

INTRODUÇÃO

Não se pode negar que a proteção aos direitos supraindividuais é relativamente recente no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente se comparado com o direito norte americano, cujos primeiros escritos normativos sobre as *class actions* datam do século XVII. Apesar da previsão da ação popular na Constituição Brasileira de 1934, e que somente veio a ser regulamentada em 1965, foram as décadas de oitenta e noventa que, sem dúvida, marcaram as intensas inovações sofridas pela legislação pátria, no campo da tutela dos direitos coletivos.

Nestes últimos trinta anos, as diversas legislações introduzidas, no nosso sistema, representaram, por um lado, importantes instrumentos de reconhecimento e valorização dos direitos coletivos, os quais, hoje, inclusive, têm proteção constitucional. Por outro, no entanto, o que se observa é que a preocupação se intensificou no campo do direito material, obrigando os operadores do direito, tendo em vista a precariedade das normas processuais coletivas, a buscar no diploma processual vigente - que fora instituído para as relações interindividuais - os necessários instrumentos para viabilizar a proteção judicial daqueles direitos.

Em decorrência, exsurge do processo coletivo um absoluto descompasso entre o instrumento e o objeto nele veiculado, o que levou, inclusive, a se pensar num Código Brasileiro de Processos Coletivos, cujo Projeto de Lei nº. 5.139/09, por razões puramente lobistas e políticas, lamentavelmente, veio a ser arquivado, permanecendo, assim, o apontado desequilíbrio.

Apesar de uma longa caminhada que ainda está por vir, inicia-se um movimento de se analisar o processo coletivo desraigado das noções puramente individualistas. E é exatamente esta a preocupação estabelecida como premissa da presente pesquisa. Dentre tantos, dois grandes temas são objeto de intensas discussões em sede de tutela coletiva: *legitimidade e representatividade adequada*. Isto porque, muitos ainda insistem em estudar tais institutos frente às noções jurídicas estabelecidas para as relações interindividuais.

A relevância do estudo reside na necessidade de se conceder ao processo coletivo a valorização que constitucionalmente lhe é garantida, devendo ser revistas as considerações doutrinárias lançadas sobre aqueles que têm o direito de conduzir o processo e os atributos que devam possuir quando da condução de uma ação coletiva, e, diante destas novas considerações, admitir os reflexos sobre outros institutos atrelados, como a coisa julgada e a ação coletiva passiva.

O que se pretende com a pesquisa é demonstrar que estas questões e discussões travadas surgem diante da adoção de um equivocado modelo de representação em sede de tutela coletiva. Ainda não se observou, com a precisão merecida, a distinção que pode e deve ser feita entre *representação de interesses* e *representação de pessoas*. Para tanto, busca-se na doutrina do americano Owen Fiss, professor catedrático da Universidade de Yale, os principais elementos jurídicos para traçar a diferenciação aqui apontada, chegando-se à conclusão que, no processo coletivo, não se pode falar em representação de pessoas, mas sim, em representação de interesses, o que, inexoravelmente, acarreta relevantes conseqüências na efetiva, real e concreta proteção dos direitos supraindividuais.

Gizadas estas premissas e após aprofundado estudo destas questões, a pesquisa está dividida em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, se busca analisar a concepção da legitimidade nos diversos modelos históricos de tutela coletiva, tentando identificar os eventuais requisitos estabelecidos para a propositura das ações coletivas, desde a época das *ações populares* do direito romano, passando-se pela cultura da *Europa Medieval* e atravessando-se, já na *Idade Moderna*, pelas conhecidas *class actions* do direito americano, que forte influência exerceram sobre as ações coletivas brasileiras, para, por fim, se alcançar a transição para o *Período Contemporâneo*.

O segundo capítulo é dedicado à análise da diferenciação entre *representação de pessoas* e *representação de interesses*. São apresentadas ao leitor as considerações feitas por Owen Fiss sobre o papel dos Tribunais em litígios envolvendo interesses das pessoas que não participaram do processo e que estão retratadas em dois importantes artigos: *The Allure of Individualism* e *A dedication to the Judge John Minor Wisdom: the political theory of the class action*¹.

¹ FISS, Owen M. The Allure of Individualism. **Iowa Law Review**, v. 78, 1993, pp. 965/980; FISS, Owen M. A DEDICATION TO JUDGE JOHN MINOR WISDOM: The Political Theory of the Class Action. **Washington & Lee Law Review**, v. 53, 1996, pp. 21-31.

Diante das lições deste professor, o intuito é demonstrar a necessidade de mudança de foco na visão da ação coletiva brasileira como sendo a de *representação de interesses* e não a de *representação de pessoas*, analisando-se, na demanda coletiva, se aquele que tem o interesse jurisdicionalizado tem ou não o *direito de participação* no processo (*day in court*). Identificam-se, assim, na Constituição de 1988, os princípios que justificam e garantem as premissas delineadas, em especial, o princípio do acesso à justiça e do devido processo legal, sendo certo que, deste último, tendo em vista a relevância que assumem no estudo do tema, são pinçados os corolários princípios da efetividade, utilidade, isonomia, economia processual e contraditório efetivo.

Destes princípios, deve ser reconhecido que o mais complexo do estudo e que constitui pano de fundo de um processo coletivo, no modelo representativo de interesses, é o princípio do contraditório, tendo em vista a dificuldade de se admitir que a decisão judicial deva atingir a quem não foi parte no processo, razão pela qual, é traçado, inicialmente, um panorama deste princípio à luz da doutrina pátria e, na seqüência, com as considerações cabíveis, consagra-se a admissão, à luz da própria Constituição, da extensão da coisa julgada a quem foi não foi parte da demanda, ainda que a sentença lhe seja desfavorável.

Este capítulo segundo é encerrado com algumas considerações sobre o projeto brasileiro de incidente de resolução de demanda repetitiva, constante do PL n. 8.046, de 2010, versando sobre o novo CPC. Busca-se analisar o incidente apenas à luz dos temas objeto da presente pesquisa, traçando-se um perfil crítico sobre o que consta do projeto e a lamentável insistência do modelo representativo de pessoas em sede de tutela coletiva.

O terceiro capítulo, por sua vez, é dedicado ao estudo da legitimidade, tendo como alicerce a premissa do processo coletivo como representativo de interesses. Inicialmente, no entanto, são apresentados aspectos gerais da legitimação, dando-se ênfase para as noções levantadas por Donald Armelin, que, sem dúvida, é um dos maiores estudiosos sobre o tema.

Na seqüência, busca-se o exato alcance da *legitimidade ad causam* no direito brasileiro, demonstrando-se que as concepções estabelecidas por Liebman para este instituto somente são aplicáveis às relações interindividuais. Em decorrência, imprescindível se torna apresentar as razões para o completo afastamento da tutela coletiva da dicotomia legitimação ordinária/ extraordinária, uma vez que outra deve ser a situação jurídica legitimante do autor coletivo que não a vinculação ao direito substancial.

Por fim, já adentrando no quarto e último capítulo, são apontadas as considerações sobre a representatividade adequada frente ao modelo representativo de interesses, destacando que, a despeito de um certo controle *ope legis* da representatividade adequada no direito brasileiro, o mesmo não é suficiente e expressa, apenas, uma presunção relativa de adequada representação daqueles que estão elencados na lei como autorizados à propositura de uma demanda coletiva. Em decorrência, são pinçados os principais argumentos daqueles que não admitem o controle judicial da representatividade adequada, contrapondo-os às nossas ponderações críticas e reflexivas, inclusive, à luz da nova hermenêutica constitucional, para se destacar, ao final, que o juiz não só pode como deve, no caso concreto, analisar as condições daquele que está conduzindo a ação coletiva (controle *ope judicis*).

Ainda dentro deste último capítulo e finalizando o estudo, considerações são apontadas sobre a ação coletiva passiva, na medida em que a condição *sine qua non* para a sua admissibilidade no direito brasileiro é o exato controle da representatividade adequada. Identificam-se os problemas apontados pela doutrina para a não admissão desta ação, demonstrando-se, no entanto, que a despeito do vazio legislativo, não é só possível, mas, constitucionalmente garantida a admissão da ação coletiva passiva no nosso ordenamento, enfrentando-se, no apagar das luzes, o sensível ponto da coisa julgada na demanda coletiva passiva e as soluções propostas.

1. ASPECTOS DO DIREITO DE CONDUZIR O PROCESSO NOS MODELOS HISTÓRICOS DE REPRESENTAÇÃO COLETIVA

1.1. A simples condição de “cidadão romano” para a propositura das *actiones populares*:

A doutrina costuma apontar a experiência inglesa, proveniente, portanto, do sistema do *common law*, como sendo o berço das *ações coletivas*². Segundo alguns³, a primeira forma de ação de grupo advém da Inglaterra Medieval, do século XII, onde certos grupos sociais litigavam em juízo representados pelos seus líderes; para outros, no entanto, segundo o entendimento que parece ser o dominante⁴, as ações coletivas deitam as raízes no século XVII, sobre o chamado *Bill of Peace da Corte de Chancelaria Inglesa*⁵.

Entretanto, uma análise mais apurada da história nos mostra ser possível afirmar que as primeiras noções de legitimação coletiva advém do direito romano, através das chamadas *actiones populares*, cuja denominação designava um conjunto de ações que poderiam ser propostas por qualquer cidadão e destinadas, no entanto, à proteção dos interesses da sociedade⁶.

² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: RT, 2009, p. 38; GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 40.

³ GIDI, Antônio, *op.cit.*, p. 43.

⁴ Neste sentido, dentre outros, LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 22; TORRES, Artur Luis Pereira. Anotações a respeito do desenvolvimento histórico das ações coletivas. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, ano 15, n. 59, jul/set. 2007, p. 40.

⁵ Por volta do século XVII, na Inglaterra, as Cortes de Chancelaria passaram a exigir a figura do litisconsórcio necessário, ou seja, todos aqueles que tivessem interesses no processo deveriam figurar como partes (*necessary party rule*), evitando-se, assim, a multiplicidade de ações envolvendo a mesma questão. No entanto, em casos excepcionais, poderia o Chanceler dispensar a formação do litisconsórcio através do *bill of peace*, que era uma autorização para processamento coletivo de uma ação individual e era concedida quando o autor requeria que o provimento englobasse os direitos de todos que estivessem envolvidos no litígio, tratando a questão de maneira uniforme e evitando a multiplicação de processos. Deste modo, diante da concessão do *bill of peace*, um ou alguns dos membros do grupo poderiam representar, em juízo, o interesse de todos os demais.

⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. Ação Civil Pública no processo do trabalho. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação Civil Pública: Lei n. 7.347/85 – 15 anos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 601.

Diferentemente do que ocorria com a *actio romana*, onde se exigia um interesse pessoal e direto a ser exercido pelo titular do direito, as demandas populares eram admitidas como exceção a esta regra geral, de modo que, por meio delas, na expressão do professor Ricardo de Barros Leonel, “o cidadão perseguia um fim altruísta, de defesa de bens e valores de maior importância para a própria comunidade.”⁷

O que se observa, neste particular, é que no próprio direito romano houve uma certa ruptura com a preocupação preponderante com as questões de direito individual e que estavam caracterizadas nas *legis actiones*, no processo *per formulas* (período formulário) e na *cognitio extra ordinem* (cognição extraordinária). Ressalte-se, no entanto, que, naquele momento histórico, a noção de Estado não estava bem definida como instituição autônoma, de modo que, para os cidadãos romanos, a idéia era a de que os bens públicos lhes pertenciam⁸ e, neste contexto, era através das ações populares que se procedia à defesa de determinados bens públicos.

Desta forma, sempre que analisamos a história das ações coletivas no direito romano, temos que nos desvincular da hodierna idéia de Estado como instituição autônoma. A relação entre o cidadão e a coisa pública era calcada no sentimento de que esta última pertencia a cada um dos cidadãos romanos, razão pela qual se torna fácil a compreensão de que, já naquela época, cada qual se sentia legitimado a pleitear, em juízo, em nome de toda a coletividade, a defesa da coisa comum.⁹

Como já se apontou, os registros históricos são no sentido de que a legitimidade do cidadão romano para a propositura da ação popular se desvinculava da demonstração de um interesse pessoal e direto na ação, de forma que, como ressalta José Afonso da Silva¹⁰, os juriconsultos romanos transmitiram a idéia de que as *actiones populares* constituíram fenômenos especiais ou exceções ao conceito geral de ação, na medida em que o direito de ação somente poderia ser exercido por aquele que era ou se dizia ser o detentor do direito¹¹, não lhe sendo lícito agir em nome de outrem, a não ser em favor do povo.

⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 41.

⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 42.

⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 42.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Ação Popular Constitucional – Doutrina e Processo**. São Paulo: RT, 1968, p. 14.

¹¹ Também neste exato sentido, precisas são as ponderações de Rodolfo de Camargo Mancuso: “Nessa visão, fica mais fácil entender que embora a *actio romana* exigisse um *interesse pessoal e direto* exercido pelo *titular do direito* (*nemo alieno nomine lege agere potest; actio nihil aliud est quam jus persequendi iudicio quod sibi debetur*), as ações populares eram aceitas como uma exceção àquele princípio, justamente porque através delas o cidadão perseguia um fim altruísta, de defesa de bens e valores mais altos dentro da *gens*. E assim, a primeira daquelas parênticas antes citadas acabou por merecer um apêndice, segundo Gaio, resultando esta dicção: *alterius nomine agere non licebat, nisi pro populo*. Isto é, a regra continuava sendo a da legitimação ordinária (como de resto entre nós – art. 6º do CPC tomado *contrario sensu*), mas

As *actiones populares* não tinham por objetivo a defesa de um interesse público puro e simples, sob o ponto de vista da administração estatal¹². O interesse era público, pois dizia respeito a todos os cidadãos romanos, razão pela qual, inclusive, a doutrina costuma apontar que tais ações se destinavam à tutela de interesses que se colocavam de forma intermediária entre o interesse privado e o interesse público¹³. Para alguns, tais ações constituíram o ponto inicial para o desenvolvimento da idéia de tutela judicial dos interesses supraindividuais¹⁴, podendo ser enquadrados no que hoje conhecemos como direitos ou interesses difusos eis que concernentes a sujeitos indeterminados e incidindo sobre um objeto indivisível¹⁵.

Discute-se, na doutrina, se a ação popular romana estaria ou não calcada no critério procuratório. José Afonso da Silva, com arrimo em doutrina estrangeira, esclarece que existem duas teses a este respeito: a) uma que entende que as *actiones populares* têm a natureza procuratória, agindo o autor *procuratorio nomine*, na defesa de um interesse público; b) outra, segundo a qual o autor agia, a um tempo, para a tutela de um interesse próprio e do interesse público.¹⁶ Mais relevante, no entanto, do que saber se era procuratória ou não a ação popular, é compreender que só poderia ser considerada como ação popular se estivesse em jogo um interesse público ou a defesa de coisa pública, figurasse ou não o autor

se abria exceção quando se tratasse de ação popular: *nisi pro populo* (Gaio, IV, 82). Daí o famoso aforisma de Paulo, invocado por José Frederico Marques (magistrado e processualista paulista, prolator da primeira sentença em ação popular, após a Constituição Federal de 1946): *reipublicae interest quam plurimus ad defendam suam causa* (interessa à República que sejam muitos os defensores de sua causa).” *Op. cit.*, p. 43.

¹² LEONEL, Ricardo de Barros, *op. cit.*, p. 42.

¹³ Neste sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, p. 44; LEONEL, Ricardo de Barros, *op. cit.*, pp. 42/43.

¹⁴ LEONEL, Ricardo de Barros, *op. cit.*, p. 43.

¹⁵ O professor italiano Vittorio Scialoja, ao fazer referência às ações populares romanas, afirmou que “*hay, finalmente, derechos públicos, que llamábamos difusos, que no se concentran en el pueblo considerado como entidad, sino que tienen por propio titular realmente a cada uno de los participantes de la comunidad; y en los cuales, em consecuencia, cada uno se presenta como verdadero sujeto de derecho, por más que el derecho corresponda por igual a todos los demás. Estos derechos públicos difusos, sobre todos y cada uno de los ciudadanos, tienen por tanto um carácter ligeramente diferente del próprio de la categoría anterior, si bien se aprecian gradaciones dentro de una mista escala. Las acciones populares se dan en defensa de estas relaciones, y el actor acciona em nombre propio y por sua propia cuenta, no con carater procuratorio; pues el derecho se asienta em si mismo, y no debe ir él a buscarlo em la comunidad como entidade estrana a él*”. SCIALOJA, Vítório, *Procedimiento Civil Romano*, Buenos Aires, EJEJA, 1954, p. 476 *apud* LEONEL, Ricardo de Barros, *op. cit.*, pp. 43/44, nota de rodapé n. 08.

¹⁶ Sob o ponto de vista do professor José Afonso da Silva, “o deslinde desta controvérsia depende de uma colocação do problema em termos históricos. Realmente, segundo foi visto noutra lugar, com base nas pesquisas de Ihering, as *actiones populares* romanas tiveram origem na comunidade gentilica, permanecendo e evoluindo na fase mais adiantada da organização política de Roma, quando esta já se constituía em forma de Cidade-Estado. Ora, Ihering também nos ensina que, naquela primeira fase, o interesse público não se distinguia do interesse privado, valendo dizer que o autor popular, ao agir, estava defendendo o interesse geral – que era também seu; portanto, propunha uma ação, como membro da comunidade nas hipóteses em que os interesses deste e dêle se confundiam. [...] Na fase mais evoluída da organização política de Roma, entretanto, começa a surgir a separação entre o que é indivíduo e o que é Estado, donde deriva a distinção consequente entre interesse particular e interesse público [...]” SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 22.

como sujeito de um direito subjetivo ou fosse ele mero agente da coletividade na defesa do interesse de todos¹⁷.

Não hesita a doutrina, por outro lado, em afirmar que a maioria das ações populares romanas tinha natureza penal, cuja sanção, muitas das vezes, era de natureza pecuniária, tendo em vista o fato de estar atrelada a uma circunstância que constituía um delito ou um quase delito¹⁸ e a multa aplicada poderia ser revertida para o autor da ação (como um prêmio por ter vindo a juízo na defesa dos bens públicos), para uma “caixa pública”¹⁹ ou, até mesmo, para terceiros. Muitas, no entanto, visavam uma atividade de polícia²⁰ e, muitas, ainda, se assemelhavam, na sua finalidade, às modernas ações cominatórias ou aos interditos proibitórios.

José Afonso da Silva traz um rol bastante abrangente das *actiones populares romanas*, onde se pode observar a presença do interesse público a ser tutelado: (i) a ação de *sepulcro violado*, concedida pelo pretor ao interessado no caso de violação de sepulcro, coisa santa ou religiosa; (ii) ação de *effusis et deiectis*, concedida para quem atirasse objeto de sua casa sobre a via pública; (iii) ação de *positis et suspensas*, proposta contra quem mantivesse objetos na sacada ou no telhado, sem tomar as providências necessárias para evitar que caíssem e atingissem pessoas; (iv) ação de *albo corrupto*, proposta contra quem alterasse o edito dos pretores romanos; (v) ação de *aedilitio et redhibitione et quanti minoris*, proposta com o fim de se evitar que animais perigosos fossem levados a lugares públicos e freqüentados; (vi) ação de *termino moto*, proposta contra quem adulterasse limites entre propriedades privadas; (vii) ação de *tabulis*, proposta contra quem eventualmente abrisse o inventário ou aceitasse a herança de alguém que fora morto de forma violenta; (viii) a *assertio in libertatem*, que era proposta por quem fosse assistente ou representante de pessoa que queria ver reconhecida a sua liberdade; (ix) a *interdictum de homine libero exhibendo*, que poderia ser proposta por qualquer um em defesa da liberdade; (x) ação de *collusione detegenda*, admitida quando os escravos eram declarados nascidos livres em conluio com

¹⁷ Também neste sentido, FAGUNDES, Miguel Seabra. Da Ação Popular. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**. Rio de Janeiro: Forense, 1946, pp. 01/19.

