 23 (a) (4)*. “The representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.”

¹⁵³ Cássio Scarpinella fala em questão prévia à análise do mérito da demanda coletiva. BUENO, Cássio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de processo*, São Paulo, ano 21, n. 82, 1996, p. 103.

¹⁵⁴ Registre-se que, havendo mais de um representante adequado do grupo, nem todos precisam ser, necessariamente, membros desse grupo; mostra-se suficiente que apenas um dos representantes o seja. Conf. FRIEDENTHAL; KANE; MILLER, *Civil procedure*, p. 763.

¹⁵⁵ KLONOFF, Robert. H.; BILICH, Edward K. M. *Class Actions and other multi-party litigation: cases and materials*. St Paul. West Group, 2000, p. 108. No mesmo sentido, conf. GIDI, *A “class action” como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 110. Anote-se que a *Rule 23* sofreu alteração, no ano de 2003, com vistas a se adequar a essa nova perspectiva, mantendo-se a regra na última alteração por que passou a norma norte-americana, em 2008. Para conferir a alteração, vide nota 210.

¹⁵⁶ O precedente que determinou a não vinculatividade dos membros ausentes aos efeitos da sentença de mérito da *class actions*, em caso de inadequada representação, foi o estabelecido em *Hansberry vs. Lee*, no qual um grupo de proprietários de terra negros, ao considerarem que seus interesses não foram adequadamente tutelados pelo autor ideológico, afastaram a coisa julgada da sentença, proferida em julgado anterior, a qual homologara acordo restringindo-lhes o uso de terras de parte da cidade de Chicago. Na ocasião, a efetividade do acordo havia sido condicionada à concordância de 95% dos proprietários de terra, requisito não observado. Desse modo, pela primeira vez, decidiu-se que a análise da representação adequada é questão que não se submete aos efeitos conclusivos da decisão, podendo vir a ser suscitada a qualquer tempo por meio de demanda autônoma. Conf. KLONOFF; BILICH, *Class Actions and other multi-party litigation*, p. 109

¹⁵⁷ *Rule 23(c) (3)*: “Judgment. Whether or not favorable to the class, the judgment in a class action must: (A) for any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), include and describe those whom the court finds to be class members; and (B) for any class certified under Rule 23(b)(3), include and specify or describe those to whom the

os membros do grupo independentemente do resultado do litígio; é a chamada coisa julgada *pro et contra*. Destarte, a coisa julgada nas demandas coletivas norte-americanas atinge a esfera particular de todos os membros do grupo, sendo a sentença favorável ou não - *whether favorable or not* - desde que reconhecida a adequada representação. Essa extensão se verifica, ainda que os membros do grupo não tenham sido informados da existência da ação ou, quando informados, não tenham optado pela exclusão do litígio (regra do *opt out*).

Ressalte-se que pré-citada norma não se aplica a todas jurisdições, mas a algumas incluindo a federal. Em outras jurisdições, como as de alguns estados, os potenciais membros do grupo só são considerados membros quando notificados da ciência da ação e a eles oportunizada a escolha em seu ingresso (regra do *opt in*). No âmbito das regras federais, a notificação de todos os membros não tem sido exigida pela jurisprudência norte-americana em todos os tipos de *class actions*¹⁵⁸. Exige-se que seja a mais adequada possível (*fair notice*). A problemática que dessa norma decorre e que tem sido objeto de discussão é a divisão do pesado ônus de se arcar com as despesas advindas dessas notificações que, em regra, cabem ao autor da demanda.

Muito se discutiu acerca da constitucionalidade, hoje superada, quanto a um contraditório realizado somente com o *ideological plaintiff*, preocupação que levou a Suprema Corte americana a proferir célebre decisão no caso *Eisen*,¹⁵⁹ contrariando valores hoje tão perseguidos nas ações coletivas: garantir que o interesse de muitos seja tutelado de forma eficaz por meio de um autor adequado. Nessa demanda, a Suprema Corte exigiu a notificação pessoal, para o exercício do direito de auto exclusão, de milhões de compradores e vendedores de títulos da Bolsa de Nova York. Tendo em vista a impossibilidade econômica

Rule 23(c)(2) notice was directed, who have not requested exclusion, and whom the court finds to be class members."

¹⁵⁸ "A questão ainda não foi decidida pela Suprema Corte mas, de acordo com a interpretação dominante, a notificação pessoal de todos os membros facilmente identificáveis do grupo não é uma exigência constitucional, mas mera exigência feita pela Rule 23 exclusivamente para as class actions do tipo (b)(3)." GIDI, *A "class action" como instrumento de tutela coletiva de direitos*, p. 229.

¹⁵⁹ "We think the import of this language is unmistakable. Individual notice must be sent to all class members whose names and addresses may be ascertained through reasonable effort." (Supreme Court of the United States, 1974. 417 U.S. 156, 94 S. Ct. 2140, 40 L. Ed. 2ed 732) In KLONOFF; BILICH, *Class Actions and other multi-party litigation*, p. 379.

da parte autora em arcar com esse pesado ônus, a Suprema Corte julgou pela extinção da ação coletiva (*dismissed*).¹⁶⁰

Ocorre que, conforme o presente trabalho vem buscando demonstrar, tutelar direitos coletivos impõe uma flexibilização das normas aplicáveis à tutela dos interesses individuais, dentre as quais se destaca a garantia constitucional do *due process of law*, que, no direito norte-americano, manifesta-se pelo *right to be heard* e *o day in court*. Nesse sistema, a inconstitucionalidade é afastada pela adequada representação em litígio dos membros ausentes (*absent members*).

Ressaltando a utilidade do instituto, Antonio Gidi expõe que:

Através do requisito da adequação da representação, o direito americano atinge três resultados: a um só tempo, minimiza o risco de colusão, incentiva uma conduta vigorosa do representante e do advogado do grupo, e assegura que se traga para o processo a visão e os reais interesses dos membros do grupo. O objetivo primordial é assegurar, tanto quanto possível, que o resultado obtido com a ação coletiva não seja substancialmente diverso daquele que seria obtido em ações individuais em que os membros do grupo defendam pessoalmente os seus direitos.¹⁶¹

No Brasil, o fato de o legislador não imprimir normas quanto ao assunto, não significa que a preocupação com a necessária presença de um legitimado adequado na tutela dos direitos coletivos dos membros ausentes não se afigure presente.

O instituto no Brasil foi alçado, por Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr. a princípio geral da tutela coletiva¹⁶², no que se deve adequar ao novo modelo de legitimação, *ope judicis*, não mais restrito a critérios taxativa e restritivamente previstos em lei, mas um modelo que fixa a legitimação a partir das particularidades de cada caso concreto.

Malgrado venha sendo reconhecida uma crescente necessidade de haver maior participação do magistrado na “certificação”¹⁶³ das ações coletivas, notadamente no que tange ao controle da legitimidade dos entes, a questão ainda não resta pacificada. Com efeito, algumas vezes ainda

¹⁶⁰ A necessidade de um sistema normativo nacional que imponha a realização de uma notificação adequada é tratada no item 2.3.3.

¹⁶¹ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de processo*, São Paulo, ano 27, n.108, 2007, p. 66.

¹⁶² Conf. DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 113.

¹⁶³ Vide supra, nota 65

defendem a impossibilidade do controle judicial *in concreto* da adequada representação nas ações coletivas brasileiras¹⁶⁴.

Conforme já oportunamente mencionado, o legislador brasileiro elegeu, de forma prévia, determinados entes como aptos e “presumidamente adequados”¹⁶⁵ a demandar em prol dos interesses coletivos, o que caracterizou o sistema nacional de legitimidade coletiva como sendo *ope legis*. Assim, a partir de uma leitura fria da norma, para configurar no polo ativo de uma lide coletiva, bastaria que o ente se fizesse presente entre os legitimados previstos no rol do art. 5º da lei 7.347/85 ou do art. 82 da Lei 8.078/90.

Cássio Scarpinella Bueno revela que, não obstante traga o ordenamento brasileiro um sistema de presunção de representatividade adequada àqueles legitimados em lei ou na Constituição da República, boa parte das demandas coletivas acabam sendo rejeitadas com fundamento na ilegitimidade ativa *ad causam*¹⁶⁶.

Seja essa causa ou não, do elevado índice de rejeição das demandas coletivas sob esse fundamento, o que se pode afirmar é que os tribunais vêm reiteradamente promovendo, na análise do caso concreto, o controle da adequada representação do ente legitimado *a priori*

¹⁶⁴ Conf. DINAMARCO, *Ação civil pública*, p. 201. O autor expõe ainda que o requisito temporal, exigido às associações, bem como o da pertinência temática, exigido às fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas, nada tem haver com o instituto da representatividade adequada. No entanto, traz interessante proposta: propõe o autor, de *lege ferenda*, que o juiz proceda a esse controle no momento em que sentenciar. Idem, p.105-106. Conf. ainda BUENO, *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, p. 130; NEGRÃO, *Ações coletivas*, p. 86 e 98; ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública*. In DIDIER Jr., Fredie (Coord.). *Ações constitucionais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 280; Aluisio G. de Castro Mendes menciona a existência de um controle mais abstrato e formal. MENDES, O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis, p. 26; MENDES, Aluisio G. de Castro. El anteproyecto del Código Modelo de Procesos Colectivos para los países iberoamericanos y la legislación brasileña. In GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.) *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. México: Porrúa, 2003, p. 509. Ricardo de Barros Leonel, em que pese não reconhecer o instituto, no modelo brasileiro atual, ressalta a necessidade de haver sua adoção como uma forma de se observar as garantias constitucionais do processo, de modo a legitimar o provimento judicial com eficácia ampla. LEONEL, *Manual do processo coletivo*, p. 171-172.

¹⁶⁵ “O ente coletivo em juízo seria uma forma de por as partes em igualdade real no processo. Isso significa dizer que a escolha do rol de legitimados levou em consideração a legitimidade em função do *contraditório* e do *procedimento*, ou seja, os escolhidos – independentemente de a quem pertencesse a titularidade do direito material – teriam maiores e melhores condições de proteger o direito coletivo – mais até do que um dos próprios titulares do direito, caso, por exemplo, o cidadão pudesse ajuizar a demanda.” ABELHA RODRIGUES, *Ação civil pública*, p. 279. Em sentido contrário, Antonio Gidi coloca que “se os representantes escolhidos pelo legislador fossem realmente adequados, não haveria razão para a lei prever a coisa julgada *secundum eventum litis*, *in utilibus* e *secundum eventum probationis*.” GIDI, *Rumo a um código de processo civil coletivo*, p. 110.

¹⁶⁶ Desse modo, questiona o autor: “será que o exame da representatividade adequada entre nós é feito, veladamente, sob o manto da extinção da ação?” BUENO, *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, p. 131.

pelo legislador, seja no que tange à análise da pertinência temática, de obediência necessária a alguns legitimados, seja quanto à análise da presença da relevância social nos direitos individuais homogêneos para fins de legitimar o MP, num claro reconhecimento de que modelo *ope legis*, em si, é insuficiente ao resguardo dos escopos da tutela coletiva.

Importante que se registre que o anteprojeto n. 3.034/84 (Anteprojeto *Bierrenbach*), que viria posteriormente dar origem à Lei da Ação Civil Pública, previa que a representação adequada das associações seria aferida pelo magistrado, a cada caso concreto. Elementos objetivos como prazo de sua constituição (seis meses nos termos da lei civil) e as finalidades institucionais das associações serviriam apenas como dados adicionais a serem avaliados pelo juiz.¹⁶⁷

Ocorre que o Projeto do Executivo vetou tal dispositivo, limitando o poder do magistrado à análise de dados objetivos, como o prazo de constituição da associação, que passou de seis meses para um ano, e as finalidades institucionais.¹⁶⁸

A doutrina que desconsidera a existência de controle da representatividade adequada no direito nacional usualmente invoca os mesmos argumentos¹⁶⁹ para justificar esse posicionamento, argumentos que, com o merecido respeito, não merecem prosperar.

O primeiro deles baseia-se no sistema da coisa julgada nas ações coletivas. Sabe-se que, nas demandas coletivas, o comando da sentença de procedência produz efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, a depender do direito que está sendo tutelado, se difuso ou coletivo ou individual homogêneo. Por outro lado, se o pedido formulado for julgado improcedente por insuficiência de provas, a coisa julgada não se perfaz, abrindo a oportunidade a qualquer outro ente legitimado novamente demandar a mesma ação, desde que se valendo de nova prova¹⁷⁰. É o

¹⁶⁷ Conf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores – A lei 7.347, de 24.7.85. *Revista de processo*, São Paulo, ano 11, n. 44, 1986, p. 120-121; GIDI, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 47.

¹⁶⁸ Assim conclui Ada Pellegrini Grinover: “A representação adequada, importantíssimo dado para a escolha dos legitimados às ações coletivas, é, portanto, exclusivamente fixada na base dos mencionados critérios legais, enquanto o Projeto Bierrenbach havia preferido combinar critérios próprios das *class actions* e da capacidade do portador do interesse, e indicando a pré-constituição e as finalidades institucionais como simples dados que seriam tomados na devida consideração.” GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores – A lei 7.347, de 24.7.85, p. 116.

¹⁶⁹ Identificados por Antonio Gidi. GIDI, Antonio. A “*class action*” como instrumento de tutela coletiva dos direitos, p. 129-132.

¹⁷⁰ “[...] para autorizar a repositura da ação coletiva, não parece bastar que a prova seja nova, mas, como vimos, há que, ao menos potencialmente, ensejar a possibilidade de uma decisão diversa. Não é indispensável,

sistema da coisa julgada *secundum eventum probationis* (art. 16 da LACP; art. 18 da LAP e art. 103, I, II do CDC¹⁷¹).

O sistema prevê ainda a extensão *secundum eventus litis* da coisa julgada coletiva ao plano individual somente em caso de procedência das demandas coletivas, ou seja, qualquer legitimado pode propor, em nome próprio e no interesse das vítimas, ação coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos (art. 103, III, do CDC). Havendo procedência da demanda, a condenação será genérica e será fixada a responsabilidade do réu pelos danos causados.

Dessa forma, considerando que a extensão da coisa julgada material formada na ação coletiva recai sobre o plano individual do titular do direito somente quando há procedência do pedido e, portanto, para “beneficiar a parte”, argumenta-se a desnecessidade do controle da adequada representação.

No entanto, essa não se mostra uma visão correta do vigente sistema de coisa julgada nacional, pois, na verdade, conforme adverte Antonio Gidi, “A sentença de improcedência na ação coletiva, se for dada com material probatório suficiente, faz coisa julgada e impede a propositura da mesma ação coletiva.”¹⁷² Desse modo, se o autor não litigou adequadamente, sobrevivendo sentença de mérito contra os interesses do grupo demandante, os efeitos da coisa julgada impedirão a repositura dessa lide coletiva.

No Brasil, o sistema de coisa julgada, desse modo, forma-se *pro et contra* e não *secundum eventum litis*. Nesse sentido, expõe Antonio Gidi:

todavia, que a nova prova seja suficiente, por si só, para conduzir à procedência do pedido.” GIDI, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 136. Trata-se de conceito mais amplo ao atribuído a “documento novo” apto a ensejar a propositura da ação rescisória (art. 485, VII, do CPC). Este (documento novo) não se refere a qualquer tipo de prova, mas somente a documental e “O adjetivo ‘novo’ refere-se ao fato de que só posteriormente pôde tal documento (que já existia) ser utilizado. [...] [além do quê] o elemento subjetivo do autor da rescisória é relevante, não podendo o não-emprego oportuno do documento resultar de sua culpa.” YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 329-330.

¹⁷¹ Sem embargo de o art. 103, III do CDC não fazer remissão a não incidência da coisa julgada material, em caso de improcedência da demanda coletiva por insuficiência de provas, o presente ensaio adota a corrente que entende ser aplicável o sistema da coisa julgada *secundum eventum probationis* também quando envolvidos direitos individuais homogêneos. Nesse sentido, criticando a assimetria no tratamento conferido pelo legislador, conf. GIDI, *A “class action” como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 130, nota 226; VENTURI, *Processo civil coletivo*, p. 393-394; DIDIER Jr.; ZAETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 359.

¹⁷² GIDI, A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta, p. 63-64. Conf. ainda GIDI, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 125-126.

O que diferirá, de acordo com o “evento da lide”, não é a formação ou não da coisa julgada, mas o rol de pessoas por ela atingidas. Enfim, o que é *secundum eventum litis* não é a *formação* da coisa julgada, mas a sua *extensão* “*erga omnes*” ou “*ultra partes*” à esfera jurídica individual de terceiros prejudicados pela conduta considerada ilícita na ação coletiva [...].¹⁷³

Ainda que seja possível aos membros individuais do grupo o ajuizamento de uma nova lide para rediscussão do dano individualmente sofrido, ressalvada a hipótese de habilitação como litisconsorte da entidade autora, uma vez que não serão atingidos pela coisa julgada dada em uma ação coletiva julgada improcedente com suficiência de prova, estar-se-á diante de uma *ação individual* que, definitivamente, não goza dos mesmos benefícios característicos de uma ação coletiva. Nesse caso, frise-se, a mesma ação coletiva, em tutela do mesmo direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, não poderá ser reproposta.

Ademais, ainda que o indivíduo possa litigar individualmente, afastar uma sentença julgada improcedente em sede coletiva, com ampla cognição, será mais um obstáculo a ser superado pelo autor individual que, necessariamente, “deverá demonstrar peculiaridades e particularidades de seu direito em relação ao direito coletivo.”¹⁷⁴

O segundo argumento, invocado pela doutrina para afastar o controle da adequada representação pelo magistrado, assentar-se-ia na obrigatória presença do Ministério Público, nas ações coletivas, como fiscal da lei. Devido à sua posição, justifica essa corrente, estaria o membro do *Parquet* em melhores condições de proceder a esse controle no lugar do magistrado.

Trata-se, contudo, de argumento deveras insubsistente para, por si só, obstar a análise da adequada representação dos legitimados pelo magistrado. Ademais, nada impede que referido controle seja feito em conjunto com o magistrado. Some-se a isso o fato de o MP, como ente legitimado, também se submeter ao controle, conforme se verá.

Por fim, calha citar ainda o argumento de que o legislador, ao elencar na legislação os entes legitimados a tutela coletiva, estaria imprimindo a eles uma presunção *iuris et de iure* de adequada representação, ou seja, ao magistrado não é dado o dever de promover um controle já submetido ao legislador. Nesse sentido, Pedro Dinamarco conclui que:

¹⁷³ GIDI, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 73.

¹⁷⁴ DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 179-180, nota 34; conf. ainda VENTURI, *Processo civil coletivo*, p. 314.

[...] a legitimidade no direito norte-americano evidencia profunda diferença em relação ao direito brasileiro, quer porque, entre nós, predominam os organismos públicos como representantes, quer porque, os que põem representar pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor são taxativamente indicados, ou mais precisamente, inequivocadamente mencionados, sem que se ofereça margem de dúvida para a identificação do legitimado.^{175 176}

Sem dúvida que considerar como adequado legitimado um ente pelo simples fato de se encontrar previsto no rol legal é, no mínimo, irresponsável, porque se abandonam as peculiaridades de cada ente, tão importante na definição da lide, pelo magistrado.

A despeito de não reconhecer a aplicação do instituto no modelo de legitimidade no Brasil, Pedro Dinamarco traz interessante proposta no sentido de que fossem excluídos os dispositivos contidos nos três primeiros parágrafos do art. 103, CDC, que afastam a incidência da coisa julgada àqueles que não participaram do processo, em caso de improcedência da sentença.

Assim, poderia o juiz, ao julgar pela improcedência da demanda, decidir se a sentença está sujeita ou não à formação da coisa julgada *secundum eventum litis* após analisadas as peculiaridades de cada caso concreto. Verificando o magistrado que “as partes não esgotaram todo o assunto ou que naquele caso pode não ter havido uma adequada representatividade das pessoas ausentes”¹⁷⁷, aplicá-lo-ia a regra especial. Ou seja, ao final do processo, se presente a adequada representação do ente legitimado, a coisa julgada se estenderia *pro et contra*.

Abarcar esse entendimento, contudo, implica dois problemas, na visão de Antonio Gidi: 1) “é princípio básico do processo que o conflito de interesses seja julgado por um terceiro desinteressado”, uma vez que o juiz da causa, estando diretamente envolvido, não possui o necessário discernimento quanto à adequada ou inadequada representação do autor, cabendo essa avaliação a um outro magistrado; 2) decidir tal questão ao final do processo, somente no

¹⁷⁵ DINAMARCO, *Ação civil pública*, p. 202. Conf. SPALDIN, *Legitimidade ativa nas ações coletivas*, p. 119-121.

¹⁷⁶ Parece ser esse também o entendimento de Álvaro Mirra quando expõe que “Presentes os três requisitos [para que uma associação seja considerada legitimada a demanda coletiva], a associação, no sistema brasileiro, passa automaticamente a ser considerada como entidade representativa dos interesses da sociedade na proteção do direito difuso visado”, ou seja, não exige o autor qualquer análise, pelo magistrado, de outros elementos, como capacidade técnica ou financeira ou ainda a experiência do ente em litígios coletivos, que denotem que a associação seja efetivamente uma adequada representante. Conf. MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio G. de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.) *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 121.

¹⁷⁷ DINAMARCO, *Ação civil pública*, p. 105-106.

momento em que for prolatada a decisão, pode ser tarde demais, uma vez que um representante considerado inadequado ao final do processo, significa que assim o foi durante todo o procedimento, o que implica uma instrução insuficiente, inadequada.¹⁷⁸

Com efeito. Um representante inadequado não pode conduzir um processo, impondo-se que tal análise se faça a todo momento e o mais importante, no caso concreto.¹⁷⁹

Em conformidade com os escopos da tutela coletiva, caso constatada uma inadequada representação, deve o magistrado abrir prazo e oportunizar a substituição do representante por outro que se mostre apto a demandar em prol dos interesses do grupo ausente. Somente nos casos em que não se fizer possível a substituição, é que o juiz deverá extinguir o processo sem julgamento do mérito.

Registre-se ainda a opinião de Antonio Gidi que defende, de *lege lata*, que, caso o magistrado, inadvertidamente, atingir o mérito da causa, sua sentença não deverá ser acobertada pelo manto da coisa julgada material. A mesma ação coletiva poderá, desse modo, ser rerepresentada por qualquer legitimado. Tal proposta, conforme já abordado, veio prevista expressamente no seu projeto de Código Modelo (art. 18, CM-GIDI¹⁸⁰).¹⁸¹ Nas palavras do autor:

Se o juiz detectar a eventual inadequação do representante, em qualquer momento do processo, deverá proporcionar prazo e oportunidade para que o autor inadequado seja substituído por outro, adequado. (ver nota 234: de acordo com o art. 5º, § 3º, da LACP, qualquer legitimado pode assumir o processo se o autor original desistir ou abandonar a ação coletiva. Por analogia, aplica-se esse dispositivo nos casos em que o juiz considere o autor da ação coletiva um representante inadequado dos interesses do grupo). Caso contrário, o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito. Se o juiz, inadvertidamente, atingir o mérito da causa, a sentença coletiva não fará coisa julgada material e a mesma ação coletiva poderá ser reproposta por qualquer legitimado. Essa proposta, porém, não é de *lege ferenda*, mas de *lege lata*. Ou seja, é independente de reforma legislativa. Basta um juiz competente e interessado.¹⁸²

¹⁷⁸ Acerca dessas considerações, conf. GIDI, *Rumo a um código de processo civil coletivo*, p. 107.

¹⁷⁹ Antonio Gidi relata que, após o encontro com o Ministério Público de MG, influenciado pelas críticas e ponderações de Gregório Assagra de Almeida, reviu a linguagem do art. 3º do seu Anteprojeto Original, de modo a se mostrar suficiente a execução do controle, pelo magistrado, *in concreto*, sem transparecer dúvidas quanto a necessidade, ou melhor, a desnecessidade de se instaurar um incidente processual para discussão do assunto. Assim propõe a seguinte redação: “Art. 3.1.: Na avaliação da representação adequada, o juiz analisará, em relação ao representante e ao advogado, sua conduta e participação no processo coletivo.” GIDI, *Rumo a um código de processo civil coletivo*, p. 108.

¹⁸⁰ Vide *supra*, item 1.1.3.

¹⁸¹ GIDI, A “*class action*” como instrumento de tutela coletiva dos direitos, p. 134.

¹⁸² GIDI, A “*class action*” como instrumento de tutela coletiva dos direitos, p. 134; GIDI, A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta, p. 68.

Muito embora a condução de um processo por representante inadequado possa levar a lesões irreparáveis aos direitos supraindividuais, a ideia sustentada por Antonio Gidi, no sentido de considerar a não formação da coisa julgada material quando constatada inadequada representação, deve ser analisada com *grano salis*.

Isso porque a garantia constitucional da coisa julgada ganha especial relevo no âmbito da tutela jurisdicional coletiva na medida em que impõe pacificação em questões tratadas em um modelo de litígio cujo resultado envolve uma coletividade que, em regra, não participa diretamente da ação ou, muitas vezes, sequer é cientificada de seu ajuizamento.

Destarte, sustentar, de *lege lata*, a não incidência do manto da coisa julgada material nos casos em que o magistrado verificar, em momento posterior, que a condução do processo foi realizada por legitimado inadequado, talvez não seja a melhor solução, na medida em que o próprio sistema prevê meios e instrumentos adequados para extirpar situações que violem garantias constitucionais. Certamente que, ao primar por uma adequada representação do autor coletivo (e de seu advogado), o magistrado assegura um tratamento paritário das partes no processo, o contraditório e o devido processo legal. Essas garantias constitucionais, no entanto, caso violadas, podem levar à desconstituição da coisa julgada material. Nessa esteira, o ordenamento nacional prevê, como instrumento processual adequado a esse desiderato, a ação rescisória.

É possível, desse modo, que a falta de adequada representação, por parte do autor coletivo, ou de seu advogado, venha a ser enquadrada dentro das hipóteses autorizadas da utilização desse instrumento rescisório, descritas nos incisos III e V do art. 485, do Código de Processo Civil.

Com efeito, a parte que atua de má fé e que causa dano processual à parte contrária, reduzindo-lhe a capacidade de defesa, não pode ser considerada um representante adequado. Do mesmo modo, tal instituto não resta caracterizado caso o autor atue em conluio com a parte contrária objetivando fraudar a lei¹⁸³. É inegável que um representante que se utilize do processo para fins ilícitos jamais poderá ser considerado um representante legítimo.

¹⁸³ “[...] a doutrina costuma distinguir entre a situação de fraude e a de simulação – do que resulta a consequência prática de que essa última estaria excluída do âmbito da rescisória.” YARSHELL, *Ação rescisória*, p. 317.

O autor coletivo pode ainda ser considerado inadequado, não porque agiu de má fé ou em conluio com a parte contrária, mas porque se mostrou desidioso, desinteressado ou ainda por defender interesses incompatíveis com os do grupo ou com os do advogado.¹⁸⁴ Nessa base, sendo verificado que o autor, ou seu advogado, durante a condução do processo, não atendeu aos requisitos identificadores de uma atuação legítima e adequada, forçoso é concluir pela violação a garantias constitucionais do contraditório e o da ampla defesa dos membros ausentes, cujos ^{interesses} viram-se prejudicados em razão de uma inadequada representação. A decisão proferida neste processo, certamente, ao violar garantias constitucionais, fere literal disposição de lei, aqui entendida como qualquer espécie de norma jurídica.¹⁸⁵

Ressalte-se não ser essa a única solução que se pode extrair do ordenamento. É possível que o magistrado, ao analisar os critérios norteadores de aferição de uma adequada representação do ente legitimado, não disponha dos elementos probatórios suficientes a determinar se, de fato, o autor coletivo possuía, naquele momento, condições de conduzir uma demanda adequada. Nesses casos, por exemplo, de fraude entre as partes, é razoável que, diante da inexistência de elementos que denotem expressamente uma conduta inadequada, por parte do legitimado ou de seu advogado, e, portanto, diante da ausência de material probatório suficiente a formar o convencimento do magistrado, a decisão final¹⁸⁶ coletiva não seja acobertada pelo manto da coisa julgada material, em razão do sistema especial da coisa julgada *secundum eventum probationis*.

Desse modo, a repositura da demanda coletiva estaria autorizada, desde que mediante a apresentação de nova prova¹⁸⁷. A repositura, repita-se, é viável não porque a inadequada representação implicaria a não formação da coisa julgada material, visão defendida por Antonio Gidi, mas em razão da norma prevista no microsistema de processo coletivo que prevê a não formação de coisa julgada material da decisão fundada na insuficiência de provas.

¹⁸⁴ Sobre os elementos da adequada representação, vide *infra* item 1.3.2.

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de conhecimento. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 665. “Assim, é irrelevante saber a categoria da regra jurídica em discussão (se constitucional ou infraconstitucional) [...]” Idem, p. 665-666; Conf. ainda YARSHELL, *Ação rescisória*, p. 323-324.

¹⁸⁶ Acerca da [des] necessidade de o magistrado julgar expressamente pela insuficiência de provas, o presente escrito acolhe a doutrina que entende desnecessária tal declaração, devendo tal entendimento ser inferido do próprio conteúdo da sentença no sentido de que outro teria sido seu resultado caso o autor comprovasse os fatos constitutivos de seu direito. É o chamado critério *substancial* a que se refere Antonio Gidi, em detrimento do critério meramente *formal*. Conf. GIDI, *Coisa julgada e listispendência em ações coletivas*, p. 133-134; DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 357; ABELHA RODRIGUES, *Ação civil pública*, p. 307.

¹⁸⁷ Sobre o conceito de nova prova, vide *supra* nota 184.

Retornando aos fundamentos invocados pela doutrina que a leva a questionar pela efetiva possibilidade de controle da adequada representação do autor, pelo magistrado, registre-se ainda o relativo à omissão legislativa quanto ao tema. Ocorre que, importante ter sempre em mente que um dos princípios que norteiam o Direito Processual Coletivo é o do ativismo judicial, “resultante da presença de forte interesse público primário nessas causas, externando-se, entre outros, na presença da *‘defining function’*”¹⁸⁸ do juiz.”¹⁸⁹

No mesmo sentido, Antonio Gidi:

É verdade que o juiz brasileiro não tem os mesmos poderes que o juiz americano para controlar a adequação do representante em uma ação coletiva. Todavia, embora se reconheça que essa atividade seja desenvolvida de forma precária pelo juiz brasileiro, a representação adequada dos interesses do grupo não pode ser deixada completamente fora do controle judicial. Embora seja claro que o papel do juiz brasileiro é diferente do papel do juiz americano, isso não significa que o nosso juiz seja completamente inerte e esteja incapacitado de exercitar algum controle de adequação do representante, especialmente se auxiliado por instrumentos especialmente concebidos para facilitar sua tarefa. [Desse modo] Apesar de não estar expressamente previsto em lei, o juiz brasileiro não somente *pode*, como tem o *dever* de avaliar a adequada representação dos interesses do grupo em juízo.¹⁹⁰

De fato, o ativismo judicial vem crescendo, fruto do desenvolvimento do Direito Processual¹⁹¹ e da crescente influência do modelo da *common Law*, refletindo-se no protagonismo¹⁹² que vem assumindo, notadamente nas ações coletivas. Nesse contexto, da nova hermenêutica do Direito, a jurisprudência assume papel de destaque no ordenamento,

¹⁸⁸ Sobre a definição do termo, importante são as considerações de Antonio Gidi que observa que “Muitos autores utilizam a expressão para representar um feixe místico de poderes do juiz para conduzir o processo coletivo. Assim, sempre que propugna dar poderes novos aos juízes brasileiros, refere-se às *defining functions* dos juízes norte-americanos, de forma manipuladora, como argumento legitimante.” E conclui que “[significa], simplesmente o poder do juiz de ‘definir’ os contornos do grupo e, conseqüentemente, do processo coletivo.” GIDI, *Rumo a um código de processo civil coletivo*, p. 120.

¹⁸⁹ DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 123.