¹⁸ LEONEL, Ricardo de Barros, *op. cit.*, p. 44.

¹⁹ SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 24.

²⁰ Por esta razão, afirma Rafael Bielsa, que “mediante essas ações, os cidadãos romanos exerciam uma espécie de poder de polícia em forma jurisdicional, isto é, não como expressão de autoridade alguma (que também podia ocorrer para certas diligências no processo da ação popular, ou seja, depois do vínculo do litígio), senão porque punham em movimento a Justiça para indagar, processar e condenar os transgressores do direito objetivo que interessava aos cidadãos no que se referisse à *segurança pública*, à *moralidade administrativa*, ao *patrimônio do Estado*, e, ainda, ao patrimônio daqueles que podiam ser prejudicados pelos que o administrassem em virtude de uma função pública, como por exemplo, os tutores, pois, por meio da *accusatio suspecti tutoris*, era possível promover a remoção do tutor suspeito, em defesa do menor e da ordem pública.” BIELSA, Rafael. Ação Popular e o Poder Discricionário da Administração. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 157, janeiro-fevereiro de 1955, p. 38.

seus antigos donos, valendo destacar que, nesta ação, o escravo era adjudicado como prêmio para quem descobrisse o conluio; (xi) a *accusatio suspecti tutoris*, embora houvesse certa dúvida em ser ou não ação popular, tratava-se de ação proposta para remover o tutor suspeito em defesa do patrimônio do menor e da ordem pública²¹.

Em termos de legitimidade para a propositura destas ações, destaca-se que é nas ações romanas que surgem as primeiras noções sobre o que hoje chamamos de representatividade adequada²² em tema de ação coletiva. Havia uma norma expressa no Digesto (D. 47.23.2) estabelecendo que na hipótese de vários cidadãos irem a juízo na defesa do mesmo interesse público, a preferência deveria ser dada àquele que estivesse em melhores condições de demandar²³. Afirma-se, no entanto, não haver uma evolução sistemática desta representatividade adequada ao longo da história. A previsão expressa nas *Federal Rules of Civil Procedure*, do sistema norte americano, da necessidade do juiz verificar se aquele que está em juízo tem as melhores condições de conduzir um processo coletivo, não tem origem no contexto histórico das ações populares romanas.

Não se pode falar, assim, numa evolução das *actiones populares* romanas até a tutela coletiva dos dias atuais. Até porque o direito nada mais é do que um reflexo dos fenômenos que ocorrem em uma determinada sociedade dentro de seu contexto histórico. Não se pode estabelecer, “pontes temporais imaginárias que tenham de firmar liame direto entre fenômenos que se verificaram na atualidade e outros que tenham ocorrido no passado, por mais similares que sejam”²⁴.

Não há sequer consenso doutrinário em saber se as *actiones populares* sobreviveram no direito intermediário. Com a queda do Império Romano do Ocidente e a inserção de costumes e tradições dos bárbaros invasores, o destino das ações populares romanas restou absolutamente incerto. Os registros praticamente se inclinam na afirmativa do absoluto declínio destas ações, na medida em que o indivíduo não mais era visto na sua íntima relação com o Estado. A “simbiose cidadão-Estado não deve ter prosperado nos séculos obscuros da

²¹ Todas estas ações foram elencadas pelo professor José Afonso da Silva, na sua obra Ação Popular Constitucional (*cit.*, pp. 16/20), onde o autor além de descrever, pontualmente, o objetivo de cada uma destas ações, apresenta, ainda, as respectivas fontes, dando ênfase à obra de BRUNO, Tomaso, *Azione Popolare, n. 4, in II Digesto Italiano, volume IV, parte segunda*.

²² O sistema norte-americano, como iremos destacar, foi um dos primeiros sistemas a trazer, expressamente, a previsão legal da necessidade do legitimado coletivo representar adequadamente o grupo ou a classe. Tal regra, hoje, está contida na *Rule 23, das FRCP*.

²³ Também neste sentido, BIELSA, Rafael, *op. cit.*, pp. 38/39; LEONEL, Ricardo de Barros, *op. cit.*, p. 51.

²⁴ LEONEL, Ricardo de Barros, *op. cit.*, p. 39.

Idade Média, onde medraram o autoritarismo feudal, as monarquias absolutas, a religiosidade ambígua e aterrorizante da Santa Inquisição”.²⁵

Isto não significa afirmar, como já o fez Néelson Carneiro, que a Idade Média desconheceu o fenômeno das ações coletivas.²⁶ O contexto político da época trazia outra forma de manifestação coletiva, diversa do contorno das então *actiones populares* do direito romano. Nesta época, como abaixo iremos destacar, a sociedade era naturalmente organizada em torno de pequenas coletividades, de forma que, ainda que inconscientemente, havia a proteção de interesses coletivos.

1.2. As ações coletivas como decorrência natural da estrutura da Sociedade Medieval:

Após o declínio do Império Romano, a representação coletiva tem suas raízes no direito anglo-saxão. Precisamente, é na Inglaterra Medieval (Século XII) que vamos encontrar o desenvolvimento das ações coletivas, a despeito da maioria da doutrina, como já se apontou alhures, preferir localizar os antecedentes da moderna ação coletiva no século XVII, como variante do *bill of peace* do sistema inglês.

Durante o período medieval, o contexto histórico social era completamente diverso dos dias atuais. A sociedade do medievo não concebia o indivíduo como uma unidade independente e autônoma e como um sujeito de direitos e obrigações particularmente identificado. A noção de indivíduo somente era concebida quando analisado em um determinado grupo ou comunidade na qual estava o mesmo inserido. As concepções de *grupo e indivíduo* se confundiam²⁷.

Isto porque, na Idade Média, a sociedade era naturalmente estruturada em pequenos grupos. Stephen Yeazell, na sua clássica obra sobre o desenvolvimento histórico das ações coletivas²⁸, destaca, com exatidão, que, dentro de uma sociedade feudal, não havia espaço para identificação dos indivíduos que somente eram vistos quando inseridos num

²⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, p. 48.

²⁶ CARNEIRO, Néelson. Das ações populares civis no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo: Renovar. Vol. 25, julho-setembro-1951, pp. 468/495.

²⁷ ROCHA, Luciano Velasque. **Ações Coletivas – O problema da legitimação para agir**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 04.

²⁸ YEAZELL, Stephen C. **From medieval group litigation to the modern class action**. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 38.

determinado grupo ou comunidade. Os conflitos daí decorrentes, portanto, eram conflitos envolvendo uma comunidade, como a dos *aldeões* de um vilarejo contra os senhores (*Lords*) por problemas relativos à administração e utilização das terras nos feudos; como a dos fiéis (*parishers*) disputando o pagamento de dízimos com os párocos; como as das corporações (*guilds*) questionando o pagamento de tributos ou arrendamentos impostos pelo *Lord*²⁹.

Todas estas comunidades, portanto, iam a juízo através de um de seus membros que representava todo o grupo, ativa ou passivamente. A representação dos grupos em juízo ocorria de forma absolutamente espontânea, decorrente do sistema político vigente de uma sociedade organizada de forma gregária. É de se destacar, inclusive, que, curiosamente, uma das primeiras ações coletivas registradas pela doutrina é uma *ação coletiva passiva*, julgada em 1199, pela Corte Eclesiástica de Canterbury. Esta ação foi proposta pelo Pároco Martin, de Barkway, em face dos paroquianos de Nuthamstead, envolvendo o direito ao recebimento de certas oferendas religiosas e à necessidade de se colocar diariamente um sacerdote para celebrar missas, casamentos, batismos etc, na capela de Nuthamstead³⁰.

O indivíduo estava indissociavelmente ligado ao grupo, de modo que, proposta uma ação pelo ou contra o indivíduo que estivesse representando uma coletividade, não se levantava qualquer questionamento sobre a sua legitimidade³¹. Até porque, nesta época, o direito processual não era uma ciência autônoma, mas um mero apêndice do direito material. Ainda não se falava em condições da ação e nem em pressupostos processuais³². Não é por outra razão que afirma Stephen Yeazel³³ que, neste período, aparentemente não se discutia a respeito da representatividade adequada daquele que estava em juízo em nome da coletividade.

É diante destas premissas que se afirma que, no período medieval, as ações coletivas eram decorrência natural do próprio contexto sócio-político da época, que não estabelecia distinções entre o indivíduo e o grupo onde o mesmo estava inserido. Sempre que alguém estava em juízo, estava defendendo interesse não próprio, mas de toda uma coletividade. A ausência, portanto, de critérios definidores de uma adequada representação e a aceitação

²⁹ Tais exemplos são destacados pelo insigne professor LEAL, Márcio Flávio Mafrá, *op. cit.*, p. 22.

³⁰ YEAZELL, Stephen C., *op. cit.*, pp. 38/39.

³¹ Como destacou Luciano Velasque Rocha, “os conceitos de *indivíduo e de grupo* compunham um todo relativamente indiviso, a contraposição das ações coletivas em relação às ações individuais é redundante. Por idêntica ordem de razões, a discussão em torno da legitimidade do autor de uma ação coletiva carecia de sentido e relevo prático naquela quadra histórica.”. ROCHA, Luciano Velasque, *op. cit.*, p. 4.

³² O início da teoria do processo como relação jurídica, passando, assim, o direito processual a ser considerado um ramo autônomo do Direito, somente se deu no ano de 1868, com a publicação da obra do jurista alemão Oscar Von Bulow, denominada de *Die Lehre von den Prozesseiredemnun die Prozessvoraussetzungen*. CÂMARA, Alexandre Freitas.

Lições de Direito Processual Civil. Vol. I, Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006, p. 09.

³³ YEAZELL, Stephen C., *op. cit.*, p. 39.

espontânea de um indivíduo na defesa de interesses coletivos foi o traço diferenciador da legitimidade das ações coletivas medievais.³⁴

1.3. Transição para os Períodos Moderno e Contemporâneo:

1.3.1. A ascensão do individualismo e as primeiras restrições às ações coletivas:

A partir dos séculos XV e XVI, inicia-se, na Europa, um novo cenário político-econômico, marcado, de um lado, pela ascensão do individualismo e, de outro, pelo enfraquecimento dos grupos na estrutura social e jurídica. É a partir desta fase que o indivíduo passa a ter destaque, numa sociedade, como sujeito dotado de direitos³⁵ e obrigações, não mais, portanto, sendo confundido com a própria comunidade ou o grupo ao qual pertencia. Houve, assim, uma dissociação da noção do indivíduo da idéia do grupo no qual ele está inserido.

A conseqüência desta valorização do indivíduo dentro do grupo social, deixando, portanto, de ser confundido com a própria comunidade, acarreta sensíveis reflexos nas ações propostas. Enquanto que no período medievo o que tínhamos eram as representações de grupos, no período moderno, caracterizado pelos ideais liberal-individualistas, as ações coletivas passam para um plano secundário, destacando-se, a partir de então, como regra, a legitimação individual. Passou-se a exigir um título ou uma teoria que fundamentasse a possibilidade de que o autor representasse os demais indivíduos ausentes da relação processual³⁶.

A centralização do poder real e a preocupação com o crescimento dos burgos, fez com que a própria Coroa estabelecesse regras para a existência jurídica das associações de

³⁴ Márcio Flávio Mafra Leal faz uma interessante observação no sentido de que na ação coletiva medieval não se questionava sobre a *representação de direitos alheios*, vez que o próprio direito material era mais ou menos compartilhado indistintamente pela coletividade. E com precisão destaca: “Ou seja, o membro da comunidade que figurava como autor da ação não representava o direito de um conjunto de indivíduos, mas de uma coletividade”. LEAL, Márcio Flávio Mafra, *op. cit.*, pp. 24/25.

³⁵ É no liberalismo político, cujo maior idealizador foi o filósofo John Locke, que encontramos a doutrina segundo a qual os seres humanos têm, por natureza, certos direitos naturais, como a liberdade e a propriedade, cabendo ao Estado respeitá-los e não invadí-los. O chamado Estado Liberal começa a se formar devido ao enfraquecimento e desgaste do Poder Real e, por conseqüência, do próprio modelo absolutista.

³⁶ LEAL, Márcio Flávio Mafra, *op. cit.*, p. 28.

peessoas, iniciando-se, nesta época, a elaboração da chamada Teoria das Corporações. Todas as associações que não tivessem autorização da Coroa ou do Parlamento para operar no mercado eram consideradas irregulares³⁷.

A existência destas corporações e destes grupos informais é que deram o contorno da legitimidade para as excepcionais ações coletivas do período moderno. Se na Idade Média, como vimos, a legitimidade coletiva era inerente às disputas judiciais, na Idade Moderna a admissão da coletividade, em juízo, dependia de seu reconhecimento como corporação, ou, na hipótese dos grupos informais, dependia da existência de *consentimento* dos membros do grupo com a representação ou a *comunhão de interesses do autor* com os interesses dos integrantes da classe, dispensando o consentimento destes³⁸⁻³⁹.

1.3.2. A semente inglesa das justificativas para a legitimidade nas ações coletivas:

Já destacamos que, ao contrário do que ocorrera no período medieval, a partir do século XVIII, começam a surgir restrições à propositura de ações coletivas, passando-se a exigir, na hipótese, determinadas justificativas para a defesa dos direitos coletivos, principalmente dos grupos que não eram considerados uma unidade jurídica, apta a ser titular de direitos e deveres, pelo fato de não terem autorização da Corte⁴⁰ para operarem no mercado.

Começam, assim, a surgir exigências de justificação da legitimidade para a propositura das ações coletivas.

³⁷ *Idem, ibidem*, p. 29.

³⁸ Aqui estão presentes as duas teorias a respeito da busca de elementos teóricos que permitissem que um grupo informal fosse representado por uma pessoa ou entidade: a *Teoria do Consentimento* e a *Teoria dos Interesses*: naquela, a representação do autor coletiva se dava mediante a exigência do consentimento dos representados; nesta, bastava a mera identificação do interesse do grupo com o interesse do autor, dispensando, portanto, o consentimento. LEAL, Márcio Flávio Mafra, *op. cit.*, pp. 29, 60/69.

³⁹ Afirma-se que os primeiros ancestrais das *class actions* norte americanas estão neste momento histórico. Como teremos oportunidade de destacar mais adiante, a atual regra 23, das FRCP, apresenta alguns requisitos gerais para todas as categorias de *class actions*, sejam para as *mandatory class actions* (regra 23 (b)(1)(2)), sejam para as *not mandatory class actions* (regra 23 (b)(3)). Dentre estes requisitos, vamos encontrar o que os americanos chamam de *typicality* (regra 23 (a)(3)), que na verdade deve ser conjugado com o requisito da representatividade adequada (regra 23 (a)(4)), consistente na análise da relação existente entre os interesses pessoais dos representantes e dos representados, ou seja, os interesses do representante devem possuir algo em comum com o restante da classe. Também neste sentido, TUCCI, José Rogério Cruz e. *Class action e mandado de segurança coletivo (diversificações conceituais)*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 11.

⁴⁰ LEAL, Márcio Flávio Mafra, *op. cit.*, p. 29.

Na Inglaterra, em especial, até os tribunais de equidade (*courts of equity ou courts of chancery*), que eram um pouco mais flexíveis⁴¹, estipularam uma regra impondo a presença de todas as pessoas interessadas na lide. Era a *necessary parties rule ou compulsory joinder rule*. Somente deste modo a decisão do juiz seria completa, pois iria atingir a todos os interessados na questão. No entanto, embora pudesse, por um lado, garantir a participação de todos no processo, por outro, era uma regra que trazia graves inconvenientes, pois, diante de um número expressivo de interessados, isto poderia dificultar o andamento do processo, além de possibilitar o cerceamento do acesso à justiça, na medida em que bastava um interessado não requerer a proteção jurisdicional para que todos não obtivessem uma manifestação da Corte.

E foi exatamente para evitar estes inconvenientes que as *courts of chancery* emitiam os chamados *bill of peace* visando permitir que um ou alguns membros do grupo fosse a juízo pleitear em nome de todos os demais interessados, flexibilizando, assim, a *necessary parties rule*.

A Corte de Chancelaria passou, então, a ser a saída para os grupos que não tinham formalmente reconhecidas as suas personalidades jurídicas pela Coroa, na medida em que, por ser uma corte de equidade, a Corte de Chancelaria conferia uma maior flexibilidade à legitimação coletiva.

Observa-se, no entanto, que a legitimação para estas ações coletivas, autorizadas pelas Cortes de Chancelaria, se difere e muito da legitimação das ações coletivas do período medieval. Nestas, não se questiona a respeito de critérios definidores para a legitimidade do autor da ação, bastava pertencer a um grupo para abrir a possibilidade de representar todos os membros; já nas *courts of chancery* havia o questionamento sobre comunhão e coincidência de interesses entre representantes e representados (*commom interest ou commonality*).

Destaca-se, ainda, pela sua relevância histórica, duas associações que, a partir do século XVIII, muitas discussões levaram para as cortes inglesas: as chamadas sociedades anônimas (*joint-stock companies*) e as sociedade beneficentes (*friendly societies*). Tais associações, durante um longo período, ficaram na marginalidade e diversas questões,

⁴¹ A Inglaterra, nesta época, estava dividida em dois Tribunais, os Tribunais de Equidade e os Tribunais de Direito. Cabia aos Tribunais de Equidade, nas observações do professor Antônio Gidi, “disciplinar as situações que o direito (*common law* ou simplesmente *law*) não regulava de forma adequada. Tratava-se, assim, uma espécie de “direito complementar”, que supria as lacunas do direito comum. A equidade era mais flexível em seus procedimentos e provimentos (*remedies*) do que o *commom law*, que era um sistema extremamente formal, rígido e burocrático e composto de muitas tecnicidades.” GIDI, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**, *cit.*, p. 40.

ormente referentes a má gestão de fundos, eram constantemente submetidas à apreciação da Corte de Chancelaria.

Importante destacar, mais uma vez, tendo em vista os resquícios sobre o tema no estudo das atuais ações coletivas, em especial, nas *class actions* norte americanas, que duas grandes idéias foram constantemente apreciadas pela Corte como justificativas para a admissão das ações coletivas pelos grupos não incorporados: a existência de um consentimento implícito ou explícito dos membros ausentes sobre a representatividade daquele que foi a juízo em nome da coletividade e, ainda, a comunhão de interesses existente entre o representante e os membros ausentes⁴².

No entanto, em termos históricos, com o reconhecimento formal destas associações pelo Estado Inglês⁴³, as ações coletivas perderam expressividade, caindo praticamente em desuso na Inglaterra⁴⁴, o que retardou a regulamentação legislativa inglesa sobre a representação na tutela coletiva.

Até o ano de 2000⁴⁵, com a instituição do Código de Processo Civil Inglês (*Rules of Civil Procedure*⁴⁶), a previsão das *representatives actions* estava em regras específicas das Cortes de Julgamento. Foram, inicialmente, previstas na Regra 10, das *Rules of Procedure*, quando da unificação das jurisdições de equidade e da *commom law*, com a edição, durante os anos de 1873 a 1875, dos *Supreme Court of Judicature Acts*.

Observa-se, assim, que, no país considerado o berço das ações coletivas, estas ficaram desaparecidas por um longo período e raramente eram aceitas pelas cortes. Na maioria das vezes, a dificuldade estava na interpretação do que era o “*interesse comum*” (*commom interest*) entre o representante e o representado, com conseqüências diretas sobre as ações coletivas de danos individuais com pedidos ressarcitórios⁴⁷.

⁴² YEAZELL, Stephan, *op. cit.*, pp. 173/206.

⁴³ O que ocorreu, para as *friendly societies*, através do *Friendly Societies Act, de 1793*, e, para as *joint-stock companies*, através do *Companies Act, de 1825*. LEAL, Márcio Flávio Mafra, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁴ Neste sentido, Stephan Yeazell, destacando que “*the consequence of this legislative activity was that English group litigation, which had been born in the transition of an agricultural society into a market economy and which later shepherded associations of workes and entrepreneurs into an age of industrial capitalism, fell into desuetude in England.*” YEAZELL, Stephan, *op. cit.*, pp. 194/195.

⁴⁵ Por tal razão, se afirma que a possibilidade de ações coletivas no reino unido é relativamente recente, mais do que no Canadá, na Austrália ou nos Estados Unidos. MULLENIX, Linda. II – General Report – *Common Law*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países do Civil Law e Common Law – uma análise do direito comparado**. São Paulo: RT, 2007, p. 260.

⁴⁶ Notícia Aluisio Gonçalves de Castro Mendes que o Código de Processo Civil Inglês encontra-se disposto em 57 partes, sendo que a previsão das ações coletivas está concentrada, principalmente, na parte 19, sob o título de *parts and group litigation*. Este título, por sua vez, encontra-se subdividido em três seções específicas: (i) *adition and substantion of parties*; (ii) *representatives parties* e (iii) *group litigation*. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, pp. 50/51.

⁴⁷ Dois importantes casos, ocorridos no início do século XX, são citados pela doutrina como caracterizadores do entendimento das Cortes de Chancelaria impondo a exigência do interesse comum como requisito para a admissibilidade

No entanto, há, ainda, no atual diploma – *Rules of Civil Procedure* - do sistema inglês, a previsão do “*interesse comum*” como requisito para a legitimidade de uma ação coletiva, o que ocorre na hipótese da chamada *representative parties*⁴⁸. Destaca a doutrina⁴⁹ que as disposições relacionadas às *representative parties* marcam, na verdade, a continuidade das *representative actions*, havendo grandes semelhanças entre aquelas normas previstas nos Atos da Suprema Corte e, agora, as previstas nas regras 19.6 e 19.7 das *Rules of Civil Procedure*.⁵⁰

A experiência, no entanto, mesmo após as *Rules of Civil Procedure*, tem demonstrado que raras são as *representative parties* tendo em vista não só dificuldade de interpretação da expressão “*quando mais de uma pessoa tiver o mesmo interesse em uma ação*”⁵¹, mas também a possibilidade de apresentação de defesas diferentes, o que, por si só já seria suficiente para afastar a possibilidade de instauração de tais ações⁵².

das ações coletivas. O primeiro, *Duke of Beldford vs. Ellis*, em 1901, foi uma ação proposta por alguns feirantes buscando a tutela de seus interesses e dos interesses dos demais feirantes, ausentes na ação, com o objetivo de exercer direito de ocupação do espaço público. A ação não foi aceita, na medida em que a Corte não reconheceu que todos os membros da classe compartilhavam de um interesse comum. Já o segundo caso, do ano de 1910, *Mark & Co. Ltd. vs. Knight SteamShip Co. Ltd.*, dois comerciantes demandaram uma transportadora, em razão de cargas perdidas no mar, pleiteando indenização para si e para todos os demais que também perderam suas mercadorias. Mais uma vez, reconheceu a Corte não existir interesse comum que pudesse autorizar a ação coletiva. LEAL, Márcio Flávio Mafra, *op. cit.*, p. 141.

⁴⁸ Sobre o sistema inglês de solução dos conflitos, há uma importante obra do professor Neil Andrews, cujo título original é *The modern civil process: judicial and alternative forms of dispute resolution in England*. No Brasil, fora feita a tradução desta obra sob a orientação e revisão da professora Tereza Arruda Alvim Wambier e intitulada de **O Moderno Processo Civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁴⁹ MULLENIX, Linda. II – General Report – *Common Law*, *op. cit.*, p. 261.; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, p. 51.

⁵⁰ No Código de Processo Civil Inglês, as duas formas de representação de tutela coletiva mais festejadas são as chamadas *Group Litigation Orders* (GLO) e as *Representative Parties*, previstas nas Regras 19.10 a 19.14 e 19.6 a 19.7, respectivamente. As *Representatives Parties*, como destacamos, consistem na continuidade das *representative actions* previstas nas regras das Cortes de Julgamento, onde alguém pode, em nome próprio, defender interesse dele e de outrem desde que haja “interesse comum”. Já o mecanismo para o GLO consiste, como destaca Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, na hipótese em que um caso pode receber o tratamento de litígio coletivo sempre que “houver pretensões fundadas ou que contenham questões de fato ou de direito, comuns ou relacionadas (GLO *issues*). O procedimento coletivo pode ser determinado de ofício pelo órgão judicial ou requerido pela parte, devendo haver, todavia, consulta prévia ao Serviço de Informação sobre Ações Coletivas da *Law Society*, para se aferir sobre a existência de outros casos relacionados com as questões comuns sugeridas. E caso a autorização para o processamento coletivo seja concedida, devem ser enviadas cópias da decisão judicial (*order*), que a admitiu, para a *Law Society* e para o *Senior Mater* com o intuito de se dar publicidade sobre a existência da respectiva demanda coletiva.” MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Op. cit.*, pp. 52/53.

⁵¹ ANDREWS, Neil. **O Moderno Processo Civil - formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**, *cit.*, p. 340/341.

⁵² Neil Andrews destaca, no entanto, que recentes decisões de primeira instância têm concedido uma maior flexibilidade na interpretação da expressão “interesse comum”, o que, no entanto, no seu entender, não será causa para uma “avalanche de litígios”, eis que outros problemas põem óbice à propositura destas ações, como o grave problema das custas. ANDREWS, Neil, *op. cit.*, pp. 341/342.

1.3.3. Breve histórico sobre a evolução normativa das *class actions norte americanas*:

Diferentemente do que ocorrera na Inglaterra, Os Estados Unidos aproveitaram todas as experiências dos julgados das Cortes Americanas e das regras contidas na Suprema Corte sobre a representação na tutela coletiva, para, em 1938, quando da edição do primeiro Código de Processo Civil Americano (*Federal Rules of Civil Procedure*), incluir disposições legais para regulamentar as ações coletivas.

Coube a Joseph Story, um importante jurista americano, que integrou a Suprema Corte, desde 1811 até 1845, destacar a importância das ações coletivas como forma de otimizar o julgamento das pretensões apresentadas ao Poder Judiciário e evitar a multiplicação inútil de demandas. Diante de sua experiência na Corte Suprema, suas opiniões sobre o *group litigation* eram respeitadas, tendo lançado, no ano de 1836, a sua famosa obra *Commentaries on Equity Jurisprudence*, onde destacou a importância e o papel das demandas coletivas para o Poder Judiciário e para o acesso à justiça⁵³.

Não obstante, nesta primeira obra, Joseph Story não apresentou qualquer tipo de preocupação com a coisa julgada em relação às pessoas que não figuraram no processo. Quatro anos depois, entretanto, talvez motivado pelo individualismo reinante à época, entendeu Story por publicar a obra *Commentaries on Equity Pleadings* para consagrar a não extensão dos efeitos da sentença àqueles que não foram partes da demanda, salvo em hipóteses excepcionais. A notoriedade dos estudos de Story repercutiu dentro da própria Suprema Corte que, no ano de 1842, promulgou a *Equity Rule 48*, admitindo, expressamente, a ação coletiva, com a ressalva, no entanto, de que a decisão não seria aplicada aos membros ausentes, uma vez que os seus direitos não poderiam ser atingidos por um processo do qual não participaram.

Com o passar dos anos, a própria Suprema Corte vinha resistindo a este contorno jurídico das *class actions*, na medida em que esvaziava a própria razão de ser das ações coletivas, enfraquecendo a decisão prolatada. Assim, no ano de 1854, ao julgar o famoso *leading case Smith v. Swormsted*⁵⁴, entendeu a Suprema Corte por mudar seu posicionamento

⁵³ YEAZELL, Stephan, *op. cit.*, p. 218; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, p. 60; LEAL, Márcio Flávio Mafra, *op. cit.*, p.150.

⁵⁴ Tratava-se de uma ação proposta por alguns representantes dos cerca de 1.500 pastores da Igreja Metodista Episcopal do Sul em face de alguns pastores da Igreja Metodista Episcopal Nacional, que também representavam cerca de 3000 pastores, com o objetivo de recuperar a propriedade da porção de um fundo, originariamente instituído pela Igreja Metodista Episcopal Nacional, antes da cisão, e que, após esta, foi negada aos pastores da Igreja do Sul. Como a cisão foi

para consagrar a viabilidade de extensão da coisa julgada a quem não foi parte na ação coletiva. No entanto, além de excepcionar a regra 48, a Suprema Corte, neste julgado, destacou a importância da representatividade adequada, pois somente admitiu que a esfera jurídica de terceiros, que não participaram do processo, fosse atingida, mediante a presença da adequada representação.

A Suprema Corte, entretanto, somente no ano de 1912, revogou a antiga regra 48 pela *Rule 38*, retirando a ressalva denegatória de vinculação do julgado a quem não foi parte do processo, de modo que, a partir de então, com arrimo na regra daquela Corte, todos os membros do grupo, classe ou categoria, ainda que não atuantes no processo, eram atingidos pela coisa julgada. Esta regra vigeu até 1938, quando foram publicadas as *Federal Rules of Civil Procedure* (equivalente ao nosso Código de Processo Civil), unificando as regras do *common law* e da *equity*, de modo que, com a nova *Rule 23*, regulamentando as *class actions*, as ações coletivas poderiam tutelar os direitos reconhecidos em ambos os sistemas.

Originalmente, pela regra 23, as *class actions* eram subdivididas em três categorias: *true class actions*, *hybrid class action* e *spurious class actions* e a distinção entre elas levava em conta a natureza do direito perseguido. “Quando os direitos envolvidos fossem *joint, common ou secondary*, caberia uma *true class actions*; quando os direitos fossem *several* e envolvessem uma propriedade específica, caberia a *hybrid class action*; quando os direitos fossem *several*, e houvesse questões de direito ou de fato comuns, caberia uma *spurious class action*⁵⁵.

No entanto, retrata a doutrina⁵⁶ que havia uma grande dificuldade de aplicação destes três espécies de ação, na medida em que se tornava difícil se identificar, na prática, em qual categoria se encaixavam as demandas ajuizadas, razão pela qual, em 1966, a *Rule 23* foi completamente reescrita para consagrar duas grandes categorias: as *mandatory class actions* (*Rule 23(b)(1) e (b)(2)*) e as *not mandatory class actions* (*Rule 23 (b)(3)*).

voluntária, os pastores da Igreja Metodista Episcopal Nacional afirmavam que nada era devido aos pastores da nova igreja sulista. A ação não foi considerada apropriada pelo tribunal de primeira instância, mas a decisão foi revertida pela Suprema Corte, que considerou adequada a representação de ambas as partes e consagrou a vinculação da decisão aos membros ausentes. (57 U.S. (16 How.) 288, (1853)). MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ob. cit.*, p. 62.

⁵⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, p. 68; GIDI, Antônio, *op. cit.*, p. 48.

⁵⁶ GIDI, Antônio, *op. cit.*, p. 51; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, p. 67.

1.4. Os critérios autorizativos da legitimação nas vigentes *class actions* do sistema norte americano:

Mesmo após sofrer pequenas alterações⁵⁷ em seu texto, nos anos de 1987, 1998, 2003 e 2007⁵⁸, a festejada regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure* traz toda a estrutura, os requisitos, os elementos essenciais e as categorias de *class actions* vigentes no sistema norte americano.

A *Rule 23* traz, inicialmente, os pré-requisitos⁵⁹ para qualquer ação de classe e que estão assim consagrados na alínea (a): (1) a classe deve ser tão extensa ou numerosa que não aconselha a reunião de seus membros (*numerosity*); (2) que existam questões de fato ou de direito comuns a toda a classe (*commonality*); (3) que os pedidos ou defesas deduzidos por seus representantes sejam típicos pedidos ou defesas de classe (*typicality*); (4) que os representantes tenham reais condições de proceder adequadamente a defesa da classe (*adequacy of representation*).

Diante de todas as considerações até aqui apresentadas, observa-se que o requisito denominado de *numerosity* tem origem na Corte de Chancelaria inglesa, onde vigorava a *necessary party rule* e, diante de casos excepcionais, como se viu, se concedia o *bill of peace*. Ademais, este requisito também estava previsto na *Equity Rule*, de 1842, na *Equity Rule 38*, de 1912, e na própria redação original da *Rule 23*, de 1938. Assim, para que a tutela coletiva seja permitida, a *Rule 23* exige que o grupo seja tão numeroso a ponto de ser impraticável o litisconsórcio ou a intervenção de todos os membros em um processo.

O alicerce, no entanto, das *class actions*, está na *Rule 23 (a)(2)* ao exigir a presença de questões de fato e de direito que sejam comuns aos membros do grupo. É inerente a qualquer ação de classe a existência da *commonality*, pois, só assim, será possível ao juiz conceder uma decisão que vá alcançar a todos os membros; caso contrário, na hipótese de

⁵⁷ Considerando que o nosso objetivo é apenas destacar os aspectos envolvidos à legitimidade nas ações coletivas e não traçar um trabalho de direito comparado, não teceremos maiores considerações sobre estas alterações. Remetemos o leitor, no entanto, que queira obter tais informações, à obra do professor MENDES, Aluisio de Castro, *op. cit.*, pp. 68/69.

⁵⁸ GIDI, Antônio. *Op. cit.*, pp. 61/66; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Op. cit.*, pp. 68/69.

⁵⁹ Assim está redigida a parte inicial da regra 23 das *class actions*: “*Rule 23. Class Actions: (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.*”

cada membro apresentar fatos diferentes ou questões jurídicas diferentes, torna-se inviável uma tutela uniforme e, por conseguinte, uma tutela coletiva⁶⁰.

Os dois últimos requisitos (*typicality e adequacy of representation*) a serem analisados estão intimamente ligados ao direito de conduzir a *class action* e constituem, portanto, os elementos caracterizadores de sua respectiva legitimidade.

O terceiro requisito – *typicality* - exige que os pedidos ou defesas deduzidos por seus representantes sejam típicos pedidos ou defesas da classe. Isto significa dizer, em outras palavras, que o representante, além de ter sofrido o mesmo ilícito que os demais, deve pertencer ao grupo.

Não se admite, assim, a propositura de uma *class action* por quem não seja parte integrante da classe. A pretensão do representante deve originar-se do mesmo evento, prática ou conduta que deu origem à pretensão dos demais membros do grupo⁶¹, pois, só assim, o *interesse* do representante será o mesmo *interesse* dos representados⁶². A *tipicidade*, portanto, consiste no alinhamento que deve existir entre os interesses do representante com os dos representados.

O quarto e último requisito de uma *class action* está a exigir que o representante proteja adequadamente os interesses da classe, devendo agir sob o pálio da lealdade, do comprometimento com a causa e da boa fé. Trata-se da representatividade adequada (*adequacy of representation*), sendo requisito fundamental para que se observe a garantia constitucional do devido processo legal, razão pela qual é o requisito mais relevante a ser avaliado pelo juiz para certificar uma ação como sendo uma *class action*.

Caso não haja a adequada representação, os tribunais não reconhecem, em processo posterior, o efeito vinculante da coisa julgada, na medida em que a própria *Rule 23*⁶³ concede aos interessados, que não participaram do processo, a oportunidade de questionar a ausência de adequada representação através de uma ação autônoma, denominada de *collateral attack*.

⁶⁰ O professor Antônio Gidi afirma, com precisão, que, de todos os requisitos, o único que não pode faltar para se permitir uma decisão uniforme é o *commonality*. “A lei pode até ser alterada e todos os outros requisitos podem ser modificados ou até suprimidos. A lei pode deixar de exigir a impraticabilidade do litisconsórcio, pode deixar de controlar a adequação da representação do autor ou a tipicidade da sua lide, sem que haja qualquer comprometimento na possibilidade de uma decisão unitária da lide.” GIDI, Antônio, *op. cit.*, p. 79.

⁶¹ GIDI, Antônio, *op. cit.*, p. 88.

⁶² Na precisa observação do professor Márcio Flávio Mafra Leal, o elemento teórico que concede legitimidade ao representante é a “*identificação do interesse do grupo com o interesse do autor, de forma que seja “inconcebível” que o representado não aprove a representação de seu direito deduzido em juízo. Este é o cerne da Teoria dos Interesses.*” LEAL, Márcio Flávio Mafra, *op. cit.*, p. 63.

⁶³ Rule 23 (d)(2).

A despeito de encontrarmos nas ações populares romanas elementos referentes à representatividade adequada⁶⁴, o modelo anglo-americano foi construído de forma independente, sem qualquer resquício naquelas primitivas ações coletivas. A sua concepção surgiu, inicialmente, em alguns precedentes da Corte de Chancelaria inglesa, nos séculos XVII e XVIII, depois, na jurisprudência da Suprema Corte Americana⁶⁵, até ser consagrada, de forma expressa, como requisito de admissibilidade, no texto original da Regra 23, em 1938, mantido, inclusive, quando da reforma de 1966.

O requisito da representatividade adequada possui extrema relevância no estudo das ações coletivas, pois representa uma ruptura com as tradicionais concepções do direito de agir. Através deste requisito, permite-se que direitos e interesses sejam defendidos em juízo sem que poderes específicos tenham sido concedidos pelos seus respectivos titulares. Tais interessados (*absent class members*), que não participaram do processo, somente ficam vinculados aos efeitos da decisão judicial, se o representante tiver defendido com vigor os interesses de toda a classe. Deve o juiz, portanto, analisar, no caso concreto, as condições não só do representante, mas também do próprio advogado, que deve ter comprometimento com a causa, conhecimento do litígio, credibilidade, capacidade financeira e técnica.

Não nos quer parecer que a hipótese é de excepcionar⁶⁶ o Estado Democrático de Direito, que exigiria a manifestação de vontade do próprio titular do direito para que a sua esfera jurídica possa ser atingida por uma decisão judicial, mas sim, de analisarmos a tutela coletiva desvinculada dos efeitos do individualismo e das concepções políticas que levaram à democracia liberal com fortes influências sobre a estruturação do direito processual.