¹⁹⁰ GIDI, *A “class action” como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 132-134; GIDI, *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta*, p. 65- 68. No mesmo sentido, conf. MIRRA, *Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa*, p. 45.

¹⁹¹ Conf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995. Expõe o autor que “A necessidade de o juiz assumir a efetiva posição de condutor do processo, com ampla participação no contraditório desenvolvido pelas partes, corresponde à tendência unânime da moderna ciência processual [...]” Idem, p. 53.

¹⁹² Conf. VIGORITI, Vincenzo. *Interesse collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 271. O autor, contudo, correlaciona, de modo equivocado, os amplos poderes do magistrado à *defining function* dos juízes norte-americanos, expressão que, na verdade, conforme já registrado, limita-se a designar o poder de o juiz ‘definir’ os contornos do grupo. Nesse sentido, conf. GIDI, *Rumo a um código de processo civil coletivo*, p. 120.

agora como fonte primária, voltada a densificação de valores principiológicos, conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais.¹⁹³

Assim, uma representação inadequada deve ser considerada como uma não representação e, portanto, como fator de violação da garantia constitucional do devido processo legal, porque aos membros ausentes não será oportunizada qualquer possibilidade de discussão acerca do direito objeto de litígio. Com efeito, considerar um ente legitimado, apto a propor uma ação coletiva pelo simples fato de haver previsão legal, não demonstra preocupação com a persecução de uma tutela jurisdicional justa, efetiva e adequada¹⁹⁴.

Ademais, constitui obstáculo ao próprio direito de acesso à justiça e à participação popular pelo processo que, em meio ao fenômeno do neoprocessualismo, assume e exige novas perspectivas sociais¹⁹⁵ e passa a ser cenário de realização da democracia participativa. Trata-se de expressão da participação no processo e pelo processo.¹⁹⁶

O poder que tem o representante para tutelar os interesses dos membros ausentes do grupo a que pertence deriva do dever de adequadamente representá-los em juízo.

Não se trata de um contexto legal, mas constitucional, de devido processo legal¹⁹⁷. Se fosse o devido processo legal levado às últimas consequências, impediria a propositura de qualquer

¹⁹³ ZANETI Jr., *Processo constitucional*, p. 57.

¹⁹⁴ Antonio Gidi aponta para o problema de que “Se a incompetência do representante – ou do seu advogado – limita-se à não produção de material probatório suficiente, o problema é de menor gravidade, porque a mesma ação coletiva poderá ser reproposta, se houver a apresentação de nova prova em ação subsequente. O problema começa a ficar mais delicado, porém, se a incompetência do representante repercute na forma como o processo é conduzido ou na fundamentação jurídica da pretensão coletiva do grupo. Todos sabemos que é possível repropor a mesma ação coletiva com base em nova prova, mas não com base em uma melhor argumentação ou fundamentação. Ademais, essa regra não se aplica às ações coletivas em tutela dos direitos individuais homogêneos. Daí a importância prática do tema em nosso direito.” GIDI, *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta*, p. 63.

¹⁹⁵ Nesse sentido, Calmon de Passos enuncia que o processo, como instrumento de atuação política, deve ultrapassar os limites da tutela dos direitos individuais, de modo a proteger a coletividade. E complementa que “Cumpra proteger-se o indivíduo e as coletividades não só do agir *contra legem* do Estado e dos particulares, mas de atribuir a ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade. Despe-se o processo de sua condição de meio para realização de direitos já formulados e transforma-se ele em instrumento de formalização e realização dos direitos.” PASSOS, J. J. Calmon de. *Democracia, participação e processo*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 95.

¹⁹⁶ OLIVEIRA, *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*, p. 270.

¹⁹⁷ “Se, como não se pode esconder, o processo brasileiro é iluminado e traçado a partir do mesmo vetor do devido processo legal que norteia o sistema norte-americano, parece que não se pode buscar resolver o problema da legitimidade para agir meramente no campo da lei. Que a lei possa (e deve) indicar soluções, não há o que contestar. O que não pode fazer, todavia, é pretender, em grau de definitividade que aquela solução seja a mais

ação coletiva. Todavia, como defendeu Mauro Cappelletti, em lugar do devido processo legal tradicional, de natureza individual, deve se estabelecer um devido processo legal social¹⁹⁸, ou, como denominado na doutrina, um devido processo legal coletivo¹⁹⁹. Por meio desse novo devido processo legal, os direitos de ser citado, de ser ouvido e de apresentar defesa em juízo são substituídos por um direito de ser citado, ouvido e defendido por meio de um representante. Não por meio de qualquer representante, mas de um representante *adequado*.

De fato, a regularidade processual é assegurada aos membros ausentes com a presença obrigatória do Ministério Público como *custos legis* que também avalia a adequada representação e prima pela proteção dos interesses do grupo e de seus membros, diferentemente, pois, do sistema das *class actions*, em que o controle dessa adequação é feita exclusivamente pelo magistrado.

Desse modo, sucumbir a esse entendimento significa corroborar para um processo inadequado, como fator violador da garantia constitucional do contraditório e do devido processo legal. O paradigma de processo civil atual impõe um “conteúdo mínimo da garantia do contraditório [que] não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes”²⁰⁰, participação esta que, em sede de direitos coletivos, só se viabiliza por meio de um representante adequado.

Como bem expõe Antonio do Passo Cabral, o contraditório, dentro desse novo paradigma do processo civil constitucional, deve ser analisado sob um duplo enfoque: como direito de influência e dever de debate²⁰¹ e não mais sob o enfoque individualista, que implicava um contraditório baseado no direito de informação e reação²⁰².

adequada e a mais escorreita possível, não permitindo ao aplicador da lei liberdade para, caso a caso, valorar as situações e verificar se o espírito daquele dispositivo legal está em sintonia à cláusula constitucional precitada.” BUENO, *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, p. 129.

¹⁹⁸ CAPPELLETTI, *The judicial process in comparative perspective*, p. 304, nota 238.

¹⁹⁹ Conf. DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 138-139; MANCUSO, *Jurisdição coletiva e coisa julgada*, p. 277-291.

²⁰⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 238.

²⁰¹ CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di diritto processuale*, anno 60, n.2, 2005, p. 449-464.

²⁰² *Ibid.*, p. 453.

Antonio Gidi, ao comparar o sistema nacional com o das *class actions*, explica, entretanto, que:

[...] em ambos os casos os critérios de aferição da legitimidade já estão previamente explicitados nos respectivos textos legais. A única diferença reside no fato de que a *adequacy of representation* é um conceito juridicamente indeterminado, aberto portanto, a ser integrado no caso concreto pelo convencimento motivado do juiz e pelo sistema vinculante de precedentes, enquanto os requisitos exigidos pelo nosso direito são de caráter bem mais objetivo.²⁰³

No direito norte-americano o requisito da *adequacy of representation*, basicamente, consubstancia-se na aferição, pelo magistrado, de dois elementos: 1) vigorosa tutela pelo representante e pelo advogado; e, 2) ausência de conflito entre representante e grupo.²⁰⁴

Estudar-se-á com mais detida análise cada uma dessas questões e o modo como estas podem ser vislumbradas à luz do ordenamento nacional.

1.3.2 Elementos da representatividade adequada:

1.3.2.1 Vigorosa tutela pelo representante e pelo advogado

No modelo de litígio das *class actions*, aquele que se intitula representante do grupo e que dá início à ação coletiva não precisa da autorização²⁰⁵ dos potenciais membros desse grupo para tal; também não é o juiz quem o elege. Do mesmo modo, o consenso dos membros do grupo usualmente não é considerado pré-requisito para que o juiz certifique a ação como coletiva. Na verdade, o que se verifica com frequência é uma certa oposição dos potenciais membros do grupo ao litígio, seja porque desejam levar à demanda interesses próprios, ao invés de interesses do grupo, seja porque, muitas vezes, não desejam enfrentar litígio algum²⁰⁶.

Por essa razão é que o controle do potencial de atuação do membro autor, por meio do controle da adequada representação, demonstra-se tão necessária.

²⁰³ GIDI, Antonio. Legitimidade para agir em ações coletivas. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, n. 14, 1995, p. 61.

²⁰⁴ GIDI, A “*class action*” como instrumento de tutela coletiva dos direitos, p. 82.

²⁰⁵ Owen Fiss utiliza o termo *autonomeação*, como um conceito peculiar de representação. FISS, A teoria política das ações coletivas, p. 240.

²⁰⁶ Conf. SEXTON; MILLER; FRIENDENTHAL; COUND, *Civil Procedure*, p. 688. No entanto, ressalvando que a existência de uma autorização específica por parte dos potenciais membros do grupo implica maior ou menor reconhecimento da adequada representação, conf. FRIEDENTHAL; KANE; MILLER, *Civil procedure*, p. 766, nota 33.

A quantidade de representantes em uma lide coletiva norte-americana não influencia na análise desse requisito; do mesmo modo, o tamanho do dano individualmente sofrido pelo representante também não é determinante.²⁰⁷ De outro lado, sopesa-se o fator econômico quando analisado o alto custo da ação coletiva. Por serem as *class actions* normalmente demandas onerosas, os tribunais verificam se os intitulos representantes (bem como seus advogados) possuem situação financeira capaz de suportar esses pesados custos.

No Brasil, do mesmo modo, o processo demanda custos, mas que, tratando-se de ações coletivas, não são financiados em sua totalidade pelas partes. Com efeito, a regra contida no art. 18 da Lei 7.347/85 e art. 87 do CDC, em clara consonância com o fim público da demanda coletiva, de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, e como um meio de fomentar e viabilizar o acesso à ordem jurídica justa²⁰⁸, expressamente dispensa o adiantamento de despesas processuais.

Ressalte-se que, malgrado a norma em referência traga a previsão de que somente à *associação autora* caberá, em caso de litigância de má-fé, o pagamento de honorários advocatícios, despesas processuais e do décuplo das custas, essa norma se aplica a qualquer ente legitimado à propositura da ação coletiva, e ainda a réus e intervenientes.²⁰⁹

No entanto, ainda que vigore no ordenamento nacional coletivo o benefício da justiça gratuita, o fator econômico de alguns entes legitimados à propositura das demandas não deve ser totalmente desconsiderado. Com efeito, alguns entes coletivos necessitam se fazer representados por advogados que, a depender da complexidade do litígio e da mão de obra especializada oferecida, acordam honorários contratuais dispendiosos.

Ademais, ainda que não haja no sistema processual brasileiro uma fase preliminar de coleta de provas (*discovery*²¹⁰) antes da audiência final de julgamento (*pretrial*), é importante que a demanda coletiva esteja inicialmente bem instruída para um bom desenvolvimento processual e, para tanto, pode demandar a realização de estudos e pesquisas, muitas vezes altamente

²⁰⁷ No caso *Eisen vs. Carlisle & Jacquelin*, a pretensão monetária do representante era no valor de US \$70,00. Conf. FRIEDENTHAL; KANE; MILLER, *Civil procedure*, p. 767, nota 41.

²⁰⁸ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 135.

²⁰⁹ Conf. DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 338-340.

²¹⁰ FRIEDENTHAL; KANE; MILLER, *Civil procedure*, p 399 et. seq.

onerosos, que se veriam inviabilizados caso a lide estivesse sob os auspícios de legitimado economicamente desprovido.

Nos Estados Unidos, em verdade, a aferição da presença do requisito da adequada representação dá-se, na prática, a partir da análise da adequação do advogado.²¹¹ O advogado do grupo é considerado o representante dos interesses do grupo no tribunal; é o verdadeiro *dominus litis* das *class actions*. Deve ele representar os interesses do grupo ainda que eles estejam em conflito com os do representante. O juiz, na análise da adequação, avalia não somente sua competência técnica, mas também sua boa-fé. Considera o trabalho que o advogado realizou em identificar ou investigar a causa, sua experiência em manejar ações coletivas, outros processos complexos e processos similares, seu conhecimento acerca do direito aplicável e os recursos financeiros que vai empregar na representação do grupo²¹².

É ônus do autor provar a presença dos requisitos elencados na *Rule 23(a)*, inclusive o da sua adequação. A competência do advogado, porém, é presumida e somente com a análise do caso concreto é que se poderá afastá-la.

Em vista do incontestável esforço do advogado na demanda, dos altos riscos assumidos, seu trabalho tem que ser compensado de forma justa. Isso porque o sistema de honorários nos Estados Unidos não segue o mesmo caminho previsto no ordenamento brasileiro. Naquele sistema, ao advogado não se aplica o Princípio da Sucumbência (cada parte deverá arcar com as despesas e honorários advocatícios de seu próprio advogado), restando seu pagamento vinculado ao que a vítima do dano perceber de indenização (*contingency fee*²¹³).

²¹¹ No ano de 2003, o legislador norte-americano reformou a *Rule 23 (g) (1)* de modo a incluir a regra que determina caber ao juiz, a quem compete certificar a demanda, apontar o advogado do grupo, devendo este representar de forma justa e adequada os interesses da classe. Na última reforma por que passou a *Rule 23*, manteve-se a regra, com uma pequena alteração de texto. No original: *Rule 23(g) (1): "Appointing Class Counsel. Unless a statute provides otherwise, a court that certifies a class must appoint class counsel."*

Rule 23 (g) (2): "Standard for Appointing Class Counsel. When one applicant seeks appointment as class counsel, the court may appoint that applicant only if the applicant is adequate under Rule 23(g)(1) and (4). If more than one adequate applicant seeks appointment, the court must appoint the applicant best able to represent the interests of the class. An attorney appointed to serve as class counsel must fairly and adequately represent the interest of the class."

²¹² GIDI, A "class action" como instrumento de tutela coletiva dos direitos, p. 111; SEXTON; MILLER; FRIENDENTHAL; COUND, *Civil Procedure*, p. 691.

²¹³ "Através do sistema de *contingency fee*, nos Estados Unidos o advogado não somente custeia todas as despesas com o processo, como também condiciona o ressarcimento das despesas antecipadas e o recebimento dos honorários à hipótese de vitória na ação ou realização de acordo. Se o cliente não recebe, o advogado também não recebe: 'no win no pay' é o slogan de quase todos os advogados especializados em representar

Problema se verifica quando as indenizações são ínfimas. Visualizando essa questão, do financiamento do *private attorney general*, o ordenamento norte-americano adotou, como principal solução, a mesma utilizada na sistemática das *class action*, pois se trata de ação por meio da qual se possibilita a reunião de inúmeras pequenas pretensões, idênticas ou similares, que possivelmente não justificariam uma demanda judicial. Ou seja, permite que o representante dos membros ausentes pleiteie não somente o valor correspondente ao dano individualmente sofrido, por vezes, ínfimo, mas o valor correspondente às milhares de vítimas da violação ao direito. Os advogados seriam, dessa forma, remunerados pelo fundo comum criado com a procedência da ação (*common fund class action*).²¹⁴

No Brasil, o controle da atuação do advogado, do mesmo modo, deve ser observado, a exemplo do que se adota, resguardadas as devidas proporções, no plano processual penal²¹⁵. Nessa esteira, cabe ao magistrado verificar se a comunidade, que se faz presente no processo por meio do representante, desfruta de uma defesa adequada,²¹⁶ realizada por meio de um advogado atuante e diligente que a ela não cause prejuízos.

Isso porque no sistema processual nacional são raras as hipóteses em que a parte atua direta e pessoalmente no processo. Na prática, é o advogado quem realmente se faz presente²¹⁷.

Desse modo, considerando a finalidade pública que as demandas coletivas apresentam, de instrumentos de efetivação de direitos fundamentais, não se pode permitir que direitos

autores (*plaintiff lawyers*). Registre-se ainda que nas *class actions*, ao contrário do que se verifica nas ações individuais, o valor dos honorários do advogado do grupo não é deixado à relação contratual entre o advogado e o representante.” GIDI, *A “class action” como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 361-362.

²¹⁴ FISS, *A teoria política das ações coletivas*, p. 238-139. Ressalte-se que esta se trata de solução encartada quando se está diante de *class action* de natureza indenizatória, quando há a formação de um fundo comum por sentença ou acordo. Owen Fiss cita ainda duas outras soluções que o sistema norte-americano encontrou para o financiamento do *private attorney general*. A primeira delas foi a criação de norma de exceção à regra da sucumbência. De acordo com essa norma, prevista no *Civil Rights Attorney’s Fees Awards Act*, de 1976, é possível a fixação de prêmios, a títulos de honorários, àqueles advogados que empenharam esforços na tutela de direitos coletivos. Outra solução, para o custeio desses advogados, dá-se por meio da criação de um fundo destinado a esse propósito, financiado, pelo próprio público, por meio de receitas provenientes de impostos ou doações. *Idem*, p. 237-238.

²¹⁵ Art. 261 c/c art. 497, ambos do Código Brasileiro de Processo Penal.

²¹⁶ Em sentido contrário, entendendo que pautar o controle da adequada representação, na análise da instrução da demanda, é reduzir a problemática a uma simples questão de produção de provas, conf. ARAÚJO, Rodrigo Souza Mendes de. *A representação adequada nas ações coletivas*. 2007. Dissertação. (Mestrado em Direito). Pontifícia Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

²¹⁷ Nesse sentido, Antonio Gidi ao defender que “o juiz poderá controlar a adequação do advogado de forma indireta, através do controle da adequação do representante: um representante que escolhe mal o advogado não pode ser adequado para representar os interesses de um grupo de pessoas ausentes.” GIDI, *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*, p. 96.

pertencentes à coletividade sejam prejudicados por uma atuação desidiosa e negligente por parte do advogado.

Diante da função pública que exercem e pela importância que as ações coletivas representam no cenário jurídico-social, aliado à falta de um sistema de responsabilização em caso de má atuação²¹⁸, é que se mostra imperioso que o magistrado também se lance ao controle da atuação dos advogados nas causas. Controle que se concretizaria em paralelo ao próprio controle da atuação dos representantes, englobando o processo de fixação da legitimação coletiva por meio do que este trabalho defende como legitimação conglobante.

Assim, nas situações em que o advogado não esteja atuando pautado na ética e nos deveres de lealdade e boa-fé, ou ainda, caso se verifique que, por razões diversas como despreparo e má formação, o advogado não se mostra adequado à defesa dos direitos em litígio, deve o magistrado comunicar o representante do fato, para que seja providenciado outro advogado ou ainda nomeado um defensor público.

1.3.2.2 Ausência de conflito entre representante e grupo e entre grupo e advogado.

Consoante analisado no capítulo destinado ao estudo do interesse processual, verificou-se que, nas lides de modelo das *class actions*, o membro do grupo, para ser considerado legitimado, deve apresentar um interesse pessoal no resultado do litígio, de modo que se afigurem presentes os requisitos da tipicidade e o da adequada representação. Não é suficiente haver questão comum e tipicidade na pretensão do representante. É necessária também a presença de interesses comuns nas questões comuns, a fim de que não seja configurado conflito de interesses entre o representante e outros membros do grupo²¹⁹.

Friedenthal, Kane e Miller²²⁰ enfatizam a complexidade do instituto a ser analisado ao situá-lo como o fator mais crítico na aferição da adequada representação. Com efeito, as lides coletivas, por envolver usualmente questões complexas e uma grande numerosidade de

²¹⁸ O art. 14 do CPC prevê somente a responsabilidade por perdas e danos da parte que atua com má-fé, mas não do advogado.

²¹⁹ Sobre essa questão, Antonio Gidi ressalta que, de fato, “Não seria adequado permitir que os membros de um grupo tivessem os seus interesses representados em juízo por uma pessoa cuja pretensão fosse diferente, que buscasse uma providência (*relief*) inadequada ou cuja propositura da ação fosse totalmente desaprovada pelo grupo. GIDI, *A “class action” como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 113.

²²⁰ FRIEDENTHAL; KANE; MILLER, *Civil procedure*, p. 767.

peçoas, apresentam uma alta conflituosidade interna, podendo vir expressada no conflito entre os membros do grupo; entre representante e grupo; entre membros do grupo e o advogado e entre representante e o advogado. No presente escrito, por influenciar de modo mais incisivo o instituto que ora se avalia, será dispensado maior atenção aos conflitos que se formam entre o representante e o grupo e entre este e o advogado.

Friedenthal, Kane e Miller ressaltam, contudo, que, diante da análise da existência de conflito entre representante e demais membros do grupo²²¹, ou mesmo entre o grupo e o advogado, somente um conflito que envolva o objeto central da controvérsia é que poderá ser considerado realmente prejudicial à lide coletiva. Concluem os autores norte-americanos que, para que reste assegurada a inexistência de conflito ou colusão entre representante e grupo, deve o magistrado proceder a um cuidadoso controle sobre a relação do representante do grupo com o próprio grupo, bem como a um controle cuidadoso da relação do representante com o grupo contra quem se litiga, buscando perquirir se o representante irá, efetivamente, processar a demanda vigorosamente.²²²

Os motivos que levam a ensejar conflitos são diversos. Quando a pretensão envolve quantia monetária, o potencial conflito econômico é inquestionável. A corte não pode satisfazer-se com a definição da classe, pelo representante, com a simples análise das lesões similarmente sofridas. Esse é apenas o primeiro passo. A corte deve dispensar uma consideração mais rigorosa ao potencial conflito econômico tão comum nas *class actions*. Deve-se ter o cuidado de não se permitir que uma providência individual do representante seja obtida às expensas da classe²²³, ou seja, não se deve permitir que o representante do grupo perquiria interesses particulares, por meio da ação coletiva, às expensas dos demais membros.

A providência que se objetiva por meio da ação coletiva, bem como a conveniência de se manter seu prosseguimento, também ensejam o surgimento de conflitos entre os representantes da classe e seus membros. Nos Estados Unidos, por exemplo, são inúmeros os

²²¹ “[...] na maior parte dos casos, o conflito entre o representante e o grupo é reflexo de um conflito maior, interno ao grupo. Em tais casos, o representante poderá tutelar adequadamente apenas uma parcela do grupo e não o subgrupo em posição antagônica.” GIDI, *A “class action” como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p.114.

²²² FRIEDENTHAL; KANE; MILLER, *Civil procedure*, p. 768.

²²³ Conf. NOTE, *Class Actions: defining the typical and representative plaintiff under subsections (a) (3) and (4) of Federal Rule 23*. *Boston University Law Review*, Boston, vol. 53, 1973, p. 418-422.

casos em que os membros do grupo têm demonstrado pouco interesse em resolver seus conflitos por meio de processo judicial, vontade essa, muitas vezes, ignorada pelos juízes.²²⁴

Antonio Gidi, do mesmo modo, também enfatiza que nem todos os conflitos, passíveis de surgir dessas relações, são relevantes do ponto de vista jurídico, fazendo-se necessário, para que sejam considerados de fato prejudiciais à lide, que sejam reais e atuais.²²⁵ E conclui:

Como regra geral, somente os conflitos fundamentais e inconciliáveis quanto à pretensão ou causa de pedir do representante afetam a sua adequação. Há conflito inconciliável, por exemplo, e, conseqüentemente, representação inadequada, quando os interesses do representante são diversos dos do grupo e, para tutelar o seu interesse pessoal, o representante possa comprometer os interesses dos membros ausentes. Somente nesses casos extremos o juiz deve procurar substituir o representante por outro membro cujos interesses não estejam em conflito com os dos demais, ou, se for o caso, simplesmente negar a certificação à *class action*.²²⁶

O *leading case* que abordou essa questão no Direito norte-americano foi o já mencionado *Hansberry v. Lee*²²⁷, no qual a Suprema Corte desconsiderou os efeitos do julgado proferido em caso anterior (*Burk v. Kleiman*) a um grupo de proprietários de terra negros que consideraram seus direitos inadequadamente representados pelo autor ideológico.

Entendeu a Suprema Corte, naquele caso, ser essa uma questão insuscetível aos efeitos preclusivos da decisão, podendo ser incitada a qualquer momento, em demanda própria, por aquele que entender que seus interesses não tenham sido adequadamente representados pelo autor representante.

Havendo conflito do representante com relação a alguns membros, deverá o juiz limitar a ação àqueles que não estão em conflito ou garantir uma representação adequada de todos os interesses divergentes.²²⁸

Desse modo, não deve o representante ser declarado inadequado em face de conflito de interesses internos ao grupo, desde que os antagonismos possam ser resolvidos por meio dos expedientes disponibilizados pela *Rule 23*. Gidi elenca algumas dessas técnicas utilizadas para proteção dos interesses dos membros ausentes: “possibilidade de *opt out*, a limitação da

²²⁴ Ibid. p. 422-427.

²²⁵ GIDI, A “*class action*” como instrumento de tutela coletiva dos direitos, p. 117.

²²⁶ Ibid., p. 120.

²²⁷ Vide *supra* nota 156.

²²⁸ GIDI, A “*class action*” como instrumento de tutela coletiva dos direitos, p. 117. Em sentido contrário, conf. NOTE, Class Actions: defining the typical and representative plaintiff under subsections (a) (3) and (4) of Federal Rule 23, p. 427.

definição do grupo, a divisão do grupo em subgrupos, a intervenção dos outros representantes, a manutenção de uma ação coletiva parcial etc.”²²⁹

Também o conflito entre o advogado e o grupo deve ser rigorosamente fiscalizado pelo juiz em face dos interesses financeiros envolvidos, principalmente quando se está diante de realização de acordos e as pretensões individuais dos membros do grupo são pequenas. Assim, em vista dos altos valores que normalmente envolvem as ações coletivas, ressarcidos ao advogado em caso de procedência do pedido somente, há fundado receio de que ele possa vir a negligenciar os reais interesses do grupo.

Com vistas a evitar sejam os direitos dos membros ausentes prejudicados, a *Rule 23*²³⁰ prevê a necessidade de notificação desses membros para que a eles seja oportunizado o exercício do direito de auto-exclusão caso não concordem com os termos do acordo proposto.

Conforme já mencionado neste trabalho, o advogado do grupo é o verdadeiro *dominus litis* da demanda; é quem, na maioria das vezes, de fato custeia a ação coletiva, vindo a ser ressarcido somente ao final da ação quando julgado procedente o pedido dela, em razão do sistema de honorários (*contingency fee*).

Por se tratar de questão altamente complexa e, portanto, sensível à origem de conflitos, nas ações coletivas americanas a fixação desse valor refoge à norma tradicional que prevê sua fixação por meio de pacto contratual entre advogado e cliente, para ser decidida pelo juiz da causa.

De modo a evitar o surgimento de conflitos, a jurisprudência norte-americana tem decidido no sentido de proibir que os representantes dos grupos sejam sócios da firma da advocacia que patrocina a causa, ou que haja relação de parentesco ou de dependência financeira entre ambos.²³¹

²²⁹ GIDI, A “*class action*” como instrumento de tutela coletiva dos direitos, p. 117.

²³⁰ *Rule 23 (e) (1)*: “The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal.”

Rule 23 (e) (4): “If the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so.”

²³¹ Conf. SEXTON; MILLER; FRIENDENTHA; COUND, *Civil Procedure*, p. 691; FRIEDENTHAL; KANE; MILLER, *Civil procedure*, p. 767, nota 40.

Do mesmo modo, busca-se manter bem definido o papel do representante e do advogado, não sendo permitido que este assuma o papel daquele. Com efeito, o advogado não é representante do grupo e nem seu membro integrante.

No Brasil, o sistema de honorários aliado a pouca flexibilidade que o sistema apresenta para celebração de acordos não demandam justificativas a esse tipo de proibição.

No entanto, também aqui deve o juiz analisar, dentro da sistemática de controle da atuação do advogado, se este de fato persegue os reais interesses da classe representada, sob pena de restar inviabilizada sua atuação.

Configurada a falta de adequação do representante, pode o juiz:

Redefinir o grupo (*class redefinition*), restringindo-o aos membros adequadamente representados; notificar o grupo e convidar à intervenção outros membros para que substituam ou auxiliem o representante; dividir o grupo em sub-grupos mais homogêneos, cada qual com seu próprio representante. Enfim, o importante é que o juiz lance mão de técnicas disponíveis pela legislação de modo que a extinção da ação coletiva seja a última opção^{232 233}.

No Brasil, a despeito de não haver previsão de indivíduo como legitimado à propositura de demandas coletivas, a ausência de conflituosidade entre o grupo cujo interesse está sendo tutelado, bem como entre este e o legitimado ativo, também deve ser observada.

Não se pode olvidar que a coletividade não se faz presente na lide coletiva e seus interesses, muitas vezes, podem não ser adequadamente tutelados pelos entes legitimados na legislação. Com efeito, nem sempre se pode afirmar que o Ministério Público, nas ações em que é autor, está na defesa do que seja melhor para a sociedade ou para aquele determinado grupo que se faz representado. Assim, não raro que, alguns membros do *Parquet*, muitas vezes zelosos com o rigor formal do processo, furtem-se à luta dos reais valores sociais.

Com efeito,

²³² Conf. FRIEDENTHAL; KANE; MILLER, *Civil procedure*, p. 766, nota 31.

²³³ Ressalta Antonio Gidi que “O conceito de representação adequada, se bem aplicado, é muito mais útil do que a solução formalista do nosso direito de simplesmente declarar inexistente o processo, independentemente de ter havido ou não prejuízo ou má-fé. Isso evitaria, em muitos casos, o inconveniente de anular uma decisão justa no mérito, em face de uma mera falha processual. A contribuição para a economia e a efetividade processual seria manifesta, sem qualquer prejuízo para a justiça.” GIDI, *A “class action” como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 104.

Infelizmente, a experiência parece apontar para uma triste constatação: alguns membros do MP preferem “vestir a camisa” da Instituição do que a da sociedade e estão mais interessados em preservar o seu *status* de “protetor plenipotenciário dos direitos da sociedade” do que promover uma legislação que proporcione sua adequada tutela ainda que dela ele, MP, não deva ser o protagonista.²³⁴

Também é essa a conclusão levantada por Antonio do Passo Cabral, ao afirmar que:

Uma demanda proposta por um legitimado coletivo como o MP, que afirme fatos de maneira idêntica para todos os membros da comunidade, pode acabar, ainda que por razões de efetividade do processo, descuidar de fatos particulares, que diferenciam os danos sofridos por cada indivíduo. Pode ocultar ainda dissidências dentro da classe, vozes e opiniões diversas que, se tivessem acessado o Judiciário individualmente, poderiam inclusive ter formulado outras alegações de fato e de direito ou adotado estratégia processual diversa.²³⁵

Do mesmo modo, nem sempre as associações possuem capacidade técnica para enfrentar litígios complexos cujos efeitos negativos, em razão de uma má atuação, atingem a esfera particular dos membros da sociedade muitas vezes de modo irreversível²³⁶.

Assim, frente a alguns abusos cometidos por entes legitimados à propositura de ações coletivas, doutrina e jurisprudência já se curvam à necessidade de controle da adequada representação, pelo magistrado, a cada caso concreto.

Cabe aqui mencionar julgado do Superior Tribunal de Justiça que, sensível às peculiaridades do caso concreto, julgou pela ilegitimidade do ente que buscava tutelar interesses que divergiam do restante da categoria, cuja ementa segue transcrita:

RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - LEGITIMIDADE ATIVA DAS ASSOCIAÇÕES E SINDICATOS - POSSIBILIDADE DE DEFESA DE INTERESSES DE APENAS ALGUNS ASSOCIADOS, DESDE QUE NÃO SEJAM DIVERGENTES DOS INTERESSES DO RESTANTE DA CATEGORIA - DECADÊNCIA - PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO - NÃO OCORRÊNCIA - LEI DELEGADA Nº 43/00 DO ESTADO DE MINAS GERAIS - ENUNCIADO 266 DO STF - INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO - RECURSO IMPROVIDO.

1. Não se aplica o prazo decadencial do art. 18 da Lei nº 1.533/51, quando a pretensão da Recorrente tem caráter alimentar e corresponde à prestação de trato sucessivo, cuja eventual lesão se renova mês a mês.
2. As associações têm legitimidade para proporem mandado de segurança, na defesa de interesses da categoria, ainda que de alguns associados, desde que os interesses defendidos não sejam divergentes dos interesses dos demais associados.

²³⁴ GIDI, *Rumo a um código de processo civil coletivo*, p. 411.