O professor Yeazell Stephan⁶⁷ retrata a evolução dos sistemas de representação no âmbito da tutela coletiva de acordo com o contexto histórico, passando, assim, da *Teoria do Consentimento*⁶⁸, que exigia o consentimento dos representados para a defesa judicial pelo representante, para a *Teoria dos Interesses*, cujo elemento justificador e legitimador da

⁶⁴ Vide item 1.1 supra.

⁶⁵ Pode-se mencionar, a guisa de exemplificação, além do *leading case Smith v. Swormsted*, o *case American Steel & Wire Co. v. Wire Drawers' & Die Makers' Unions*, onde o autor, uma empresa privada, ajuizou ação em face de alguns líderes dos grevistas afim de concessão de uma *injunction* para cessar a interferência destes na entrada de alguns trabalhadores que queriam exercer as suas atividades na fábrica. O tribunal considerou que os líderes poderiam defender os interesses de todos os grevistas, na medida em que, no caso em concreto, foi aferida a adequada capacidade e lealdade dos líderes em representar toda a classe. (90 F.*598, disponível em <http://openjurist.org/90/fltd/598>, consulta em 11/10/2010). O precedente também é citado pelo professor MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, p. 63.

⁶⁶ Defendendo esta tese, temos o professor MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, p. 77.

⁶⁷ YEAZELL, Stephan, *op. cit.*, pp. 175/210.

⁶⁸ Esta teoria adquiriu força justamente nos séculos reinantes do liberalismo político-econômico, quando, inclusive, as ações coletivas ficaram incluídas num plano secundário, diante da absoluta incompatibilidade entre as concepções jurídicas dominantes e a noção de tutela coletiva.

representação dos grupos deixou de ser o consentimento para ser a existência de identificação do interesse do grupo com o interesse do autor⁶⁹.

É possível afirmar, no entanto, que, mesmo no sistema norte americano, a *Teoria dos Interesses*, como forma de representação nas *class actions*, está temperada pelo tipo de categoria de ação coletiva proposta. Nos Estados Unidos, a Rule 23, das FRCP, concebe, basicamente, dois tipos de ações coletivas: *as mandatory class actions*, onde se busca um provimento declaratório ou injuntivo, e *as class actions for damages*, cujo provimento jurisdicional pleiteado é de cunho ressarcitório. Na hipótese das ações coletivas da 1ª categoria⁷⁰, não se admite o direito de exclusão dos interessados e nem há notificação pessoal, bastando uma notificação para a classe.⁷¹ Já nas *class actions for damages*, há resquícios da *Teoria do Consentimento*, uma vez que notificação é compulsória, pessoal e individualizada, garantindo-se ao representado o direito de exclusão da ação.⁷²

De qualquer modo, pode-se depreender que, além de conciliar as Teorias do Consentimento e do Interesse, é a partir das *class actions* que se inicia um novo foco para a legitimação nas ações coletivas, abandonando-se o sistema de representação de pessoas, típico de uma doutrina individualista, para adoção de um sistema de *representação de interesses*⁷³.

1.5. A legitimação nas ações coletivas brasileiras:

Diferentemente do que ocorrera no sistema norte americano, onde a legitimidade para demandar (*plaintiff class action*) e para ser demandado (*defendant class action*) foi conferida ao membro do grupo ou classe, a opção do legislador brasileiro, excetuando a

⁶⁹ Segundo Stephan Yeazell, esta teoria, que visa superar a necessidade de consentimento dos membros do grupo, foi desenvolvida com base no modelo de representação político-parlamentar de BURKE, *op. cit.*, p. 203.

⁷⁰ Rule 23 (c)(2)(A).

⁷¹ Deste modo, é possível afirmar que, nas *mandatory class actions*, reina a Teoria do Interesse, pois os interessados não são consultados quanto à propositura da ação coletiva, bastando, para tanto, que o representante seja membro do grupo ou classe, tendo, assim, o mesmo interesse que os dos representados.

⁷² Rule 23 (c)(2)(B).

⁷³ Assim se manifestou, pontualmente, Márcio Flávio Mafra Leal: “Apesar de todas estas referências ao consentimento como aspecto fundamental de uma visão liberal, prevalecente no processo moderno de modo geral, a característica principal do processo coletivo é precisamente a representação de interesses sem a necessidade de consulta aos representados, como ocorre na maioria das ações nos Estados Unidos e nos sistemas brasileiro e europeu.” LEAL, Márcio Flávio Mafra, *op. cit.*, p. 63.

hipótese da ação popular, foi a de elencar quais são os sujeitos que podem propor a ação coletiva⁷⁴.

Alguns argumentos são apontados para justificar a opção feita pelo nosso legislador, como a *vulnerabilidade*⁷⁵ dos membros da classe em litigar sobre determinado direito material quando, do outro lado da relação processual, podem ser encontradas instituições melhor estruturadas e, portanto, com maior poderio ou capacidade de litigância, razão pela qual, inclusive, a legitimação, aqui, estaria justificada pela “*Teoria da Hipossuficiência*”⁷⁶. Outros, no entanto, preferem atribuir ao movimento do “*Acesso à Justiça*”⁷⁷ como sendo o responsável pela opção instituída pelo legislador brasileiro.

A Teoria da Hipossuficiência é a que melhor responde à opção feita pelo legislador brasileiro para retirar do próprio titular do direito material a possibilidade de propositura de uma demanda coletiva. O mesmo raciocínio, no entanto, não se aplica para a teoria do “*Acesso à Justiça*”, pois se afirmamos que a adoção desta teoria “tem em mira a busca da maneira mais eficiente e democrática de se operar a representação”⁷⁸, não se poderia negar ao próprio titular do interesse a possibilidade de postular, judicialmente, a sua proteção coletiva.

Vale lembrar, no entanto, que o primeiro diploma com a previsão de proteção dos direitos coletivos foi a Constituição de 1934, com a consagração da ação popular, conferindo ao cidadão o direito de postular pela decretação de anulação de atos lesivos ao patrimônio público⁷⁹. Hodiernamente, mesmo após à Constituição de 1988 e às diversas legislações versando sobre a tutela de direito coletivo, o cidadão somente tem legitimidade para a propositura da ação popular e nenhuma outra ação coletiva.

⁷⁴ Afirma-se que, por força da redação dos arts. 5º, da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública) e 82, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), a legitimação para a ação coletiva brasileira foi conferida ao Ministério Público, às pessoas jurídicas de direito público e seus respectivos órgãos, à Defensoria Pública, além das associações privadas que satisfaçam certos requisitos previstos na lei.

⁷⁵ Basta pensarmos, v.g., na própria Lei n. 8.078/90, que é uma legislação instituída, segundo a própria ementa da lei, para a “proteção do consumidor”.

⁷⁶ A expressão “*Teoria da Hipossuficiência*” é criação do professor Márcio Flávio Mafrá Leal, que, no entanto, na sua obra, não deixa de tecer considerações sobre as outras teorias (Consentimento, Interesse e Institucionalista) que surgiram ao longo dos tempos para justificar a legitimação nas ações coletivas. LEAL, Márcio Flávio Mafrá, *op. cit.*, pp. 57/60.

⁷⁷ Neste sentido, Clarissa Diniz Guedes, na sua dissertação de mestrado junto à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, defendida no ano de 2005 e intitulada de “*Legitimidade Ativa e Representatividade na Ação Civil Pública*”. Assim se manifestou a autora: “Por esta razão, a denominação “*Acesso à Justiça*” mostra-se mais abrangente para designar a teoria que recentemente busca justificar a legitimidade para defesa de direitos coletivos, seja sob o aspecto jurídico, ao propiciar que os titulares do direito material tenham seus direitos adequada e eficazmente tutelados em sede coletiva, seja sob os pontos de vista político e sociológico, por permitir que direitos pulverizados, antes desprovidos de tutela judicial, possam ser protegidos por esta via.” GUEDES, Clarisse Diniz. *Legitimidade Ativa e Representatividade na Ação Civil Pública*. Dissertação (mestrado em processo) – Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2005, pp. 38/39.

⁷⁸ *Idem, ibidem*, p. 38.

⁷⁹ Assim dispôs o inciso 38, do art. 113, da Constituição Federal de 1934: “*Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios.*”

A despeito do legislador brasileiro ter se inspirado nas *class actions norteamericanas*, principalmente nas *not mandatory class actions*, delas se afastou em alguns pontos substanciais, como a questão da legitimação para agir. Enquanto que, na *Rule 23*, das *Federal Rules of Civil Procedure*, qualquer membro da classe interessada, desde que se apresente como representante adequado, pode mover a ação coletiva, no direito brasileiro, somente aqueles apresentados pela lei, cujo rol é taxativo, poderão fazê-lo, em que pese, inclusive, via de regra, não pertencerem ao grupo, cujos interesses estão sendo defendidos em juízo. Não fosse o suficiente, o legislador brasileiro também não regulou a chamada ação coletiva passiva (*defendant class action*), diferentemente do que ocorrera no direito norteamericano.

Não previu o legislador pátrio, ainda, nenhuma forma genérica de controle pelo juiz da representatividade adequada dos autores das ações coletivas, afirmando-se, assim, que a adequada representação estaria presumida pelo próprio legislador ao elencar os legitimados à propositura da ação coletiva, o que leva, inclusive, a doutrina mais tradicional⁸⁰ a sustentar que não se admite, no Brasil, o controle judicial de adequação do representante nas ações coletivas, mormente ter o Chefe do Executivo vetado a previsão deste controle no Projeto de *Bierrenbach* (Projeto de Lei da Ação Civil Pública)⁸¹.

A legitimidade, portanto, para as nossas ações coletivas, está prevista na Constituição Federal de 1988 e nas leis infraconstitucionais, havendo uma presunção na lei de aptidão destes autores para representar os interesses supraindividuais, excetuando, apenas, a hipótese das associações civis, cuja representatividade deve ser analisada, no caso *in concreto*, de acordo com os critérios objetivos estabelecidos pela Lei da Ação Civil Pública (art. 5º, I e II) e pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 82, IV).

Observa-se, ainda, a manifesta *dissociação*⁸² entre o titular do direito metaindividual (por vezes, inclusive, indeterminável) e aquele que tem a legitimação processual para defendê-lo, em juízo, através da ação coletiva. O juiz, ao receber a petição inicial de uma ação coletiva, procede a uma verdadeira análise de ‘*adequação típica*’ objetiva. Limita-se a verificar quem é que está propondo aquela ação e se o mesmo se encontra ou não no rol dos

⁸⁰ A questão é objeto de grande discussão na doutrina, como iremos tratar no item 4.2, do capítulo IV, *infra*.

⁸¹ Neste sentido, dentre outros, encontramos o professor Nelson Nery Júnior para quem a análise da representatividade adequada do juiz está limitada às hipóteses enunciadas na lei, como a possibilidade de dispensa de constituição ânua da associação, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. NERY JUNIOR, Nelson *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto**. 7ª ed. São Paulo: Forense, 1999, p. 938.

⁸² A expressão é do professor GIDI, Antônio. **Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 42.

legitimados elencados pelo art. 5º, da LACP, e pelo art. 82, do CDC. É a adoção do chamado sistema *ope legis* de verificação da legitimidade, havendo, aqui, uma *presunção*, como se viu, de aptidão daquele que está previsto na lei para a propositura e condução da ação coletiva. No processo singular, por sua vez, para identificar o real legitimado para a demanda, o juiz procede a uma análise muito mais apurada e aprofundada. Terá que destacar, inicialmente, qual a relação de direito material está sendo apresentada em juízo, e, a partir deste apontamento, irá identificar quais os respectivos titulares desta relação, pois são eles os legitimados *ad causam*.

Não conseguimos, no entanto, identificar outro fundamento para a opção do legislador brasileiro em não outorgar ao cidadão a legitimidade para, na qualidade de *ideological plaintiff*, conduzir processos coletivos, que não seja considerá-lo sem condições técnicas suficientes para a defesa dos interesses coletivos⁸³. Como bem pontua Cândido Rangel Dinamarco:

O legislador fez sua escolha discricionária, mediante seus próprios critérios de oportunidade e conveniência, optando pelo Ministério Público e outras entidades que indica, porque viu nelas as melhores condições de representatividade social. Os entes legitimados pela lei são havidos por legítimos canais das aspirações da sociedade como um todo, de grupos delimitados em regiões, ou por profissões, ou por alguma especial situação perante o possível causador de danos etc. Tal é a *legitimacy of representation* à moda brasileira.⁸⁴

⁸³ No mesmo sentido são as lições do professor Rodolfo de Camargo Mancuso, observando que se “a outorga da legitimação difusa (a todos os indivíduos, indistintamente) atende ao objetivo de participação popular na administração da justiça, como instrumento da democracia participativa, por outro lado, pode-se questionar se esta escolha é realmente mais adequada, pelos riscos iminentes à generalização desse poder de agir. Como diz Vincenzo Vigoriti, constitui um *grave rischio* a outorga dessa iniciativa a “qualquer do povo”, na medida em que o Estado fica “senza alguna possibilità di verificare se questi sia davvero in grado di tutelare l’interesse”, equivalendo a uma “renunzia a chiedere all’attore garanzie di serietà e di continuità nella tutela dell’interesse protetto”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 206.

⁸⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 16ª edição: Malheiros, São Paulo, 2000, p. 72.

2. O PROCESSO COLETIVO E A REPRESENTAÇÃO DE INTERESSES

2.1. A caracterização da ação como sendo de natureza coletiva:

Quando da estruturação do próprio direito processual⁸⁵ no viés de regulamentar o exercício do direito de ação e a entrega da tutela jurisdicional pelo Estado/Juiz, os direitos substanciais até então reconhecidos eram apenas os *direitos individuais*, desconhecia-se, assim, os direitos meta ou supraindividuais.

Com a evolução da própria sociedade e diante do surgimento de grandes novidades tecnológicas e expressivas evoluções e revoluções científicas, os juristas começaram a identificar o surgimento de *novos direitos*. A clássica divisão entre *direito público* e *direito privado* tornou-se insuficiente e “simplista”⁸⁶ diante de uma nova realidade social, que é “infinidamente mais complexa, mais articulada e mais sofisticada”⁸⁷.

Os autores pátrios, hodiernamente, vêm reconhecendo não apenas a existência das clássicas “três gerações”⁸⁸ do direito, mas sim, de pelo menos, “cinco dimensões de novos direitos”⁸⁹, dentre os quais, se encontram os direitos *meta ou supraindividuais*, que estão

⁸⁵ O direito processual é uma disciplina relativamente recente na ciência do direito se comparada com o próprio direito material, contando com pouco mais de 140 (cento e quarenta) anos. Sua autonomia se deve à grande obra do jurista alemão Oscar Von Büllow, que, no ano de 1868, lançou a renomada obra “*Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais*”, desenvolvendo a idéia do processo como *relação jurídica*, que até hoje é aceita pela grande maioria dos doutrinadores, abandonando-se, assim, as fases que consagravam o processo como mero *procedimento, contrato ou quase contrato*, e se afastando, de vez, do direito privado para ganhar autonomia. Dentre os adeptos desta teoria, podemos citar SANTOS. Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25ª ed. rev. e atual. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 280.

⁸⁶ A expressão é de CAPPELLETTI, Mauro. Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 05, janeiro/março, 1977, p. 135.

⁸⁷ *Idem, ibidem*, p. 135.

⁸⁸ Nas clássicas considerações de Norberto Bobio, às “primeiras gerações” correspondem os ‘direitos de liberdade’, ou um não-agir do Estado; já nos “direitos de segunda geração”, que surgiram com a crise do Estado Liberal, vamos encontrar o desenvolvimento da idéia de ‘igualdade’ e a necessidade de um agir do Estado, surgindo, assim, os ‘direitos econômicos e sociais’ e, por fim, diante da crise dos direitos sociais, passa-se a dar especial atenção à ‘fraternidade e solidariedade’, caracterizando-se, assim, os direitos de terceira geração. BOBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, tradução de Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 06.

⁸⁹ Com arrimo em Ingo Sarlet e Paulo Bonavides, destaca Humberto Dalla Bernardina de Pinho que a expressão “geração de direitos” tem sofrido várias críticas, na medida em que o uso do termo “geração” pode dar a impressão da substituição gradativa de uma geração por outra e, por tal razão, vem se abandonando a expressão “geração de direitos” para substituí-la por “dimensões do direito”. Estas cinco dimensões do direito podem, assim, ser sintetizadas: *direitos de primeira dimensão*: direitos individuais, vinculados à liberdade, igualdade, propriedade, segurança e às diversas formas de opressão; *direitos de segunda dimensão*: aqueles fundados no princípio da igualdade; *direitos de terceira dimensão*: direitos coletivos e difusos; *direitos de quarta dimensão*: aqueles referentes à biotecnologia, bioética e regulação da engenharia genérica; *direito de quinta dimensão*: advindos das tecnologias de informação, internet, ciberespaço e realidade virtual em

acarretando uma série de renovações no direito processual. A própria Constituição Federal de 1988⁹⁰ retrata, com fidelidade, a preocupação do nosso legislador constituinte na proteção destes direitos, elevando-os, positivamente, à categoria de direito fundamental.

Deste modo, considerando a necessidade de proteção jurisdicional dos direitos substanciais, vamos encontrar, frente ao Poder Judiciário, as chamadas *ações coletivas e as ações civis públicas* se contrapondo às *ações individuais*.

A Lei nº. 7.347/85 utiliza a expressão *ação civil pública*, enquanto que o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90), por sua vez, se refere à *ação coletiva*, de modo que durante muito tempo se discutiu se tais expressões seriam ou não sinônimas, existindo, na época, uma certa tendência minoritária de reservar a expressão *ação coletiva* para as ações que tutelavam interesses individuais homogêneos, enquanto que a *ação civil pública* era utilizada para a defesa dos interesses difusos e coletivos *stricto sensu*⁹¹.

Este posicionamento, no entanto, não vingou na doutrina, prevalecendo a orientação segundo a qual as expressões *ação coletiva* e a *ação civil pública* significam o mesmo e idêntico fenômeno⁹², sendo, como bem ressalva o professor Antônio Gidi, “marginal a utilidade didática em utilizar dois nomes para representar o mesmo fenômeno, principalmente quando sabemos que a mesma demanda *poderá* tutelar ambos direitos no ordenamento brasileiro.”⁹³

Esta discussão se estabeleceu em função do hábito que temos de identificar o exercício da ação utilizando-se um nome personificado, como, por exemplo, ação ordinária,

geral. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**, 2ª edição ampliada, revista e atualizada até a Lei 11.694, de junho de 2008. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p. 348.

⁹⁰ Analisando-se o Capítulo I do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da Constituição da República, constata-se que o legislador consagra a expressão “*Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*”.

⁹¹ Temos que reconhecer ser sedutora esta distinção traçada por alguns doutrinadores, como a brilhante manifestação do professor Humberto Dalla, que assim se manifestou: “*Até o advento do CDC, falava-se no direito brasileiro em direitos coletivos, ou direitos coletivos e difusos, sem uma preocupação com a acepção técnica dos termos. O CDC, em seu art. 81, parágrafo único, ao definir e distinguir três modalidades do que chama de direitos transindividuais (ou metaindividuais, ou ainda coletivos em sentido amplo), refere-se a difusos (inciso I), coletivos (inciso II) e individuais homogêneos (inciso III). Um pouco mais à frente, no art. 91, o legislador define a ação coletiva como instrumento adequado para a tutela dos direitos individuais homogêneos, deixando claro, ao menos a nosso ver, que nos dias atuais, a expressão “ação civil pública” deve ser reservada à tutela dos direitos difusos e coletivos (art. 81, parágrafo único, incisos I e II, do CDC), e o termo “ação coletiva” à defesa dos direitos individuais homogêneos.*”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**, *cit.*, pp. 371/372. A discussão sobre esta diferença terminológica também é bem retratada por VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública ou Ação Coletiva?* In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação Civil Pública: Lei n. 7347/1985 – 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 400/420.

⁹² Neste sentido, dentre outros, VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 93/94. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública ou ação coletiva?*, *op. cit.*, p. 416; LEAL, Márcio Flavio Mafrá, *op. cit.*, p. 188.

⁹³ GIDI, Antônio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo. A codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 386.

ação de despejo, ação popular, ação de consignação em pagamento etc. No entanto, na feliz observação de Marcelo Abelha:

[...] o nome, o apelido, a roupa com que se veste a ação não pode ser óbice ao acesso à justiça.[...] Nada mais absurdo que isto. Certamente, o autor popular não poderá ajuizar ação de responsabilidade civil por dano causado ao meio ambiente ainda que tenha dito tratar-se de uma ação popular, como o contrário também é verdadeiro, ou seja, poderá obter a tutela jurisdicional em demanda que visa anular ato da administração que seja lesivo ao meio ambiente, ainda que apelide a demanda de *ação civil pública*. Certamente, o rótulo é apenas o rótulo, e se não há correspondência deste com o conteúdo, por certo o juiz deve-se valer do conteúdo, sob pena de exigir que todos saibam (e concordem com o pensamento dele) qual o nome de todas as ações existentes.⁹⁴

O ideal seria a eliminação por completo da confusão terminológica, estabelecendo-se a reunião de todas as demandas destinadas à tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, na expressão “ação coletiva”, de modo a traçar a distinção das ações de índole individual para as ações que visam tutelar direitos supraindividuais.

Por outro lado, a despeito do caráter eminentemente instrumental das normas processuais, não é a natureza do direito, objeto de proteção jurisdicional, que irá diferenciar a *ação individual* de uma *ação coletiva*. Isto é incorrer em “grave equívoco”⁹⁵.

Não se pode afirmar, assim, que a *ação coletiva* é aquela que visa a proteção de direitos metaindividuais, até porque é perfeitamente possível a existência de ações individuais em defesa de tais direitos, ou mesmo, em tese, de ações coletivas para a proteção de direitos individuais.

Para a primeira hipótese, citemos, por exemplo, a propositura de uma ação por todos os associados de uma pequena empresa de assistência médica, em litisconsórcio ativo, contra os aumentos ilegais e abusivos de mensalidade. O direito, aqui, não deixa de ser coletivo (art. 81, parágrafo único, II), ainda que tutelado por através de uma ação individual.⁹⁶ Quanto à segunda, basta pensarmos, *v.g.*, nas ações coletivas que buscam a tutela de *direitos individuais homogêneos*. A doutrina não é uniforme quanto à natureza coletiva do direito individual homogêneo. Pelo contrário, a grande maioria vem defendendo a tese da individualidade deste direito⁹⁷, havendo, inclusive, aqueles que afirmam que o inciso III do

⁹⁴ ABELHA, Marcelo. **Ação Civil Pública e Meio Ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, pp. 58/64.

⁹⁵ GIDI, Antônio. **Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas**, *cit.*, p. 15.

⁹⁶ O exemplo foi colhido do livro do professor GIDI, Antônio, *ibidem*, p. 15.

⁹⁷ Veja-se, neste particular, *v.g.*, as considerações do professor Pedro da Silva Dinamarco, para quem os direitos individuais homogêneos “são verdadeiros interesses individuais, mas circunstancialmente tratados de forma coletiva. (...) São conseqüências da moderna sociedade de massa, em que a concentração de pessoas em grandes centros e a produção em

parágrafo único do art. 81, do CDC, não traz uma espécie de direito meta ou supraindividual, mas sim, de direito individual que pode ser tutelado coletivamente. Na festejada manifestação de Teori Alvaro Zavaski, “*é preciso, pois, que não se confunda defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos (individuais)*”⁹⁸, referindo-se, assim, aos direitos difusos/coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, respectivamente.

Mas se é um direito individual, por que razão o legislador o teria incluído no art. 81, do CDC, colocando-o ao lado dos direitos difusos e coletivos, que são essencialmente espécies de direitos supraindividuais? E a resposta a esta indagação está na *homogeneidade* deste direito individual e suas conseqüências jurídicas. A partir do momento em que determinados direitos individuais passam a ser comuns a diversas pessoas, surge a *relevância social* deste direito, a ponto do legislador entender por “*coletivizá-los*” visando-se obter uma tutela jurisdicional justa, adequada e efetiva, como exige, inclusive, a Carta Constitucional.

O direito individual homogêneo é um direito que, inicialmente, nasce como *individual*. No entanto, tendo em vista as circunstâncias sociais que dele decorrem e para atender com efetividade aos anseios da massa, em um determinado momento, deixa de ser individual para ser considerado como *direito coletivo* por expressa disposição legal⁹⁹. Junte-se a estas considerações a afirmativa de que é no âmbito dos direitos individuais homogêneos que as ações coletivas cumprem com maior efetividade o princípio de economia processual, na medida em que podem funcionar como solução para o problema de multiplicação de ações individuais. Considerando a existência de questões comuns de fato e de direito, o Poder Judiciário pode e deve enfrentá-las conjuntamente.

De outro giro, nem é a pluralidade de sujeitos integrando a relação processual que irá qualificar a ação como sendo coletiva ou individual, sob pena de confundirmos a demanda coletiva com o instituto do litisconsórcio, que, aliás, é típico das ações individuais.

Segundo Antônio Gidi, a ação coletiva se difere da ação individual considerando a análise da *legitimidade*, do *objeto* e da *coisa julgada*, na medida em que a ação coletiva deve

série abre espaço para que muitas pessoas sejam prejudicadas pelo mesmo fato”. DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 60. Podemos citar, ainda, defendendo a tese da individualidade destes direitos, o professor SOUZA, Motauro Ciochetti de. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 11.

⁹⁸ ZAVASKI, Teori Alvaro. **Processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 38.

⁹⁹ Como, pontualmente, observa o professor Humberto Dalla, o direito individual homogêneo, “*na sua gênese, enquanto observado a partir do fato que o originou, sob o referencial de seu sujeito ativo, não há que se falar em direito coletivo. Esta afirmação só passa a se justificar num segundo momento, quando se constata que o direito daquele indivíduo é semelhante ao de vários outros, sendo certo ainda que todos têm uma origem comum (...). A partir desta origem comum, surge a extensão social do direito, pois, se diversas pessoas encontram-se na mesma situação jurídica, aquela situação passa a, automaticamente, produzir efeitos numa coletividade, obrigando o ordenamento jurídico a tutelar o direito como coletivo lato sensu.*” *Op. cit.*, p. 359.

ser definida, no seu entender, como “ação proposta por legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando de uma sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada).”¹⁰⁰

Neste mesmo sentido, indo um pouco mais além, temos as lições de Kazuo Watanabe, destacando que para que uma ação seja considerada coletiva, além da natureza do direito ou interesse nela veiculado, há que se questionar sobre a legitimação ativa, a causa de pedir, o tipo e abrangência do provimento jurisdicional postulado e, ainda, a relação de adequação entre estes elementos objetivos da ação e a legitimação *ad causam* passiva.¹⁰¹

José Carlos Barbosa Moreira, por sua vez, pondera que a caracterização da ação como sendo coletiva não está na “estrutura subjetiva do processo”, mas sim, na “matéria litigiosa nele discutida”, de modo que o ponto mais marcante nas ações coletivas é a de que o litígio posto em discussão judicial, embora capaz de interessar a uma pluralidade de sujeitos, pode ser levado à cognição judicial por iniciativa de uma *única pessoa*.¹⁰²

Destarte, efetivamente, vários pontos diferenciam uma ação coletiva de uma ação individual. No entanto, o foco do nosso estudo na caracterização da ação como sendo de natureza coletiva está no direito de conduzir a demanda, ou seja, na chamada legitimação *ad causam*.

Neste particular, a doutrina consagra o entendimento de que a circunstância jurídica determinativa do caráter coletivo de uma ação é a ‘*substituição processual*’ ou a ‘*representação judicial*’¹⁰³ de uma coletividade, um grupo ou classe por um legitimado coletivo. Assim, uma ação será considerada coletiva quando uma *pluralidade de pessoas for substituída na relação processual por uma parte legitimada para figurar em juízo no lugar da coletividade*.¹⁰⁴ Por esta razão, inclusive, a doutrina amplamente majoritária afirma que a legitimação na ação coletiva é de *natureza extraordinária*¹⁰⁵, mesmo para as hipóteses de

¹⁰⁰ GIDI, Antônio. **Coisa Julgada e Litispêndência em Ação Coletiva**, *cit.*, p. 16.

¹⁰¹ WATANABE, Kazuo. Demandas Coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In As garantias do cidadão na justiça. São Paulo: Saraiva, 1993, p.195, *apud* GIDI, Antônio. **Coisa Julgada e Litispêndência em ações coletivas**, *cit.*, p. 16.

¹⁰² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 61, jan./mar. 1991, p. 187.

¹⁰³ Na definição do talentoso professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, “a ação coletiva pode, portanto, ser definida, sob o prisma do direito brasileiro, como o direito apto a ser legítima e autonomamente exercido por pessoas naturais, jurídicas ou formais, conforme previsão legal, de modo extraordinário, a fim de exigir a prestação jurisdicional, com o objetivo de tutelar interesses coletivos, assim entendidos os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.”

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**, *cit.*, p. 21.

¹⁰⁴ Neste exato sentido, MAIA, Diogo Campos Medina. **Ação Coletiva Passiva**. **Coleção de Direito Processual Coletivo**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p. 48.

¹⁰⁵ É antiga a discussão a respeito da espécie de legitimação da ação coletiva. No sentido da legitimação extraordinária, temos, dentre outros, MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. São Paulo: Saraiva, 1997 e CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários por artigo ao Código de Defesa do Consumidor**, Rio de Janeiro:

interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, pois, aqui, estaria configurada a regra do art. 6º, do CPC.

Com as vênias devidas, não nos parece correto este posicionamento. É preciso pensar o processo coletivo de acordo com a nova realidade jurídica instituída em função dos *novos direitos*, tornando-se imprescindível o desprendimento das noções individualistas consideradas na instituição e criação das normas processuais. “Há uma verdadeira revolução de paradigma pela qual passa o direito de forma conjugada com o processo de aprimoramento da tutela coletiva no Brasil, seja para uma evolução interpretativa do direito vigente, seja para uma melhor conformação e contextualização das alterações legislativas que se apresentam”¹⁰⁶.

É diante destas premissas que precisamos repensar o instituto da representação no âmbito das ações coletivas, não podendo mais ser visto com os mesmos contornos inerentes às relações jurídicas interindividuais. Neste particular, no âmbito das ações individuais, dúvidas não se têm que a representação jurídica ali versada é a conhecida *representação de pessoas*, tanto é verdade, que a regra é que o legitimado à propositura de uma ação individual é o próprio titular do direito individual. Não obstante, com a autorização dada pela lei, é possível que alguém vá a juízo, em nome próprio, defender interesse alheio (art. 6º, do CPC). O legitimado extraordinário estará representando ou substituindo o titular do direito objeto de discussão judicial¹⁰⁷.

Este fenômeno, entretanto, não ocorre no âmbito da ação coletiva, uma vez que o legitimado coletivo não está em juízo *substituindo* pessoas, de modo que não se pode conceituá-la como sendo ação pela qual um grupo de pessoas é “substituído” pelo legitimado coletivo.

Lumen Juris, 1999, *apud* PINHO, Humberto Bernardina de. A Legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de Ações Cíveis Públicas. In: SOUZA, José Augusto Garcia de (org.). **A Defensoria Pública e os Processos Coletivos**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 171; MAIA, Diogo Campus Medina. **Ação Coletiva Passiva**, *cit.*, p. 48; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, **Ações Coletivas...**, *cit.*, p. 22. Por outro, há quem defenda que a legitimação seria ordinária, como os professores CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. **O Ministério Público no Processo Civil e Penal: Promotor Natural, atribuição e conceito com base na Constituição de 1988**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 22-23 e WATANABE, Kazuo. Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos: a legitimidade para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984, pp. 85-97.

¹⁰⁶ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. A tutela coletiva do século XXI e sua inserção no paradigma jurídico vigente. In: MILARÉ, Édis (coord.) **A Ação Civil Pública após 25 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 38.

¹⁰⁷ É por isso que a melhor doutrina (embora minoritária) afirma que não se pode confundir *legitimação extraordinária* com *substituição processual*. Nem sempre o legitimado extraordinário será substituto processual. A substituição processual só ocorre quando alguém está em juízo em nome próprio em lugar do (substituído) legitimado ordinário, sem que este esteja presente. Assim, por exemplo, se o Ministério Público propõe, sozinho, ação de investigação de paternidade, atuando em defesa do interesse de um menor, teremos substituição processual e legitimação extraordinária do *Parquet*. Por outro lado, se a ação for ajuizada em conjunto entre o Ministério Público e o menor, a despeito da legitimação extraordinária do *Parquet*, ele não será substituto processual. Neste sentido, CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. 01, *cit.*, p. 127.

A questão que, aqui, se impõe e analisada nos itens que se seguem, está na mudança de foco do instituto da representação nas demandas coletivas, adequando-o ao novo paradigma de processo, de modo que o que caracteriza uma ação com sendo de natureza coletiva, como vamos sustentar, é a noção de que o legitimado coletivo estará em juízo *representando interesses supraindividuais ou individuais homogêneos* e não uma coletividade, um grupo de pessoas ou uma classe¹⁰⁸. Para chegarmos a esta conclusão, faremos, inicialmente, um breve estudo sobre a doutrina do professor de excelência da Faculdade de Direito da Universidade de Yale, Owen Fiss, e, na seqüência, iremos adaptar suas lições à nossa sistemática e de acordo com o novo modelo constitucional de processo.

2.2. A doutrina de Owen Fiss: breves considerações:

Owen Fiss, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Yale, desde a década de 1990, vem destacando a necessidade do desprendimento do fascínio que temos pelo individualismo diante dos processos coletivos¹⁰⁹.

Com muita proficiência, Fiss vem analisando e moldando o papel dos tribunais em litígios que envolvem interesses de várias pessoas, em especial, daquelas que não fazem parte de um processo (*third-parties*). Num dos famosos julgados por ele analisado, através do ensaio denominado de ‘*The allure of individualism*’¹¹⁰, Fiss estudou e criticou a decisão prolatada pela Suprema Corte Americana, pelo Juiz Rehnquist, no caso *Martin vs Wilk*¹¹¹. A hipótese versava sobre uma ação proposta com objetivo de eliminação de discriminação racial contra negros no corpo de bombeiros de Birmingham e que fora acolhida pelo sistema judiciário norte americano. Um grupo de bombeiros (os bombeiros brancos), no entanto, que

¹⁰⁸ Por esta razão que a identificação do autor de uma ação coletiva não está na análise de sua “*condição física ou institucional*”, mas sim na identidade da respectiva “*condição jurídica*”. Assim, “*ainda que não haja a mesma identidade física ou institucional, havendo a identidade de condição jurídica – posição do autor no que atina com relação jurídica de direito material deduzida em juízo -, o elemento subjetivo – parte ativa – de duas demandas coletivas propostas por autores “distintos” será o mesmo.*” Por exemplo, uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público em defesa do meio ambiente e outra por uma associação. A despeito da não identidade dos autores no aspecto “físico e institucional”, haverá identidade da “condição jurídica dos autores”, de modo que as ações serão idênticas verificando-se a litispendência ou a coisa julgada, dependendo da situação *in concreto*. Embora não tecendo distinção entre representação de pessoas e representação de interesses, estas observações sobre a distinção entre “*identidade física*” e “*condição jurídica*” são muito bem delineadas pelo professor Ricardo de Barros Leonel e perfeitamente aplicáveis para a tese aqui defendida. LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual de Processo Coletivo**, *cit.*, p. 229.

¹⁰⁹ Dentre outras obras, encontramos as ponderações de Fiss, que serão aqui apresentadas, em duas grandes publicações: FISS, Owen M. The Allure of Individualism. **Iowa Law Review**, v. 78, 1993, pp. 965/980; FISS, Owen M. A DEDICATION TO JUDGE JOHN MINOR WISDOM: The Political Theory of the Class Action. **Washington & Lee Law Review**, v. 53, 1996, pp. 21-31.

¹¹⁰ FISS, Owen M. The Allure of Individualism. **Iowa Law Review**, v. 78, 1993, p. 966.

¹¹¹ 490 US 755 (1989). Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/490/755/case.html>. Acesso em: 15.02.2011.

não participou do processo inicial, requereu a invalidação da decisão, afirmando que a preferência por negros, instituída pelo ato judicial, era uma forma de discriminação inversa. No acórdão de Rehnquist, decidiu-se, por uma estreita maioria, que “*the white firefighters were entitled to a full hearing on the merits of their claim*”¹¹², ou seja, que os bombeiros brancos tinham direito a uma audiência plena pelo mérito de suas reivindicações.

O fundamento desta decisão foi no sentido de que aqueles que não participaram do processo, em contraditório, não poderiam ser alcançados pela decisão prolatada. Fiss criticou esta orientação, pois estava garantindo a cada cidadão o direito de ter o seu Dia na Corte (*Day in Court*), ou seja, o “direito de participação”, ainda que na chamada *Structural Injunction*¹¹³, de modo que tais decisões estruturais sempre estarão suscetíveis a novas discussões, o que, inclusive, foi reconhecido por Rehnquist como “*undesirable consequences*”¹¹⁴ de sua própria decisão.

Censurou Fiss, ainda, a proposta apresentada pelo Presidente da Suprema Corte que, tentando minimizar os efeitos da orientação traçada, ponderou que a finalidade da decisão poderia ter sido alcançada e o direito de participação garantido se houvesse a inclusão de todos os interessados como partes em um processo, o que seria absolutamente impossível, tendo em vista o universo de pessoas que o litisconsórcio abarcaria.

E, com brilhantismo, arrematou Fiss que estas indesejáveis conseqüências teriam que ser aceitas se a Constituição Americana realmente tivesse garantido o “*day in court*”, o que, no entanto, para ele, “*is far from clear*”. No seu entendimento, a Constituição Americana garante o que chamou de “direito de representação”, que não se confunde com “direito de participação”:

I believe that what the Constitution guarantees is not a right of participation, [*971] but rather what I will call a "right of representation": not a day in court but the right to have one's interest adequately represented. The right of representation provides that no individual can be bound by an adjudication unless his or her interest is adequately represented in the proceeding. This means that finality can be conferred on a structural decree if, but only if, all the interests are adequately represented in the proceeding. If any interest is not adequately represented, then the decree remains vulnerable to a new challenge; if, however, that interest was fully represented in the proceeding that led to the entry of the decree, then the court

¹¹² FISS, Owen M. *The Allure of Individualism*, *op. cit.*, p. 966.