²³⁵ CABRAL, A causa de pedir nas ações coletivas, p. 68.

²³⁶ Nesse sentido, conf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista forense*, Rio de Janeiro, ano 98, vol. 361, 2002, p. 5. Segue a autora: “Para casos como esse [citado supra] é que seria de grande valia reconhecer ao juiz o controle sobre a legitimação, em cada caso concreto, de modo a possibilitar a inadmissibilidade da ação coletiva, quando a ‘representatividade’ do legitimado se demonstrasse inadequada.” Idem, p. 49

3. Não cabe mandado de segurança contra lei em tese. Enunciado nº 266 da Súmula do STF.
4. Consoante jurisprudência uníssona desta Corte, inexistente direito adquirido à regime jurídico.
5. Recurso a que se nega provimento.²³⁷

Seguindo a mesma linha, também o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo:

AGRAVO REGIMENTAL - MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - ILEGITIMIDADE ATIVA - SINDICATO - INTERESSES DIVERGENTES DA CATEGORIA - PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - INEXISTÊNCIA - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1) O sindicato não tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança coletivo visando defender parte da categoria, se o ***restante dos sindicalizados tem interesses divergentes***.

2) Não há nos autos prova de que a parcela dos associados do impetrante que escolheu receber o auxílio-alimentação pelo cartão eletrônico, o fez única e exclusivamente por força da assertiva de que a percepção do benefício em espécie sofreria descontos do IRRF e do INSS.²³⁸ (Grifo do autor)

Apesar de verificada uma certa evolução na jurisprudência, extinguir o processo, nos casos de divergência de interesses ou em qualquer outro que envolva o controle do magistrado na atuação adequada do ente legitimado, não parece ser a solução mais conforme aos escopos da tutela coletiva.

Como bem observou Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr., “A exigência da representatividade adequada não pode tornar-se uma alternativa para ‘sentenças processuais’ vedando o enfrentamento da matéria de fundo. [...] A relevância das questões em debate impede solução tão drástica e ineficiente”²³⁹.

Nesse passo, mais adequado é que o juiz providencie a substituição do ente considerado ilegítimo, ou melhor, inadequado à condução do processo, à semelhança do que ocorre quando o Ministério Público ou outro ente legitimado é chamado a assumir a ação popular ou a ação civil pública em caso de desistência ou abandono do processo pelo autor, *ex vi* do art. 9^a da Lei 4.717/65 e art. 5^o, § 3^o, da Lei 7.347/85.²⁴⁰

²³⁷ RMS 19803 / MG Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, DJ 10/10/2005.

²³⁸ AgReg MS/ExS n.100060031125 Tribunal Pleno. DOJ: 26/09/2006. Des. Relator FREDERICO GUILHERME PIMENTEL

²³⁹ DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 209.

²⁴⁰ Tal solução foi pioneiramente prevista no CM-GIDI, ao estabelecer no item 3.2, art. 3^o, que “Em caso de desistência infundada, abandono da ação coletiva ou inadequação do representante, o juiz notificará amplamente o grupo e outro legitimado poderá assumir a titularidade ativa (Vide arts. 5 e 6.) Na ausência de legitimado adequado interessado em assumir a titularidade ativa da ação coletiva, o juiz extinguirá o processo coletivo sem

Assegurar uma defesa adequada mostra-se questão imperiosa no processo coletivo pela impossibilidade de as partes interessadas no resultado do litígio fazerem-se presentes. É somente por meio de um representante adequado, bem como de uma defesa igualmente adequada que se poderá afirmar que o processo de fato primou pela garantia do devido processo legal coletivo.²⁴¹

Mas não é só. Instituir um modelo de controle da legitimação adequada representa ainda o respeito à garantia constitucional do acesso à justiça e à participação popular pelo processo, porque os membros ausentes far-se-ão ouvir por meio de um ente competente e qualificado a levar seus anseios ao Judiciário.

Assim, mister é que, doutrina e jurisprudência nacionais implementem, no ordenamento, o sistema de controle judicial da representação adequada.

juízo de mérito.” Solução esta abraçada por Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr., conf. DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 209-210.

²⁴¹ “Podem variar, é certo, os critérios adotados para a aferição da representatividade adequada de um ou outro legitimado ativo, em conformidade com as opções feitas pelo ordenamento jurídico. O que não há como admitir é que, sem o reconhecimento da representatividade adequada do ente que se apresenta como portador em juízo dos interesses difusos da sociedade possa ele ser considerado legitimado para a propositura da demanda coletiva.” MIRRA, *Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado*, p. 117.

2 OS ATORES PROCESSUAIS NOS PROCESSOS COLETIVOS E SUAS PARTICULARIDADES COM RELAÇÃO À LEGITIMAÇÃO ADEQUADA E A ADEQUADA REPRESENTAÇÃO

2.1. Ministério Público

Agente privilegiado de tutela do meio ambiente e dos demais interesses coletivos é o Ministério Público, cuja atividade fiscalizadora, extremamente ampliada, enfrenta ora resistências corporativas, ora objeções ideológicas, ora pura e simples incredulidade.²⁴²

A mudança de paradigma do papel do Estado, pós-segunda Guerra Mundial, refletiu no Brasil com a promulgação da Constituição cidadã, em 1988, que insculpiu o princípio da solidariedade e da igualdade formal, além de reconhecer a ação civil pública e prever expressamente sua possibilidade de manuseio pelo Ministério Público,

Nesse contexto, o referencial liberal-individualista perde espaço e o processo civil, que atualmente enfrenta sua mais nova fase metodológica, a do formalismo-valorativo²⁴³, ganha novos escopos, impondo a necessidade de uma reformulação dos institutos processuais, bem como uma reanálise da participação das partes no processo, no que inclui a atuação do Ministério Público.

Destarte, diante desses novos fatores, visualiza-se uma gradativa evolução no papel desempenhado pelo Ministério Público que, de agente passivo e burocrático, limitado a uma atuação reflexa,²⁴⁴ passa ao papel principal na demanda coletiva.²⁴⁵ A Constituição da República lhe assegura, assim, a função de “principal agente de promoção dos valores e direitos indisponíveis, situados no vértice do ordenamento.”²⁴⁶ Trata-se de expressão de sua

²⁴² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 296.

²⁴³ Conf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

²⁴⁴ Conf. ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 97.

²⁴⁵ Com efeito, “O promotor deixou de ser um funcionário de gabinete, de conduta passiva, envolvido apenas com processos ou inquéritos instaurados por terceiros; saiu de sua escrivaninha e dos limites dos fóruns [...]” FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. *Ação civil pública, inquérito civil e Ministério Público*. In MILARÉ, Édís. *Ação civil pública*: lei 7.347/85 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 90.

²⁴⁶ TEPEDINO, *Temas de direito civil*, p. 300.

*função promocional*²⁴⁷, nos termos do estabelecido pelo art. 127 e 129 da Constituição da República.

Como bem anota Gregório Assagra de Almeida, “das concepções sobre a natureza institucional do Ministério Público, a que melhor explica sua postura institucional é a que o desloca da *sociedade política*, como órgão repressivo do Estado, para a *sociedade civil*, como legítimo e autêntico defensor da sociedade.”²⁴⁸

Nesse sentido, visualiza Marcelo Pedrosa Goulart a necessidade de se moldar o perfil institucional do órgão de um Ministério Público demandista, que deixa a cargo do Judiciário a resolução de conflitos sociais²⁴⁹, para um Ministério Público resolutivo, que atua de modo efetivo na concretização dos direitos coletivos²⁵⁰. Esse novo perfil representa, acima de tudo, uma atuação mais preventiva, que promove “o projeto constitucional e a efetividade dos valores consagrados pelo ordenamento.”²⁵¹

A necessidade de promoção dos valores constitucionais mostra-se ainda mais assente no contexto do neoconstitucionalismo que, sob o aspecto material, importa a “i) incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais e ii) a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema.”²⁵²

²⁴⁷ TEPEDINO, *Temas de direito civil*, p. 300. No mesmo sentido, conf. DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 337.

²⁴⁸ ALMEIDA, *Direito processual coletivo brasileiro*, p. 509. Completa o autor que “Esse deslocamento se justificaria por três razões fundamentais. A primeira seria a *social*, que se originou com a vocação do Ministério Público para a defesa da sociedade: ele assumiu paulatinamente um compromisso com a *sociedade* no transcorrer de sua evolução histórica. A segunda seria a *política*, que foi surgindo com a vocação da instituição para a defesa da *democracia* e das *instituições democráticas*. A terceira seria a *jurídica*, que se efetivou com a Constituição de 1988, que lhe concedeu autogestão administrativa e funcional e lhe conferiu várias atribuições para a defesa dos interesses primaciais da sociedade.” Idem, p. 509

²⁴⁹ Sobre o assunto, discorre Gregório Assagra que “A transferência para o Poder Judiciário, por intermédio das ações coletivas previstas (como a principal delas, a ACP), da solução dos conflitos coletivos não tem sido tão eficaz, pois, em muitos casos, o Poder Judiciário não tem atuado na forma e rigor esperados pela sociedade; muitas vezes extingue os processos coletivos sem o necessário e imprescindível enfrentamento do mérito. [...] o que se constata e deve ser ressaltado é o seu despreparo [do Judiciário] para a apreciação das questões sociais fundamentais.” ALMEIDA, *Direito processual coletivo brasileiro*, p. 511.

²⁵⁰ GOULART, Marcelo Pedrosa. *Ministério Público e democracia: teoria e práxis*. São Paulo: Leud, 1998, p. 96.

²⁵¹ TEPEDINO, *Temas de direito civil*, p. 300.

²⁵² BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*. n. 15, 2007, disponível em: www.direitopublico.com.br, acesso em: 12 de nov. 2008.

Nessa esteira, considerando o caráter eminentemente público do litígio coletivo, caso não figure como autor, a atuação do *Parquet* se consagra obrigatória como agente interveniente da demanda coletiva ajuizada, primando pela efetivação dos valores sociais e pela regular aplicação do direito.²⁵³

A manifestação do Ministério Público no âmbito dos conflitos de massa, no entanto, não se tem mostrado isenta de críticas, a começar pelo próprio volume de ações civis públicas hoje demandadas pela instituição.^{254_255}

Com efeito, atualmente, presencia-se uma sobrecarga na atuação do Ministério Público em lides coletivas, o que não denota, aparentemente, um problema. No entanto, demonstra a falibilidade dos demais legitimados e o subdesenvolvimento da democracia participativa, mormente quanto aos entes políticos e às associações²⁵⁶, ou seja, quanto à própria sociedade que se mantém inerte diante de um crescente paternalismo estatal²⁵⁷.

²⁵³ Cite-se a observação de Fredie Didier Jr. quanto à desnecessidade de intervenção do órgão na função de *custos legis* quando figura como autor na ação coletiva. Segundo o autor, essa não parece ser a solução mais correta, tendo em vista se tratar de funções distintas, que devem ser executadas por órgãos distintos do Ministério Público. Seguindo o mesmo entendimento, citado pelo autor, conf. Rcl n. 2.138/DF, rel. Ministro Nelson Jobim, julgado em 13.06.2007, publicado no DJ 18.04.1008, p. 94. DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 333-334.

²⁵⁴ Conf. GIDI, *Rumo a um código de processo civil coletivo*, p. 400-418; TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública e sua abusiva utilização pelo Ministério Público. In TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 140-146. Destaca Rogério Lauria Tucci não ter dúvida quanto à utilização abusiva da ação civil pública pelo Ministério Público. “Extrapolando comumente os seus membros, encarregados de aforá-las, dos limites estabelecidos na legislação específica em vigor, tem-na, conseqüente e infelizmente, desfigurado, vezes várias com o beneplácito de juízes que, exacerbando suposto interesse público, fazem por ignorar a *indispensabilidade de tratamento paritário das partes*, corolário inafastável do *devido processo legal*.” Idem p. 146.

²⁵⁵ Gustavo Tepedino observa que “A rigor, as intermináveis discussões que se têm travado sobre o tema parecem restritas ao exame das atribuições do Ministério Público do ponto de vista estrutural – isto é, o conjunto de poderes postos à disposição do *Parquet*. Não tem sido objeto de suficiente reflexão, no entanto, o perfil da instituição em seu aspecto funcional – vale dizer, a função (axiológica) atribuída pela Constituição ao Ministério Público. Sem tal definição, preliminar e imposterável, não se consegue compreender os instrumentos e o conjunto de atividades que lhe foram cometidos pelos constituintes. TEPEDINO, *Temas de direito civil*, p. 297.

²⁵⁶ Em trabalho de pesquisa de campo, realizado no Rio de Janeiro, nos anos de 1996-97, e publicado na obra de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, revela-se que, num total de 53 ACPs, 60,91% foram comandadas pelo Ministério Público Estadual, 10,34%, pelas associações e 18,39%, pelos entes públicos. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 192.

²⁵⁷ Nesse sentido, Eurico Ferraresi observa que “O lado negativo [da maciça participação do MP] é que, diante da competência do Ministério Público, a sociedade civil permaneceu inerte, uma vez que existe alguém que por ela atua. Inicialmente, na década de 80, dizia-se que a sociedade brasileira, por seu caráter individualista e contrário ao associativismo, precisava de um representante, e, com o tempo, maturidade e melhor educação, estaria apta a figurar como autora de ações coletivas, principalmente por meio de organizações não-governamentais. Porém, o que se vê, após vinte anos de edição da Lei 7.347/85, é justamente o oposto. FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In GRINOVER, Ada Pellegrini;

Nesse sentido, bem pontua Antonio Gidi quando enfatiza que “O titular primeiro da lide coletiva é a própria comunidade do direito material”. Logo, “é por esse motivo que os grupos organizados são [ou deveriam ser] o principal ente legitimado à propositura da ação coletiva”²⁵⁸, mas não o são, o que demonstra uma necessidade premente de se promover o fomento de sua participação.

Diante disso, não obstante a inegável importância do Ministério Público na tutela e na realização dos direitos coletivos, surge o momento de se modificar esse quadro legitimante apresentado pelo ordenamento atual. É tempo, repita-se, de fomentar de modo real a atuação da sociedade civil por meio das associações, de maneira a fortalecer a sociedade democrática por meio de sua participação política na gestão da coisa pública.

O perfil de atuação das associações é tema que será abordado ainda neste capítulo.

Porém, os questionamentos não se limitam ao volume de atuação do órgão, na liderança das ações coletivas, mas também se direcionam ao seu objeto de tutela. Nesse sentir, necessário que se esclareça que, quanto a esse fator, a atuação do *Parquet*, do mesmo modo, não se permite ilimitada. Ao contrário do que preconiza alguma doutrina, não goza, o órgão, de uma presunção absoluta de adequada representação²⁵⁹. Consoante já afirmado no presente escrito, nem sempre o órgão se mostra em sintonia com os reais anseios e peculiaridades da sociedade que representa, além do que, em vista da importância de seu papel na concretização de valores sociais, por vezes, mostra-se inadequada sua atuação na defesa de direitos individuais homogêneos que não gozem de relevância social.

A análise desses fatores, pelo magistrado, mostra-se imperiosa para que a demanda coletiva tenha um tratamento adequado e se potencialize a eficácia da tutela coletiva. Nesse diapasão, é possível afirmar que o juiz, ao analisar os critérios de definição da expressão *relevância social*, coloca em prática o que o presente escrito busca demonstrar nessa perfunctória análise da fixação da legitimidade do Ministério Público por meio do que se denominou legitimação

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 138-139.

²⁵⁸ GIDI, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 407.

²⁵⁹ Nesse sentido, conf. VIGLIAR, *Tutela jurisdicional coletiva*, p. 146; MAZZILLI, *A defesa dos interesses em juízo*, p. 295-296.

conglobante²⁶⁰ para as ações coletivas, ou seja, o juiz verifica se a legitimidade em questão está autorizada pelo ordenamento jurídico (a legitimidade do MP na tutela da coletividade é fomentada pelo ordenamento constitucional), para, depois, *in concreto*, verificar a presença de elementos indicativos de que haverá adequada representação que, *in casu*, consubstancia-se na análise da presença de relevância social.

Nesse contexto, é possível que se conclua pela possibilidade de se firmar a legitimidade do Ministério Público para qualquer ação coletiva, inclusive quando se tratar de Mandado de Segurança Coletivo, consoante será logo mais demonstrado, a partir do ordenamento jurídico, desde que de acordo com as suas finalidades institucionais e atribuições constitucionalmente determinadas.

2.1.1 O Ministério Público e a defesa dos direitos individuais homogêneos

Questão que ainda suscita discussão em sede doutrinária e jurisprudencial, refere-se à possibilidade ou impossibilidade de tutela dos chamados interesses individuais homogêneos pelo Ministério Público.

Eis que surgem, inicialmente, dois entendimentos: o primeiro, que não admite a possibilidade de tutela dos direitos individuais homogêneos pela instituição (*Teoria Restritiva*), baseando sua teoria numa suposta omissão constitucional na previsão desse tipo de tutela pelo Parquet e o segundo entendimento que, apesar de defender a legitimidade do órgão para a tutela dos direitos em questão, diverge seus fundamentos quanto aos limites e alcance dessa legitimidade, o que levou à formação de outras três correntes: a primeira delas (*Teoria Ampliativa*²⁶¹) visualiza sempre a possibilidade de atuação do órgão na tutela de todo e qualquer DIH, porque o interesse público imanente às demandas coletivas seria condição suficiente a tornar tais direitos indisponíveis; a segunda corrente, por sua vez, defende a legitimidade do MP somente nos casos em que o direito individual homogêneo seja considerado indisponível (*Teoria restritiva aos DIH indisponíveis*²⁶²) e, por fim, a terceira

²⁶⁰ Conf. por todos ZANETI Jr., Hermes. *Mandado de Segurança Coletivo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 96-97; ZANETI Jr., Hermes. O mandado de segurança coletivo e os anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos (CBPC/IBDP e CBPC/UERJ/UNESA). In DIDIER Jr., Fredie; MOUTA, José Henrique. *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 237-260.

²⁶¹ Conf. ALMEIDA, *Direito processual coletivo brasileiro*, p. 514; VENTURI, *Processo civil coletivo*, p. 194.

²⁶² Conf. ROCHA, *Ações coletivas*, p. 168.

corrente (*Teoria Eclética*²⁶³) que considera adequada a legitimidade do Ministério Público quando o DIH esteja revestido, no caso concreto, de relevante interesse social.

Seguir-se-á à análise de cada uma delas.

A *Teoria Restritiva*, que considera ilegítimo o MP para tutela dos DIH, funda seu entendimento, basicamente, no fato de a Constituição da República não ter feito remissão expressa a tais direitos quando cuidou das atribuições do Ministério Público, concluindo pela sua ilegitimidade quando se tratar de direitos individuais homogêneos.

Trata-se de argumento, todavia, inadequado. Não é correto afirmar que a Constituição da República foi omissa quanto à previsão de tutela dos direitos individuais homogêneos, pelo Ministério Público, pelo simples fato de que tal espécie de direito coletivo só viria a ser previsto no ordenamento a partir de 1990, com a publicação do Código de Defesa do Consumidor, em momento posterior, portanto, à publicação da Constituição da República.²⁶⁴

Ademais, dispõe o art. 129, III, da Constituição da República, que compete ao Ministério Público a tutela, por meio da ação civil pública, do patrimônio público e social, *além de outros interesses difusos e coletivos*, ou seja, o dispositivo não faz qualquer especificação ou

²⁶³ Conf. DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 335; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sobre legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos. In MILARÉ, Édís. *Ação civil pública. Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 446; TEPEDINO, *Temas de direito civil*, p. 310; MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 100-101; ARAÚJO, *Ações coletivas*, p. 111-114; ZAVASCKI, *Processo coletivo*, p. 232-234; WATANABE e. al., *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 837; LEONEL, *Manual do processo coletivo*, p. 190-191; GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública no STJ. In GRINOVER, Ada. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 27. Neste ensaio, a autora colaciona diversos julgados em que o STJ reconhece a legitimidade do MP quando presente o relevante interesse social. Só para citar alguns, em tema de mensalidades escolares, conf. STJ, Resp. n. 70.997-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; Resp. n. 39.757 – MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fontes de Alencar. Em tema de reajuste de benefício previdenciário, conf. MS 0505341 – 92 – TRF 5; AC 0513699 – 92 – RN) Idem, p. 27; ABELHA RODRIGUES, *Ação civil pública e meio ambiente*, p. 73. Registre-se que, segundo Marcelo Abelha, a característica do *relevante interesse social* deve estar presente não somente diante de direitos individuais homogêneos, mas também diante de direitos coletivos em sentido estrito, para que reste configurada a legitimidade do MP. Tal exigência, segundo o autor, justifica-se em razão do caráter privado de tais direitos, porque restritos a uma coletividade determinada. Conf. ABELHA RODRIGUES, *Ação civil pública*, p. 283.

²⁶⁴ Segundo Ada Pellegrini Grinover, “[...] cumpre notar que a Constituição de 1988, anterior ao CDC evidentemente não poderia aludir, no art. 129, III, à categoria dos interesses individuais homogêneos, que só viria a ser criada pelo Código. Mas, na dicção constitucional, a ser tomada em sentido amplo, segundo as regras de interpretação extensiva (quando o legislador diz menos quanto quis), enquadra-se comodamente a categoria de interesses individuais, quando coletivamente tratados.” WATANABE et. al, *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 890. No mesmo sentido, conf. MANCUSO, *Sobre legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos*, p. 444.

limitação, tarefa relegada ao legislador infraconstitucional que, de fato, viria a cumpri-la dois anos depois com a promulgação da lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

A referida norma elencou, no art. 81 e seguintes, as espécies de direitos coletivos *lato sensu*, assim definindo os direitos difusos, coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos. Regulou ainda a simbiose com a Lei 7.347/85 por meio do art. 21 que determina a aplicação dos dispositivos constantes no Título III do CDC às ações civis públicas.

Considerando que compete ao Ministério Público a promoção da ação civil pública, do que se extrai do disposto no art. 127, CF, aliado ao disposto na Lei Complementar 75/93, art. 6º, XII, que regula a atribuição do Ministério Público na promoção da ação civil pública para defesa de interesses individuais homogêneos, extrai-se a inelutável legitimidade do Ministério Público para a tutela dos direitos em questão.

Acrescente-se a isso a autoaplicabilidade da norma constitucional inserida no art. 127, imbuída de força normativa e eficácia suficientes a legitimar o MP, fundamentos que afastam a tese de que citado dispositivo, por trazer um conteúdo amplo, culminaria com um objetivo eminentemente programático.

Ademais, como bem salienta Teori Albino Zavascki, a norma constitucional, ainda que de conteúdo programático, apresenta algum grau de eficácia e operatividade, características que se fazem presentes na norma do art. 127, CF.²⁶⁵ Ou seja, trata-se de “autorização constitucional genérica de substituição processual para a tutela de direitos indisponíveis (art. 127 da Constituição), satisfazendo amplamente a exigência normativa e habilitando a instituição para a defesa de quaisquer direitos individuais indisponíveis”.²⁶⁶

No entanto, admite o autor que, malgrado a existência desse regime de exceção, no modelo brasileiro, quanto à substituição processual (daí o termo *legitimação extraordinária*), a tendência em sede de tutela coletiva é a expansão dessas hipóteses, ressaltando ainda que a

²⁶⁵ Conf. ZAVASCKI, *Processo coletivo*, p. 239. Pondera ainda o autor que “deixar de observar a norma constitucional ao argumento de que não é auto-aplicável, porque carece de regulamentação infraconstitucional, implica atribuir ao Poder Legislativo a pecha de inconstitucionalidade por omissão. Isso é grave. É o mesmo que atribuir-lhe a inconstitucionalidade por ação, vale dizer, por ter aprovado lei inconstitucional.” Idem, p. 240.

²⁶⁶ GODINHO, Robson Renault. *O Ministério Público como substituto processual no processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 25.

Constituição da República, ao incumbir ao Ministério Público a defesa dos interesses sociais (art. 127), não previu “qualquer condição ou limite processual a essa atribuição.”²⁶⁷

Ademais, consoante já assentado no presente trabalho, a partir da tese elaborada pelo professor Arruda Alvim, a legitimação extraordinária não é inferida, necessariamente, a partir de expressa autorização da lei, mas de todo o ordenamento, desde que não se mostre em desacordo com as normas jurídicas e os princípios do ordenamento coletivo.

Nesse sentido, já se inclina a jurisprudência dos tribunais, de modo a admitir, cada vez mais, a legitimidade do *Parquet* para tutela dos direitos individuais homogêneos. No entanto, resta saber se a legitimidade do MP configura-se em qualquer hipótese, tendo em vista a presença ínsita de interesse público primário nas demandas coletivas (*Teoria Ampliativa*), ou se faz necessária a presença do atributo da indisponibilidade (*Teoria restritiva aos DIH*) e/ou da relevância social de tais direitos (*Teoria Eclética*).

A presente pesquisa buscará demonstrar que a Teoria Eclética é a que melhor fundamenta a legitimação do *Parquet* em sede de tutela de direitos individuais homogêneos.

Primeiramente, ao contrário do que preconiza alguma doutrina, não é correto considerar os direitos individuais homogêneos como sendo direitos meramente individuais e, portanto, passíveis de se caracterizarem como disponíveis. A indisponibilidade é ínsita a esses direitos²⁶⁸ quando *globalmente considerados*, por se tratar de espécie de direito metaindividual.²⁶⁹ “Disponível é, apenas, cada um dos direitos isolada e individualmente considerados, por parte do seu titular individual, e não os direitos individuais homogêneos como um todo (coletivamente considerados).”²⁷⁰

Nesse sentido Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr. concluem que:

²⁶⁷ Conf. ZAVASCKI, *Processo coletivo*, p. 232.

²⁶⁸ Conf. ZANETI Jr., Hermes. Derechos colectivos *lato sensu*: la definición conceptual de los derechos difusos, de los derechos colectivos *stricto sensu* y de los derechos individuales homogêneos. In GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.) *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos*: hacia un código modelo para iberoamérica. México: Porrúa, 2003, p. 50; ZANETI Jr., Hermes. Direitos coletivos *lato sensu*: a definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos *stricto sensu* e dos direitos individuais homogêneos, p. 232. In AMARAL, Guilherme Rizzo; CARPENA, Márcio Louzada. (Coord.). *Visões críticas do processo civil brasileiro. Uma homenagem ao prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 80-82.

²⁶⁹ Conf. RE 163.231- SP, Rel. Ministro MAURÍCIO CORRÊA, TRIBUNAL PLENO, Julgado em 26/02/1997, DJ 29/06/2001.

²⁷⁰ GIDI, Legitimidade para agir em ações coletivas, p. 63.

Esta visão [de considerar os DIH como direitos individuais coletivamente tratados] mostra-se excessivamente restritiva e afastaria os DIH dos princípios gerais da tutela coletiva, aplicáveis ao rol expressamente criado pelo CDC, e referendados agora por todas as propostas de Código Processual Coletivo, relegando-os a personagem de segunda categoria na proteção coletiva.²⁷¹

Com efeito, os direitos individuais homogêneos não são direitos individuais ou acidentalmente coletivos ou ainda subjetivos individuais na acepção tradicional, como mencionam alguns estudiosos do tema, mas direitos que, por ficção jurídica, foram alçados à categoria de coletivos, devendo assim, ser tutelados. Logo, assentar que a legitimidade do Ministério Público reserva-se aos casos em que a indisponibilidade dos DIH se afigura presente não é adequada na medida em que fraciona o tratamento que deve ser dispensado aos direitos coletivos como um todo.

No entanto, ainda que se considere o caráter da indisponibilidade de todo e qualquer direito individual homogêneo e ainda que se afirme o caráter público dos litígios coletivos, não é dado ao Ministério Público a tutela de qualquer direito individual homogêneo, mas somente daquele que se reveste de relevância social.

De fato, considerando o volume de trabalho que é conferido ao órgão, bem como os fins institucionais para que foi criado, mostra-se mais adequado limitar sua atuação, “[...] sob pena de amesquinamento da relevância institucional do *Parquet*, que deve estar vocacionado, por definição constitucional, à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos *interesses sociais e individuais indisponíveis*”²⁷².

Com efeito, como bem observa Hugo Nigro Mazzilli, “Não teria sentido, *v.g.*, pôr o Ministério Público em defesa de meia dúzia de importadores de carros de luxo danificados no transporte, ainda que se trate de interesses individuais homogêneos, não haveria expressão social a justificar sua atuação.”²⁷³

Seguindo o mesmo entendimento, Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr.:

Temos incluído nos elementos do nosso conceito de direitos coletivos sempre a presença do interesse público, mas, nem por isso, defendemos a legitimação do MP para todas as demandas coletivas. Isso ocorre por ser clara, pelo menos para nós, a

²⁷¹ DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual cívil*, p. 81.

²⁷² WATANABE, *Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense*, p. 187.

²⁷³ MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 103. Ressalte-se que o autor, em sentido contrário ao proposto no presente trabalho, defende que o critério da relevância social também deve ser aplicado aos direitos coletivos *stricto sensu* com vistas a justificar a legitimação do MP. *Idem*, p. 101-102.

distinção entre o estado ideal de coisas (mera abstração das idéias) e a realidade do concreto *mundo fenomênico*. Nesse sentir, viola o senso crítico a possibilidade do Ministério Público tomar a iniciativa de investigar e propor ação que beneficie titulares de direitos individuais disponíveis porque possam se organizar adequadamente e não dependam de sua intervenção (como, por exemplo, a discussão sobre a obrigatoriedade de “associação” dos policiais militares do Distrito Federal).²⁷⁴

Destarte, não obstante a forte e presente atuação do Ministério Público no âmbito da tutela dos direitos coletivos, “A multiplicação de casos a [seu] cargo [...] expõe [...] a instituição a graves riscos, como o do indevido inchaço de seus quadros, o da banalização e burocratização da atuação e, sobretudo, o da perda da eficiência no enfrentamento das questões mais sérias e de maior relevância social.”²⁷⁵

O entendimento dos tribunais, todavia, não se mostra uníssono e oscila, ora defendendo a presença do direito individual homogêneo como condição suficiente à legitimação do MP²⁷⁶, ora afirmando a necessidade da presença, no caso concreto, do interesse social²⁷⁷.

Nesse contexto, não se pode ignorar a crítica de Elton Venturi que afirma que os critérios utilizados pelos tribunais nem sempre se mostram razoáveis na delimitação do conceito *relevância social*, em razão do seu caráter aberto e indeterminado²⁷⁸.

Certamente essa crítica aplica-se a recente julgado do STJ, dado no Resp 858056 / GO, rel. ministro João Otávio de Noronha, que decidiu não ser legítimo o Ministério Público para pleitear, em juízo, o pagamento aos contratantes do DPVAT – chamado de seguro obrigatório –, da complementação dos valores pagos a menor na hipótese de ocorrência de sinistro. Considerou que, naquele caso concreto, estar-se-ia diante de direitos individuais identificáveis

²⁷⁴ DIDIER Jr.; ZANETI Jr, *Curso de direito processual civil*, p. 336. No mesmo sentido, conf. WATANABE, Demandas coletivas e problemas emergentes da práxis forense, p. 186-187. Segundo o autor “não se pode ir ao extremo de permitir que o Ministério Público tutele interesses genuinamente privados sem qualquer relevância social (como os condôminos de um edifício de apartamentos contra o síndico ou contra terceiros, ou os de grupo de uma sociedade contra outro grupo da mesma sociedade, a menos que esteja inequivocadamente presente, por alguma razão específica, o interesse social), sob pena de amesquinamento da relevância institucional do *Parquet*, que deve estar vocacionado, por definição constitucional, à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF).” Idem, p. 187.

²⁷⁵ FERRAZ, Ação civil pública, inquérito civil e Ministério Público, p. 91.

²⁷⁶ Conf. Resp 806304/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02.12.2008, DJ 17.12.2008; Resp 797963/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07.02.2008, DJ 05.03.2008.