¹¹³ Os tradutores da obra de Fiss, esclarecem que este “termo não encontra correspondente exato no sistema brasileiro. No sistema norte-americano, a *injunction* consiste em uma ordem judicial que proíbe o réu de praticar, ou determina que ele pratique determinado ato. Geralmente, tal medida judicial possui caráter preventivo, visto que não se destina à reparação de ilícitos passados, mas a evitar danos futuros. No caso, a expressão *civil rights injunctions*, traduzida para *injunction de direitos civis*, foi cunhada e popularizada pelo autor para designar aquelas medidas judiciais utilizadas para dar efetividade a direitos civis ameaçados ou desrespeitados.” FISS, Owen. **Um novo processo civil. Estudos americanos sobre a jurisdição, constituição e sociedade**. Tradução: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, NT 1, p. 204.

¹¹⁴ FISS, Owen M. *The Allure of Individualism*, *op. cit.*, p. 966.

could summarily dismiss the new challenge on the ground that it was already adjudicated -- even though the challenger had not participated in the initial suit.¹¹⁵⁻¹¹⁶

Não podemos deixar de destacar, no entanto, que a proposta de Fiss sofre severas críticas no direito norte americano. A professora de direito da Universidade da Pensilvânia, Susan P. Sturm¹¹⁷, assim se manifestou:

Professor Fiss's proposal lacks a coherent theory of representation to justify its departure from individual participation. Moreover, like the Civil Rights Act of 1991, it fails to provide standards to determine whether the representative had a meaningful opportunity to participate or whether she was in fact representative of the putative challenger. Finally, it fails to account for the distinct values served by participation at the remedial stage which are necessary to achieve effective implementation and preserve the legitimacy of the court.¹¹⁸

A meta declarada pelo professor Fiss ao propor seu plano de representação de interesses é preservar a *finalidade* do processo e a *eficácia* da decisão judicial, o que pode ser atingido com o fim das impugnações por aqueles que não participaram do processo (*collateral attacks*) e que tiveram seus interesses adequadamente representados na demanda¹¹⁹.

Esta *representação de interesses*, como pondera Fiss, não só pode, mas deve ser vista nas *class actions* americanas. A corte de julgamento terá o trabalho de analisar e

¹¹⁵ FISS. Owen M. The Allure of Individualism, *op. cit.*, pp. 969/970.

¹¹⁶ Em livre tradução: “Creio que o que a Constituição garante não é o direito de participação [*971], mas o que eu vou chamar de “direito de representação”: não o direito de se ter “um dia na corte”, mas o direito de se ter o interesse adequadamente representado. O direito de representação garante que nenhum indivíduo possa estar vinculado por uma decisão judicial, a menos que seu interesse esteja adequadamente representado no processo. Isso significa que uma decisão judicial estrutural pode ser definitiva se todos os interesses estiverem adequadamente representados no processo. Se algum interesse não estiver adequadamente representado, então a decisão judicial permanecerá vulnerável a qualquer contestação. No entanto, se o interesse estiver plenamente representado no processo que acarretou a decisão judicial, o tribunal poderá rejeitar a nova contestação sumariamente, baseado no fato de que a ação já havia sido julgada – mesmo que o desafiante (“*challenger*”) não tenha participado da ação inicial.”

¹¹⁷ STURM, Susan P. The Promise of Participation. *Iowa Law Review*, v. 78, 1993, pp. 981/1010.

¹¹⁸ Em livre tradução: “A proposta do professor Fiss não apresenta uma teoria coerente de representação que justifique seu afastamento da participação individual. Além disso, assim como o Ato dos Direitos Civis de 1991, ela deixa de fornecer padrões que determinem se o representante teve uma oportunidade significativa de participar ou se, de fato, foi representante do demandante putativo. Finalmente, ela não explica os valores distintos atendidos pela participação em seu estágio reparador, os quais são necessários para uma implementação efetiva e a preservação da legitimidade do tribunal.” Rotula, assim, a *participação de interesses* a que se refere Fiss de “participação de interesses vicária” (“*vicarious interest representation*”) e de “promessa de participação” (“*promise of participation*”), *op. cit.*, p. 986.

¹¹⁹ Em sentido contrário, a professora Susan P. Sturm busca lições do professor Lon Fuller para deixar ao intérprete a noção de que a visão de Fiss ofende o princípio do contraditório, invocando, assim, existência de duas *teorias de participação* para justificar a insistência no direito de se ter um Dia no Tribunal. Em primeiro lugar, a participação respeita a dignidade do indivíduo, concedendo àqueles que foram afetados por decisões judiciais “uma oportunidade formalmente garantida de atacar essas decisões.” Em segundo lugar, a participação está a serviço do “valor instrumental da precisão”. A participação em contraditório das partes aumenta a probabilidade de se chegar a uma decisão correta. Em sua opinião, o Presidente do Tribunal Superior, Rehnquist, adota, implicitamente, essa concepção contenciosa de participação (*Adversary Conception of Participation*) e a aplica em cada indivíduo que possa ser contrariamente afetado pela decisão judicial, concedendo um amplo remédio legal. A menos que a pessoa tenha sido formalmente ouvida como parte, ela permanece livre para contestar a decisão do tribunal no futuro. The Promise of participation, *op. cit.*, p. 986.

certificar-se de que os interesses estão adequadamente representados, pois a decisão judicial respectiva irá vincular a todos os membros da coletividade.

Numa *class action*, nas precisas ponderações de Fiss, o devido processo não pode ser reduzido ao individualismo, de modo que, considerando ser uma ação judicial de *representação de interesses*, o *plantiffi class action* estará ingressando com uma ação em favor dos interesses de todos os membros da coletividade, grupo ou classe, os quais terão o direito de impugnar a representação ofertada se entenderem que aquele que esteve em juízo não tinha reais condições de proceder à melhor defesa dos interesses.

2.3. Da necessidade da mudança de foco na visão da ação coletiva brasileira como sendo a de “*representação de interesses*” e não a de “*representação de pessoas*”:

Não se pode negar que existe, hoje, uma crise do processo brasileiro, que se vê diante da morosidade na distribuição da justiça. Diversos são os fatores que levam a esta triste realidade, como a própria falta de organização judiciária, a deficiência nos serviços, os obsoletos instrumentos processuais, os vazios legislativos, impondo, assim, não só um novo regramento processual que possa se adequar à nova realidade social, mas também uma mudança de comportamento por parte de todos os operadores do direito.

Com a tutela jurisdicional coletiva não tem sido diferente. Pelo contrário. É no campo dos processos coletivos que encontramos as maiores deficiências na prestação de uma tutela jurisdicional efetiva, haja vista, por exemplo, a extensão da coisa julgada, que, na forma do art. 103, do Código de Defesa do Consumidor, só atinge aquele que não foi parte no processo apenas para beneficiar. Se a sentença for desfavorável e o titular individualizado não tiver participado do processo, poderá o mesmo propor a sua própria ação individual, o que, a toda evidência, retira a efetividade do ato judicial prolatado.

Afirma-se que o movimento cappellettiano do acesso à justiça está sendo um dos maiores responsáveis por revolucionar o processo, impondo a todos a necessidade de se repensar as normas processuais desgarradas dos conceitos puramente individualistas. Como, há muito, já advertiu Cappelletti, “não é necessário ser sociólogo de profissão para reconhecer que a sociedade na qual vivemos é uma sociedade ou civilização de produção em massa, de troca e de consumo de massa, bem como de conflitos ou conflitualidades de

massa”¹²⁰, de modo que as situações reguladas pelo direito devem representar não mais somente violações de caráter individual, mas, essencialmente, de caráter coletivo, envolvendo “violações de massa”.¹²¹

Pois bem. É diante deste mundo globalizado em que vivemos e do amplo acesso a justiça dos direitos metaindividuais que chegamos ao denominado *processo de massa*, de forma que a legitimação e a representação coletiva não podem ser vistas diante dos mesmos contornos estabelecidos para aquelas desenvolvidas frente a uma sociedade dominada pelo liberalismo político, onde o indivíduo, por si só considerado, era a fonte de concepções jurídicas da época.

A se analisar o processo coletivo como sendo *representativo de pessoas*¹²², o direito que estamos a garantir a cada um dos titulares do interesse, objeto de discussão judicial, é o *direito de participação*. Desta forma, todos terão o direito de ser notificados pessoalmente da existência da demanda para que a sentença judicial possa atingir a sua esfera jurídica. No entanto, dentro desta ótica, muitas são as indesejáveis conseqüências deste modelo representativo, como, v.g., os elevados custos que a demanda coletiva pode alcançar, a necessidade de expedição de centenas ou milhares de notificações e a possibilidade de um litisconsórcio que anule as vantagens de uma representação coletiva¹²³.

Como paliativo a estas problemáticas, a solução encontrada, no direito, pátrio foi a aplicação da coisa julgada *secundum eventum litis*, como ocorre na regra do art. 103, do CDC. Já que se torna inviável a “participação” de todos os titulares do interesse no processo coletivo *representativo de pessoas*, a forma que se tem de proteger a esfera jurídica daquele que não participou do processo é não permitir que a sentença que lhe foi desfavorável atinja a sua esfera jurídica. No entanto, não há como negar que este regramento esvazia por completo a própria essência da ação coletiva.

Já no sistema em que o processo coletivo é visto como *representativo de interesses*, as conseqüências jurídicas são diversas, tomando o processo a valorização que constitucionalmente lhe é assegurada. As duas principais conseqüências deste sistema estão no campo da notificação e da extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada.

¹²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Formações Sociais e Interesses Coletivos Diante da Justiça Civil, *op. cit.*, p.130.

¹²¹ A expressão é de Mauro Cappelletti, *ibidem*, p. 131.

¹²² Destaca-se que deve ser atribuída ao jovem Jordão Violim, também com fulcro nas lições de Fiss, as orientações iniciais na distinção entre o processo coletivo *representativo de pessoas* e o processo coletivo *representativo de interesses*. VIOLIN, Jordão. **Ação Coletiva Passiva. Fundamentos e Perfis**. Bahia: Editora Podivm, 2008, pp. 46/49.

¹²³ Outras conseqüências indesejáveis neste modelo de processo coletivo podem, ainda, ser encontradas na obra de VIOLIN, Jordão, *ibidem*, pp. 48/49.

Enquanto na *representação de pessoas* a notificação da cada um dos titulares deve ser pessoal, aqui, na *representação de interesses*, não se fala em notificação de todos os interessados, mas sim, numa *adequada representação* destes interesses pelo legitimado coletivo. É o representante adequado que irá exercer o direito de influenciar na decisão judicial a ser prolatada, diferentemente do que ocorre na representação de pessoas, pois, aqui, é o próprio titular que deve interagir no processo. Superam-se, ainda, aqueles inconvenientes, antes destacados, de elevado custo da demanda coletiva e de possibilidade de numeroso litisconsórcio que torne inviável a ação¹²⁴.

Num sistema *representativo de interesses*, o contraditório estará garantido com uma notificação ampla da propositura da ação¹²⁵ para que os titulares individualizados possam não só questionar a própria representação do legitimado coletivo, mas também, em querendo, se retirar do processo (*right to opt out*). É suficiente, assim, que a notificação seja dada a um número significativo de pessoas, uma vez que todos os membros têm interesses comuns ou semelhantes e, na ausência de uma indicação especial, uma pessoa tem tanta possibilidade quanto à outra de proteger o seu interesse e o de seu grupo. Como ponderou Fiss, “*given the nature of the representational right, what is required is collective, not individual notice.*”¹²⁶.

Considerando que, neste sistema, a notificação para os membros da classe é encaminhada apenas para fins de se verificar a adequada representação, ou ocorrer o exercício do direito de retirada, ou até mesmo ingressar como litisconsorte, e não para proteger “os direitos individuais de participação”, não é imprescindível que a mesma seja individualizada, a ponto de se inviabilizar o próprio processo coletivo¹²⁷. Basta, neste particular, uma notificação pelos jornais de grande circulação, panfletos, versos de contracheques de empregados e servidores etc.

Ressalte-se que, posteriormente, uma vez prolatada a sentença e sendo uma decisão desfavorável ao titular que venha alegar não ter tomado conhecimento da ação judicial, a sua

¹²⁴ *Idem, ibidem*, pp. 50/51.

¹²⁵ Na precisa observação do Jordão Violin, “*como os interesses é que são judicializados, a primeira grande diferença é a desnecessidade de notificação de todos os interessados. Isso porque, em se tratando de ações coletivas, interesses são dessubstantivados, ou seja, indivisíveis e concernentes a sujeitos indeterminados. Logo, se não é possível notificar todos os interessados, por serem eles indeterminados, o representante será legitimado a partir não da afirmação de titularidade do direito, mas a partir da representação adequada desse direito. Assim, a tutela jurisdicional coletiva não ficará eternamente aberta a impugnações individuais. Basta que os interesses sejam adequadamente representados.*” VIOLIN, Jordão, *ibidem*, p. 50.

¹²⁶ FISS, Owen. *The Allure of Individualism*, *op. cit.*, p. 971. Em livre tradução: “Dada a natureza do direito de representação, o que é exigido é uma notificação coletiva e não individual.”

¹²⁷ No sistema norte americano, somente nas *class actions for damages* a notificação é pessoal, compulsória e individualizada, pois, nesta hipótese, admite-se o direito de retirada do titular individual, de modo que, podemos afirmar, a regra 23(b)(3), das *Federal Rules Procedure*, também consagra, tal como no nosso ordenamento, o *sistema de representação de pessoas*.

eventual impugnação ao ato judicial limitar-se-á à ausência de adequada representação e não ao fato dele não ter “participado” do processo. A apreciação desta demanda pelo Poder Judiciário estará limitada a esta causa de pedir e que, uma vez decidida, terá eficácia para todos os membros do grupo ou classe.

É preciso que se tenha em mente que, para as demandas coletivas, não se pode falar em direito a um “*day in court*” para os titulares do interesse. O próprio Mauro Cappelletti, ao discorrer sobre os “Problemas de Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas”, em especial sobre as novas conjecturas processuais no âmbito do processo coletivo, assim se manifestou:

A inovação estrutural envolve para além do momento da ação e, portanto, da legitimação para agir, todo o desenvolvimento do processo e as suas garantias, com emergência, p. ex., da idéia de um *due process social* ou *de grupo*, no qual até o *right to be heard* se referirá não a cada membro individual da classe, mas ao “adequado representante” da inteira classe ou categoria; e também a autoridade da coisa julgada reveste análogo alargamento ao inteiro grupo social.¹²⁸

Observa-se que Mauro Cappelletti referiu-se não só ao direito de um dia na corte apenas para o representante adequado, como também destacou, textualmente, que a própria coisa julgada deve ser diferenciada, representando “*um alargamento ao inteiro grupo social*”¹²⁹.

No campo da coisa julgada e sua extensão a quem não foi parte é que se encontra talvez o ponto mais relevante da visão do processo coletivo como sendo representativo de interesses, pois, independentemente do conteúdo da decisão judicial, os seus efeitos poderão ser estendidos à esfera individual. Como bem observou o jovem Jordão Violin, o fundamento da extensão da coisa julgada no sistema de *representação de interesses* é diverso daquele existente no *sistema de representação de pessoas*:

No modelo de representação de pessoas, os terceiros são abarcados pela decisão coletiva porque foram pessoalmente representados, tiveram a oportunidade de intervir na demanda e optaram por não serem dela excluídos. Existe, portanto, uma ficção de que os indivíduos tomaram conhecimento da existência da demanda e, por não exercerem o *right to opt out*, tiveram uma efetiva oportunidade de participar da decisão. Por isto são afetados pelo pronunciamento jurisdicional como se litigantes fossem.

¹²⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas da Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, janeiro-março/1992, pp. 127/143.

¹²⁹ *Idem, ibidem*, p. 140.

No sistema de representação de interesses, a extensão dos efeitos da coisa julgada se baseia unicamente no adequado exercício desta representação. (...) ¹³⁰

Esta proposta, inclusive, além de desafogar o próprio Poder Judiciário, concede às ações coletivas o exato valor que elas merecem. É preciso libertar o processo coletivo do implacável apelo às regras ortodoxas liberal-individualistas, constantes do Código de Processo Civil ¹³¹.

2.3.1: Dos princípios constitucionais justificadores do processo coletivo como sendo representativo de interesses e seus reflexos processuais:

A nossa própria Constituição de 1988 traz princípios que concedem substrato jurídico a uma nova legitimação para a representação coletiva desvinculada das noções puramente individualistas. Até então, as dimensões constitucionais desconheciam o fenômeno das demandas coletivas ¹³², e é no próprio *caput* do art. 5º, consagrando “direitos e deveres individuais e coletivos”, que devemos ler e interpretar os princípios contidos na Carta Magna como orientadores não só das ações individuais, mas também, das próprias ações coletivas.

O primeiro princípio constitucional a ser destacado é o da *inafastabilidade da apreciação pelo Judiciário de lesão ou ameaça a direito* ¹³³ e que tem como sinônimas as expressões “acesso à justiça”, “acesso à ordem jurídica justa”, “inafastabilidade da

¹³⁰ VIOLIN, Jordão, *op. cit.*, pp. 51-52.

¹³¹ Lembra Gregório Assagra de Almeida que “um dos grandes problemas que afetam a correta interpretação e aplicação das normas de direito processual coletivo decorre da exata medida da formação liberal-individualista do profissional do direito no Brasil, que é doutrinado durante todo o curso de sua vida acadêmica para enfrentar somente o conflito interindividual”. ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo – um ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, pp. 586/587.

¹³² Como adverte José Carlos Barbosa Moreira, a dimensão das ações coletivas, na Carta Constitucional de 1988, decorre de duas formas: “De um lado, temos figuras processuais específicas de ações coletivas: o mandado de segurança coletivo, previsto no art. 5º, LXIX; a ação popular, prevista no mesmo art. 5º, LXXIII; e a ação civil pública, objeto de disposição do art. 129, III, e de seu § 1º. De outro lado, temos também a manifestação desse fenômeno em termos genéricos, por assim dizer, para qualquer ação, como se infere do art. 5º, XXI, que legitima entidades associativas, mediante autorização expressa, a litigar, em juízo por direitos de seus associados; e ainda no art. 8º, VI, que cuida da possibilidade de os sindicatos litigarem em prol dos direitos e interesses das categorias profissionais que representam direitos e interesses gerais ou mesmo individuais.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988*, *ob. cit.*, pp.189/190.

¹³³ Segundo o art. 5º, XXXV, da Constituição, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.”

jurisdição”, “inafastabilidade do controle jurisdicional” ou “ubiquidade de jurisdição”¹³⁴. A Carta Constitucional de 1988 não se omitiu à formação dos *novos direitos*, pelo contrário, assentou e conclamou o amplo acesso à tutela jurisdicional destes direitos.

Vale lembrar, neste particular, que, na CF/1969, o art. 153, § 4º, fazia menção apenas a lesão de “direito individual”, de modo que a atual Carta Constitucional, ao retirar o termo “individual”, se mostrou muito mais técnica e adequada aos interesses supraindividuais, contemplando não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos.