²⁷⁷ Conf. Resp 683705/PE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27.09.05, DJ 21.11.2005; Resp 396081/RS, Rel. Ministra THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgado em 02.09.2008, DJ 03.11.2008; EREsp 644821/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, CORTE ESPECIAL, Julgado em 04.06.2008, DJ 04.08.2008.

²⁷⁸ VENTURI, *Processo civil coletivo*, p. 192-193.

e disponíveis, concluindo que o fato de a contratação do seguro ser obrigatória e atingir parte da população que se utiliza de veículos automotores, não seriam condições suficientes a caracterizar tais direitos como indivisíveis ou indisponíveis, ou ainda de relevante interesse social.

No caso em análise, mostra-se clara a ausência de critérios razoáveis sob os quais se fundou o julgado, a ponto de não considerar presente o relevante interesse social que, *in casu*, é patente.

Como bem expõe Ada Pellegrini Grinover, a relevância social pode estar relacionada não somente ao direito objeto do litígio, mas também inferida pela própria tutela coletiva tendo em vista as peculiaridades do conflito de interesses. Exemplifica sua explanação com o caso de um fabricante de óleo comestível que, em razão da má qualidade do produto, acarrete prejuízos individuais aos seus consumidores. Nesse exemplo, não obstante o dano individual ser considerado ínfimo e, portanto, economicamente irrelevante, se vier a ser considerado coletivamente, ganha contornos significativos a ponto de justificar o movimento do aparato estatal para sua reparação.²⁷⁹

Nesses casos, “de dispersão muito grande de consumidores e lesados e de insignificância da lesão na perspectiva individual, haverá certamente relevância social na tutela coletiva, para que o fornecedor seja obstado no prosseguimento da prática ilícita.”²⁸⁰ E seriam esses os fatores que deveriam ter sido sopesados para fundamentar e afirmar a legitimação do órgão do Ministério Público para pleitear indenizações aos contratantes do seguro obrigatório (DPVAT).

Quanto ao argumento de que a patrimonialidade do direito furtaria seu caráter indisponível e que, por essa razão, não caberia ao Ministério Público perquirir reparação de danos sofridos por particulares, é inadequado e deve ser afastado, uma vez que a indisponibilidade do direito é determinada não pela sua pretensão ressarcitória, mas pela “indisponibilidade do interesse atingido pela relação jurídica originária.”²⁸¹

²⁷⁹ GRINOVER, A ação civil pública no STJ, p. 27.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 27.

²⁸¹ TEPEDINO, *Temas de direito civil*, p. 312. Desse modo, “Uma vez atingidos direitos fundamentais do homem, como a saúde, a educação, o meio ambiente, tem-se por violados interesses indisponíveis, ainda que desses mesmos interesses decorram danos conversíveis em parcela patrimonial individualizada em relação a cada um dos titulares da ação.” *Idem*, p. 312.

Ademais, não se deve olvidar o *sentido social* a que a ação civil pública se presta, no sentido de se tomar como um instrumento inibitório de ilícito. Com efeito, usualmente, ilícitos são perpetrados em desfavor da sociedade, seja por meio de cobrança de tributos através de normas sabidamente inconstitucionais, seja por meio da violação aos direitos do consumidor, sempre embasados na tendência a que a sociedade perpassa no sentido de não ir a juízo pleitear seus direitos coletivos.²⁸²

Desse modo, constada a presença do critério da relevância social, pelo magistrado no caso concreto, a partir do que foi exposto, permite-se seja fixada a legitimidade do Ministério Público, em face de sua adequada representação para a tutela de direitos individuais homogêneos, bem como afastá-la, por meio do ordenamento jurídico, quando inadequada, nos casos em que não se figurar presente a *relevância social* dos direitos envolvidos, motivo pelo qual este trabalho vem denominando de legitimação conglobante.

2.1.2 O Ministério Público e a sua legitimidade no MS Coletivo

O debate em torno da legitimidade do Ministério Público para ajuizar mandado de segurança coletivo ainda não se mostra pacificado.

Nesse contexto, importante é o questionamento levantado por Hermes Zaneti Jr. no sentido de se saber que motivo levou o legislador, na constituinte, a não incluir o MP no rol de legitimados. Colaciona-se aqui, pela importância, a explicação do autor:

O fato é que a Constituição de 1988 não foi redigida linearmente. O Capítulo IV, Seção I, da Constituição Federal de 1988, referente ao Ministério Público, teve forte influência dos membros do próprio Ministério Público, o mesmo não ocorrendo com o art. 5º, no qual se aglutinaram setenta e quatro incisos, redigidos por diversas comissões e, por vezes, sem completa consonância (quanto à lógica formal) com os dispositivos subsequentes. A essa constatação some-se o fato de que na Constituição anterior a independência e a autonomia do Ministério Público eram comprometidas em relação ao Estado. por outro lado, cabe salientar que o espírito é o mesmo, tanto no art. 129, III, quanto no art. 5º, LXX, qual seja, instrumentalizar o direito coletivo *lato sensu*. ocorre que, neste último, o constituinte entendeu manter o instituto, destinado à correção da ilegalidade de autoridade pública, nas mãos da sociedade

²⁸² WATANABE, et. al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 839.

civil, em uma postura de fortalecimento da participação democrática e da educação para a cidadania.²⁸³

Importante que se esclareça que o mandado de segurança coletivo não se apresenta na Carta Magna (art. 5^a, LXX, CF) como um novo instrumento de tutela de direitos, mas apenas como uma nova espécie de mandando de segurança²⁸⁴. Com efeito, o mandado de segurança individual, previsto no Inciso LXIX, art. 5^o, CF, mostra-se instrumento hábil à tutela de *qualquer direito*²⁸⁵. Significa dizer que o mandado de segurança individual “já possuía características e base constitucional para tutelar também direitos coletivos. Bastava, para isso, que o legislador ordinário conferisse legitimidade ao impetrante [...]”²⁸⁶

Desse modo, pode-se afirmar que os requisitos para a impetração do mandado de segurança coletivo, ressalvadas as peculiaridades de uma demanda coletiva, são os mesmos exigidos à impetração do mandado de segurança individual. A Constituição da República, por sua vez, limitou-se a dispor acerca da legitimidade para impetração do instrumento coletivo, alçando o instituto à categoria de *autêntica ação coletiva*²⁸⁷. A legitimidade para agir, contudo, não é o único fator que diferencia ambas as espécies de mandado de segurança²⁸⁸, “uma vez que essa ampliação de legitimidade resulta em grave repercussão na estrutura do próprio processo (assim como na ação e na jurisdição).”²⁸⁹

²⁸³ ZANETI Jr., Hermes. A efetividade do mandado de segurança coletivo no Código Brasileiro de Processos Coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio G. de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 390; Também transcrito em DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 346.

²⁸⁴ “Mais propriamente dir-se-ia que tanto o mandado de segurança coletivo como o individual são espécies do gênero ‘mandado de segurança.’” GIDI, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 78, nota 191. Conf. ainda TUCCI, “*Class action*” e mandado de segurança coletivo, p. 38-49 passim; BULOS, Uadi Lamêgo. *Mandado de segurança coletivo em defesa dos partidos políticos, associações, sindicatos, entidades de classe*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 35; ZANETI Jr., *Mandado de segurança coletivo*, p. 55-56; PASSOS, J. J. Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data: Constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 7; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada*. *Revista de processo*, São Paulo, ano 15, n. 58, 1990, p. 75.

²⁸⁵ ABELHA RODRIGUES, Marcelo; FIORILLO, Celso Antonio; NERY, Rosa Maria. *Direito processual ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 192.

²⁸⁶ ZAVASCKI, *Processo coletivo*, p. 213.

²⁸⁷ GIDI, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 78.

²⁸⁸ Em sentido contrário, entendendo ser a legitimidade para agir o único elemento distintivo de ambas as espécies de mandado de segurança, conf. PASSOS, *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data*, p. 7.

²⁸⁹ GIDI, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. Conclui o autor ainda que “como ação coletiva que é, deverá ter certas peculiaridades no que diz respeito ao pedido, ao procedimento, à sentença, à coisa julgada, à liquidação e à execução, por exemplo.” Idem, p. 79; No mesmo sentido, conf. ZANETI Jr. *Mandado de segurança coletivo*, p. 57.

Nesse sentido, bem expõe Hermes Zaneti Jr:

A afirmação de que apenas se alterou a legitimação ativa desconhece ou desvaloriza as profundas conseqüências procedimentais provocadas por tão “simples alteração”. A alegação de que seriam tuteláveis, já pelo mandado de segurança individual, os direitos coletivos e difusos é anistórica, não considera a realidade forense e utiliza como paradigma casos esporádicos que só vieram reforçar a necessidade e a amplitude do *mandamus* coletivo.²⁹⁰

Assim, premissa necessária a se fixar para que a referida questão da legitimidade do MP, seja sistematizada, de forma a melhor beneficiar a tutela coletiva, diz respeito à caracterização do Mandado de Segurança coletivo como instrumento viável à defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos²⁹¹.

Nessa esteira, não obstante seja esse o entendimento atualmente defendido pelo autor, Teori Albino Zavascki impunha forte objeção quanto ao reconhecimento do MS coletivo como um novo instrumento reservado à tutela de direitos coletivos, argumentando tratar-se “*apenas [de] uma forma de defesa coletiva de direitos individuais*”²⁹²

Corroborava seu posicionamento o fato de a previsão constitucional (artigo 5^a, LXX) não fazer qualquer remissão à atuação do *Parquet*. Com efeito, o art. 5^o, LXX nada dispõe. Segue o artigo: – o mandado de segurança coletivo poderá ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Assim, afirmava Teori Albino Zavascki que:

Se o propósito do mandado de segurança coletivo tivesse sido o de viabilizar a tutela de direitos coletivos, não se poderia compreender que entre os legitimados a utilizá-lo não estivesse o MP, a quem a Constituição atribuiu, como função institucional, a defesa dessa categoria de direitos (CF, art. 129, III). Sua exclusão na verdade, evidencia mais uma vez que o mandado de segurança coletivo é instrumento de

²⁹⁰ ZANETI Jr., *Mandado de segurança coletivo*, p. 79.

²⁹¹ Nesse sentido, conf. GRINOVER, *Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada*, p. 79; GIDI, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 78; ZANETI Jr., *Mandado de segurança coletivo*, p. 60; ALMEIDA, *Direito processual coletivo brasileiro*, p. 278-279. Ressalve-se a posição de Cruz e Tucci, para quem o mandado de segurança coletivo destina-se à tutela somente dos direitos coletivos. TUCCI, “*Class action*” e *mandado de segurança coletivo*, p. 40-41. Uadi Lamêgo, por sua vez, restringe a utilização do *writ* à tutela dos direitos individuais homogêneos e coletivos, julgando inapropriado à tutela dos direitos difusos. Conf. BULOS, *Mandado de segurança coletivo em defesa dos partidos políticos, associações, sindicatos, entidades de classe*, p.46-47.

²⁹² ZAVASCI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista jurídica*, Porto Alegre, n. 212, 1995, p. 22.

defesa de direitos individuais, defesa que, em princípio, é incompatível com as atribuições constitucionais do MP (CF, art. 127).²⁹³

Ou seja, significava a defesa de uma previsão que certamente não se coadunava com os fins institucionais atribuídos pela Carta política ao *mandamus*, em patente contradição ao que propalava Ada Pellegrini Grinover quanto à necessidade de se potencializar tal instrumento constitucional, impondo-se como regra ao legislador e ao intérprete a “de que somente serão consentâneos com a Lei Maior a norma e a exegese que consigam extrair do preceito constitucional a maior carga possível de eficácia e efetividade.” Nesse contexto, conclui que “Qualquer lei ou qualquer interpretação restritivas serão inquestionavelmente inconstitucionais.”²⁹⁴

Refutando o entendimento de Teori Albino Zavascki, contra-argumentava Hermes Zaneti Jr. ao expressar que “em que pese a autoridade do autor, não parece decisiva a ponderação, pois como esclarece a lição do mesmo doutrinador, ‘o rol de legitimados a impetrar segurança coletiva...constitui, como tal, núcleo mínimo de legitimação que, se não pode ser reduzido nem limitado pelo legislador ordinário, nada impede que seja por ele ampliado’.”²⁹⁵

Aliás, era esse também o entendimento de Hermes Zaneti Jr, no sentido de só entender possível a legitimação do Ministério Público em caso de expressa menção em lei, ainda que ordinária, autorizando a atuação do *Parquet* em sede de mandado de segurança coletivo.²⁹⁶

Revedo seu posicionamento, no entanto, o autor passa a fundar seu posicionamento na tese da legitimidade ativa nas ações coletivas como decorrente do ordenamento jurídico, podendo ela ser inferida a partir de uma interpretação sistemática do próprio microsistema coletivo²⁹⁷, por meio do controle da legitimação adequada. Ou seja, uma vez permitida pelo ordenamento,

²⁹³ ZAVASCI, Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos, p. 22. Ainda nesse sentido, entendendo que a previsão de legitimados previstos na Constituição da República para manuseio do *writ* coletivo é taxativa, conf. TUCCI, “*Class action*” e *mandado de segurança coletivo*, p. 49.

²⁹⁴ GRINOVER, Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada, p. 76.

²⁹⁵ DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 345.

²⁹⁶ ZANETI Jr., *Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controvertidos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editores, 2001.

²⁹⁷ Consoante já exposto em linhas atrás, é possível afirmar a existência de um microsistema processual coletivo mínimo para a legitimação coletiva, constituído este pelo art. 5º da LACP e pelo art. 82 do CDC. Com efeito, trata-se de um microsistema mais limitado se comparado com o microsistema geral da tutela coletiva que inclui ainda, só para citar algum exemplo, a lei de improbidade administrativa, o estatuto da criança e do adolescente dentre outros. Essa distinção, com relação à legitimação para agir, explica-se pelas peculiaridades que cada tipo de ação apresenta.

poderá incidir o controle judicial em face das situações em que o ordenamento jurídico indique ser ou não a legitimação adequada. Tese esta defendida na presente pesquisa.

Nas palavras do autor:

Neste sentido, correta é a indicação de que o ordenamento jurídico poderá legitimar o Ministério Público para o ajuizamento de qualquer ação coletiva, desde que de acordo com as suas finalidades institucionais e atribuições constitucionalmente determinadas. Isso ocorre, por exemplo, nos casos em que o Ministério Público tenha necessidade de ajuizar uma ação de mandado de segurança para assegurar a adequada e efetiva tutela dos direitos coletivos lato sensu. Muito embora não exista expressa previsão legal, não se pode duvidar que existe legitimação conglobante do MP para tanto, já que o microsistema do processo coletivo fomenta e promove a tutela dos direitos coletivos pelo *Parquet*.²⁹⁸

Diante desse quadro, Teori Albino Zavascki revê seu posicionamento afirmando reconsiderar “em parte, a posição adotada em estudo sobre Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos [...] quanto à natureza dos direitos e os limites da legitimação de que trata o art. 5º, LXX, da CF. Procedentes, no particular, as observações críticas de Zaneti Jr.”²⁹⁹

No caso em tela, como bem ressaltou Marcelo Dantas³⁰⁰, é possível conferir legitimidade ao *Parquet* sob o argumento de que outros dispositivos constitucionais que não o art. 5º, LXX, CF, autorizam-no à defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, consoante o disposto nos arts. 127 e 129, ambos do texto constitucional.

Ressalte-se que os projetos CBPC-IBDP (art. 41 e 42) e o CBPC-UERJ/UNESA (art. 45 e 46) trazem previsão expressa quanto à legitimidade do Ministério Público para a utilização do *mandamus* coletivo, em clara consonância com os objetivos constitucionais a esse órgão dispensados.

2.2. Associações, sindicatos e partidos políticos.

As associações, bem como os sindicatos e os partidos políticos também estão autorizados a demandar ações coletivas, para a tutela de direitos e interesses difusos que transcendem a

²⁹⁸ ZANETI Jr, O mandado de segurança coletivo e os anteprojetos de código brasileiro de processos coletivos (CBPC/IBDP e CBPC/UERJ/UNESA), p. 241.

²⁹⁹ ZAVASCKI, *Processo coletivo*, p. 214, nota 11.

³⁰⁰ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de segurança coletivo: legitimação ativa*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 105. Ainda nesse sentido, conf. ABELHA RODRIGUES; FIORILLO; NERY, *Direito processual ambiental brasileiro*, p. 200.

esfera individual de seus membros e associados. Nessa base, atribuir legitimidade aos corpos intermediários, para tutelar direitos da coletividade, certamente, implica novas formas de gestão da coisa pública. Com efeito, impõe

Uma gestão participativa, como instrumento de racionalização do poder, que inaugura um novo tipo de descentralização, não mais limitada ao plano estatal (como descentralização político-administrativa), mas estendida ao plano social, com tarefas atribuídas aos corpos intermediários e às formações sociais, dotados de autonomia e de funções específicas. Trata-se de uma nova forma de limitação ao poder do Estado, em que o conceito unitário de soberania absoluta do povo, delegada ao Estado, é limitada pela soberania social atribuída aos grupos naturais e históricos que compõe a nação.³⁰¹

Pela maior proximidade com a sociedade³⁰² e sua maior independência frente aos organismos estatais³⁰³, de modo geral, esses grupos intermediários, em especial as associações, por vezes, mostram-se mais sensíveis aos apelos sociais e, portanto, adequadas representantes dos seus interesses. Do mesmo modo, o crescimento de sua atuação representa, ao mesmo tempo, o fomento da participação social nas decisões judiciais e contribui para a evolução da democracia participativa³⁰⁴, no que representa “o exercício de uma nova liberdade.”³⁰⁵

Como bem observa Antonio Gidi, a legitimidade dos órgãos do Poder Público é subsidiária; mostra-se fundamental até o desenvolvimento e organização da sociedade civil, ao mesmo tempo em que trata “uma técnica destinada a retroceder o seu crescimento a partir do

³⁰¹ GRINOVER; WATANABE; MULLENIX, *Os processos coletivos nos países de “civil Law” e “common Law”*, p. 229-230.

³⁰² Acerca da necessidade de haver uma maior aproximação do ente legitimado com a realidade fática, conf. CABRAL, *A causa de pedir nas ações coletivas*, p.64.

³⁰³ “Desvinculadas do Estado, as associações constituem-se com o fim institucional específico de atuar em defesa de direitos e interesses difusos da coletividade, afastada de qualquer conotação corporativista.” MIRRA, *Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado*, p. 118.

³⁰⁴ “A representação de interesses por associações [...] demonstra: I) o esgotamento das possibilidades de de Administração sozinha, sem um aumento significativo de despesa pública, tutelar e proteger o amplo espectro de direitos fundamentais; II) a possibilidade de judicialização dos novos direitos independentemente do partido político do momento, ao contrário das entidades públicas ligadas aos braços políticos do governo; III) maior organização e estruturação da sociedade civil, representando um abrandamento das desigualdades de condições de litigar e defender extrajudicialmente os novos direitos sociais (difusos) e os tradicionais direitos individuais que demandam devida proteção judiciária; IV) democratização da defesa de interesses coletivos e difusos, permitindo outros setores da sociedade, que não somente entidades governamentais e o Ministério Público, trazerem questões de relevância político-jurídica aos tribunais, jogando luz em conflitos latentes ou obscuros para esses órgãos.” LEAL, *Ações coletivas*, p. 131.

³⁰⁵ PERIM Jr., Ecio. Aspectos relevantes da tutela coletiva do consumidor no direito italiano em face do direito comunitário europeu. *Class actions norte-americanas e a experiência brasileira Revista de direito do consumido*, São Paulo, v. 38, 2001, p. 21.

momento em que a sociedade civil organizada assuma a plenitude da sua tarefa de autoproteção e autoconservação.”³⁰⁶

Com efeito, diante dos inúmeros obstáculos a ser enfrentados para que se tenha acesso ao judiciário, muitos indivíduos se veem desestimulados a litigar em face, muitas vezes, de grandes empresas, mais poderosas economicamente e ainda na incerteza da obtenção de um provimento favorável. Nesse compasso, as associações, entidades privadas criadas com o escopo de tutelar esses novos direitos, dispõe de melhores condições e preparo para enfrentar os pesados ônus processuais e obter um provimento judicial mais satisfativo.

Dispõe o art. 5,^a da Lei 7.347/85, que a legitimidade das associações está condicionada ao preenchimento dos seguintes requisitos: a) estar constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil e; b) incluir entre as suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A imposição de tais requisitos certamente vem no intuito de se evitar lides temerárias por meio de associações despreparadas que demandam, sem qualquer propósito relevante. Mas não é só. O fato de uma associação preencher tais requisitos não a legitima, conforme já defendido neste escrito, como uma adequada representante dos interesses da sociedade, fazendo-se necessária a avaliação, pelo magistrado, de outros elementos que impliquem uma atuação de fato eficaz e vigorosa.

Atribuir legitimidade para enfrentar uma complexa lide coletiva a pequenas associações não é o que se pretende evitar, mas não é dado “permitir que uma ação coletiva seja proposta por associação manifestamente incapaz de tutelar adequadamente os interesses do grupo no processo, seja por incompetência, por falta de interesse real no litígio, por existência de interesses conflitantes, parcialidade ou mesmo má-fé.”³⁰⁷

Álvaro Luiz Valery Mirra, para quem a adequada representação das associações se mostra presente pelo só preenchimento dos requisitos previstos em lei (estar constituída há pelo menos um ano e ter como fim institucional, definida no seu estatuto, a proteção ao direito que ela pretende pleitear), critica a inexistência, no sistema normativo nacional, de outros

³⁰⁶ GIDI, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 36.

³⁰⁷ GIDI, *A “class action” como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 130.

requisitos taxativos como delimitadores da legitimação dessas entidades, como número de membros associados, vinculação geográfica da entidade ao território abrangido pela lesão, dentre outros.

Prossegue o autor:

Dessa forma, ausente restrição estatutária, nada obsta que uma associação constituída para a defesa do meio ambiente ou do consumidor com sede em São Paulo proponha ação coletiva perante a Justiça de outro Estado, em qualquer parte do País, para obter a prevenção ou a reparação da lesão temida ou consumada lá verificada, pois essa limitação geográfica de atuação não se inclui entre os requisitos legais de representatividade das organizações não-governamentais legitimadas para agir. Tampouco exigem as leis em questão ato formal prévio do poder público de reconhecimento da representatividade das associações civis [...]³⁰⁸

Observe-se que a concepção do respeitado autor, de se fixarem inúmeros critérios objetivos em lei, como meio de se assegurar uma representação mais adequada, como a limitação geográfica, por exemplo, não parece ser o mais adequado tratamento, considerando as peculiaridades que podem eventualmente surgir em cada caso concreto. Trazer o legislador critérios exemplificativos que norteiem o magistrado a aferir *in concreto* se determinada associação virá a tutelar vigorosamente os interesses do grupo, certamente demonstra uma solução mais consoante aos escopos da tutela coletiva.

A própria legislação, contudo, admite o afastamento do requisito da pré-constituição (art. 82, § 1º do CDC e art. 5ª, § 4º da LACP), pelo magistrado, quando for manifesto o interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido, inclusive, tendo em vista o sistema intercomunicante do microsistema coletivo, quando se estiver diante de mandado de segurança coletivo³⁰⁹. Muitos autores, que consideram o modelo brasileiro como sendo *ope legis*, admitem ser essa uma hipótese de abertura do sistema nacional, ainda que de modo temperado, ao modelo *ope judicis* de controle da adequada representação³¹⁰.

³⁰⁸ MIRRA, Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado, p. 121.

³⁰⁹ WATANABE, et. al., *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 1021. Em sentido contrário, conf. SHIMURA, Sérgio. O papel da associação na ação civil pública. In MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita (Coord.) *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin 2005, p. 160; ABELHA RODRIGUES, *Ação civil pública e meio ambiente*, p. 76.

³¹⁰ Nesse sentido, conf. ALMEIDA, *Direito processual coletivo brasileiro*, p. 519; ABELHA RODRIGUES, *Ação civil pública e meio ambiente*, p. 71; NERY Jr.; NERY, *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, p. 1516. Em sentido contrário, não considerando ser o tempo mínimo de constituição um requisito

Todavia, na verdade, a dispensa de tal requisito não configura controle da representação adequada das associações³¹¹, conforme menciona a maioria da doutrina. Nesse caso, o magistrado dispensa o requisito da pré-constituição não porque, no caso concreto, verifica ser a associação um ente adequado à tutela dos direitos em questão, mas porque *o manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido* assim impõe a conduta do magistrado.

Fator que deve ser analisado pelo magistrado, para fins de controle da adequada representação, além daqueles já abordados no capítulo anterior, é se o tipo de direito a ser tutelado pela associação se mostra compatível com as finalidades institucionais da instituição, ao que a doutrina vem denominando de pertinência temática³¹². Não só as associações, mas também os sindicatos e os partidos políticos³¹³ terão o dever de demandar de acordo com o fim para que foram criados, devendo o magistrado aferir ainda, *in concreto*, a conveniência da demanda quando o objeto de tutela coletiva refugir a essas *finalidades institucionais primárias* dos entes.

Defende Gregório Assagra de Almeida que não é dado ao juiz a análise da conveniência, para fins de aferição da pertinência temática, dessas finalidades institucionais secundárias previstas nos estatutos. Essa é uma questão deveras discutível. Impor uma restrição ao juiz como essa, de forma peremptória, pode ir de encontro às finalidades da exigência do requisito. Exigir a pertinência temática tem um propósito: defender um direito coletivo cuja tutela representa o objetivo e a razão da existência de determinado ente, leva a uma conclusão, ainda que superficial, de que tal ente é adequado a representar citado direito em juízo, uma vez que teve sua criação pautada nesse mister.

No entanto, conforme já traçado em linhas anteriores, o controle da legitimidade adequada impõe a análise de outros aspectos. Assim, insuficiente submeter o critério da pertinência

para representatividade adequada, Conf. DINAMARCO, *Ação civil pública.*, p. 201. Segundo o autor “Esse *interesse social* não diz respeito à demanda em si, pois ele sempre estará presente, em tese, na demanda coletiva. [...] O interesse social a que se refere a lei é, portanto, *na dispensa do prazo de um ano.*” Idem, p. 243.

³¹¹ A observação é feita por Antonio Gidi. GIDI, *Rumo a um código de processo civil coletivo*, p. 111.

³¹² “[A pertinência temática] pode ser entendida como a correlação ou adequação existente entre o interesse que se busca tutelar e as finalidades institucionais do legitimado.” GALLOTTI, Carolina. *Pertinência temática nas ações coletivas.* *Revista de processo*, São Paulo, ano 31, n. 142, 2006, p. 169.

³¹³ Acerca da natureza dos partidos políticos, revela Gregório Assagra ser “muito complexa a sua verdadeira natureza jurídica: eles são uma espécie de associação civil, ao mesmo tempo em que, na defesa do interesse exclusivo de seus integrantes, atuam como se fossem sindicatos.” ALMEIDA, *Direito processual coletivo brasileiro*, p. 523.

temática a uma simples conferência objetiva, ou seja, a uma simples leitura estatutária. Fazer constar, como finalidade estatutária de determinado ente, a tutela de inúmeros direitos coletivos, sem qualquer cuidado e de modo aleatório, certamente, não satisfaz o requisito. Por isso não parece ser o mais adequado impor uma regra restritiva ao juiz, de modo peremptório, vedando a sua análise acerca da conveniência ou não de determinado ente trazer, dentre suas finalidades estatutárias, finalidades secundárias, destoantes daquelas primárias.

Mais correto repita-se, é, primeiramente, deixar ao juiz a análise da atuação do órgão em cada caso concreto. Não há dúvida de que o judiciário, de fato, não poderá intervir na constituição do estatuto da entidade (a associação ou o sindicato formaliza seu ato constitutivo da forma que melhor lhe aprouver). No entanto, deverá analisar, em cada caso concreto, se o direito que a entidade se presta a tutelar se conforma com as finalidades do ente de modo geral.

Os sindicatos, previstos no microsistema mínimo de legitimação ativa (art. 5º, LACP, art. 82, CDC e art. 5º, LXX, CF), são legitimados por inferência do próprio ordenamento, do que se pode extrair pelo controle da adequada legitimação. Ademais, possuem os sindicatos natureza jurídica de associação civil³¹⁴, razão pela qual se pode afirmar que alguns dos requisitos atinentes às associações aos sindicatos se aplicam, como a observação do prazo mínimo de pré-constituição e o respeito à pertinência temática.

Importante é salientar que o critério da pertinência temática não implica afirmar que deve o sindicato, na tutela dos direitos de sua categoria, que, frise-se, pode ser formada por membros sindicalizados ou não, manter-se adstrito a matérias afetas à sua área profissional, podendo litigar em prol de outros direitos difusos e coletivos³¹⁵.

Nesse sentido, Sérgio Shimura cita interessante julgado envolvendo o Sindicato dos Servidores Policiais do Espírito Santo – SINDIPOL que interpôs RE contra acórdão do TJ/ES que, em sede de apelação, havia julgado extinto, por ilegitimidade ativa, mandado de segurança impetrado pelo sindicato. Na ocasião, o sindicato impetrara MS contra ato da Diretora da Academia pelo oferecimento de curso de especialização somente a alguns policiais que seriam gratificados caso aprovados. Nesse contexto, ressaltou-se que a anulação

³¹⁴ Conf. DINAMARCO, *Ação civil pública*, p. 253-254.

³¹⁵ Conforme já fixado neste trabalho, não foi essa a intenção do legislador ao dispor, no projeto de lei que disciplina a ação civil pública – PL 5.139/09 - no seu art. 6º, a necessária vinculação da legitimidade das entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, à defesa de direitos ligados a categoria.

do concurso, em tese viciado, mesmo tendo afetado a esfera individual de apenas parte dos servidores sindicalizados, referia-se à tutela dos direitos da categoria como um todo, o que fundamenta a legitimidade do sindicato a primar pela legalidade do concurso (RE 284993/ES, rel. min. Ellen Gracie, 15.02.2005).³¹⁶

Nesse diapasão, inadequado o posicionamento de Pedro Dinamarco quanto à tutela de direitos difusos pelos sindicatos. Afirmo o autor que essa é uma hipótese rara de realização, considerando que a procedência da demanda e, portanto, os efeitos benéficos da sentença, em sede de direitos difusos, viriam a atingir pessoas não enquadradas no âmbito da categoria, o que, segundo a visão do autor, não se faria possível. Assim conclui que

[...] o sindicato dos professores de Cubatão [por exemplo] não pode ajuizar ação civil pública visando à diminuição da poluição ambiental (ainda que haja previsão no estatuto) e, conseqüentemente, à melhora da qualidade do ar respirado pelos professores naquela cidade paulista, pois com isso também estaria tutelando muitas outras pessoas que não pertencem à categoria. Entretanto, se o direito difuso disser respeito exclusivamente à categoria, não haverá qualquer impedimento.³¹⁷

Não obstante respeitável opinião do autor, trata-se de posicionamento que não merece prosperar. Os sindicatos, quando demandam coletivamente, o fazem não somente em prol dos membros da categoria, mas em prol de interesses afetos a ela, beneficiando membros ou não.

Ao contrário do que se pode inferir da simples leitura do dispositivo, as associações, bem como os sindicatos, não vão a juízo tutelar somente direitos de seus associados. Não se pode olvidar que os legitimados nas ações coletivas atuam na defesa dos direitos coletivos *lato sensu*, no regime de substituição processual e não como meros representantes³¹⁸ de seus associados, esse sim um modelo de litígio individual, pelo qual se exige a autorização dos representados.

Os partidos políticos, posto equiparado às associações, a partir da promulgação da Constituição da República, possuem sua legitimidade prevista no microsistema mínimo de legitimidade ativa, exigindo-se, contudo, que tenham eles representação no Congresso Nacional e, conforme já mencionado, que esteja dentre suas finalidades estatutárias a defesa do tipo de tutela que se pleiteia. Nesse diapasão, é possível afirmar que os partidos políticos

³¹⁶ SHIMURA, O papel da associação na ação civil pública, p. 164-165

³¹⁷ DINAMARCO, *Ação civil pública*, p. 255.