Foi o movimento do acesso à justiça o grande responsável por impulsionar a revolução no processo, justificando e viabilizando a proteção dos direitos supraindividuais. O “grau de abertura”¹³⁵ imposto pela Constituição no acesso ao Poder Judiciário, liberta a ordem jurídica das noções individualistas e privatísticas do processo, para atender a toda uma coletividade no mesmo conjunto de atos judiciais. Desta forma, só se pode compreender como efetivo o acesso à justiça quando a decisão judicial, num processo coletivo, seja qual for o seu conteúdo, alcançar a mesma extensão do direito violado ou ameaçado.

Qualquer norma infraconstitucional que retire da manifestação do Poder Judiciário a adequação entre o ato judicial e o direito material protegido deve ser tida como inconstitucional, devendo existir, assim, uma correlação direta entre a manifestação judicial a natureza do direito instrumentalizado. Neste exato sentido, destacam-se as ponderações de Cássio Scarpinella Bueno:

Como o exercício do direito de ação consagrado neste dispositivo impõe a manifestação do Estado-Juiz e como esta atuação tem que ser adequada (devida) para outorgar a tutela jurisdicional tal como requerida, não há como negar que nenhuma lei pode pretender minimizar o processo e as técnicas processuais adotadas ou adotáveis por ele, para exercício escorreito da função jurisdicional, sob pena de, indiretamente, minimizar a amplitude do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal e, por isso mesmo, ser irremediavelmente inconstitucional.¹³⁶

Pois bem. Compreendendo-se o processo coletivo como sendo um processo de *representação de interesses*, a técnica judicial aplicada estará de acordo com o princípio constitucional para que a extensão das considerações imperativas do Poder Judiciário alcance

¹³⁴ Expressões lembradas por BUENO. Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual. Teoria Geral do Direito Processual Coletivo**. V. 01. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 101.

¹³⁵ A expressão é de BUENO. Cássio Scarpinella, *ibidem*, p. 104.

¹³⁶ *Idem, ibidem*, p. 104.

a todos os titulares do interesse protegido. Limitar o alcance da decisão judicial implica num descompasso entre o *meio* e o *fim* almejado, “minimizando”, assim, o alcance do acesso à justiça preconizado pela Constituição.

Não se pode falar num “acesso à ordem justa” sem que outras garantias possam estar delineadas. É preciso a consagração de outros princípios em relação ao sistema processual para que a “garantia síntese”¹³⁷ possa aperfeiçoar o processo de modo que ele reflita a própria base de um Estado Democrático de Direito, o que estará garantido pelo *devido processo legal*.

É indene de dúvidas de que *devido processo legal*¹³⁸ é o pano de fundo¹³⁹ de todo e qualquer processo, que só alcança os fins a que se destina e, por conseguinte, a amplitude demarcada pela Constituição, se toda a dogmatização principiológica dele decorrente for preservada. É nele que todos os demais princípios e regras se sustentam, havendo, inclusive, quem afirme que este princípio é o “gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies”¹⁴⁰. Não se nega, assim, tratar-se de garantia constitucional de conteúdo complexo ou abrangente, de forma que falar-se em juiz natural, tratamento paritário, plenitude de defesa com todos os meios e recursos a ela inerentes, publicidade dos atos, motivação dos atos judiciais e duração razoável do processo, é falar em devido processo legal.

No âmbito do processo coletivo, e para sustentar a tese apresentada de modelo *representativo de interesses*, destacaremos do *due process of law* os corolários princípios da *efetividade*, da *utilidade*, da *isonomia*, da *economia processual* e do *contraditório efetivo*, tendo em vistas as particularidades decorrentes do processo coletivo e incidentes sobre o tipo de representação versada.

Só se pode falar em devido processo legal quando o resultado almejado, através do instrumento processual, for capaz de produzir regulares efeitos para os direitos protegidos. De nada adianta a utilização de um processo, se a sentença respectiva, tendo sido observados todos os procedimentos regularmente previstos em lei, não for capaz de produzir a extensão correta de seus efeitos. Como destaca Marinoni, “o direito à sentença deve ser visto como

¹³⁷ A expressão é de DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito de Direito Processual Civil**. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 202.

¹³⁸ Eis a redação do art. 5º, LIV, da Constituição: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

¹³⁹ O professor Nelson Nery Junior qualifica este princípio como sendo um “postulado constitucional fundamental”. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 9ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 76.

¹⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 77.

direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito”.¹⁴¹

A preocupação em tornar o processo mais *efetivo e eficaz* é uma realidade que vem se tornando cada vez mais freqüente e intensificada pelos operadores do direito. Uma das soluções de que tanto se fala é exatamente a de que devemos utilizar de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos contemplados no ordenamento jurídico¹⁴². O próprio Mauro Cappelletti, na sua clássica obra “Acesso à Justiça”, após tratar da necessidade de proteção dos direitos supraindividuais (*segunda onda*) apontou como *terceira onda* a busca por uma maior satisfação da tutela jurisdicional:

Esse movimento emergente de acesso à Justiça procede dos movimentos anteriores preocupados com a representação legal. Aqueles movimentos também se destinavam a fazer efetivos os direitos de indivíduos e grupos que, durante muito tempo, estiveram privados dos benefícios de uma justiça igualitária. [...] Entre outras coisas, aprendemos, agora, que esses novos direitos frequentemente exigem novos mecanismos procedimentais que os tornem exequíveis. Como afirma Jacob: “São as regras de procedimento que insuflam vida nos direitos substantivos, são elas que os ativam, para torná-los efetivos.”¹⁴³

Esta *eficácia* do provimento jurisdicional e a própria *utilidade* do processo daí decorrente justificam a legitimação coletiva e o processo coletivo como *representativo de interesses*, pois, fulcrado nestes valores, a propositura de uma demanda de massa, a prática dos diversos atos processuais, o consumo de tempo, o desgaste das partes, dos advogados, dos juízes, devem ser considerados para que uma eventual decisão de procedência e de improcedência do pedido, independentemente de seu fundamento, produza todos os efeitos para os quais foi prolatada.

Desta forma, a coisa julgada formada no processo coletivo, regularmente instaurado e desenvolvido com a observância de todas as regras processuais, e, em especial, tendo sido

¹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Processual**. Curitiba: Gênese, 2003, p. 303.

¹⁴² Há muito, José Carlos Barbosa Moreira já apresentava um “um programa básico da campanha em prol da efetividade”. E assim descreveu os cinco itens de seu “programa”: “a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; b) estes instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda extensão de possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do Processo e Técnica Processual. **Temas de Direito Processual**. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 17/29.

¹⁴³ CAPPELLETI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**, trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, pp. 68/69.

conduzido por um representante adequado, deve atingir a todos os titulares do direito objeto de proteção jurisdicional, ainda que não tenham participado do processo e independentemente do conteúdo da sentença (favorável ou desfavorável), pois, só assim, se estará concedendo ao ato jurisdicional a efetividade preconizada pela Constituição.

Na forma como está positivada a regra do art. 103, do CDC, se o réu obtém um julgamento de improcedência do pedido, para ele, de nada valerá a sentença, na medida em que qualquer interessado individual poderá submetê-lo, novamente, à mesma discussão judicial, estando, portanto, sujeito a novos gastos e atividades em tantas ações individuais que lhe forem propostas. Estas também são as considerações apresentadas por José Ignácio Botelho de Mesquita:¹⁴⁴

Ou seja, a sentença que o condenar tornar-se-á imutável e indiscutível, em benefício de todos que se pretenderem vítimas; mas a sentença que o absolver não lhe servirá para nada, podendo voltar a ser discutida por quem quer que seja. A autoridade do Poder Judiciário, neste caso, será nenhuma e a sentença não valerá o preço do papel em que tiver sido lançada. O direito de defesa do réu, por sua vez, ficará reduzido a uma fórmula inteiramente vazia, porque, por melhor que o réu se defenda, nenhuma consequência prática daí decorrerá, a não ser a vitória isolada sobre a vítima incauta que, ignorante, tenha optado por participar do processo em lugar de ficar fora aguardando o resultado.¹⁴⁵

José Rogério Cruz e Tucci, com arrimo, inclusive, na doutrina italiana de Mauro Cappelletti, igualmente externou o seu inconformismo com esta distinção estabelecida pelo legislador do Código de Defesa do Consumidor. Como aduziu:

De fato, se o autor é considerado parte idônea para defender os direitos de um grupo de consumidores, não parece razoável que se deva distinguir entre efeitos positivos e negativos, favoráveis ou desfavoráveis. É preciso ter presente que também nas controvérsias respeitantes aos direitos coletivos e difusos, há sempre duas partes contrapostas. Se os efeitos favoráveis se estendem a terceiros e os desfavoráveis não, conclui-se que em relação à outra parte a solução *secundum eventum litis* opera somente em sentido negativo. Aflora, à toda evidência, que a produção industrial se consubstancia num bem social, uma vantagem coletiva, que não pode subordinar-se a um estado de insegurança jurídica, decorrentes de injustificadas investidas judiciais. É bem de ver que, como sempre, também no caso da tutela dos direitos coletivos e difusos existem valores contrapostos, cada um deles, nos seus justos limites, dignos de respeito e proteção. Considerar somente a posição privilegiada de uma das partes – no caso o consumidor – e, com isto, colocar em risco a paridade de armas no processo, enseja uma forma ulterior de violação ao devido processo legal e, ao mesmo tempo, uma simplificação de realidade extremamente complexa.¹⁴⁶

¹⁴⁴ MESQUITA, José Ignácio Botelho. Na Ação do Consumidor, Pode Ser Inútil a Defesa do Fornecedor. **Revista do Advogado**, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 33, Dezembro de 1990, p. 81.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 81.

¹⁴⁶ TUCCI, José Rogério Cruz. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. **Revista de Processo**. Ano 32, n. 143. São Paulo: Revistas dos Tribunais, jan./2007, p. 50.

À luz destas reflexões, o processo coletivo como sendo *representativo de interesses* é o paradigma garantidor da observância da paridade (*par conditio*) de tratamento entre os sujeitos do processo, moldando-se ao *princípio constitucional da isonomia*¹⁴⁷.

É tradicional a noção de que, por força deste princípio, o juiz conduz o processo concedendo a ambas as partes forma igualitária de tratamento e de condições de manifestação ao longo do processo, de modo que não há como conceber, nestas condições, instrumentos processuais não uniformes ou não equivalentes para as partes.¹⁴⁸ Ensina a doutrina, ainda, que o mero tratamento desigual não viola, necessariamente, o princípio constitucional, pois a igualdade jurídica não pode eliminar desigualdades naturais existentes entre as partes¹⁴⁹, de modo que clamou-se à passagem para a igualdade substancial e não meramente formal.

No âmbito das ações coletivas, em primeiro lugar, quer nos parecer que o legislador brasileiro andou bem ao definir os legitimados coletivos à propositura da ação, pois só concedeu o direito de conduzir o processo coletivo àquele que, em tese, tem melhores condições de litigar com a parte contrária. Neste particular, considerando que os titulares do direito coletivo *lato sensu* se apresentam em condições de inferioridade frente a seus adversários, a *representação do interesse* somente poderá ser concedida àqueles que possuam condições reais e técnicas de defender os interesses de toda uma coletividade¹⁵⁰. Com toda a sua autoridade, enaltecendo a legitimidade da ação coletiva brasileira, destaca José Carlos Barbosa Moreira¹⁵¹:

Todos nós sabemos que o litigante individual sofre certas desvantagens, sobretudo quando luta contra adversários de grande poder político ou de grande poder econômico. Além disto, o litigante individual, em regra, é um litigante que eu chamaria de acidental; ele em geral litiga uma ou duas vezes na vida, ao passo que uma pessoa jurídica de direito público ou uma grande empresa são, em regra, litigantes habituais. Têm grandes números de processos, participam de uma imensa quantidade de litígios judiciais e com isto naturalmente se beneficiam da experiência, têm seus fichários de jurisprudência, têm seus repositórios, têm suas bibliotecas, têm uma porção de pessoas que se conjugam, que trabalham em colaboração para reunir subsídios. É evidente que tudo isto representa vantagem.

¹⁴⁷ Consagrado no *caput* e no inciso I do art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁴⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. V. 01, *cit.*, p. 128.

¹⁴⁹ “É o que deriva da costumeira lição de que o tratamento desigual se justifica na medida exata da desigualdade combatida.” *Idem, ibidem*, p. 129.

¹⁵⁰ O professor Antônio Gidi é também defensor da tese de que o indivíduo não tem condições de proceder à defesa dos direitos supraindividuais. Na sua obra crítica sobre o então projeto do Código de Processo Civil Coletivo, destacou que “*é comum dizer que o indivíduo é demasiadamente frágil para enfrentar o réu, muito mais experiente, poderoso e rico. Não vamos nos deter aqui neste aspecto, porque ele já é evidente para o Brasil desde antes da promulgação da LACP. Afinal, não podemos esquecer as metáforas literária e bíblica de Mauro Cappelletti e Barbosa Moreira, comparando a atividade do indivíduo contra as entidades públicas e privadas com a patética batalha do Don Quixote contra os moinhos de vento e com a Batalha de Davi sem funda. Mais recentemente, Ibrahín Rocha a comparou com a tentativa de alcançar novos sistemas solares com motor à combustão.*” GIDI, Antônio. **Rumo a um Código de Processo civil Coletivo. A codificação das ações coletivas no Brasil**, *cit.*, pp. 225/226.

¹⁵¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ações Coletivas na Constituição de 1988*, *ob. cit.*, pp. 187/200.

Desta forma, não se pode negar que o sistema instituído pelo legislador brasileiro de conferir à determinadas instituições o direito de conduzir o processo coletivo e representar os interesses de toda uma coletividade, busca ao menos estabelecer um equilíbrio entre as partes, para que o seu desempenho seja tão eficiente quanto a de seus adversários.

Em segundo lugar, como se observou, só haverá igualdade para ambas as partes quando a coisa julgada atingir de maneira uniforme os legitimados ativo e passivo. Da forma como está redigida a regra do art.103, do CDC, a constitucionalidade de seus termos é absolutamente duvidosa¹⁵², pois, se o réu se defende com robustez das alegações que lhe estão sendo impostas e consegue obter uma sentença de improcedência do pedido, esta questão não mais poderia ser submetida à apreciação do Poder Judiciário.

É preciso assentar a idéia de que o Direito Processual Coletivo, que vem se firmando, inclusive, como uma nova ciência, tem os seus próprios princípios, regras e institutos, de modo que, como já se afirmou em sede doutrinária, “ao contrário do que ocorre no processo individual, o *devido processo legal coletivo* não impõe a citação ou mesmo a participação formal de todos os interessados, mas sim que seus interesses sejam representados de forma adequada.”¹⁵³

Para compensar a ausência dos titulares do direito material no processo, é preciso rigor na cobrança de diversos requisitos daquele que irá ser o representante dos interesses metaindividuais, pois, se o titular do direito, posteriormente, entender que o seu interesse não foi adequadamente representado (e se a sistemática não fosse aquela contida no art. 103, do CDC), poderá questionar, judicialmente, não a sentença, mas a forma como a representação foi conduzida, de modo que, uma vez comprovada a insuficiência ou deficiência na representação, a sentença não será capaz de atingir a sua esfera jurídica.

¹⁵² Outro crítico ao sistema da coisa julgada estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor é Augusto Zenum estabelecendo que “o *caput* do (art. 103) e seus desdobramentos são, sem sombra de dúvidas, e às escâncaras, altamente lesivos à coisa julgada. [...] não dar a mais mínima atenção à matéria ali esposada constitui heresia. [...] as disposições suso transcritas conduzem, indisputavelmente, à inarredável conclusão segundo à qual há violentas lesões à coisa julgada, pois, ao invés de respeitá-la, espanca a própria epígrafe estampada no preâmbulo do Capítulo IV, ou seja, ‘Da coisa julgada’. [...] Decorre de todo o exposto a inabalável certeza jurídica de as disposições resultantes do malsinado art. 103 em tela ser ineficaz, ser inaplicável, ser inconstitucional, a não ser que se pretendam a inversão da ordem e a subversão da ordenação jurídica.”, Comentários ao Código do Consumidor, *apud* GIDI, Antônio. **Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas**, *cit.*, p. 70.

¹⁵³ ROQUE, André Vasconcelos. O que significa representatividade adequada?Um estudo de Direito Comparado. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Vol. IV. Periódico de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Processual Civil da UERJ. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em 15 de janeiro de 2010.

Este enfoque de técnica processual (ainda *de lege ferenda*), onde a extensão subjetiva da coisa julgada é adotada indistintamente para os casos de procedência e improcedência, possibilitando-se, assim, apenas, a eventual impugnação da decisão coletiva pelo interessado, atende aos reclamos constitucionais de *economia processual*¹⁵⁴.

Com uma única demanda será possível “economizar” a atividade jurisdicional, pois, além, numa amplitude genérica, de redução do volume de atos jurisdicionais a serem praticados para solução de um mesmo cenário fático/jurídico, haverá, ainda, redução substancial da propositura de outras demandas, resolvendo-se o maior número de conflitos de interesses de uma só vez.

A adoção da sistemática aqui sugerida - extensão da coisa julgada em qualquer caso e possibilidade de impugnação pelo indivíduo lesado - em nada contraria a economicidade do processo. Para alguns¹⁵⁵, o princípio restaria violado porque os recursos econômicos necessários para uma espécie de “*ação rescisória a título individual*”¹⁵⁶ contra o julgado coletivo seriam maiores que os necessários para ação de conhecimento individual, pois o autor não teria só que provar sua pretensão, mas contrariar tudo o que fora decidido na sentença coletiva, utilizando-se de provas periciais de alto custo e impugnando argumentos já esgotados.¹⁵⁷

Se a impugnação do interessado individual tivesse este alcance, apontado por Ricardo de Barros Leonel, dúvidas não teríamos em afirmar que maculado estaria o princípio da economia processual. No entanto, a irresignação do interessado e eventual ataque ao ato decisório coletivo, como ressaltamos alhures, estão adstritos à adequada representatividade do *ideological plaintiff*. A causa de pedir fica limitada às condições em que o legitimado coletivo conduziu a ação, como, *v.g.*, análise de seriedade, de credibilidade, de condições técnicas, de robustez, de eventual conluio com o demandado, de interesse efetivo na causa etc., não se permitindo questionar a respeito da *justiça da decisão*.

Por fim, dos princípios constitucionais até aqui invocados para demonstrar a legitimidade da tese de que o processo coletivo deve ser visto como um processo de *representação de interesses*, o ponto mais sensível está no estudo do princípio do contraditório. Sabemos que a nossa Constituição de 1988 garante a todos jurisdicionados o direito ao contraditório e à ampla defesa em um processo. Alguns chegam a sustentar que a

¹⁵⁴ Art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República de 1988.

¹⁵⁵ Neste sentido, LEONEL, Ricardo de Barros, *op. cit.*, p. 264.

¹⁵⁶ Esta ação foi assim rotulada por LEONEL, Ricardo de Barros, *cit.*, p. 264.

¹⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 264, *passim*.

forma como o legislador infraconstitucional disciplinou a coisa julgada nas ações coletivas (art. 103, do CDC) está de acordo com a Constituição, pois estabelece que aquele que não foi parte da demanda, na ação coletiva, mas teve o seu direito representado por outrem, não terá a sua esfera jurídica atingida se a sentença for desfavorável¹⁵⁸.