³¹⁸ Conf. ABELHA RODRIGUES, *Ação civil público e meio ambiente*, p. 74-75.

possuem legitimidade para demandar, não somente mandado de segurança coletivo, mas qualquer ação que vise à tutela de direitos coletivos *lato sensu*.³¹⁹

Evidencia-se, desse modo, a clara presença de controle do magistrado na aferição da legitimidade do ente associativo.

Importante é que promova uma leitura ampla da norma, de modo a que se associe o termo associações a todas as formas de associativismo, como sindicatos e cooperativas³²⁰ e até mesmo, partidos políticos.

Não obstante preclara a distinção entre representação processual e substituição processual, a MP n.2180-35/2001, em frontal violação aos princípios da máxima eficácia coletiva, na tentativa de fragmentar e enfraquecer os litígios de massa, trouxe em seu dispositivo, a exigência de autorização da assembleia. Esse assunto será discutido no próximo item.

Ressalte-se que, malgrado o reconhecimento da importância, bem como da necessidade de se fomentar a iniciativa de lides coletivas por parte das associações, no Brasil, sua atuação na tutela dos direitos coletivos ainda se mostra incipiente. Com efeito, conforme já demonstrado neste ensaio, à frente das ações coletivas ainda se encontra o Ministério Público, o que demonstra uma sociedade pouco participativa e atuante.

Nesse mesmo entendimento, também expõe, Pedro Dinamarco, a necessidade de se estabelecer incentivos para a participação das associações, pois, segundo afirma, essa participação “representa a forma mais democrática de participação popular na administração da justiça (democracia participativa), do mesmo modo que é a atuação do cidadão por meio da ação popular.”³²¹

Visualizando tal quadro, Antonio Gidi³²², de forma pioneira e buscando incentivar a atuação do órgão, elenca, no seu Anteprojeto de Código Modelo, algumas medidas, como a previsão

³¹⁹ Em sentido contrário, conf. julgado do STJ. RMS 2423 / PR, rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, DJ 22/11/1993.

³²⁰ WATANABE; et. al, *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 841.

³²¹ DINAMARCO, *Ação civil pública*, p. 247.

³²² Consulte-se, GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

de honorários premiaiais, que, certamente, caso consideradas, implicaria uma atuação mais enérgica e participativa da sociedade por meio das suas entidades associativas³²³.

2.2.1 A regra do art. 2-A da lei 9.494/97

Questão polêmica que ainda suscita debate é a regra prevista no art. 2-A da Lei 9.494/97, redação conferida pela MP 2.180-35/2001.

Art. 2-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

Impõe – se aqui a análise de duas ordens de problemas: a primeira, estabelecida no *caput* do artigo, traz uma restrição infundada e inconstitucional, ao limitar territorialmente a eficácia subjetiva da decisão coletiva; a segunda, prevista no parágrafo único, ao exigir autorização dos membros associados para que tenham seus direitos tutelados, confundiu o conceito de representação com o de substituição processual.³²⁴

O *caput* do dispositivo, ao limitar territorialmente³²⁵ a eficácia subjetiva da decisão proferida no âmbito da ação coletiva, certamente dispensou a melhor técnica legislativa e não se mostrou conforme aos escopos e princípios da tutela coletiva, criando uma regra, no mínimo, esdrúxula, ao tratar diferentes institutos processuais, quais sejam, *competência e limite*

³²³ Sobre honorários premiaiais, vide nota n. 199, p. 62.

³²⁴ Cabem aqui as considerações de Marcelo Abelha que considera essa uma “mudança inconstitucional sob o ponto de vista formal (art. 22, I) e sob o ponto de vista material (princípio da proporcionalidade e razoabilidade), já que é forma vil, pulha, ilegítima de tentar obstar o acesso à justiça. Por não se tratar de representação, mas sim de legitimidade (art. 5º, XXI, da CF/88) das associações, não se faz necessária a exigência de inclusão na peça inicial da autorização assemblear, nem a discriminação dos associados com seus respectivos endereços.” ABELHA RODRIGUES, *Ação civil pública e meio ambiente*, p. 75.

³²⁵ Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr. explicam que não se trata, propriamente, de se limitar a competência, mas a efetividade da jurisdição. DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 142, nota 12.

subjetivo da coisa julgada, como se sinônimos fossem, medida que acabou por trazer implicações inadequadas ao processo coletivo.³²⁶

Regra similar vem prevista no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública³²⁷, com a distinção de que esta se aplica a demandas que versem sobre direitos difusos e coletivos *stricto sensu* ao passo que a norma contida na Lei 9.494/97 reporta-se a demandas que tutelem direitos individuais homogêneos.³²⁸

Ademais, impõe uma divisibilidade que vai de encontro à própria natureza da indivisibilidade dos direitos coletivos *lato sensu*, assim considerados por imperativo legal.

Hemes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr. resumem, de modo bastante eficaz, as objeções que se constroem sobre tais dispositivos que, pela importância, colacionam-se nessas linhas:

- a) Ocorre prejuízo a economia processual e fomento ao conflito lógico e prático de julgados;
- b) Representa ofensa aos princípios da igualdade e do acesso à jurisdição, criando diferença no tratamento processual dado aos brasileiros e dificultando a proteção dos direitos coletivos em juízo;
- c) Existe indivisibilidade ontológica do objeto da tutela jurisdicional coletiva, ou seja, é da natureza dos direitos coletivos *lato sensu* sua não separatividade no curso da demanda coletiva, são indivisíveis por lei (art. 81, parágrafo único do CDC);
- d) Há, ainda, equívoco na técnica legislativa que acaba por confundir competência, como critério legislativo para repartição da jurisdição, com a imperatividade decorrente do comando jurisdicional, esta última elemento do conceito de jurisdição que é uma em todo o território nacional;

³²⁶ “Do modo que consta na redação do art. 2º-A, força-se a tomada de posição por outros caminhos. Ou se propõe ações individuais (neste caso, seriam necessárias aproximadamente 500 ações individuais, tendo em vista 500 municípios do Estado de São Paulo, tudo a conspirar contra a economia processual, contra efetividade da jurisdição e, o que é pior, a possibilidade inevitável de decisões díspares, seja no conteúdo, seja no momento do resultado final), ou se ajuíza uma ação individual única (não – coletiva), com litisconsórcio multitudinário, o que aumentaria ainda mais a morosidade na obtenção da providência jurisdicional, em razão da multiplicação dos atos processuais.” SHIMURA, O papel da associação na ação civil pública, p. 166.

³²⁷ “A justificativa dessa regra foi, assumidamente, copiar o sistema antes previsto no art. 18 da Lei de Ação Popular (Lei n.º 4.717/65) para alcançar o mesmo resultado que ali foi desejado: evitar que um eventual conluio entre o legitimado ativo (cidadão – representante adequado da coletividade) com o legitimado passivo pudesse resultar numa ofensa aos direitos dos demais cidadãos que tivessem sido representados. Portanto, a técnica desenvolvida pelo legislador teve por intuito imunizar a sociedade contra a fraude realizada no âmbito do processo.” ABELHA RODRIGUES, Marcelo. Breves considerações sobre a prova nas demandas coletivas ambientais. In LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo. (Org.) Aspectos processuais do direito ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 187-188.

³²⁸ Conf. DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 142.

- e) Por fim, existe a ineficácia da própria regra de competência em si, vez que o legislador estabeleceu expressamente no art. 93 do CDC (lembre-se, aplicável a todo o sistema das ações coletivas) que a competência para julgamento de ilícito no âmbito regional ou nacional é do juízo da capital dos Estados ou no Distrito Federal, portanto, nos termos da Lei em comento, ampliou a “jurisdição o órgão prolator”.³²⁹

Com base nesse fundamento, os tribunais julgam ilegítimas as partes exequentes que pretendem liquidar sentenças condenatórias genéricas prolatadas no âmbito de estados distintos. Desse modo, a abrangência da ação de execução passa a ser restrita a pessoas domiciliadas no Estado em que a sentença genérica tenha sido proferida. Nesse sentido, AgRg no REsp 1029223 / PE, Rel. Ministro Paulo Gallotti, sexta turma, DJe 29/09/2008; EDcl no REsp 640695 / RS, Rel. Ministro José Delgado, primeira turma, DJ 15/08/2005; CC 47731 / DF, Rel. Ministro Francisco Falcão DJ 05/06/2006.

Não obstante a previsão do art. 82, IV, do CDC, que dispensa a autorização da assembleia quando do ajuizamento das ações coletivas em consonância com os dispositivos constitucionais, o parágrafo único do artigo em estudo dispensou aos direitos coletivos um inadequado e fragmentado tratamento, ao exigir expressa autorização dos associados para que tenham seus direitos tutelados pela entidade associativa. Conforme já afirmado neste trabalho, quando as associações titularizam uma demanda coletiva, fazem-no como substitutos processuais e não como meros representantes processuais num modelo individualista de litígio.

No entanto, tal dispositivo tem tido sua aplicabilidade parcialmente rejeitada pelos tribunais³³⁰, ao mínimo no que diz respeito à exigência da autorização da assembleia, entendimento inclusive albergado no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.³³¹

Além disso, impõe tratamento injustificavelmente diferenciado no que se refere às ações coletivas propostas em face do poder público, porque são excluídas da incidência normativa

³²⁹ DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 143.

³³⁰ Dispõe o enunciado n. 629 da Súmula do STF: “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes.”

³³¹ Nesse sentido, conf. AgRg no Ag 1024997 / SC, rel. Min. LAURITA VAZ, quinta turma, DJe 04/08/2008; Resp 2005/0210529-7 rel. Min. NANCY ANDRIGHI, terceira turma, DJe 08/10/2008. No âmbito do TJ/ES, conf. Agr. Instr. 23059000051, segunda câmara, Relator ELPÍDIO JOSÉ DUQUE, DJ 13/07/2006.

as entidades privadas, numa clara tentativa de dificultar e inviabilizar o ajuizamento desse importante instrumento de democracia participativa em face do poder público.

2.3. Pessoa física

Já se expôs linhas atrás a evolução que as violações aos direitos de massa têm conferido ao direito processual tradicional. Mostra-se cada vez corrente a necessidade de se criar tutelas antes desconhecidas pelas lides meramente individuais, seja pela difusa titularidade dos direitos metaindividuais, seja pela impossibilidade lógica de unir esses titulares na mesma demanda.

No Brasil, ao contrário da tradição do Direito norte-americano em que o autor coletivo é, em regra, um membro do grupo, lesionado em sua esfera particular, o legislador não conferiu ao indivíduo legitimidade para propor ação coletiva, salvo quando se tratar de ação popular, na condição de cidadão eleitor.

A pessoa individualmente lesada, com efeito, enfrenta maiores dificuldades em demandar frente a uma ação coletiva, usualmente mais complexa e mais custosa se comparada a uma demanda exibida nos moldes tradicionais³³².

Talvez o legislador brasileiro, imbuído da necessidade de se superar a *summa divisio*³³³ público-privado, não tenha considerado uma solução ideal, a despeito da já prevista ação popular, atribuir ao particular o poder de demandar ações coletivas, no que foi seguido, à época, por parte da doutrina.

³³² Nesse sentido, Mauro Cappelletti ao defender que “A pessoa lesada se encontra quase sempre numa situação imprópria para obter a tutela jurisdicional contra o prejuízo advindo individualmente, e pode simplesmente ignorar seus direitos; ou, ainda, suas pretensões individuais podem ser muito limitadas para induzi-la a agir em Juízo, e o risco de incorrer em grandes despesas processuais pode ser desproporcional com respeito ao ressarcimento eventualmente obtido.” CAPPELLETTI, *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*, p. 130.

³³³ “A *summa divisio* aparece irreparavelmente superada diante da realidade social de nossa época, que é infinitamente mais complexa, mais articulada, mais ‘sofisticada’ do que aquela simplista dicotomia tradicional. Nossa época, já tivemos oportunidade de ver, traz prepotentemente ao palco novos interesses ‘difusos’, novos direitos e interesses que, sem serem públicos no senso tradicional da palavra, são, no entanto, coletivos: desses ninguém é ‘titular’, ao mesmo tempo que todos os membros de um dado grupo, classe, ou categoria, deles são titulares.” CAPPELLETTI, *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*, p. 135.

Marcelo Abelha, ao discorrer sobre a aplicação de princípios processuais ao CDC, justifica a ausência da legitimidade do indivíduo como uma preocupação do legislador em manter uma paridade de armas no processo, buscando efetivar uma igualdade real das partes e, por conseguinte, efetivar o princípio da isonomia, tendo em vista que o consumidor, usualmente sócio-econômico e culturalmente inferior, torna-se *presa fácil* para os fornecedores, litigantes habituais. Desprovidos de influência política perante o Judiciário, trazem à demanda coletiva um quadro de desequilíbrio.³³⁴

Nesse contexto, corroborando a tese que impõe a necessidade de superação desse modelo bipartite de direito, público-privado, Mauro Cappelletti lança severas críticas ao modelo de solução perpetrado pelo processo civil tradicional, no sentido de conferir àquele indivíduo, violado em sua esfera particular, pleitear reparação pelo dano coletivo advindo, ou ao Estado e MP, como defensor dos interesses gerais da coletividade.

Constrói o autor italiano um juízo *a priori* quanto à legitimidade do particular, ao considerá-lo um representante inadequado dos interesses da coletividade. O dano ao particular advindo, geralmente exíguo, implicaria, segundo seu entendimento, a ineficácia da demanda, seja no seu caráter repressivo, seja no seu caráter preventivo. Assim conclui que “O consumidor isolado não age; se o faz, é um herói” E, se for legitimado a agir pelo grupo e não para si, “tal herói será subtraído ao ridículo destino de Dom Quixote, em vã e patética luta contra o moinho de vento.”³³⁵

No mesmo sentido, José Carlos Barbosa Moreira ao caracterizar tal solução (de legitimação do indivíduo) como manifestamente insatisfatória, comparando a tutela dos direitos difusos pelo cidadão isolado à batalha que se travaria entre o gigante e um Davi desarmado de funda.³³⁶

³³⁴ ABELHA RODRIGUES, Marcelo. Análise de alguns princípios do Direito Processual Civil à luz do Título III do Código de Defesa do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 15, 1995, p. 52.

³³⁵ CAPPELLETTI, Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, p.137.

³³⁶ MOREIRA, Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos, p. 203. No mesmo sentido Kazuo Watanabe, para quem “O receio de sofrer os percalços de um longo e demorado processo, acrescido do temor de ser onerado por honorários advocatícios, por altas custas judiciais, juros e correção monetária representam fatores que podem impedir o prejudicado de agir em juízo.” E prossegue: “[se o consumidor violado] pleiteasse o ressarcimento do dano pessoal que sofreu, a condenação da indústria em questão não teria qualquer consequência eficaz no aspecto coletivo, pois ela a suportaria tranqüilamente. Em outras palavras, uma condenação assim isolada não afetaria em nada o potentado que causou o prejuízo a toda uma coletividade. Seria a picada de uma agulha em um elefante [...]” WATANABE, Acesso à justiça e sociedade, p. 136. No mesmo

Essa, contudo, não é a ideia que a presente pesquisa buscará firmar.

Acerca do tema, já indagava Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, “Qual a situação do indivíduo, em termos de legitimação, diante dos interesses coletivos *lato sensu*?”³³⁷

Defendendo a não exclusão da legitimidade do indivíduo frente à necessidade de tutela de direito difuso, coloca o autor a seguinte situação: em uma obra municipal que causasse grande poluição sonora junto a uma pequena comunidade onde não houvesse uma associação organizada e cuja promotoria estivesse com o cargo de promotor vago, “Estariam os moradores fadados a suportar o barulho, aguardando a designação de um novo Promotor ou teriam de formar uma associação para serem admitidos em juízo?”³³⁸

Ao autor, diante das garantias constitucionais da inafastabilidade da prestação jurisdicional e do devido processo legal, essa resposta é negativa e as consequências que dessa demanda, proposta individualmente, adviriam, por exemplo por meio de sentença que determinasse obrigação de cessar o efeito sonoro abusivo, acima retratado, estender-se-iam a toda a coletividade, por se tratar de solução uniforme, impossibilitada de fracionamento.

Segundo Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, nesses casos, talvez fosse mais adequado conceder a essas demandas, propostas individualmente, tratamento coletivo, a partir da extensão da legitimidade ativa coletiva. “As ações receberiam, então, tratamento coletivo compatível com os interesses em conflito.”³³⁹

Parece adequado e constitucionalmente assegurado que o indivíduo demande quando atingido diretamente em sua esfera de direito subjetivo, de modo reflexo, pela violação a direito difuso. No entanto, nesses casos, em que se fizerem presentes *direitos difusos de dimensão individual*,³⁴⁰ a tutela a ser pleiteada não se refere à proteção de um direito difuso, pela lógica razão de se estar diante de direitos cuja indeterminabilidade é a sua característica primeira, mas sim, refere-se à tutela de direito subjetivo atingido em sua esfera particular.

sentido, conf. ainda OLIVEIRA Jr, Waldemar Mariz. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos. *Revista de processo*, São Paulo, ano 9, n. 33, 1984, p. 9 e 13.

³³⁷ MENDES, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 255.

³³⁸ *Ibid.*, p. 256.

³³⁹ *Ibid.*, p. 256-257. Assim conclui o autor que “A limitação da legitimação do indivíduo, diante de interesses individuais homogêneos, deixa de produzir resultados positivos: economia processual e judicial; maior acesso ao Judiciário; melhoria da prestação jurisdicional, em termos de tempo e qualidade, devido à redução do número de feitos; preservação do princípio da igualdade etc.” *Idem* p. 257.

³⁴⁰ ALMEIDA, *Direito processual coletivo brasileiro*, p. 481.

Com efeito, isso pode gerar, de modo reflexo, tutela do bem difuso, uma vez que demanda modificações no mundo fático, podendo, inclusive, haver resultado semelhante ao que se obteria caso uma demanda coletiva fosse proposta. Gregório Assagra observa que, nesses casos, a tutela individual é potencializada porque beneficia uma coletividade titular desses direitos difusos fática e juridicamente indivisíveis³⁴¹.

No entanto, ainda que se esteja diante de direitos individuais homogêneos, não pode o indivíduo, de modo isolado, propor demanda coletiva. O que cabe é a propositura de ação individual para tutela do direito que lhe é próprio, nunca para a tutela do direito individual homogêneo, esse coletivo.

Não se pode olvidar que, no caso da poluição sonora, o direito que se pleiteia, pelo indivíduo, não é difuso. Como bem ressalta Nelson Nery Jr., doutrina e jurisprudência cometem equívocos ao classificar determinado interesse ou direito. Afirmar que o direito ao meio ambiente é difuso, o do consumidor, coletivo e o de indenização a prejuízos particulares seria individual, não é certo ou errado. Isso porque, com efeito, do mesmo fato, pode surgir pretensão difusa, coletiva, individual homogênea ou individual pura.

Segundo Nelson Nery Jr., o que está errado é o método classificatório do direito, cuja pedra de toque “é o *tipo de pretensão material e de tutela jurisdicional que se pretende* quando se propõe a competente ação judicial.”³⁴²

Seguindo um entendimento distinto, Antonio Gidi, para quem o direito subjetivo violado é quem efetivamente determina e identifica se determinado direito é difuso, coletivo, individual homogêneo ou individual puro. Duas razões embasam seu posicionamento, que se transcrevem abaixo:

³⁴¹ ALMEIDA, *Direito processual coletivo brasileiro*, p. 481.

³⁴² WATANABE, et. al, *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 1024. Parecia ser também esse o entendimento albergado por Marcelo Abelha ao defender que “O que caracteriza o direito como difuso ou coletivo ou individual homogêneo é o tipo de tutela que se pleiteia e não uma pré-concepção equivocada de associar o direito lesado a sua classificação como se fazia, dizendo, por ex, que o meio ambiente seria sempre um direito difuso. Nada impede que o indivíduo reclame pelos prejuízos que sofreu em virtude uma propaganda enganosa, pela agressão ao meio ambiente etc.” ABELHA RODRIGUES, *Análise de alguns princípios do Direito Processual Civil à luz do Título III do Código de Defesa do Consumidor*, p. 56. No entanto, em trabalho mais recente, o autor parece rever seu posicionamento, quanto ao elemento caracterizador desses direitos, ao criticar parcialmente a tese de Nelson Nery Jr., ressaltando que “ao [se] afirmar que é o tipo de tutela que classifica o direito material, dá [se] mais importância ao processo do que ao objeto que ele visa tutelar (o direito material) [...]” ABELHA RODRIGUES, *Ação civil pública e meio ambiente*, p. 39, nota 7.

[1] o direito subjetivo material tem a sua existência dogmática e é possível, e por tudo recomendável, analisá-lo e classificá-lo independentemente do direito processual. [2] casos haverá em que o tipo de tutela jurisdicional pretendida não caracteriza o direito material em tutela. Na hipótese acima construída [publicidade enganosa], por exemplo, a retirada da publicidade do ar e a imposição de contrapropaganda podem ser obtidas tanto através de uma ação coletiva em defesa de direitos difusos como através de uma ação individual proposta pela empresa concorrente, muito embora propostas uma e outra com fundamentos jurídicos de direito material diversos.³⁴³

Com efeito, trata-se de tratamento mais adequado, tendo em vista a possibilidade de se obter tutelas jurisdicionais semelhantes, quer se esteja diante de demanda individual ou coletiva, conforme mesmo se demonstrou no exemplo acima (poluição sonora), em que o autor pleiteia obrigação de fazer (cessar o barulho) e que acaba por beneficiar a toda a coletividade. Essa mesma tutela poderia ser obtida caso a demanda fosse ajuizada por um ente coletivo. Todavia, nesse caso, o direito que se afirmasse violado, certamente, não seria afeto à esfera individual do autor, mas à coletividade.

Entendimento interessante defende Hermes Zaneti Jr. ao mesclar os critérios utilizados tanto por Nelson Nery Jr. quanto por Antonio Gidi, permitindo “a fusão entre o direito subjetivo (afirmado) e a tutela requerida como forma de identificar, na ‘ação’, de qual direito se trata e, assim, prover adequadamente a jurisdição.” E conclui: “Não por outro motivo reafirmamos a característica híbrida ou interativa de direito material e direito processual intrínseca aos direitos coletivos, um direito a ‘meio caminho.’”³⁴⁴

Por isso, repita-se, o que se admite é a possibilidade da tutela a um direito difuso, pelo indivíduo, de modo reflexo, mas não a disposição de um tratamento coletivo à lide individual, numa tentativa de se estender, *de lege lata*, a legitimidade do indivíduo às ações coletivas.

O que se defende é a necessidade de previsão normativa expressa, atribuindo ao indivíduo esse poder.

Com efeito, não coadunar com a legitimação do indivíduo, a exemplo do defendido por Mauro Cappelletti e José Carlos Barbosa Moreira, num momento em que nasciam, no Brasil, estudos acerca da necessidade de tutela desses novos direitos, na década de 80, é

³⁴³ GIDI, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 21.

³⁴⁴ ZANETI Jr., *Direitos coletivos lato sensu: a definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos stricto sensu e dos direitos individuais homogêneos*, p. 241; ZANETI Jr., *Derechos colectivos lato sensu: La definición conceptual de los derechos difusos, de los derechos colectivos stricto sensu y de los derechos individuales homogêneos*, p. 60.

compreensível frente ao pouco desenvolvimento jurídico do tema que a doutrina enfrentava, aliado a uma sociedade que se mostrava pouco combativa.

Por essa razão, andou bem o legislador, à época, ao legitimar corpos intermediários e, principalmente, o Ministério Público, de modo a incentivar o engajamento das lides coletivas no Brasil, o que de fato ocorreu. No entanto, conforme já demonstrado neste ensaio, o que se vê hoje é uma manipulação crescente dessas lides pelo MP, quadro esse que já não se justifica tendo em vista o amadurecimento que a sociedade vem demonstrando experimentar.

Assim, sensíveis a essas mudanças, com acerto, os projetos de código (com exceção CM-GIDI) trouxeram em suas formulações a possibilidade de manuseio desse fundamental instrumento de participação democrática, a ação civil pública, pelo indivíduo.

Fundado na intensa litigiosidade que as demandas coletivas apresentam, certamente presente, e no receio de abusos causados, direta ou indiretamente, “pela relação assimétrica e conflituosa que há entre os milionários interesses do advogado do grupo e os poucos interesses de cada um dos membros do grupo”³⁴⁵, adverte Antonio Gidi, conforme já mencionado, ser essa uma solução inadequada.

Observa que esse modelo de legitimidade, adotado no sistema da *class action* norte-americana, acabou por concentrar o verdadeiro domínio do litígio nas mãos do advogado do grupo que é quem, na verdade, descobre o ilícito e define os contornos da lide. Guiado pelos altos honorários envolvidos, acaba por defender seus próprios interesses ao formalizar acordos que, muitas vezes, não correspondem aos verdadeiros interesses do grupo que representa. Nas palavras do autor:

Os altos interesses financeiros em jogo, do réu e do advogado do grupo, somados ao alto poder e autonomia conferidos ao advogado do grupo, são um convite à realização de acordos abusivos. Em um processo coletivo, há o constante risco que os interesses financeiros imediatos do advogado do autor e do réu sejam privilegiados, em detrimento dos legítimos interesses dos membros do grupo.[...] A probabilidade de que o representante ou outro membro qualquer do grupo tenha interesse, tempo ou condições de interferir nas decisões do advogado é muito remota. Afinal, não somente os poderes do representante sobre o advogado são

³⁴⁵ GIDI, *Rumo a um código de processo civil coletivo*, p. 227. Em sentido contrário, entendendo que a legitimação do indivíduo é importante para o desenvolvimento da advocacia privada, na tutela dos direitos transindividuais, conf. MENDES, Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis, p. 25.

pequenos, como as decisões envolvem informações e conhecimentos técnicos dos quais o representante é desprovido.³⁴⁶

Márcio Flávio Mafra Leal também prevê, com a adoção dessa medida, o surgimento de problemáticas como: a industrialização da advocacia, o aumento do número de celebração de acordos, pelos réus, no intuito de *perderem* menos, fato que implicaria a diminuição dos valores das responsabilidades e ainda, limitaria a qualidade da representação vindo a comprometer os interesses da classe representada.³⁴⁷

Ocorre que não parece muito adequado inviabilizar solução dessa importância, baseado em consequências advindas de um modelo que não é o adotado na tradição brasileira. Com efeito, ainda que se proponha um mecanismo de ação semelhante ao adotado no sistema das *class actions*, o modelo de litígio ainda continua sendo o brasileiro, com as peculiaridades que lhe são iminentes, dentre as quais, a ampla e forte participação do Ministério Público. Com efeito, como bem coloca Márcio Flávio Mafra Leal, a supervisão ministerial constitui uma solução bastante simples ao enfrentamento dessas problemáticas³⁴⁸. Mas não é só.

Além da intervenção do *Parquet*, na fiscalização e execução dos acordos, à semelhança do que já se verifica quanto aos Termos de Ajustamento de Conduta, judiciais e extrajudiciais, há ainda a própria supervisão judicial, defendida neste trabalho, por meio do controle da adequada representação do advogado e do membro do grupo.

Desse modo, diante das considerações acima expostas, segue-se a doutrina favorável³⁴⁹ à legitimidade do indivíduo à demanda coletiva.

2.3.1 Ações pseudoindividuais

Enfrentando esse tema, da tutela de direitos coletivos por membros individuais, Kazuo Watanabe defendeu a existência das chamadas ações pseudoindividuais³⁵⁰, em fenômeno

³⁴⁶ GIDI, *Rumo a um código de processo civil coletivo*, p. 228-229.

³⁴⁷ LEAL, *Ações coletivas*, p. 214-215.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 215.

³⁴⁹ Nesse sentido, conf. LEAL, *Ações coletivas*, p. 214-215; DINAMARCO, *Ação civil pública*, p. 202; FERRARESI, A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva, p. 137; MENDES, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 253-257; Esse também é o posicionamento defendido por Hermes Zaneti Jr. nos debates acadêmicos realizados no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo.

diverso do enfrentado por Luiz Paulo de S. Araujo Filho que trouxe as chamadas ações pseudocoletivas³⁵¹.

Segundo Kazuo Watanabe, ações individuais que veiculem a mesma pretensão da ação coletiva ou de uma outra ação individual com a mesma finalidade, seriam inadmissíveis por configurarem um *bis in Idem*, gerando conflitos práticos e lógicos de julgados, conflitos que o ordenamento busca coibir por meio de institutos como a litispendência e a coisa julgada.

Assim, coloca o autor a seguinte situação: danos ambientais causadas por indústria poluidora. Nesse exemplo, admite a possibilidade de uma lide individual concomitante com uma lide coletiva desde que veiculem pretensões distintas. Ou seja, admite, por exemplo, a concomitância de demanda individual com a coletiva, caso aquela (individual) pleitear indenização pelos danos causados ao autor e esta (coletiva) apenas requerer a cessação da poluição ambiental. Inadmite, de outra banda, a ação individual, caso venha ela objetivar a mesma pretensão veiculada na demanda coletiva, a de cessar a poluição.

Kazuo Watanabe sustenta que, nesses casos, em que a lide individual veicula a mesma pretensão da demanda coletiva, tais ações seriam individuais apenas porque propostas por indivíduos, mas “*a pretensão é de alcance coletivo, pois beneficia a totalidade das pessoas que se encontram na mesma situação, e não somente o autor da ação.*”³⁵²

Fundamenta sua exposição na necessidade de se conceder tratamento unitário e uniforme a essas questões e relata o caso relativo às tarifas de assinaturas telefônicas, em que foi constatado que somente num Juizado Especial Cível da capital de São Paulo foram distribuídas mais de trinta mil demandas individuais dessa espécie, consideradas pelo mestre paulista, demandas pseudoindividuais.

Explica que a estrutura tarifária, fixada no próprio contrato de concessão, deve ser aplicada uniformemente a todos os usuários e que, qualquer modificação nesta estrutura, implicaria, *ipso facto*, o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

³⁵⁰ Conf. WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de processo*, São Paulo, ano 31, n. 139, 2006, p. 28-35.

³⁵¹ Conf. a já citada obra ARAÚJO FILHO, *Ações coletivas*, p. 199-202.

³⁵² WATANABE, Relação entre demanda coletiva e demandas individuais, p. 29.

Assim, considerando que qualquer modificação na cesta tarifária somente poderia ser feita de modo global e uniforme, a demanda somente poderia veicular pretensão global, se visasse ao benefício de todos os usuários, finalidade esta inadequada às ações individuais, na visão do autor, porque “As *ações individuais*, acaso fossem admissíveis, e não o são, devem ser decididas de modo global, atingindo todos os usuários, em *razão da natureza incindível da relação jurídica substancial*.”³⁵³

O mestre paulista sustenta ainda que, nesse caso, todos os agentes econômicos sujeitos à regulação em dado segmento econômico deveriam figurar no polo passivo, entendimento já anteriormente aventado por Flávio Yarshell³⁵⁴.

Desse modo, propõe a proibição de demandas individuais relativas a uma relação jurídica global incindível. E ressalta que a suspensão de processos individuais poderá vir a produzir efeitos semelhantes aos conquistados com a proibição, se efetivamente aplicado pelo juiz.

Com a devida vênia, esse é um entendimento que não pode se sustentar. Com efeito, proibir demandas individuais significaria uma supressão dos direitos fundamentais de primeira geração. Não é conveniente a limitação às ações individuais, mesmo porque o MP ainda se apresenta como o principal titular das ações coletivas e sua atuação, conforme já defendido em linhas anteriores, nem sempre representa os melhores e reais anseios do grupo tutelado. Ademais, as associações ainda possuem uma atuação incipiente e de pouco alcance.

Como bem observa Hermes Zaneti Jr. e Frídie Didier Jr., “A vedação de processos individuais, como proposta por Kazuo Watanabe, é impensável no Estado Democrático Constitucional, até pela óbvia limitação ao direito de acesso à justiça. Garantia constitucional universalmente aceita.”³⁵⁵

³⁵³ WATANABE, Relação entre demanda coletiva e demandas individuais, p. 34.

³⁵⁴ Conf. YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas reflexões a propósito da legitimidade passiva nas ações civis públicas envolvendo atividades sujeitas à Regulação. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). Tutela coletiva. São Paulo: Atlas, 2006, p. 110-113. Dispõe que o autor que “[...] todos eles [agentes econômicos] – destinatários que são da regulação ditada por determinada agência – compõem uma relação incindível: não seria possível alterar a regulação para um sem alterar para todos. Assim, se o que se pretende por meio de determinada demanda é interferir com a atividade normativa do setor, então ou são trazidos para o pólo passivo todos os agentes econômicos sujeitos à regulação”. Idem p. 112.

³⁵⁵ DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 94.

O fato de ser ínsito à demanda coletiva o interesse público primário, não significa que os interesses privados estejam esvaziados ou diminuídos. Não há conflito entre interesses individuais e públicos.

Sensível à necessidade de se equilibrar as decisões judiciais, o CPBC-IBDP apresenta como solução, também sugerida por Kazuo Watanabe, a suspensão dos processos individuais até julgamento definitivo da demanda coletiva.

Quanto à necessidade de formação de litisconsórcio necessário no polo passivo, com acerto, Hermes Zaneti Jr. e Fridie Didier Jr.:

Acrescer complexidade ao litígio, como a proposta de litisconsórcio necessário das Agências Reguladoras feita por alguns doutrinadores, apenas prejudicaria o acesso à justiça, contradizendo a própria estrutura do CDC, que em várias passagens procura simplificar esse acesso. Não há privilégio algum. As concessionárias de serviços públicos e o Estado são litigantes habituais, na lição de Boaventura de Souza Santos, tendo meios para defender muito adequadamente o seu interesse, inclusive como *amici curiae* em processos individuais.³⁵⁶

Ademais, conforme o presente escrito oportunamente irá expor, nos casos em que no polo passivo figure uma coletividade, a solução que melhor se deve adequar aos escopos da tutela coletiva é a eleição de um membro adequado do grupo demandado que venha a representar da melhor maneira possível os anseios do grupo passivo.

2.3.2 Notificação adequada

A notificação no direito brasileiro é regida pela norma contida no art. 94 do Código de Defesa do Consumidor³⁵⁷ e tem por finalidade possibilitar aos interessados sua intervenção no processo. Está prevista para demandas que envolvam interesses individuais homogêneos, de modo a permitir que os interessados (membros ausentes), tutelando direitos que lhes são próprios, fiscalizem o processamento da demanda coletiva, auxiliem na produção de prova e controlem a adequada representação do autor, bem como a do advogado.³⁵⁸

³⁵⁶ Ibid., p. 94-95.

³⁵⁷ Art. 94, CDC. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

³⁵⁸ “A notificação não é uma procuração por meio da qual se atesta o consentimento do representado, mas um instrumento para assegurar que o autor identificado será um defensor forte e efetivo para a classe.” FISS, A

Cumprido notar que tal intervenção deve ser controlada pelo magistrado de modo a evitar a formação de litisconsórcio multitudinário, passível de comprometer o bom e regular andamento processual.³⁵⁹ Nessa esteira, deve o magistrado limitar a intervenção, inclusive com o desmembramento do feito, a depender do número de interessados a habilitar-se na demanda.

Corolário do devido processo legal coletivo, a norma da notificação adequada tem origem no ordenamento norte-americano com o modelo das *class actions*. Conforme já mencionado na presente pesquisa³⁶⁰, a notificação, nesse modelo de litígio, tem por finalidade precípua oportunizar aos membros ausentes o exercício do seu direito de auto-exclusão do grupo (regra do *opt out*), de modo a não serem atingidos pela coisa julgada proferida no âmbito da demanda coletiva, seja a decisão favorável ou não.

Nesse modelo, à semelhança do que se verifica com o instituto da *adequacy representation*³⁶¹, caso seja constatada a ausência de uma notificação adequada (*fair notice*), a sentença proferida na *class action* não fará coisa julgada e estará vulnerável ao *collateral attack*, ou seja, em demanda posterior será dado aos interessados impugnar a inadequação da notificação do grupo.³⁶²

No modelo nacional, a vinculação da esfera jurídica particular dos titulares de direitos individuais homogêneos, à coisa julgada coletiva, dá-se por meio de sua intervenção no

teoria política das ações coletivas, p. 242. Elton Venturi coloca ainda a intervenção de particulares como um meio de se suprir eventual inadequada representação por parte do ente legitimado que conduz a ação coletiva. VENTURI, *Processo civil coletivo*, p. 313.

³⁵⁹ Esse é um dos motivos que levaram Antonio Gidi a lançar críticas quanto a esse sistema de intervenção que, segundo o autor, é inadequado às ações coletivas e tem natureza de assistência simples. GIDI, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 54. Em sentido contrário, Elton Venturi, ao afirmar se tratar de um “contrasenso o fato de, em tema de tutela coletiva de direitos essencialmente metaindividuais (difusos e coletivos) ou individuais homogêneos – cuja principal inspiração reside justamente no incentivo ao acesso à justiça –, se temer justamente o comparecimento *em massa* dos legítimos titulares das pretensões materiais, no intuito de se habilitarem já por ocasião do procedimento cognitivo.” VENTURI, *Processo civil coletivo*, p. 314.

³⁶⁰ Vide item 1.3.1.

³⁶¹ Acerca da correlação entre ambos os requisitos (notificação adequada e representação adequada), esclarece Antonio Gidi: “Não há dúvida que há uma hierarquia bem definida entre adequação e a notificação. O objetivo de toda ação coletiva é julgar adequadamente o interesse dos membros ausentes. Se a adequação pudesse ser garantida em toda ação coletiva, não haveria falar em notificação [...]. Todavia, segundo pensamos, o membro não poderia alegar prejuízo se a representação fosse adequada. Em outras palavras, o juiz, durante o processo, não poderá negligenciar a necessidade de notificar adequadamente os membros ausentes somente porque acredita na adequação do representante. Todavia, após julgada a ação, a adequada representação dos interesses do grupo pode sanar eventuais defeitos na notificação. Essa não é a interpretação dominante, porém.” GIDI, *A “class action” como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 236.

³⁶² Conf. FRIEDENTHAL; KANE; MILLER, *Civil Procedure*, p. 176-177; GIDI, *A “class action” como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 216.

processo. Desse modo, caso não se vislumbre a intervenção de particulares na demanda coletiva, a coisa julgada só se estenderá à sua esfera individual na hipótese de procedência da demanda, ocasião em que se verifica a extensão *secundum eventum litis* da coisa julgada. Por analogia, representaria a adoção da regra do *opt in* norte-americano, por meio do qual os interessados, ao participarem da formação do convencimento do magistrado, são vinculados à coisa julgada coletiva, passando a ser-lhes vedado o ajuizamento de ação individual para rediscutir a matéria, ainda que desfavorável a decisão.

Ressalte-se que a notificação não se limita a esse mister. A regra do art. 104 do CDC³⁶³ prevê a necessidade de notificação aos titulares de demandas individuais, quando pendente ação coletiva, de modo a possibilitar-lhes o beneplácito da decisão, caso favorável, proferida em sede desta. Trata-se da extensão *in utilibus* da coisa julgada coletiva à vítima do dano, sistema por meio do qual se possibilita ao membro do grupo executar diretamente a sentença coletiva.

Desse modo, pendente ação individual e ação coletiva correspondente³⁶⁴, os autores individuais, caso não providenciem a suspensão de seus feitos, no prazo de 30 dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva, não se beneficiarão da coisa julgada, ainda que favorável a decisão.

Por analogia ao sistema das *class actions*, representaria a adoção da regra do *opt out*, por meio da qual os membros do grupo, ao não requererem a suspensão de suas ações individuais, optam por se desvincular dos efeitos da decisão a ser proferida em sede coletiva, para aproveitar os efeitos da decisão proferida na demanda individual.³⁶⁵

³⁶³ Art. 104, CDC. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

³⁶⁴ Sem embargo de não ser o conteúdo da norma do art. 104 do CDC objeto de estudo do presente item, registre-se sua atecnidade ao não fazer remissão ao inciso III do parágrafo único do art. 81 do CDC, omissão que poderia levar à errada conclusão de que é possível a formação de litispendência entre ações que versem direitos individuais homogêneos e ações individuais, com o mesmo objeto, não fosse a norma do art. 103, § 2º que prevê a não incidência da coisa julgada material, no caso de improcedência da ação coletiva, aos individuais que não tenham nela figurado como litisconsortes. Sensível a essa problemática, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, ao afirmar que “O que parece, entretanto, inadmissível, em sede de interesses difusos e coletivos, é a possibilidade ventilada pelo art. 104, de cabimento e coexistência de ações coletivas e individuais, como se o objeto em questão estivesse sujeito ao desmembramento.” MENDES, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 261.

³⁶⁵ Conf. DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 180. Em sentido contrário, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, segundo o qual “o art. 104 não adotou nenhum dos dois métodos [regra do *opt in*

Tal opção, repita-se, só se torna viável por meio de uma notificação adequada aos titulares de demandas individuais que deverão ter ciência inequívoca, por meio de intimação, da existência de ação coletiva conexa³⁶⁶. Intimação essa que deverá trazer elementos informativos suficientes a influenciar a decisão do autor individual acerca da suspensão ou prosseguimento da sua demanda e que não deve ser satisfeita com a mera previsão editalícia.

A norma do art. 94 do Código de Defesa do Consumidor prevê, como forma de divulgação da demanda coletiva, a publicação, por meio de edital, em órgão oficial, “sem prejuízo da ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.”

Sem dúvida que a previsão de edital é manifestamente ineficaz, uma vez que, notoriamente, a leitura de diário oficial não é uma prática alimentada pelo cidadão nacional. Dessa forma, tal dispositivo acaba por representar norma desprovida de qualquer eficácia e não atinge os fins para os quais foi criada, na medida em que não disponibiliza um meio concreto de notificação aos interessados. Destarte, “Essa limitação do direito brasileiro enfraquece o poder político das demandas coletivas e o poder de mobilização social dos membros do grupo.”³⁶⁷

A segunda parte da norma não impõe qualquer obrigatoriedade aos órgãos de defesa do consumidor a efetivarem uma ampla divulgação das demandas, mas apenas sugere que a façam pelos meios de comunicação social.

Elton Venturi destaca que, em função da precariedade do sistema de notificação adotado no ordenamento nacional, frequentemente se verifica a propositura de demandas individuais com o mesmo objeto de ações coletivas³⁶⁸.

ou do *opt out* do sistema norte-americano]. Pelo contrário, deixou de colocar a ação coletiva como referencial mais importante, diante da qual os indivíduos precisariam optar, seja pelo ingresso ou pela exclusão, para passar a dispor sobre a conduta dos autores individuais em relação às suas ações singulares.” MENDES, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 261.

³⁶⁶ Registre-se a observação de Elton Venturi no sentido de que “tal regra é freqüentemente inobservada, seja por força das limitações estruturais dos órgãos essenciais à prestação jurisdicional, que comprometem o adequado controle sobre o possível tangenciamento entre ações coletivas e individuais e, por conseqüência, a determinação judicial *ex officio* da intimação prevista pelo art. 104, seja pela falta de arguição de tal ato processual por parte do demandado.” VENTURI, *Processo civil coletivo*, p. 352.

³⁶⁷ GIDI, *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*, p. 62.

³⁶⁸ VENTURI, *Processo civil coletivo*, p. 395.

Certamente que uma notificação adequada é onerosa³⁶⁹, mas importante é ressaltar que ela não precisa ser dirigida a todo membro do grupo sob pena de se tornar materialmente inviável e economicamente dispendiosa.

Antonio Gidi, sob influência do Direito norte-americano, sugere a seguinte solução quanto à divisão do ônus de arcar com as despesas decorrentes de uma adequada notificação: considerando que as despesas processuais serão ressarcidas pela parte vencida ao final do processo, seria razoável que União, Estados, Ministério Público ou associações adiantassem as despesas necessárias a uma adequada notificação aos membros do grupo titulares do direito. Bastaria que houvesse a cientificação a entidades públicas e a associações representativas do grupo.

Afirma ainda que seria mais adequado que a norma obrigasse a entidade autora a promover a notificação acerca da propositura da ação, como uma forma de notificação mínima a ser complementada a critério do magistrado. Poderia a norma ainda prever a possibilidade de se transferir para o réu, a partir da análise de uma substancial possibilidade de vitória da pretensão autora, o ônus financeiro de se arcar com as despesas da notificação dos demais interessados.³⁷⁰

Sensível a essa problemática, o chamado Anteprojeto Original (CM-GIDI) trouxe uma minuciosa regulamentação do assunto, no que não foi seguido pelos projetos seguintes (Código Modelo Ibero-Americano e Anteprojetos CBPC-IBDP e CBPC-UERJ/UNESA). O Anteprojeto CM-GIDI previu, de modo pioneiro, a necessidade de notificação do Ministério Público, do Fundo dos Direitos de Grupo, das entidades e órgãos públicos relevantes e das associações nacionais e regionais mais representativas, além de uma pequena amostra dos membros do grupo facilmente identificáveis (art. 5.1, CM-GIDI).

Previu ainda a responsabilização do representante do grupo para o custeio das despesas decorrentes das notificações e a inversão desse ônus, a critério do magistrado, quando a notificação se verificar sobremaneira dispendiosa ao representante e não à parte contrária (art. 5.3, CM-GIDI).

³⁶⁹ O problema dos custos da notificação é um problema que assola também as ações coletivas norte-americanas. Conf. FISS, *A teoria política das ações coletivas*, p. 241-249; GIDI, *A "class action" como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 219-229.

³⁷⁰ GIDI, *A "class action" como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 240-242.

Trouxe ainda as informações que necessariamente deverão constar na notificação, tais como definição do grupo, identificação do réu, cópia da petição inicial, da contestação e de documentos relevantes, de modo a possibilitar a melhor, mais ampla e clara divulgação acerca do objeto da demanda coletiva, (art. 5.4, CM-GIDI).

O Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual (CBPC-IBDP), de modo mais limitativo, manteve a tradicional regra da publicação em edital, da inicial da ação, aos titulares dos direitos individuais homogêneos (art. 30), prevendo ainda a notificação a órgãos e entidades de defesa dos interesses do grupo e, em caso de antecipação de tutela, aos membros do grupo (art. 30, § § 2º e 4º).

Com uma disposição também menos detalhada, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (CBPC-UERJ/UNESA) previu a publicação editalícia e, do mesmo modo que o Anteprojeto CBPC-IBDP, limitou a norma da notificação aos titulares de direitos individuais homogêneos, para, querendo, exercer o direito de exclusão do processo coletivo [regra do *opt out* norte-americano] (art. 32). Elencou, contudo, interessantes instrumentos por meio dos quais essa comunicação aos interessados poderá ser realizada: inserção em contra-cheque, fatura, extrato bancário e outros (art. 32, § 2º).

Sem maiores inovações, o anteprojeto que disciplina a ação civil pública – PL 5.139/09 - prevê a ampla comunicação aos membros do grupo, titulares dos interesses ou direitos individuais homogêneos, para que exerçam o direito de exclusão, pelos meios de comunicação social. Na esteira do projeto CBPC-UERJ/UNESA (art.), também previu diversos meios pelos quais a comunicação aos interessados pode ser efetivada: correio, correio eletrônico, fatura, contra-cheque, oficial de justiça, dentre outros, observado ainda o critério da modicidade do custo (art. 13, parágrafo único).

O anteprojeto que disciplina a ação civil pública – PL 5.139/09 – previu ainda a necessária comunicação aos titulares de direitos ou interesses objeto da ação coletiva para que exerçam seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo. Ou seja, previu a chamada regra do *opt out*, por meio da qual é viável a escolha pela não incidência da coisa julgada coletiva sobre a esfera particular dos titulares desses direitos. (art. 13).

Importante é registrar ainda as críticas lançadas por Antonio Gidi quanto ao critério da modicidade do custo da notificação, previsto nos Anteprojetos CBPC-IBDP, CBPC-UERJ/UNESA e no que disciplina a ação civil pública – PL 5.139/09 -³⁷¹ como critério a ser utilizado para o seu controle. Segundo o autor “Em vez de ‘modicidade do custo’ o princípio diretor deveria ser a razoabilidade e proporcionalidade da notificação com o valor ou o tipo da pretensão e o tamanho, a dispersão geográfica e o tipo do grupo, enfim, sua adequação.”³⁷²

2.4. Defensoria pública e a questão da hipossuficiência

Recentemente a Lei n.º 11.448/2007, representando um importante avanço na tutela dos direitos coletivos, alterou o art. 5ª da Lei da Ação Civil Pública e concedeu expressamente legitimidade ativa à Defensoria Pública para o ajuizamento de ações coletivas.

Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr. ressaltam que a Defensoria Pública do Rio de Janeiro, de modo precursor, já se valia do disposto na norma do art. 82, III, do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a legitimidade de órgãos de defesa do consumidor, ainda que despersonalizados, para fundamentar o ajuizamento de ações civis públicas pelo Núcleo da Defensoria Pública de Defesa do Consumidor.³⁷³

Autorizada constitucionalmente à orientação jurídica e à defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV da Constituição da República (art. 134 da Constituição da República), não deve a Defensoria Pública ter sua atuação limitada à defesa dos interesses dos economicamente hipossuficientes.

Com efeito, não seria a Defensoria Pública um legitimado adequado à tutela de qualquer direito coletivo *lato sensu*, do mesmo modo que se verifica quanto à legitimação do Ministério Público, órgão que, devido à sua relevante função, não é dado à tutela de direitos individuais homogêneos que não assumam o atributo da relevância social. Faz-se mister, desse modo, também quanto à atuação da Defensoria Pública, o controle da sua adequada representação, este, ressalte-se, não limitado a uma aferição *a priori* da hipossuficiência

³⁷¹ Art. 30, § 4º Anteprojeto CBPC-IBDP; art. 32, § 2º do Anteprojeto CBPC-UERJ/UNESA e art. 13, parágrafo único, do anteprojeto que disciplina a ação civil pública.

³⁷² GIDI, *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*, p. 71.

³⁷³ DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 211.

econômica somente. Deve-se ainda levar em conta a chamada hipossuficiência jurídica que, caso presente, do mesmo modo, reclama atuação desse importante agente de direito na tutela do necessitado.

Como bem aponta Rodolfo de Camargo Mancuso:

Necessitado, por sua vez, não pode mais ser compreendido unicamente como o hipossuficiente econômico. Esta visão míope, obsoleta, é baseada na ordem constitucional anterior e no modelo praticado pela advocacia, absolutamente impróprio para a Defensoria Pública. A natureza das atribuições dos Defensores Públicos conferem-lhes relativo trânsito na comunidade, entidades do terceiro setor e Poder Público. Não por acaso, a instituição é uma ferramenta excelente para exercer o papel de elo entre estes atores, e como tal deve ser utilizada.³⁷⁴

Uma interpretação restritiva é aceita quando se está diante de interesses individuais, mas não quando se tutela direitos das coletividades. Estas, muitas vezes, por não se encontrarem organizadas, em associações ou sindicatos, por exemplo, mostram-se juridicamente frágeis e, desse modo, hipossuficientes para tutela dos direitos transindividuais. Negar, nessas hipóteses, a legitimidade da Defensoria Pública é ferir sua função institucional de instrumento de garantia de acesso à justiça.³⁷⁵

Nesse sentido, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes conclui que

Portanto, a Defensoria deverá atuar de modo individual quando estiver diante de casos individuais de hipossuficiência, mas, naturalmente, haverá pouca eficácia se oferecer um patrocínio meramente particularizado para fazer frente a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos pertinentes a necessitados.³⁷⁶

Do mesmo modo, não se pode exigir que os beneficiários da tutela coletiva sejam, em sua exclusividade, pessoas necessitadas.³⁷⁷

³⁷⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ministério Público e Defensoria Pública na prevenção dos mega-conflitos. *Revista de processo*, São Paulo, n. 164, 2008, p. 162.

³⁷⁵ CÂMARA, Alexandre de Freitas. Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública: um possível primeiro pequeno passo em direção a uma grande reforma. In SOUZA, José Augusto Garcia de. (Coord.). *A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a lei federal 11.448, de 15 de Janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 46-48.

³⁷⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos e a Legitimidade da Defensoria Pública para as Ações Coletivas. In SOUZA, José Augusto Garcia de. (Coord.). *A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a lei federal 11.448, de 15 de Janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 67.

³⁷⁷ Nesse sentido, Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr.: “Se fosse assim, [coletividade composta exclusivamente por pessoas necessitadas] praticamente estaria excluída a legitimação da Defensoria Pública para a tutela de direitos difusos, que pertencem a uma coletividade de pessoas indeterminadas. Ainda neste sentido, não seria possível, a promoção de ação coletiva pela Defensoria quando o interesse protegido fosse comum a todas as pessoas, carentes ou não.” DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 212.

Em vista do caráter da indivisibilidade da tutela coletiva, todo e qualquer indivíduo poderá se valer da decisão concedida em demanda ajuizada pela Defensoria Pública, independentemente de sua capacidade financeira, nos termos do que dispõe o art. 97 do Código de Defesa do Consumidor.

Em sentido contrário ao endossado neste ensaio, recentemente, o Ministro Teori Albino Zavascki, em voto-vista no Resp 912.849-RS, defendeu que a legitimação coletiva da Defensoria Pública possui um limitador de natureza subjetiva, ou seja, que caberia à Defensoria a defesa somente dos necessitados, nos termos do que dispõe o art. 134 da Constituição da República.

Desse modo, nos termos do que preconiza o ministro, a decisão proferida na ação coletiva ajuizada pela Defensoria somente beneficiaria aqueles que demonstrassem, na fase de liquidação e execução, sua insuficiência de recursos.

Cabe aqui colacionar referido voto:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL COLETIVA. INTERESSE DE CONSUMIDORES. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA. LIMITES.

1. "A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV" (CF, art. 134), ou seja, dos "que comprovarem insuficiência de recursos" (CF, art.5º,

LXXIV). Tais dispositivos conferem à Defensoria Pública legitimação ativa ampla no plano jurisdicional, tanto sob o aspecto material, quanto no instrumental. Não há razão para, no plano material, excluir as relações de consumo ou de, no âmbito processual, limitar seu acesso ao mero plano das ações individuais. Portanto, é legítima, do ponto de vista constitucional, a disposição do art. 4º, XI, da LC 80/94, segundo que "São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras (...) patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado". E nada impede que, para o adequado exercício dessa e das suas outras funções institucionais, a Defensoria Pública lance mão, se necessário, dos virtuosos instrumentos de tutela coletiva.

2. O que existe, isto sim, é um limitador de natureza subjetiva: à Defensoria cumpre a defesa "dos necessitados" (CF, art. 134), ou seja, dos "que comprovarem insuficiência de recursos" (art. 5º, LXXIV). Essa limitação deve ser tida por implícita no ordenamento infraconstitucional, como, v.g., no art. 4º da LC 80/94 e no do art. 5º, II da Lei 7.347/85. Foi justamente assim que entendeu o STF quando apreciou a constitucionalidade do art. 176, § 2º, V, e e f, da Constituição Estadual do Rio de Janeiro, que trata de legitimação dessa natureza (Adin-MC 558-8, Pleno, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 26.03.93). (STJ, Min. Relator José Delgado

Trata-se, sem dúvida, de decisão que restringe sobremaneira a tutela dos direitos transindividuais, a efetividade processual e vai de encontro ao próprio caráter da indivisibilidade da tutela coletiva, concepção, portanto, afastada nesta pesquisa.

No que tange às tendências de regulamentação do assunto em sede dos projetos já mencionados, importante é destacar que o projeto CBPC-IBDP demanda requisitos específicos para que reste configurada a legitimação da Defensoria Pública. Dispõe o art. 20 do citado projeto:

Art. 20. Legitimação. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa:

(...)

IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, quando a coletividade ou os membros do grupo, categoria ou classe forem necessitados do ponto de vista organizacional, e dos individuais homogêneos, quando os membros do grupo, categoria ou classe forem, ao menos em parte, hipossuficientes.

Ou seja, quando se tratar de interesses ou direitos difusos ou coletivos, prevê a norma a indispensável análise, *in concreto*, da necessidade organizacional dos membros do grupo, categoria ou classe e, quando diante de interesses ou direitos individuais homogêneos, impõe a necessidade de que os membros do grupo, categoria ou classe sejam, ao menos em parte, hipossuficientes.

Sobre o dispositivo, entendendo que a tecitura aberta dos requisitos pode levar à burocratização do acesso à tutela jurisdicional, faz considerações críticas Humberto Dalla Bernardina de Pinho quando indaga:

Afinal de contas, o que é necessidade organizacional? Como pode ser aferida? Quais são os parâmetros objetivos para tanto? E se houver discordância entre o Juiz e o Defensor Público acerca da presença desse requisito? É razoável exigir-se do Defensor que interrompa todo o seu trabalho (que não é pouco) e faça uma investigação minuciosa para descobrir se há ou não a tal necessidade? Ainda que ele se disponha a isso, o que fazer se o Juiz não entender dessa forma e rejeitar a inicial sob o fundamento da ausência dessa “condição específica para o regular exercício do direito de ação”? [...] Ou ainda, por outro lado, se o Defensor entende que não há a referida necessidade organizacional e, fundamentadamente, deixa de propor a ação civil pública, podem os interessados questionar esse ato de alguma forma?

Continua o autor observando que, no que se refere aos direitos individuais homogêneos, não se identifica de que tipo de hipossuficiência se refere a norma: econômica, social, cultural ou jurídica. Some-se a isso a inexistência de um referencial proporcional. Segundo o autor, o texto fala apenas em parte do grupo. "Seria, ao menos, metade mais um?"³⁷⁸

Malgrado se reconheça possível a utilização inadequada, por parte de magistrados, de conceitos abertos, a presença, na legislação coletiva, de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados não deve ser visto como um fator maléfico ao ordenamento, mormente sob o atual modelo de litígio coletivo que demanda uma participação mais ativa do magistrado e das partes e requer uma legislação flexível a uma realidade em constante transformação³⁷⁹. Nessa medida, a utilização de conceitos abertos se mostra uma tendência presente não somente na legislação coletiva, mas em todo o ordenamento jurídico.

Na medida em que o conceito de hipossuficiência não deve ser adstrito ao de necessidade econômica, parece ser razoável ponderar a necessidade organizacional de um grupo como critério a ser sopesado para caracterizá-lo ou não como um grupo necessitado.

No entanto, impor requisitos distintos à tutela, por meio da Defensoria Pública, de direitos individuais homogêneos, difusos e coletivos mostra-se inadequado até porque é perfeitamente possível, por exemplo, vislumbrar-se eventual necessidade organizacional em um grupo que venha demandar tutela de direitos individuais homogêneos. Nesse caso, não seria correto ou razoável furtar ao grupo auxílio desse importante ator coletivo.

Desse modo, dentro da ideia de que as normas de direito coletivo devem observar uma interpretação aberta e flexível, de forma a permitir a máxima efetividade do processo coletivo, a legitimidade da Defensoria Pública não deve ser determinada somente a partir de critérios fixos, aferíveis num juízo *a priori*, tais como o da hipossuficiência econômica, mas deve ser a mais ampla possível, a ser fixada a partir do controle da legitimação adequada e da adequada representação.

³⁷⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de Ações Cíveis Públicas: Primeiras Impressões e Questões Controvertidas. In FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; RODRIGUES, Marcelo Abelha. (Coord.) *O novo processo civil coletivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 177-178.

³⁷⁹ Para um estudo das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, consulte-se MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

2.5 Pessoas jurídicas de direito público e a questão da pertinência temática.

O ponto que aqui se abordará cinge-se à discussão acerca da necessidade ou não de que seja demonstrado, por parte destes entes legitimados, um interesse específico na propositura da demanda, interesse consubstanciado na chamada pertinência temática.

Ricardo de Barros Leonel, analisando a legitimação desses entes de direito público (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e entes despersonalizados) coloca a pertinência temática como sinônima de interesse material. Desse modo, por exemplo, quanto à legitimação do MP, teria o legislador, ao legitimá-lo, presumido seu interesse material ou pertinência temática com relação a qualquer interesse metaindividual.

Essa é uma concepção já afastada na presente pesquisa na medida em que a legitimidade, para tutela de direitos pertencentes a uma coletividade, não deve estar atrelada ao interesse material na causa, na medida em que se trata de concepção calcada numa visão individualista e privatista do processo, a semelhança do ordenamento norte-americano. Ademais, a atuação do MP ou de qualquer outro legitimado, repita-se, não se afigura isenta de controle pelo magistrado em razão das peculiaridades de cada caso concreto, peculiaridades que, por vezes, podem furtar ao um ente legitimado uma atuação efetivamente adequada.

Contudo, afirma o autor, tal presunção é atrelada somente ao *Parquet*, sendo que, quanto aos demais entes públicos, a aferição desse interesse específico na causa decorre da análise da atuação do ente legitimado em cada caso concreto. “Esta constatação decorre das peculiaridades da própria existência, limites de atuação, e finalidade institucional de cada um destes entes.”³⁸⁰

Desse modo, exemplifica o autor, o Município, não obstante se mostrar habilitado à tutela de direitos difusos relativos ao meio ambiente, nos termos do que dispõe o art. 23, inciso VI da Constituição da República, tem sua atuação adstrita ao limite geográfico de sua competência constitucional, ressalvados os casos em que o dano ultrapassar esses limites territoriais.³⁸¹

³⁸⁰ LEONEL, *Manual do processo coletivo*, p. 164.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 165.

No que tange às finalidades institucionais de cada ente, observa que, por exemplo, caso determinada autarquia seja afeta à área do ensino público, a ela seria vedada a propositura de ação coletiva que visasse à proteção dos direitos do consumidor.

Gregório Assagra de Almeida adota o mesmo entendimento ao afirmar que “o âmbito de atuação desses entes públicos está circunscrito à verificação do interesse social do respectivo espaço territorial onde eles se constituem.” Quanto aos entes integrantes da administração pública indireta, ressalva a necessária análise dos seus respectivos objetivos institucionais.³⁸²

Elton Venturi, de outro lado, defende o afastamento da análise do requisito a aduzir que o que se revela necessário vislumbrar é a efetiva tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, “na medida em que tal proteção se revele útil e necessária.”³⁸³

Seguindo também uma linha de interpretação mais ampliativa, Carolina Galotti destaca que não haveria razão para que a legitimidade de tais órgãos fosse limitada à circunscrição de seus espaços territoriais³⁸⁴.

Ainda nesse sentido, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery observam que:

Não há nenhuma exigência da lei para que os órgãos da administração direta estejam legitimados à propositura da ACP. O estado federado do sul, por exemplo, pode ajuizar ACP na defesa do meio ambiente do estado do Amazonas, porque o interesse processual na ACP é aferível em razão da qualidade do direito tutelado: difuso, coletivo ou individual homogêneo. Quando o estado federado move ACP, não está ali na tutela de direito seu, individual, mas de direito que transcende a individualidade. [...] Assim, o Estado de São Paulo, legitimado que está pela norma comentada, tem, *ipso facto*, interesse processual em ajuizar ACP no Amazonas, para a tutela de interesses difusos.³⁸⁵

Com efeito, ao contrário do que se observa com as entidades associativas, há de se reconhecer a inexistência de norma, no vigente microssistema de tutela coletiva, que imponha, para

³⁸² ALMEIDA, *Direito processual coletivo brasileiro*, p. 516-517. Ainda adotando esse mesmo entendimento, conf. WATANABE, Kazuo et al, *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 840.

³⁸³ VENTURI, *Processo civil coletivo*, p. 211 Ainda nesse sentido, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery quando citam a seguinte situação: “O Estado federado do Sul, por exemplo, pode ajuizar ação civil pública na defesa do meio ambiente do Estado do Amazonas, porque o interesse processual na ação civil publica é aferível em razão da qualidade do direito tutelado: difuso, coletivo ou individual homogêneo. Quando o Estado federado move ação civil pública, não está ali na tutela de direito seu, individual, mas de direito que transcende a individualidade.” NERY Jr.; NERY, *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, p 1320.

³⁸⁴ GALLOTTI, *Pertinência temática nas ações coletivas*, p. 174.

³⁸⁵ NERY Jr.; NERY, *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, p. 1531.

aferição da legitimidade ativa de tais entes públicos, correlação entre suas finalidades institucionais com os fins almejados pela demanda coletiva ou ainda de norma que limite o poder de demandar à circunscrição territorial onde se localizam.

No entanto, simplesmente exigir ou deixar de exigir tais requisitos para que determinado ente público seja considerado um legitimado a demandar coletivamente, não é o proposto na presente pesquisa. Certamente não será com a simples exigência ou dispensa desses requisitos, submetendo o critério da pertinência temática a uma singela conferência objetiva, que o magistrado efetivará o controle da adequada representação desses entes.

À semelhança do que já foi defendido neste ensaio, quando abordada a legitimação das associações, observa-se que o importante é que o magistrado examine, *in concreto*, se as circunstâncias que se apresentam tornam aquele autor um legitimado adequado a estar em juízo.

Naturalmente que, à primeira vista, um órgão constituído com a finalidade de proteger os direitos do consumidor seja, *a priori*, um defensor mais adequado a essa tutela. Da mesma forma, o Estado do Amazonas, por exemplo, possivelmente não seja o ente mais adequado a promover a tutela do meio ambiente em razão de um dano provocado no Estado do Rio Grande do Sul.

No entanto, a depender da extensão do dano ambiental, também não se mostra razoável furta de um ente federado a busca por uma tutela preventiva pela imposição de que citado dano não tenha (ainda) atingido sua extensão territorial.

Desse modo, o que se pretende firmar é a necessidade de o magistrado, em um segundo momento de análise da legitimação coletiva, valer-se também de outros critérios para, no caso concreto, definir se o autor da ação coletiva é, de fato, um adequado representante dos interesses daqueles que não se podem fazer presentes em juízo.

3 LEGITIMAÇÃO COLETIVA PASSIVA

A aceitação, no ordenamento nacional, da chamada ação coletiva passiva, ou seja, aquela ajuizada contra ou em face de um grupo ou classe³⁸⁶, não obstante controvertida, mostra-se cada vez maior por aqueles que se dedicam ao estudo do tema³⁸⁷.

Prevista expressamente no Direito norte-americano³⁸⁸, as ações coletivas passivas, nomeadas naquele ordenamento como *defendant class actions*, recebem tratamento similar a das ações coletivas ativas (*plaintiff class actions*), de modo que, para que uma *defendant class action* seja certificada³⁸⁹ como tal, ressalvadas as devidas peculiaridades, modo geral, exigem-se os mesmos requisitos à certificação de uma ação coletiva ativa.³⁹⁰

Expondo acerca dos benefícios ensejados por esse tipo de demanda, afirma Antonio Gidi que:

A vantagem de uma *defendant class action* é manifesta nos casos em que há um padrão de conduta ilegal entre um grupo de réus semelhantemente situados, como, por exemplo, várias escolas, penitenciárias, lojas, municípios, cartórios, planos de saúde, franqueados, infratores de uma patente, etc. Com uma única ação coletiva é

³⁸⁶ “Nela [na ação coletiva passiva] se poderá pleitear qualquer tipo de tutela, seja ressarcitória, inibitória, de entrega de coisa, constitutiva ou de qualquer outra natureza, inclusive com pedido de tutela antecipada. Pode-se também afirmar que os interesses defendidos pelo autor nessa ação podem ser metaindividuais ou puramente individuais. Na primeira hipótese, a ação será duplamente coletiva, em virtude do conflito de interesses entre duas coletividades distintas. DINAMARCO, Pedro da Silva. Las acciones colectivas pasivas en el Código Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica. In GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos - hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. México: Porrúa, 2003, p. 133.

³⁸⁷ Conf. nesse sentido, DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 399-414; GRINOVER, Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada, p. 3-12; VIOLIN, Jordão. *Ação Coletiva Passiva: fundamentos e perfis*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 33-42; 93-101passim; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant class action* brasileira: limites propostos para o Código de Processos Coletivos In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.309-320; MAIA, Diogo Campos Medina. A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 321-344;

³⁸⁸ Dispõe a *Rule 23 (a)*: “One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (...)”

³⁸⁹ Para uma análise dos requisitos necessários à certificação de uma demanda como uma *class actions*, vide capítulo 1 deste presente escrito.

³⁹⁰ Expõe Antonio Gidi que “Da mesma forma que acontece com as *plaintiff class actions*, as *defendant class actions* podem dar lugar a uma sentença declaratória, mandamental ou indenizatória. O seu uso mais comum, todavia, é para dar efeito *erga omnes* a uma decisão de conteúdo declaratório ou injuntivo, contra um grupo numeroso de pessoas que cometeram um mesmo ilícito civil, ou com o objetivo de interpretar ou determinar a validade de um documento ou norma (lei, regulamento, decreto etc.)” GIDI, A “*class action*” como instrumento de tutela coletiva dos direitos, p. 390.

possível obrigá-los todos a cumprir a lei através de um único processo e uma única decisão, que terá força de coisa julgada em face de todos os membros do grupo.³⁹¹

Com efeito, a vantagem, a que se refere Antonio Gidi, viabiliza-se na medida em que a demanda, por meio da qual se afirmam direitos individuais ou coletivos, dirige-se contra uma coletividade, titular de uma situação jurídica passiva consubstanciada num dever ou em um estado de sujeição, por exemplo. “Da mesma forma que a coletividade pode ser titular de direitos (situação jurídica ativa), ela também pode ser titular de um dever ou um estado de sujeição (situações jurídicas passivas).”³⁹²

Desse modo, uma demanda proposta, por exemplo, em face da Associação Brasileira de Bebidas (Abrabe), objetivando a rotulação de bebidas alcoólicas com informações de advertência³⁹³, significa que essa coletividade passiva titulariza o dever de informar o consumidor acerca dos malefícios que o consumo do seu produto implica.

Como bem ressaltam Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr., a categoria das situações jurídicas coletivas passivas precisa ser, dogmaticamente, melhor desenvolvida. Com efeito, as propostas de Código Modelo para processos coletivos não fazem referência às situações jurídicas passivas coletivas que, por sua vez, deverá ter seu conceito inferido a partir das normas que definem os direitos coletivos, aplicadas em sentido inverso, assim compreendidos como “deveres e estados de sujeição indivisíveis e deveres e estados de sujeição individuais homogêneos (indivisíveis para fins de tutela, mas individualizáveis em sede de execução ou cumprimento).”³⁹⁴

De modo perfunctório, pode-se afirmar que, os que negam a admissibilidade das ações coletivas passivas, no Brasil³⁹⁵, fundam-se, basicamente, na omissão legislativa sobre o tema

³⁹¹ GIDI, A “class action” como instrumento de tutela coletiva dos direitos, p. 391.

³⁹² ZANETI Jr., DIDIER Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 400.

³⁹³ O exemplo é citado por Ada Pellegrini Grinover. GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas. In GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: DPJ, 2006, p. 217-218.

³⁹⁴ ZANETI Jr., DIDIER Jr., *Curso de direito processual civil*, p.p. 400.

³⁹⁵ Nesse sentido, conf. ALVIM, José Manoel Arruda. *Código do Consumidor Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 346-347; GIDI, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 184-185; GIDI, *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*, p. 345; DINAMARCO, *Ação civil pública*, p. 269-270; MANCUSO, *Jurisdição coletiva e coisa julgada*, p. 468-471; LEONEL, *Manual do Processo Coletivo*, p. 206; NEGRÃO, *Ações Coletivas*, p. 99-90; ABELHA RODRIGUES, *Ação civil pública*, p. 281; MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 342. O autor, contudo, observa que “o sistema processual vigente já admite, ocasionalmente, que se forme título executivo *erga omnes* contra a coletividade, abstratamente considerada [...]” Idem, p. 342.

e na sua postura indicativa de atuação ativa, ao fazer sempre menção à palavra autor e nunca a demandando. Outro fator impeditivo seria a adoção, pelo ordenamento nacional, do sistema *ope legis* de legitimidade, que impossibilitaria a análise, no caso concreto, da adequada representação da parte passiva, inviabilizando, por conseguinte, a extensão subjetiva da coisa julgada àqueles ausentes na demanda, sob pena de violação ao devido processo legal e ao contraditório.

No entanto, a análise do ordenamento brasileiro, a partir de uma interpretação sistemática, permite admitir claramente esse tipo de demanda que, aliás, já se afigura presente conforme inúmeros exemplos³⁹⁶ elencados pela doutrina.

Veja-se o disposto no art. 83 do Código de Defesa do Consumidor ao afirmar que “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”

Ada Pellegrini Grinover cita ainda, como fundamento para admitir esse tipo de demanda no ordenamento nacional, o art. 5^a, § 2^o da Lei da Ação Civil Pública que faculta ao Poder Público e a outras associações legitimadas habilitarem-se como litisconsortes de qualquer das partes. Observa a autora que “É evidente, portanto, que se a intervenção no processo de entes legitimados às ações coletivas pode se dar como litisconsorte do autor ou do réu, é porque a demanda pode ser intentada pela classe ou contra ela”.³⁹⁷

Não obstante discordar dos fundamentos trazidos por Ada Pellegrini Grinover e, a despeito de considerar tais demandas inadmissíveis no ordenamento brasileiro, Antonio Gidi também coloca a omissão legislativa como um falso óbice à admissão da demanda coletiva passiva. Conclui que, na verdade:

³⁹⁶ Conf. GRINOVER, Os processos coletivos nos países de *civil Law* e *common Law*, p. 239; ZANETI Jr., DIDIER Jr., *Curso de direito processual civil*, p.403-404; ZANETI Jr., Hermes; DIDIER Jr., Fredie. Processo coletivo passivo. *Revista de processo*, São Paulo, ano 33, n. 165, 2008, p. 33-34; MAIA, A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente, p. 338-343; GIDI, *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*, p. 349-353; VIOLIN, *Ação coletiva passiva*, p. 93-99.

³⁹⁷ GRINOVER, *Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada*, p. 7. Conf. ainda GRINOVER, *Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas*, p. 215-216; WATANABE; et. al., *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 850. Em sentido contrário, entendendo que a norma que permite a intervenção no processo, por um legitimado coletivo, não guarda correlação com a admissibilidade, no ordenamento, da ação coletiva passiva, conf. GIDI, *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*, p. 341

O verdadeiro motivo é que não há [no Brasil] um sistema processual adequado para processá-la. Se o sistema processual existente fosse adequado (ou se a jurisprudência criasse um sistema adequado), os processos coletivos passivos seriam admissíveis em nosso ordenamento.³⁹⁸

Também nesse sentido, Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr. quando afirmam que

A inexistência de texto legal expresso que confira legitimação coletiva passiva não parece obstáculo intransponível. Conforme já foi visto, a atribuição de legitimação extraordinária não precisa constar de texto expresso, bastando que se retire do sistema jurídico. A partir do momento em que não se proíbe o ajuizamento de ação rescisória, cautelar incidental ou mandado de segurança contra ato judicial pelo réu em ação coletiva ativa, admite-se, implicitamente, que algum sujeito responderá pela coletividade, ou seja, admite-se a ação coletiva passiva.³⁹⁹

Quanto à adoção do sistema *ope legis*, o presente escrito vem buscando demonstrar, sobejamente, a evolução que tal sistema vem sofrendo, no Brasil, para um modelo *ope judicis*, o qual impõe uma revisitação do papel do magistrado na adequação da legitimação coletiva. Representa o abandono de uma legitimação fundada em critérios taxativos, fixados em lei, a partir de um juízo *a priori*, para a inclusão de uma legitimidade fixada a partir da análise das particularidades que o caso concreto impõe. Trata-se da inclusão do controle judicial da adequada representação⁴⁰⁰ nas ações coletivas brasileiras, controle assumido não somente ao ente coletivo ativo, mas também à coletividade passiva.

Os autores dos projetos já aqui tão abordados, do mesmo modo, não esconderam a preocupação com o assunto e buscaram introduzir previsão e regulamentação a esse tipo de demanda.

Segundo o Anteprojeto de Código de Processo Coletivo Modelo para Países de Direito Escrito (CM-GIDI), no art. 28, as ações coletivas passivas serão propostas “contra os membros de um grupo de pessoas, representados por associações que os congregue.” Caso não haja “associação que congregue os membros do grupo-réu, a ação coletiva passiva poderá ser proposta contra um ou alguns de seus membros, que funcionarão como representantes do grupo (art. 28.2)

³⁹⁸ GIDI, *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*, p. 345. No entanto, conclui o autor que “[...] com o regime jurídico de demandas coletivas ativas que dispomos, que deve servir naturalmente como analogia, a construção do processo coletivo passivo será extremamente precária. Não somente falta a coisa julgada *pro et contra*, o controle judicial da representação adequada e a notificação, como a classificação dos direitos de grupo é inaplicável. [...] O ideal, portanto, seria uma reforma legislativa que não somente autorizasse a demanda coletiva passiva, como delimitasse os seus contornos e o seu procedimento.” Idem p. 346.

³⁹⁹ ZANETI Jr., DIDIER Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 413.

⁴⁰⁰ Para análise do instituto, vide *supra* item 1.3.1.

Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr. consideram a proposta de Antonio Gidi restritiva na medida em que limita, parcialmente, a legitimidade coletiva passiva às associações. Segundo os autores, o mais adequado seria “manter o rol de legitimados em tese para a proteção das situações jurídicas coletivas e deixar ao órgão jurisdicional o controle *in concreto* da adequada representação.”⁴⁰¹

Segundo o Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América (CM-IIDP), “Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 2º deste código, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (artigo 1º) e se revista de interesse social.”

O Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual (CBPC-IBDP) trouxe a previsão da ação coletiva passiva no seu art. 38, ao estabelecer que “Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada (art. 20, I, “a”, “b” e “c”), se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (art. 4º, incisos I e II) e a tutela se revista de interesse social.”

De maneira semelhante ao elencado nos Anteprojetos CBPC-IBDP e CM-IIDP, o projeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (CBPC-UERJ/UNESA) regulamenta esse tipo de demanda em seu art. 42, exigindo que a tutela se revista de interesse social.

Criticando veementemente a exigência do requisito da relevância social do bem jurídico a ser tutelado, para que a demanda coletiva passiva seja admitida, Antonio Gidi afirma que:

O erro, aqui, é duplo. Primeiro, é um erro de técnica legislativa, porque o malsinado requisito já existe para a demanda coletiva ativa nos referidos anteprojetos: como a disciplina do processo coletivo ativo é aplicável ao passivo, a repetição é desnecessária. O segundo erro é de caráter de política legislativa. Exigir “interesse social” para que uma demanda coletiva (ou qualquer demanda) seja cabível é requisito de duvidosa conveniência, além de flagrantemente inconstitucional, por violar a garantia do acesso à justiça, excluindo injustificadamente da esfera do judiciário lesões que não tenham “interesse social”.⁴⁰²

⁴⁰¹ ZANETI Jr., DIDIER Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 402; DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Processo coletivo passivo*, p. 33.

⁴⁰² GIDI, *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*, p. 356.

Da simples leitura dos dispositivos acima, verifica-se a preocupação que a doutrina assumiu no sentido de exigir que a coletividade passiva litigue por meio de um representante adequado, requisito que, do mesmo modo, mostra-se indispensável às ações coletivas passivas que o ordenamento já vem presenciando.

Com efeito, é condição *sine qua non*, para que o grupo demandado seja vinculado aos efeitos do julgado, que sua representação seja a mais adequada possível, de modo a restarem asseguradas as garantias processuais do contraditório e do devido processo legal.

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, ao exigir, para que se viabilize esse tipo de demanda, a análise, pelo magistrado, da adequada representação da classe contra quem se move a ação. Em caso de inadequada representação, a ação coletiva passiva deverá ser inadmitida⁴⁰³.

José Marcelo M. Vigliar destaca que a aferição da representação adequada haveria de ser, nesses casos, *sui generis* e dividido em duas partes: a primeira, ao encargo do magistrado, consistiria na análise da representação adequada para o polo passivo (regra) e, a segunda parte revelaria a exclusão *ope legis* daqueles que, a exemplo do MP, teria sua figuração defesa no polo passivo.⁴⁰⁴

Na verdade, ao contrário do que preconiza o autor, não se trata de uma aferição *sui generis*. A análise da representação adequada, nas ações coletivas passivas, seguirá os mesmos critérios utilizados quando presente uma ação coletiva ativa, ou seja, deverá o magistrado verificar, dentre outros fatores, se o representante goza de capacidade, credibilidade e condições econômicas para processar uma demanda coletiva, bem como se seus interesses reais não se apresentam conflitantes com os dos demais membros do grupo.

No que tange à exclusão da legitimidade passiva do Ministério Público, conforme já afirmado no presente escrito, na verdade, nada mais seria que resultado do processo de fixação da legitimidade nas ações coletivas, processo denominado neste escrito de legitimação conglobante.

⁴⁰³ GRINOVER, Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada, p. 6.

⁴⁰⁴ VIGLIAR, *Defendant class action* brasileira: limites propostos para o Código de Processos Coletivos, p. 315.

Assim, não é a imposição do sistema da adequada representação que implica uma peculiaridade de tratamento a essas demandas. Como bem apontam Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr., “O que torna a ação coletiva passiva digna de um tratamento diferenciado é a circunstância de a situação jurídica titularizada pela coletividade encontrar-se no pólo passivo do processo.”⁴⁰⁵

Como exemplo de ação coletiva passiva, Diogo Campos Medina Maia cita as demandas propostas pelo Ministério Público de São Paulo em face das chamadas torcidas organizadas, dentre estas, a Gaviões da Fiel, organizada sob o registro da associação Grêmio Gaviões da Fiel Torcida. Nessa ação, proposta contra a Gaviões da Fiel, o tribunal julgou pelo cancelamento do registro da citada associação.

Coloca o autor que, mesmo não tendo o Ministério Público se valido do nome *ação coletiva passiva*, porque havia uma pessoa jurídica regularmente constituída para figurar no polo passivo, ficou clara a tentativa de controle jurisdicional dos membros do grupo organizado. E segue, afirmando que “muito embora apenas a associação tenha sido desfeita, os efeitos da coisa julgada repercutiram diretamente sobre os direitos individuais de livre associação de seus membros.”⁴⁰⁶

Pedro Dinamarco aponta, como exemplo de demanda coletiva passiva, a que poderia ser ajuizada por uma empresa antes da instalação da sua fábrica, com vistas a obter uma sentença declaratória de regularidade do seu projeto, inclusive o ambiental. Assim, em caso de procedência da demanda, considerando os efeitos *erga omnes* da coisa julgada, a empresa não poderia vir a ser surpreendida com uma demanda que visasse à suspensão de suas atividades, depois de concretizada suas instalações. E, em caso de julgamento improcedente, a empresa economizaria esforços no sentido de não efetivar suas instalações e desistir do projeto⁴⁰⁷.

Interessante é destacar a ressalva de Antonio Gidi no sentido de que não deve a ação coletiva passiva “ser utilizada por um potencial réu (em uma futura ação coletiva ativa indenizatória

⁴⁰⁵ DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 400.

⁴⁰⁶ MAIA, A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente, p. 339. Em sentido contrário, entendendo que tal exemplo, bem como outros usualmente indicados pela doutrina, representa, na verdade, uma ação individual proposta contra uma única pessoa, conf. GIDI, *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*, p. 350.

⁴⁰⁷ DINAMARCO, Las acciones colectivas pasivas en el código modelo de procesos colectivos para iberoamérica, p. 134.

por danos individuais) para obter uma sentença que declare que o seu produto não causou dano aos membros do grupo (sentença declaratória negativa de responsabilidade pelos danos).” Segundo o autor, nesse exemplo, não haveria interesse processual em se demandar em face do grupo e ainda se mostraria inviável encontrar um representante adequado nessa ação coletiva.⁴⁰⁸

Ressalte-se, no entanto, que o exemplo mencionado por Pedro Dinamarco não configura, na verdade, uma demanda passiva declaratória negativa, mas uma ação coletiva ativa reversa. Lecionam Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr. que, neste exemplo, o que se objetiva é:

[...] declaração de que *não existe uma situação jurídica coletiva ativa (inexistência de um direito pela ausência de poluição ambiental, por exemplo)*. Não se afirma a existência de uma *situação jurídica coletiva passiva*, como acontece em ações coletivas passivas declaratórias positivas, constitutivas ou condenatórias.

E concluem, com acerto, que:

Não basta dizer, como pioneiramente fez Antonio Gidi, que tais ações são inadmissíveis por falta de interesse de agir ou dificuldade na identificação do legitimado passivo, embora a lição seja correta. É preciso ir além: rigorosamente, *não são ações coletivas passivas*. Para que haja ação coletiva passiva, é preciso, como dito, que uma situação jurídica coletiva passiva seja afirmada, o que não ocorre nesses exemplos. E mais, é preciso reconhecer, como em qualquer ação coletiva, uma potencial vantagem ao interesse público, sem o que as demandas passam a ser meramente individuais (o que legitima a ficção jurídica que conhecemos como direitos individuais homogêneos é a particular circunstância da presença do interesse público na tutela destes, que ficaria prejudicado em face de uma tutela fragmentada e individual.⁴⁰⁹

De forma inovadora, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo recentemente admitiu, de *forma expressa*, o ajuizamento de demandas coletivas passivas, desde que satisfeito o requisito da adequada representação, com o reconhecimento, inclusive, da extensão subjetiva do julgado aos membros ausentes. Pela importância da decisão, segue sua ementa:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA PASSIVA (DEFENDANT CLASS ACTION). ILEGITIMIDADE PASSIVA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. PRECATÓRIO DA "TRIMESTRALIDADE" (LEI Nº 3.935/87). INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES VINCULANTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. PROCEDÊNCIA.

⁴⁰⁸ GIDI, A “*class action*” como instrumento de tutela coletiva dos direitos, p. 392. “[...] não cabe ao réu antecipar-se ao grupo, para tentar obter a ‘paz global’ e tentar ‘matar’ a futura controvérsia em seu nascedouro. Essa interpretação transforma as demandas coletivas passivas, de uma hipótese desimportante e pouco utilizada, no instrumento mais poderoso de ‘destruição de massa’ que os poderosos poderão usar contra os legítimos interesses do grupo.” Idem, p. 354.

⁴⁰⁹ DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 405-406.

A classe tem legitimidade para figurar no pólo passivo de demanda coletiva, desde que observado o requisito da representatividade adequada, mesmo que não exista previsão normativa explícita. O ativismo judicial permite seja a admissibilidade inferida das garantias constitucionais do acesso à justiça, da vedação do *non liquet*, do *due process of law* e outras, pois "não se deve excluir a priori, de lege lata, a via do acesso à justiça contra a classe, porquanto a *defining function* do juiz, própria das ações coletivas (ativas ou passivas), autoriza a solução judicial de situações justapostas às previstas em Lei (...)" (ADA PELEGRINI GRINOVER, *O Processo*, São Paulo: Perfil, 2005, pp. 219-221). 2. A procedência da demanda coletiva passiva (*defendant class action*) afeta a esfera individual dos associados independentemente do exercício pessoal do contraditório. Com maior razão se participam, em polos invertidos, exatamente aqueles que figuraram na demanda geradora do ato objurgado. 3. A inexigibilidade da obrigação, por ineficácia do título judicial (sentença ou acórdão) fundado em Lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição da República, pode ser reconhecida quando a declaração ocorreu "[...] em controle concentrado ou difuso (independentemente de resolução do senado) [...]" (RESP 803099/SP, relator ministro TEORI ZAVASCKI, DJ 6.3.2006, p. 253). 4. "a irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política e socialmente ilegítimos, que a constituição repudia. Daí a propriedade e a legitimidade sistemática da locução, aparentemente paradoxal, coisa julgada inconstitucional". (Dinamarco. *Relativizar a coisa julgada material*, REPRO 109/28, 2003, p. 28) 5. O art. 6º da Lei Estadual nº 3.935/87 é inconstitucional, pois vincula o reajuste de vencimento dos servidores estaduais ao IPC, índice federal de correção monetária. Precedentes do STF (ré 166.581/ES e ré 204.882/ES), inclusive em ações diretas de inconstitucionalidade (adi-MC 437/SC, adi 303/RS, adi 1064/MS e adi 464/GO), que têm efeito vinculante, nos termos do art. 28, p.u., da Lei nº 9.868/99 e do § 2º do art. 102 da Constituição da República, com a redação dada pela EC 45/2004. 6. O efeito vinculante das decisões do STF encontra-se na *ratio decidendi* (*uk*), também chamada *holding* (*usa*), isto é, nas razões constantes na fundamentação. Não há como falar em precedente vinculante sem compreender qual é a parte da decisão que vincula. "a *ratio decidendi*, como já observado, constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). É essa regra de direito (e, jamais, de fato) que vincula os julgamentos futuros *inter alia*" (JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *CF. Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 175). 7. A indicação específica da Lei declarada inconstitucional é mero *obiter dictum*, pois quando suprimida não altera o resultado do julgamento. O STF já reconheceu ser cabível reclamação para preservar o efeito vinculante de suas decisões, mesmo quando a norma declarada inconstitucional for diversa (*obiter dictum*), desde que - É óbvio - As razões da decisão (isto é, a *ratio decidendi*) sejam idênticas (RCL 4906/PA, relator ministro JOAQUIM BARBOSA). 8. Demanda procedente. (TJES; ADInc 100070019698; Tribunal Pleno; Rel. Des. Samuel Meira Brasil Junior; Julg. 12/06/2008; DJES 14/07/2008; Pág. 18)

Diante de tantos questionamentos que se põem doutrina e jurisprudência acerca desse tema, sem dúvida, o maior deles circunscreve-se, sobretudo, aos limites subjetivos da coisa julgada material que o julgado irá abarcar.

No que tange às ações coletivas ativas, o presente trabalho já se preocupou em traçar linhas a respeito dessa problemática e sua relação com o instituto da representação adequada, instituto que, novamente, é aqui introduzido para fundamentar os efeitos, ou melhor, os limites subjetivos que a coisa julgada material, nas ações coletivas passivas, assume.

A problemática quanto à extensão do julgado, a quem não foi parte na demanda coletiva passiva, com efeito, carece de regulamentação legislativa sistema nacional. No entanto, “O princípio da adequação do processo impõe que se ‘crie’ o sistema de coisa julgada coletiva passiva.”⁴¹⁰

José Marcelo M. Vigliar aponta que, nessas ações, considerando que o contraditório se mostra assegurado quando presente uma adequada representação da coletividade, a coisa julgada deve se estender aos membros ausentes, ainda que o resultado da ação tenha sido pela condenação da coletividade.⁴¹¹

Ada Pellegrini Grinover afirma não ser, o regime da coisa julgada previsto no Código de Defesa do Consumidor, adequado às ações coletivas passivas, porque voltado à tutela dos interesses dos consumidores e das vítimas exercida pelos legitimados ativos. Desse modo, defende que, em se tratando de demanda movida em face da coletividade, as previsões normativas devem ser mantidas, bastando inverter os termos da questão. Segundo a autora:

[...] em caso de ação individual movida contra a classe ré, em se tratando de interesses difusos ou coletivos, bastará inverter a previsão legal do art. 103, I e II, do Código de Defesa do Consumidor (e art. 16 da Lei da Ação Civil Pública), de modo que a sentença de procedência contra a classe, em que o juiz reconheça a insuficiência da defesa coletiva, não faça coisa julgada, podendo o autor intentar a mesma ação contra a classe, “representada” por outro legitimado, para que este renove a defesa. Ou, mais simplesmente, em caso de insuficiência da defesa coletiva, o juiz simplesmente negaria a legitimação do portador em juízo dos interesses coletivos, por falta de “adequada representatividade”, reconduzindo-se a questão à ausência de uma condição da ação, que não inviabiliza a repetição do pedido contra outro legitimado.

Por sua vez, na ação individual movida contra a classe ré, em que o litígio envolva direitos individuais homogêneos, bastaria ao juiz inverter o disposto no art. 103, III e § 2º, de modo que a sentença favorável (e não a desfavorável) não impedisse o ajuizamento de ações individuais, por qualquer membro da classe, para contrastar a pretensão do autor vencedor. Desse modo, a coisa julgada continuaria operando só *in utilibus*, para beneficiar e não para prejudicar os membros da classe.

[Em caso de ações duplamente coletivas,] parece que o tratamento dispensado às classes deveria ser totalmente igualitário, não havendo justificativas para privilegiar a posição de uma em relação à outra. E talvez a solução pudesse ser a da coisa julgada *erga omnes*, seja em caso de acolhimento como de rejeição do pedido, sem qualquer temperamento, firme restando o controle do juiz sobre a representatividade adequada para garantia da correção do procedimento processual das partes.⁴¹²

⁴¹⁰ DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 409.

⁴¹¹ VIGLIAR, *Defendant class action* brasileira: limites propostos para o Código de Processos Coletivos, p. 320. Nesse sentido, conf. ainda SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Defendant class actions*. O grupo como legitimado passivo no direito norte americano e no Brasil. *Boletim Científico. Escola superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano 3, n. 10, 2004, p. 147.

⁴¹² GRINOVER, *Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada*, p. 8-9.

Os projetos de código, por sua vez, elencam a seguinte sistemática quanto à formação da coisa julgada:

O Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América (CM-IIDP) regulamenta a matéria de acordo com o tipo de direito envolvido. Em se tratando de interesses ou direitos difusos, a coisa julgada será *erga omnes* e vinculará os membros do grupo, categoria ou classe (art. 36). Quando, porém, tratar-se de interesses ou direitos individuais homogêneos, “a coisa julgada atuará *erga omnes* no plano coletivo, mas a sentença de procedência não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual” (art. 37).

O Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual (CBPC-IBDP) aborda o tema no seu art. 39 ao dispor que “A coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe e aplicando-se ao caso as disposições do art. 12 deste Código, no que dizem respeito aos interesses ou direitos transindividuais.” Ou seja, “A coisa julgada, na ação coletiva passiva, é simétrica à da ação coletiva ativa.”⁴¹³

Ou seja, na esteira do Código de Defesa do Consumidor, dispensou-se a mesma técnica da coisa julgada *secundum eventum litis* para os interesses ou direitos individuais homogêneos, quando a coletividade se encontra no polo ativo.

Trata-se da consagração da teoria da coisa julgada de Liebman, já adotada pela vigente legislação processual civil, que distingue a autoridade da coisa julgada da eficácia natural da sentença, como ato do estado. Enquanto aquela vincula somente as partes que atuaram no processo, a eficácia natural é extensível a terceiros.

Segundo o Enrico Tullio Liebman,

Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a *definitividade* e intangibilidade do ato que pronuncia o *comando*; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato. A eficácia natural da sentença, com a aquisição dessa ulterior qualidade, acha-se,

⁴¹³ GRINOVER; WATANABE; MULLENIX, *Os processos coletivos nos países de “civil Law” e “common Law”*, p. 215.

então, intensificada e potencializada, porque se afirma como única e imutável formulação da vontade do Estado de regular concretamente o caso decidido. E essa imutabilidade característica do comando, nos limites em que disciplinada pela lei, opera, não já em face de determinadas pessoas, mas em face de todos os que no âmbito do ordenamento jurídico têm institucionalmente o mister de estabelecer, de interpretar ou de aplicar a vontade do Estado [...].⁴¹⁴

Continua o autor que, quanto aos limites subjetivos da autoridade da coisa julgada, a mesma é válida somente entre as partes, “isto é, só quando o caso decidido ponha de novo frente a frente as mesmas pessoas que participaram do processo; só elas com efeito, puderam fazer ouvir e valer as suas razões no processo que culminou com o julgado [...]”⁴¹⁵

Desse modo, a imutabilidade do comando emergente da decisão, e de seus efeitos, ainda que desfavorável, atinge os legitimados à demanda, que não poderão ajuizar novamente em sede coletiva. No entanto, é possível àqueles, cujos interesses foram representados, ou seja, a quem não foi diretamente parte processual, opor-se à eficácia natural da sentença, pelos meios processuais individuais adequados a esse desiderato, caso esta seja desfavorável aos seus direitos.

Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover,

A coisa julgada, como imutabilidade da sentença e de seus efeitos, abrange no plano coletivo o legitimado à ação, portador em juízo dos direitos individuais dos substituídos. A sentença, mesmo se de improcedência, fazendo coisa julgada, vai impedir o ajuizamento de novas ações coletivas, por qualquer dos legitimados. Mas, no plano dos indivíduos substituídos, a coisa julgada – imutabilidade da sentença e de seus efeitos – só vai atuar para beneficiá-los. Em caso de sentença desfavorável, não fará ela coisa julgada em relação aos indivíduos, titulares de direitos subjetivos divisíveis. Contra eles, existe apenas a eficácia natural da sentença, que poderá ser afastada mediante a propositura de ações individuais.⁴¹⁶

Com efeito, “Há, aqui, uma ‘não-extensão’ da coisa julgada coletiva *secundum eventum litis*: não se transporta a coisa julgada coletiva para o plano individual, se ela for desfavorável aos interesses dos membros do grupo.”⁴¹⁷

⁴¹⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 51.

⁴¹⁵ LIEBMAN, *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada*, p. 52.

⁴¹⁶ GRINOVER, Eficácia e autoridade da sentença: a teoria de Liebman no Código de Defesa do Consumidor e no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, p. 205-209 passim.

⁴¹⁷ DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 411.

Tal dispositivo, no projeto CM-IIDP, é, contudo, excepcionada quando, no polo passivo, figurar sindicato, ocasião em que a coisa julgada, mesmo positiva, vinculará, sem exceções, os membros da categoria, tendo em vista, segundo a autora, sua posição constitucional e sua representatividade adequada, mais sólida que as associações⁴¹⁸ (art. 37, parágrafo único, CM-IIDP).

Tal regulamentação, trazida por ambos os projetos acima, contudo, é criticada por alguns autores que não a consideram a mais adequada à finalidade da tutela coletiva. Nesse sentido, observa Antonio Gidi que “não faz o menor sentido que réus somente sejam vinculados pela coisa julgada em caso de sentença favorável ao grupo de réus.”⁴¹⁹ Também o direito de auto-exclusão não deve ser permitido aos que integram o polo passivo da demanda, “sob pena de esvaziar o processo coletivo passivo.”⁴²⁰ Com efeito, caso seja oportunizada tal faculdade aos membros do grupo-réu, dificilmente haverá algum que não adotará tal medida.

Compartilhando o mesmo entendimento, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes:

Da simples leitura, pode-se constatar a inocuidade da norma, impondo-se indagar: quem iria propor uma demanda coletiva passiva, sabendo, de antemão, que o melhor resultado possível, ou seja, o julgamento de procedência do pedido, praticamente nenhum valor teria, pois a ninguém vincularia? Portanto, o demandante estaria fadado a perder ou a não ganhar nada, podendo-se antever, desde já, que a nova regulação estaria por soterrar a malfadada ação coletiva passiva, tal qual nos moldes propostos. O texto proposto no Anteprojeto ora apresentado [Anteprojeto UERJ/UNESA] corrige o problema, estabelecendo simplesmente a vinculação dos membros do grupo, categoria ou classe.⁴²¹

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (CBPC-UERJ/UNESA), coordenado por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, de fato, apenas dispõe, no art. 43, que

⁴¹⁸ Conf. GRINOVER; WATANABE; MULLENIX, *Os processos coletivos nos países de civil Law e common Law*, p. 31.

⁴¹⁹ GIDI, *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*, p. 344. No mesmo sentido, conf. DIDIER Jr.; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 411-412.

⁴²⁰ GIDI, *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*, p. 344.

⁴²¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Exposição de motivos. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 436; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Construindo o Código Brasileiro de Processos Coletivos: o Anteprojeto elaborado no âmbito dos Programas de Pós-graduação da UERJ e UNESA. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.) *Tutela coletiva*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 283-284. Note-se que a ineficácia na utilização dessa técnica também é vislumbrada por Ada Pellegrini que reconhece a possível restrição na utilização desse tipo de demanda. No entanto, ainda assim, reconhece sua utilidade prática na medida em que sua oposição, por meio de ações individuais, conseguiria, no máximo, afastar a eficácia da sentença coletiva exclusivamente na esfera jurídica do demandante. GRINOVER, *Eficácia e autoridade da sentença: a teoria de Liebman no Código de Defesa do Consumidor e no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*, p. 211.

“A coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe, não fazendo, ainda, qualquer remissão quanto à suficiência ou insuficiência da prova produzida ou do resultado da demanda. Assim, havendo representação adequada, a decisão fará coisa julgada e será oponível a todos.

Diogo Maia Campos Medina, por sua vez, ressalta que o Anteprojeto CBPC-IBDP não previu hipótese de ação duplamente coletiva. Desse modo,

Admitindo-se a formação da coisa julgada conforme proposta, para a ação duplamente coletiva serão colocados no processo, de forma desequilibrada, dois litigantes coletivos que, pela natureza dos direitos que defendem em juízo, devem receber igualdade de tratamento, independente da qualidade da prova produzida no processo.⁴²²

Diante do que foi aqui exposto, pode-se concluir que as demandas coletivas passivas constituem uma realidade no ordenamento nacional que não pode ser simplesmente negada. Com efeito, são inúmeros os exemplos que, a cada dia, se acometem ao judiciário e que necessitam de sistematização. Negar a existência de ação coletiva passiva, “é negar o direito fundamental de ação àquele que contra um grupo pretende exercer algum direito [...]. Na sociedade de massas, há conflito *de* massa e conflitos *entre* massas.”⁴²³

Nessa esteira, admite-se, de *lege lata*, que qualquer coletividade organizada figure no polo passivo, como ré, desde que adequadamente representada. O controle da sua adequada representação será realizado, pelo magistrado, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, de modo a primar pela participação das partes, em consonância com as garantias constitucionais.

⁴²² MAIA, A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente, p. 342.

⁴²³ DIDIER Jr; ZANETI Jr., *Curso de direito processual civil*, p. 413.

CONCLUSÃO

Da pesquisa realizada pelo estudo da legitimação nas ações coletivas, foi possível sistematizar algumas soluções acerca das inúmeras problemáticas que o tema impõe. A seguir, de forma tópica, apresentam-se as principais conclusões extraídas do estudo que segue finalizado.

1 - A mudança de paradigma do Estado legalista do século XIX, na medida em que implicou a quebra da supremacia das leis, significou a transformação do seu papel, agora submetido ao plano constitucional e de base principiológica.

2 - Tal fenômeno, denominado pela doutrina de neoconstitucionalismo, ganha contornos concretos no Brasil com a promulgação da Constituição da República de 1988 que transforma o espírito do discurso jurídico e judicial e impõe uma releitura das normas processuais, antes de base privatista, agora fundada na concretização dos valores constitucionais.

3 - Dentro desse novo paradigma, o Direito Processual Civil, agora na sua mais nova fase metodológica, a do formalismo-valorativo, consubstancia-se num importante instrumento de efetivação dos direitos coletivos. Seus institutos, desse modo, são reestruturados e ganham uma nova base conceitual, de modo a se adequarem à tutela desses novos direitos que surgem do desenvolvimento da sociedade de massa.

4 - A legitimação para agir representa um dos institutos cuja conceituação, fundada na visão tradicional do direito processual civil, vinculada à titularidade do direito material, demanda atualização constitucional.

5 - O modelo de legitimação nas ações coletivas preconizada pelo legislador nacional ao instituir, por meio das leis 7.374/85 e 8078/90, um amplo rol de legitimados, foi uma legitimação plúrima, concorrente e disjuntiva.

6 - A doutrina diverge quanto à natureza da legitimação nas ações coletivas, se ordinária, extraordinária ou autônoma para condução do processo.

7 - A teoria da legitimação extraordinária por substituição processual é a que melhor representa a adequada tutela dos direitos coletivos *lato sensu*. Com efeito, a leitura do ordenamento a partir da Constituição da República permite afirmar que o substituto

processual não é somente aquele definido pela lei, mas também pelo magistrado que o determina, no caso concreto, por meio do controle da legitimação adequada, em conformidade com as premissas do ordenamento jurídico, inclusive com a da necessidade de garantir a tutela jurisdicional adequada.

8 – Nesse contexto, o chamado modelo *ope legis* de legitimação, pré-determinado pelo legislador, vem sendo superado pelo modelo *ope judicis* que impõe seu controle pelo magistrado por meio do que se denominou de representação adequada, instituto que ainda carece de legislação específica. No entanto, uma série de princípios e elementos de seu conteúdo já podem ser antevistos, no próprio ordenamento nacional, que viabilizam sua aplicabilidade na prática judiciária dos tribunais brasileiros.

9 - A determinação da legitimidade nas ações coletivas, pelo magistrado, consubstancia-se em procedimento que envolve duas etapas: primeiro o juiz verifica se a legitimidade em questão está autorizada pelo ordenamento jurídico e consoante a finalidade da tutela coletiva, para, depois, *in concreto*, verificar a presença de elementos indicativos de que haverá adequada representação pelo legitimado, procedimento nomeado nesta pesquisa de legitimação conglobante. Nessa base, colocam-se as questões referentes à legitimação adequada como questões objetivas, aferidas pelo legislador em um juízo de ponderação, aplicáveis *stricto sensu* e controláveis pelo juiz dentro do ordenamento constitucional. As questões referentes à adequada representação, por outro lado, serão sempre aferidas pelo juiz, dentro de uma pauta de atuação indicada pelo legislador em *numerus apertus*, geralmente através de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, que digam respeito à seriedade, credibilidade, capacidade técnica e até econômica do legitimado à ação coletiva, estabelecendo também uma correlação com os princípios da atuação judicial nos processos coletivos.

10 – Nessa esteira, a representação adequada se trata de requisito necessário ao regular desenvolvimento da ação coletiva, consubstanciada na análise de determinadas características, atinentes aos legitimados e aferíveis durante todo o *iter* processual, necessárias a demonstrar, no caso concreto, se os legitimados se apresentam habilitados a uma situação adequada e eficiente dos interesses da sociedade.

11 – O controle da legitimação nas ações coletivas pelo magistrado é uma tendência que tem sido verificada não somente no Brasil, mas também em diversos outros países de tradição da

civil Law, consoante constatado no Relatório Geral, sobre as novas tendências em tema de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas dos países de *civil Law*, elaborado no âmbito do XIII Congresso Mundial de Direito Processual realizado em Salvador, em 2007.

12 - No direito comparado, os principais modelos de tutela jurisdicional dos direitos coletivos são o modelo norte-americano, que tem nas *class actions* seu principal representante e o modelo europeu-continental das ações associativas (*Verbandsklage* alemã).

11 - A legitimação nas *class actions* norte-americanas (*standing to sue*), nos termos do que dispõe a *Rule 23*, é outorgada a qualquer membro do grupo interessado na causa, o que denota o caráter individualista desse ordenamento que não se preocupou em distanciar a titularidade do direito de ação com o direito material alegado.

12 - A legitimação nas *Verbandsklage* alemã é confiada a associações previamente registradas na lista do Ministério da Administração Pública ou na Comissão da Comunidade Européia, o que leva à concentração desses litígios no âmbito da Administração Pública, na medida em que não objetivam a tutela de direitos dos seus associados, mas de certas instituições cujo interesse público reclama controle.

13 - A doutrina, objetivando organizar e adequar melhor a legislação em sede de tutela coletiva, vem defendendo, modo geral, a codificação da legislação processual coletiva, movimento que levou à elaboração de dois projetos de código modelo e de dois anteprojetos de lei: O código de Processo Civil Coletivo, de autoria de Antonio Gidi (CM-GIDI); o projeto de Código Modelo de Processos Coletivos (Código Modelo Ibero-Americano) elaborado durante as XVIII Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, realizado em Montevideú, no ano de 2002; o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado no âmbito do programa de pós-graduação da Universidade de São Paulo, sob a orientação da Ada Pellegrini Grinover (CBPC-IBDP) e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado no âmbito dos programas de pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Estácio de Sá (UNESA), sob a orientação de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (CBPC-UERJ/UNESA).

14 - Instituto que também passa por uma releitura diante do novo modelo de tutela coletiva dos direitos de massa é o interesse de agir, tradicionalmente fundado na necessidade e

utilidade de um provimento apto à satisfação de uma pretensão individual, passa a ser visto sob a ótica da necessidade de tutela de interesses legítimos e socialmente relevantes.

15 – Não obstante tratar-se de questão que vem sendo cada vez mais assentada na doutrina e jurisprudência nacionais, a possibilidade de controle da adequada representação do ente coletivo, pelo magistrado, ainda não resta pacificada.

16 - O controle da adequada representação pelo juiz faz-se necessária na medida em que assegura as garantias constitucionais do devido processo legal e do contraditório e possibilita a tutela adequada dos direitos dos membros ausentes no processo.

17 - Uma representação inadequada deve ser considerada como uma não representação e, portanto, como fator violador da garantia constitucional do devido processo legal, porque aos membros ausentes não será oportunizado nenhum meio de discussão acerca do direito objeto do litígio. Constitui ainda obstáculo ao próprio direito de acesso à justiça e à participação popular pelo processo que, em meio ao fenômeno do neoprocessualismo, assume e exige novas perspectivas sociais.

18 - Os elementos da representação adequada resumem-se na 1) vigorosa tutela pelo representante e pelo advogado e na 2) ausência de conflito entre representante e grupo e entre grupo e advogado. Ainda há uma carência legislativa no que tange à fixação de critérios objetivos que permitam ao magistrado, a partir do próprio ordenamento constitucional, adequar a legitimidade (primeiro passo, como um controle abstrato da norma), para, posteriormente, a partir da análise do caso concreto, exercer o controle da adequada representatividade do indivíduo ou ente legitimado. Por outro lado, com a constitucionalização dos princípios e as cláusulas gerais, reconhece-se um judiciário que serve de palco ao debate democrático e que coloca a jurisprudência como fonte primária do direito.

Algumas situações, como o controle da adequada legitimação do Ministério Público, passam a ser mais bem resolvidas por critérios legislativos abertos, mesmo que não se discuta a sua adequada representação dos interesses tutelados.

19 - O Ministério Público, como legitimado coletivo, não goza de presunção absoluta de adequada representação, cabendo ao magistrado fixar a legitimidade do órgão, no caso

concreto. Tratando-se de direitos individuais homogêneos, a legitimação do *Parquet* se fixa quando tais direitos mostram-se revestidos do caráter da relevância social.

20 - O Ministério Público é ente legítimo a demandar mandado de segurança coletivo, este considerado instrumento constitucional de tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

21 - A tutela dos direitos coletivos pelos chamados “corpos intermediários” deve ser fomentada considerando sua maior proximidade com a sociedade e sua maior independência frente aos organismos estatais.

22 - A legitimidade das associações está condicionada ao preenchimento dos seguintes requisitos: a) estar constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil e; b) incluir entre as suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (pertinência temática). Além desses requisitos, deve o magistrado, no caso concreto, com vistas a definir se a associação é, de fato, um legitimado adequado, valer-se de outros critérios, como análise de sua capacidade técnica e financeira além de avaliar a conveniência da demanda quando o objeto da tutela coletiva refugir às finalidades institucionais primárias da entidade.

23 - No que tange à legitimação dos sindicatos, a exigência do critério da pertinência temática não significa a tutela exclusivamente dos direitos da categoria que, frise-se, pode ser formada por membros sindicalizados ou não. Desse modo, não deve o sindicato se manter adstrito a matérias afetas à sua área profissional, podendo litigar em prol de outros direitos difusos e coletivos.

24 - Os partidos políticos, posto equiparados às associações a partir da promulgação da Constituição da República, possuem sua legitimidade prevista no microssistema mínimo de legitimidade ativa, exigindo-se, contudo, que tenha o mesmo representação no Congresso Nacional e que possua, dentre suas finalidades estatutárias, a defesa do tipo de tutela que se pleiteia.

25 - A regra do art. 2-A da Lei 9.494/97, na medida em que exige autorização da assembléia para que as associações possam demandar coletivamente, confunde os institutos da

representação processual com o da substituição processual. Ao litigarem coletivamente, as associações figuram como substitutos processuais (legitimados extraordinários) e não como meros representantes processuais do modelo individual de litígio.

26 - No Brasil, ao contrário da tradição do direito norte-americano no qual o autor coletivo é, em regra, um membro do grupo lesionado em sua esfera particular, o legislador não conferiu ao indivíduo legitimidade para propor ação coletiva, salvo quando se tratar de ação popular, na condição de cidadão eleitor.

27 - Ainda que pareça adequado e constitucionalmente assegurado que o indivíduo demande quando atingido diretamente em sua esfera de direito subjetivo em razão da violação a direito difuso (*direitos difusos de dimensão individual*), a tutela a ser pleiteada não se refere à proteção de um direito coletivo *lato sensu*, mas sim à proteção de direito subjetivo atingido em sua esfera particular.

28 - Não se entende admissível a extensão, de *lege lata*, da legitimação das ações coletivas aos indivíduos, mas se defende a criação de norma atribuindo ao indivíduo esse poder de demandar coletivamente.

29 - Corolário da garantia constitucional do devido processo legal, a notificação das ações coletivas no direito brasileiro deve ser adequada de modo a possibilitar a participação dos interessados no litígio. A norma contida no art. 94 do Código de Defesa do Consumidor, que atualmente regula a notificação no sistema coletivo nacional, mostra-se patentemente ineficaz e inadequada e não atinge os fins para os quais foi criada, uma vez que não disponibiliza um meio concreto de notificação aos interessados. Essa limitação do direito brasileiro enfraquece o poder político das demandas coletivas e o poder de mobilização social dos membros do grupo.

30 - Solução que parece adequada ao problema do custo da notificação seria a criação de norma que obrigasse a entidade autora a promover a notificação acerca da propositura da ação, como uma forma de notificação mínima, a ser complementada a critério do magistrado. Poderia a norma ainda prever a possibilidade de se transferir para o réu, a partir da análise de uma substancial possibilidade de vitória da pretensão autora, o ônus financeiro de se arcar com as despesas da notificação dos demais interessados.

31 - A Lei n.º 11.448/2007 conferiu expressamente legitimidade à Defensoria Pública cuja atuação não deve ser limitada à defesa dos interesses daqueles considerados economicamente hipossuficientes. Deve-se ainda levar em conta a chamada hipossuficiência jurídica. Do mesmo modo, não se pode exigir que os beneficiários da tutela coletiva sejam, em sua exclusividade, pessoas necessitadas. Em vista do caráter da indivisibilidade da tutela coletiva, todo e qualquer indivíduo poderá se valer da decisão concedida em demanda ajuizada pela Defensoria Pública, independentemente de sua capacidade financeira, nos termos do que dispõe o art. 97 do Código de Defesa do Consumidor.

32- No que tange à legitimação das pessoas jurídicas de direito público, a despeito de ser exigido o critério da pertinência temática, o mesmo não deve ter sua análise limitada à verificação da circunscrição territorial do ente legitimado. Com efeito, não é adequado que se determine de modo peremptório que atuação desses entes públicos esteja circunscrita à verificação do interesse social do respectivo espaço territorial onde eles se constituem.

33 - O estudo da legitimação nas ações coletivas sob a perspectiva do pólo passivo também se faz necessária. A aceitação das chamadas ações coletivas passivas, ou seja, ações coletivas propostas contra um grupo ou classe ainda não se mostra pacificada. No entanto, a análise do ordenamento brasileiro, a partir de uma interpretação sistemática, permite admitir claramente esse tipo de demanda que, aliás, já se afigura presente conforme inúmeros exemplos elencados, modo geral, pela doutrina.

34 - À semelhança do exigido em sede de ações coletivas ativas, também nas passivas é dado ao magistrado proceder ao controle da adequada representação do grupo passivo. Não se pode olvidar que é condição necessária para que a coisa julgada opere *pro et contra e erga omnes*, que a coletividade esteja adequadamente representada de modo que sejam assegurados o contraditório e o devido processo legal daqueles que não se fazem presentes na lide.

REFERÊNCIAS

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. Breves considerações sobre a prova nas demandas coletivas ambientais. In LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo. (Org.) *Aspectos processuais do direito ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

_____. Análise de alguns princípios do Direito Processual Civil à luz do Título III do Código de Defesa do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 15, 1995

_____. *Processo Civil Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Ação civil pública. In DIDIER Jr., Fredie (Coord.). *Ações constitucionais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

ABELHA RODRIGUES, Marcelo; FIORILLO, Celso Antonio; NERY, Rosa Maria. *Direito processual ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

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

_____. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ANDREWS, Neil. Multi-party proceedings in england: representative and group actions. *Duke Journal of Comparative & International Law*, n. 11, 2001.

ARAÚJO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARAÚJO, Rodrigo Souza Mendes de. *A representação adequada nas ações coletivas*. 2007. Dissertação. (Mestrado em Direito). Pontifícia Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

ARRUDA ALVIM, José Manoel; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James. *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 3.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*. n. 15, 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 22 out. 2008;

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista forense*, Rio de Janeiro, ano 102, vol. 384, 2006.

_____. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 130, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

BUENO, Cássio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de processo*, São Paulo, ano 21, n. 82, 1996.

BULOS, Uadi Lamêgo. *Mandado de segurança coletivo em defesa dos partidos políticos, associações, sindicatos, entidades de classe*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996

BURNS, Jean Wegman. Decorative Figureheads: Eliminating class representatives in class actions. *The Hastings Law Journal*, San Francisco, vol. 42, 1990.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão. *Revista de processo*, São Paulo, ano 32, n. 147, 2007.

_____. Il Principio del Contraddittorio Come Diritto d'influenza e Dovere Di Dibattito, *Rivista di diritto processuale*, anno 60, n.2.

_____. A causa de pedir nas ações coletivas. In DIDIER Jr., Fredie; MOUTA, José Henrique. (Coord.) *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública: um possível primeiro pequeno passo em direção a uma grande reforma. In SOUZA, José Augusto Garcia de. (Coord.). *A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a lei federal 11.448, de 15 de Janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 12 fev. 2009.

CAPPELLETI, Mauro. Acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de processo*, São Paulo, ano 16, n. 61, 1991.

_____. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de processo*, São Paulo, ano 2, n. 5, 1977.

_____. O Acesso dos consumidores à justiça. *Revista de processo*, São Paulo, ano 16, n. 62, 1991.

_____. *Proceso, ideologia, sociedad*. Tradução Santiago Sentis Melendo. Tomaz A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974.

_____. Tutela dos interesses difusos. *Ajuris*, Porto Alegre, ano 12, n. 33, 1985.

_____. Vindicating the public interest through the courts. In CAPPELLETTI, Mauro. *The judicial process in comparative perspective*. Clarend Press Oxford, 1998.

_____. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*. Bologna: Il Mulino, 1994

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Trad. Ellen Gracie Northfleet, 2002.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Bookseller, 2002, v. 1.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *“Class action” e mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de segurança coletivo: legitimação ativa*. São Paulo: Saraiva, 2000.

DELGADO, José Augusto. Aspectos controvertidos da substituição processual. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 47, 1987.

DIDIER Jr., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETTI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, vol. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, t. 2.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Las acciones colectivas pasivas en el código modelo de procesos colectivos para iberoamérica. In GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *La tutela de*

los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos: hacia un Código Modelo para Iberoamérica. México: Porrúa, 2003.

FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.* São Paulo: RT, 2007.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Ação civil pública, inquérito civil e Ministério Público. In MILARÉ, Édis. *Ação civil pública: lei 7.347/85 – 15 anos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FISS, Owen. A teoria política das ações coletivas. In FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade.* Coord. Trad. Carlos Alberto Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

_____. Contra o acordo. In FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade.* Coord. Trad. Carlos Alberto Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil procedure.* 4. ed. Hanbook series, 2005.

GALLOTTI, Carolina. Pertinência temática nas ações coletivas. *Revista de processo,* São Paulo, ano 31, n. 142, 2006.

GIDI, Antônio. *A “class action” como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de processo,* São Paulo, ano 27, n.108, 2007.

_____. Class actions in Brazil: a model for civil law countries. *American Journal of Comparative Law,* vol. 51, 2003.

_____. Código de processo civil coletivo: um modelo para países de direito escrito. *Revista de processo,* São Paulo, ano 28, n. 111, 2003.

_____. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.* São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Legitimidade para agir em ações coletivas. *Revista de direito do consumidor,* São Paulo, n. 14, 1995.

_____. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil.* Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público como substituto processual no processo civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia: teoria e práxis*. São Paulo: Leud, 1998

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *El derecho de amparo*. 2. ed. Argentina: Depalma, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos da admissibilidade. *Revista de processo*, São Paulo, ano 26, n. 101, 2001.

_____. Ação civil pública no STJ. In GRINOVER, Ada. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. A ação civil pública e a defesa de interesses individuais homogêneos. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, n. 05

_____. A problemática dos interesses difusos. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

_____. Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores – A lei 7.347, de 24.7.85. *Revista de processo*, São Paulo, ano 11, n. 44, 1986.

_____. Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada. *Revista de processo*, São Paulo, ano 15, n. 58, 1990.

_____. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista forense*, Rio de Janeiro, ano 98, vol. 361, 2002.

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

_____. A tutela dos interesses difusos. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*, São Paulo: Max Limonad, 1984.

_____. Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência. In MILARÉ, Édís. *Ação civil pública: lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Eficácia e autoridade da sentença: a teoria de Liebman no Código de Defesa do Consumidor e no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. In GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: DPJ, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de "civil Law" e "common Law": uma análise de direito comparado*. Tema n. 5. Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KLONOFF, Robert. H.; BILICH, Edward K. M. *Class Actions and other multi-party litigation: cases and materials*. St Paul. West Group, 2000.

KOCH, Harald. Procedimientos colectivos y representativos en el procedimiento civil alemán. In GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord). *Procesos Colectivos: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*. México: Porrúa, 2003.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Brevíssimas reflexões a propósito da legitimidade passiva nas ações civis públicas envolvendo atividades sujeitas à Regulação. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva*. São Paulo: Atlas, 2006.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – Aspectos políticos, econômicos e jurídicos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIMA FREIRE, Rodrigo da Cunha. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio-ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 10. ed., 2006.

_____. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Sobre legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos. In MILARÉ, Édis. *Ação civil pública: lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Tutela judicial do meio ambiente: reconhecimento de legitimação para agir aos entes naturais? *Revista de processo*, São Paulo, ano 13, n. 52, 1988.

_____. Ministério Público e Defensoria Pública na prevenção dos mega-conflitos. *Revista de processo*, São Paulo, n. 164, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Bookseller, 1997, v. 1.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MATTOS, Luiz Norton Baptista de. A litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor e os anteprojetos do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In GOMES Jr., Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (Coord.). *Ação popular: aspectos relevantes e controvertidos*. São Paulo: RCS, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural e outros interesses*. 19. ed. São Paulo: Saraiva.

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

_____. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral pontos sensíveis. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

_____. O direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In DIDIER Jr., Fredie; MOUTA, José Henrique (Coord.) *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009.

_____. El anteproyecto del Código Modelo de Procesos Colectivos para los países iberoamericanos y la legislación brasileña. In GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.) *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. México: Porrúa, 2003.

_____. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos e a Legitimidade da Defensoria Pública para as Ações Coletivas. In SOUZA, José Augusto Garcia de. (Coord.). *A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a lei federal 11.448, de 15 de Janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Construindo o Código Brasileiro de Processos Coletivos: o Anteprojeto elaborado no âmbito dos Programas de Pós-graduação da UERJ e UNESA. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva*. São Paulo: Atlas, 2006.

MERRYMAN, J. H. Fines, objeto y método del derecho comparado. *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, ano 9, n. 25, 1976.

_____. *La tradición jurídica romano-canónica*. México: Fondo de cultura econômica, 2000.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa. In MILARÉ, Édís (Coord.) *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio G. de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.) *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. 2007. 146 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

_____. La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña). In MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil: quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. A tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984

_____. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 58, vol. 404, 1969.

NEGRÃO, Ricardo. *Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa*. São Paulo: Leud, 2004.

NERY Jr., Nelson. O Ministério Público e as ações coletivas. In MILARÉ, Édís. *Ação civil pública: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NOTE, Class Actions: defining the typical and representative plaintiff under subsections (a) (3) and (4) of Federal Rule 23. *Boston University Law Review*, Boston, n. 53, 1973.

NOTE. Federal Rule of Civil Procedure 23 (a) (3). Typicality requirement: the superfluous prerequisite to maintain a class action. *Ohio State Law Journal*, Columbus, vol. 42, 1981. (Olger C. Twyner III).

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. In OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA Jr., Waldemar Mariz de. *Substituição Processual*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1971.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos. *Revista de processo*, São Paulo, ano 9, n. 33, 1984.

PASSOS, J. J. Calmon de. Democracia, participação e processo. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data: Constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PERIM Jr., Ecio. Aspectos relevantes da tutela coletiva do consumidor no direito italiano em face do direito comunitário europeu. *Class actions norte-americanas e a experiência brasileira Revista de direito do consumidor*, São Paulo, vol. 38, 2001.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. *Ações de classe. Direito comparado e aspectos processuais relevantes*. Artigo disponível em: <www.humbertodalla.pro.br>. Acesso em: 25 set. 2008.

_____. A Legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de Ações Cíveis Públicas: Primeiras Impressões e Questões Controvertidas. In FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; RODRIGUES, Marcelo Abelha. (Coord.) *O novo processo civil coletivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Defendant class actions*. O grupo como legitimado passivo no direito norte americano e no Brasil. *Boletim Científico da Escola superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano 3, n. 10, 2004.

SEXTON, John E.; MILLER, Arthur R.; FRIENDENTHAL, Jack H.; COUND, John J. *Civil Procedure: cases and materials*. 7 ed. West Group, St. Paul, Minn, 1997.

SHIMURA, Sérgio. O papel da associação na ação civil pública. In MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita (Coord.) *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin 2005.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Processo constitucional, democracia e direitos fundamentais. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.) *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SPALDIN, Alessandra Mendes. *Legitimidade ativa nas ações coletivas*. Curitiba: Juruá, 2006.

TARUFFO, Michele. Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi. In LANFRANCHI, Lucio (Org.). *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*. Torino: Giappichelli, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz. “Class action” e mandado de segurança coletivo. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Ação civil pública e sua abusiva utilização pelo Ministério Público. In TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant class action* brasileira: limites propostos para o Código de Processos Coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio G. de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

VIGORITI, Vincenzo. *Interesse collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979.

VIOLIN, Jordão. *Ação Coletiva Passiva: fundamentos e perfis*. Salvador: Juspodivm, 2008.

WALTER, Gerhard. Mass tort litigation in Germany and Switzerland. *Duke Journal of Comparative and International Law*, n. 11, 2001.

WATANABE, Kazuo et. al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias constitucionais do cidadão na justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

_____. Acesso à justiça e sociedade moderna. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ZAGREBELKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 7. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

ZANETI Jr. Hermes. A Legitimação Conglobante nas Ações Coletivas: A Substituição Processual Decorrente do Jurídico. In ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; NERY JUNIOR, Nelson; MAZZEI, Rodrigo; ALVIM, Theresa (Org.) *Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2008.

_____. Processo constitucional: relações entre processo e constituição. In MITIDIERO, Daniel Francisco. ZANETI Jr., Hermes (Org.). *Introdução a estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

_____. A efetividade do mandado de segurança coletivo no código brasileiro de processos coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio G. de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controvertidos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editos, 2001.

_____. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. O mandado de segurança coletivo e os anteprojetos de código brasileiro de processos coletivos (CBPC/IBDP e CBPC/UERJ/UNESA). In DIDIER Jr, Fredie; MOUTA, José Henrique (Coord.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009.

_____. Derechos colectivos lato sensu: La definición conceptual de los derechos difusos, de los derechos colectivos stricto sensu y de los derechos individuales homogêneos. In GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.) *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos: hacia un código modelo para iberoamérica*. México: Porrúa, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 121, 1995.

ANEXOS