No entanto, é preciso que façamos uma análise deste princípio e o seu real alcance, inclusive diante das disposições constitucionais, para que possamos afirmar que, num processo coletivo representativo de interesses, ainda que o titular do interesse não tenha participado da demanda, ele poderá ter a sua esfera jurídica atingida por uma eventual sentença desfavorável.

Na doutrina e na própria jurisprudência se observa que não há distinção ontológica e substancial entre o contraditório e a ampla defesa, muito embora alguns poucos doutrinadores¹⁵⁹ tentem consagrar aspectos diferenciadores entre estas expressões constitucionais. Vamos analisar, assim, nos itens que se seguem, como a doutrina brasileira vem delineando o exato alcance deste princípio, para, na seqüência, analisá-lo no âmbito do direito processual coletivo.

2.3.2. Visão panorâmica do princípio do contraditório à luz da doutrina pátria:

O direito à ampla defesa é um direito antigo na história da própria humanidade, sendo encontrado no próprio Evangelho de João (8,51): “Porventura condena a nossa lei um homem sem primeiro o ouvir e ter conhecimento do que faz?”¹⁶⁰. Além disto, afirma a doutrina¹⁶¹ que o alicerce do princípio do contraditório está na antiga parêmia latina *audiatur et altera parte*, segundo a qual não se pode decidir uma pretensão sem se ouvir a parte contra a qual é proposta.

¹⁵⁸ Neste sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de Segurança Coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 58, abril-junho de 1990, pp. 75/84.

¹⁵⁹ Como, v. g., MESQUITA, Gilberto Ferreira. **Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, pp. 155/188.

¹⁶⁰ Como bem lembra Gilberto Ferreira de Mesquita, ainda que com arrimo nas ponderações de José Cretella Neto. *Idem*, *ibem*, p. 168.

¹⁶¹ JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle José Coelho Nunes. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, n. 168, fev. 2009, p. 111.

Hodiernamente, no nosso ordenamento jurídico, o princípio foi elevado a *status* de garantia constitucional de todo e qualquer processo, estando consagrado na regra do art. 5º, inciso LV, da Constituição da República de 1988¹⁶².

Com escólio em doutrina alemã, destaca Nelson Nery¹⁶³ que o princípio do contraditório constitui manifestação do princípio do *estado de direito*, tendo íntima ligação com o da ‘igualdade das partes’ e do ‘direito de ação’, pois, a Constituição, “ao garantir aos litigantes o contraditório e ampla defesa, quer significar que tanto o *direito de ação* quanto o *direito de defesa* são manifestações do princípio do contraditório.”¹⁶⁴

Destes valores (direito de ação e direito de defesa) estabeleceu-se uma mecânica contraposição de manifestações das partes em um processo, o que se costuma afirmar como o direito a uma *bilateralidade da audiência*, devendo, assim, ser concedida às partes a ciência da existência da ação e de todos os atos do processo (direito de participação) e, de outro lado, a possibilidade delas reagirem (direito de reação) aos atos que lhes estão sendo imputados e que possam afetar a sua esfera jurídica, na medida em que desfavoráveis a sua posição processual e material na demanda.¹⁶⁵ Como leciona Cássio Scarpinella Bueno:

O núcleo essencial do princípio do contraditório compõe-se, de acordo com a doutrina tradicional, de um binômio “ciência e resistência” ou “informação e reação”, cabendo ao juiz exercer posição ativa no processo de modo a buscar um resultado útil da atuação jurisdicional. É preciso que o juiz crie situações concretas para o exercício do contraditório.¹⁶⁶

Destarte, derivado do princípio do devido processo legal, o princípio do contraditório pode e deve ser decomposto em duas grandes garantias: ‘*participação*’ e ‘*possibilidade de influência na decisão judicial*’, elementos que decorrem, naturalmente, do próprio Estado Democrático de Direito, a ponto, inclusive, de o professor Fredie Didier Júnior afirmar que, no processo, a “democracia recebe o nome do contraditório”.¹⁶⁷

Ocorre que esta visão, por si só considerada, externa uma conotação estática do contraditório, somente podendo atender, como bem destaca Humberto Theodoro, “a uma

¹⁶² Assim dispõe este dispositivo constitucional: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

¹⁶³ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**, *cit.*, pp. 203/259.

¹⁶⁴ *Idem, ibidem*, p. 205.

¹⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 269, *passim*.

¹⁶⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil**. Vol. I, *cit.*, pp. 107/115.

¹⁶⁷ JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Vol. I. 10ª ed. Bahia: *Jus Podivm*, 2008, pp. 45/50.

estrutura procedimental monologicamente dirigida pela perspectiva unilateral de formação do provimento do juiz,”¹⁶⁸ havendo, assim, a necessidade de uma releitura do princípio para consagrar uma participação mais ativa e dinâmica daquele vai decidir a demanda, no viés de conceder maior efetividade à própria tutela jurisdicional.

Desta forma, deste contexto do direito de participação e atuação ativa do magistrado para garantir um contraditório real e efetivo, decorre o que vem sendo chamado de “princípio de cooperação”, consistente no constante diálogo que deve ser travado entre as partes e o Estado/Juiz em busca de uma decisão que seja a mais adequada para a solução da lide. Para Cássio Scarpinella Bueno, “o “princípio da cooperação” pode ser entendido como o princípio do contraditório, inserido no ambiente dos direitos fundamentais, que hipertrofia a tradicional concepção dos princípios jurídicos como meras garantias dos particulares contra eventuais abusos do Estado na sua atuação concreta.”¹⁶⁹

Sob este espectro há quem afirme que haveria, inclusive, um “dever de consulta do juiz impondo o fomento de um debate preventivo e a submissão de todos os fundamentos (*ratio decidendi*) da futura decisão ao contraditório”¹⁷⁰, pois, só assim, estaria preservada por completo a “garantia de uma não surpresa”¹⁷¹, que é inerente ao próprio princípio.

Constata-se, assim, ter o princípio do contraditório uma dupla destinação: uma dirigida aos litigantes e outra dirigida ao próprio juiz. Relembrando a regra do art. 16 do *nouveau code de procédure civile* francês, destaca Dinamarco¹⁷² que “o juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele próprio o contraditório”.¹⁷³ Cabe ao juiz, assim, um papel muito mais ativo que outrora não se mencionava quando da própria constitucionalização do princípio. Deve o juiz instituir todos os meios necessários de ‘participação’ no processo, desenvolvendo-se a garantia em direito das partes e deveres para o próprio juiz.

¹⁶⁸ JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle José Coelho Nunes. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Op. cit.*, p. 117.

¹⁶⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil**. Vol. I, *cit.*, p. 109.

¹⁷⁰ JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle José Coelho Nunes. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Op. cit.*, p. 125.

¹⁷¹ A expressão é de JÚNIOR, Humberto Theodoro e NUNES, Dierle José Coelho Nunes, *ibidem*, p. 125.

¹⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I, *cit.*, p. 226.

¹⁷³ *Idem, ibidem, loc. cit.*

2.3.3. O princípio constitucional do contraditório no processo coletivo brasileiro:

Destaca-se, inicialmente, que as ponderações doutrinárias, anteriormente mencionadas, sobre o princípio do contraditório, são traduções de sua amplitude constitucional para as relações jurídicas processuais interindividuais. Isto porque a doutrina pátria se esquivava de enfrentar detidamente o princípio frente ao processo coletivo.

Não obstante, como vamos analisar, todos os contextos ali delineados são perfeitamente aplicáveis ao processo coletivo, respeitando-se as próprias peculiaridades deste tipo de demanda, que é uma demanda de massa decorrente das profundas transformações tecnológicas e industriais da sociedade moderna, de modo que o princípio do contraditório, nestas ações, recebe nova roupagem para se adaptar à legitimação coletiva.

Vale lembrar que os princípios são, por natureza, normas abertas consubstanciando-se em conceitos vagos ou indeterminados, cuja aplicação prática exige uma intervenção do intérprete que deverá lhe definir o conteúdo e o alcance que tende a variar de acordo com o respectivo momento histórico e com os valores nele dominantes. Não é diferente com o princípio do contraditório. Como destaca José Alexandre Manzano Oliani:

A concepção do princípio do contraditório mostrou-se, no decorrer da história, suscetível aos influxos dos valores dominantes em cada época. Isso fez que o conteúdo e o alcance desse princípio sofressem inúmeras variações. Na verdade, como os princípios jurídicos têm uma dimensão axiológica, ou por outras palavras, são informados por valores sociais e políticos e essa dimensão também caracteriza o princípio do contraditório, exige-se adequação do conceito à realidade atual.¹⁷⁴

E é sob esta perspectiva que o contraditório deve ser visto e analisado, no âmbito da tutela coletiva, frente ao modelo representativo de interesses.

Das noções traduzidas pela doutrina pátria a respeito do alcance e conteúdo do contraditório, pode-se deduzir que, em síntese, se garante o contraditório e a ampla defesa, como manifestação de um Estado Democrático, mediante a observância dos seguintes valores:

¹⁷⁴ OLIANI, José Alexandre Manzano. **O Contraditório nos Recursos e No Pedido de Reconsideração**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 40.

- necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes (“*direito de participação*”);
- possibilidade de influência na decisão (“*direito de reação*”);
- posição ativa do juiz (“*princípio da cooperação*”);

No campo do processo coletivo, o “*direito de participação*”, a que se refere a doutrina brasileira e inerente ao contraditório, restará observado diante de um *representante* que seja *adequado*¹⁷⁵. Dada a óbvia impossibilidade da presença de todos os interessados na demanda, de qualquer forma, é de se aceitar que eles, de alguma forma, *participam* da lide coletiva quando estão “adequadamente representados por um credenciado portador”.¹⁷⁶ A “participação”, assim, acontece e se materializa através dos porta-vozes do grupo, categoria ou classe.

A expressão “*direito de participação*” é mais adequada para as demandas individuais, pois é nelas que os titulares do direito objeto de apreciação judicial terão o seu “dia na corte”. Aqui, nas demandas coletivas, seguindo as lições do professor Owen Fiss, a expressão mais apropriada é “*direito de representação*”, ou seja, direito a uma representação adequada dos interesses.

Afirma-se, assim, que o pressuposto lógico do devido processo legal no processo coletivo é a adequação do representante. É ele quem “participará” do processo, praticando todos os atos necessários para a defesa efetiva do interesse litigioso¹⁷⁷. É ele quem tomará ciência de todos os atos processuais, podendo apresentar as suas alegações, requerer a

¹⁷⁵ O professor Cândido Rangel Dinamarco, um dos poucos processualistas a tratar especificamente sobre o contraditório no processo coletivo, após afirmar que o contraditório impõe que a eficácia da sentença fique restrita aos sujeitos que figuram no processo como partes e que os limites subjetivos da coisa julgada, portanto, somente a estes alcança, por força da regra do art. 472, do CPC, afirma que “*tais restrições vão sendo depuradas do significado individualista de que tradicionalmente se revestiam, entendendo-se que um processo conduzido por entidade dotada de legitimidade adequada segundo a lei possa produzir efeitos sobre pessoas integradas em determinado grupo ou comunidade. Tal é o fundamento da tutela coletiva preparada mediante o exercício das ações coletivas pelo Ministério Público, associações e outras entidades que a lei indica – e relacionadas com os valores do meio ambiente, das relações de consumo etc. (LACP, art. 5º; CDC, art.82). A idoneidade destas entidades qualifica-as como legítimas substitutas processuais dos interessados e sua participação satisfaz às exigências do contraditório – agora visto da ótica do direito moderno e dos objetivos da tutela referentes a direitos e interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Os efeitos da sentença e a autoridade da coisa julgada vão além dos próprios sujeitos que nestes casos figuram como autores, atingindo e vinculando os integrantes do grupo ou comunidade substituída no processo pelo autor (CDC, art. 103). Não reside nisto qualquer ultraje à garantia constitucional do contraditório, porque os entes qualificados para o exercício da ação pública atuam no interesse do grupo ou comunidade interessada, sendo tecnicamente qualificados como seus substitutos processuais.*” **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. I, *cit.*, pp. 225/226.

¹⁷⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada. Teoria Geral das ações coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 284.

¹⁷⁷ Clarissa Diniz Guedes chegou a afirmar, em sua dissertação de mestrado na UERJ, que, “*partindo-se do pressuposto que os legitimados coletivos possuem melhores condições de representar os direitos de grupo, é de se concluir que o contraditório deve ser dirigido a estes entes, sem prejuízo de se oportunizar a participação subsidiária de cada um dos membros individualmente considerados.*” GUEDES, Clarissa Diniz. **Legitimidade Ativa e Representatividade na Ação Civil Pública**. Dissertação (Mestrado em Processo). Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2005, p. 76.

produção das provas necessárias visando corroborar as suas assertivas, ofertar resistência às pretensões aduzidas, recorrer das decisões desfavoráveis etc.

Terá, assim, o legitimado coletivo o direito de utilizar de todos os instrumentos para influenciar na formação da convicção do magistrado ao longo de todo o processo. O exercício do contraditório estará garantido na medida em que o representante adequado, além de “participar” do processo, terá todas as possibilidades de interferir com argumentos, idéias, fatos novos, teses jurídicas, enfim, tudo para influenciar no conteúdo da decisão judicial (“*direito de reação*”).

O excesso de zelo pelo formalismo do processo individual, no âmbito da tutela coletiva, pode, inclusive, inviabilizar o próprio acesso à justiça nas demandas de pequeno montante econômico, cujo valor do pedido isolado não justifica a propositura de uma ação em juízo. “No processo coletivo, passa-se do garantismo individual ao garantismo social, com a correta dimensão por meio da adequação da representação ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal”¹⁷⁸, de modo que a exigência de cumprimento de todas as formalidades do *due process of Law*, na ótica estritamente individual, inviabilizaria a própria existência de tutela coletiva.

O terceiro valor a ser observado para que possa ser garantido o contraditório, consiste, como vimos, na exigência de um juiz ativo, atuante, que busque travar um diálogo constante com as partes, franqueando a estas todas as oportunidades e meios (“*direito de cooperação*”) para que apresentem as suas ponderações sobre os fatos e teses referentes às questões jurídicas discutidas, possibilitando, assim, ao final do processo, uma solução mais adequada à lide, dando a quem tem razão o exato bem da vida a que tem direito.¹⁷⁹ O contraditório, assim, uma vez contextualizado no âmbito dos direitos fundamentais, passa a ser direcionado para dois destinatários: *as partes* e *os juízes*.

No âmbito do processo coletivo, esta vertente do princípio do contraditório ganha maior amplitude, tendo em vista “a presença de forte interesse público primário nestas causas”¹⁸⁰, gerando para o juiz, assim, diante da indisponibilidade do direito discutido em juízo, a obrigatoriedade de observância a um contraditório efetivo, real e concreto.

¹⁷⁸ LEONEL, Ricardo de Barros, *op. cit.*, p. 173.

¹⁷⁹ Neste particular Didier refere-se à “máxima coincidência possível”, ou seja, o processo jurisdicional deve primar, na medida do possível, pela obtenção deste resultado (tutela jurisdicional) coincidente com o direito material. JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 01, *cit.*, p. 41.

¹⁸⁰ JUNIOR, Fredie Didier; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil - Processo Coletivo**. V. 4, 4ª ed., Salvador: *JusPodivm*, 2009, p. 127.

O processo coletivo passa a ser visto, inclusive, como “instrumento de defesa social”¹⁸¹, tendo sido ampliadas sensivelmente as atribuições do Poder Judiciário, até mesmo para possibilitar o controle judicial de políticas públicas¹⁸², de modo que os juízes, hoje, não julgam somente conflitos sócio-jurídicos, mas também os de natureza política¹⁸³, o que, aliás, vem ocorrendo não só nos processos coletivos, mas também em processos individuais.¹⁸⁴

No processo civil moderno, mesmo nas demandas individuais, a tendência é a ampliação dos poderes do juiz, repudiando-se a figura do Juiz Pilatos, que deixa acontecer sem interferir. Como adverte Ricardo de Barros Leonel:

[...] não há como negar uma função normativa relacionada à tutela jurisdicional dos interesses coletivos. Esta nova dimensão no exercício da função jurisdicional do Estado implica necessariamente uma mudança de mentalidade não somente das partes, no debate travado em juízo, como ainda dos próprios órgãos judiciais. A solução dos conflitos não reflete mais simplesmente a aplicação ou não do direito positivo, mas também a realização de opções políticas, e ainda a interferência de amplo espectro na vida em sociedade.¹⁸⁵

No processo coletivo podem ser apontados dois dispositivos que demonstram esta atuação ativa do magistrado: a regra do art. 7º, da LACP, segundo a qual, “se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil pública, remeterão as peças para o Ministério Público para as providências cabíveis”, e, ainda, a regra do art. 100, do CDC, no qual o magistrado poderá definir o valor da indenização residual em razão da lesão a direitos individuais homogêneos.

¹⁸¹ A expressão é de SALLES, Carlos Alberto de. *Processo Civil de Interesse Público*. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **Processo Civil e Interesse Público. O processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 56.

¹⁸² O Ativismo Judicial é tema que vem se tornando cada vez freqüente em nossa doutrina, principalmente diante “das situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.” BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 05 de fevereiro de 2010.

¹⁸³ Referindo-se ao processo civil moderno, destacou Ada Pellegrini Grinover que este “*não é mais visto como mero instrumento técnico para o exercício da jurisdição. Na lúcida lição de Cândido Rangel Dinamarco, considera-se hoje que a jurisdição não está pré-ordenada apenas a escopos jurídicos, tendo também objetivos sociais e políticos. O processo como instrumento posto a serviço dos escopos da jurisdição – jurídicos, sociais e políticos – tem assim reformada a sua característica de instrumentalidade, atribuindo-se especial ênfase à sua efetividade, no sentido de que o processo seja aderente à realidade social e política subjacente e adequado para uma resposta eficaz às controvérsias que estão à sua base.*” GRINOVER, Ada Pellegrini. *Mandado de Segurança Coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada*, *ob. cit.*, pp. 75/84.

¹⁸⁴ Nas precisas considerações de Carlos Alberto Salles, “*no tratamento de interesses difusos e coletivos, a atividade jurisdicional deixa de ser voltada a litígios exclusivamente individuais, para impactar um âmbito predominantemente público. Esse espaço público, que passa a ser objeto de intervenção judicial, é, de sua feita, decorrente da crescente atividade legislativa e regulamentar do Estado, dirigida à modificação e disciplina de fatores básicos da organização social e econômica. Sob pressupostos estritamente liberais, a função do direito está em salvaguardar as autonomias individuais. Sob estas premissas, os objetivos da sociedade surgem da soma das vontades individuais. Com o advento do Estado Social, o próprio direito passa a incorporar objetivos sociais, os quais não são mais simples soma das autonomias individuais, mas metas e valores definidos a priori pelos vários processos decisórios da sociedade.*” *Processo Civil de Interesse Público*, *op. cit.*, p. 56.

¹⁸⁵ LEONEL, Ricardo de Barros, *op. cit.*, p. 33.

Ademais, compete ao juiz a análise sobre a adequada representação do legitimado coletivo, podendo, se for o caso, num sistema de representação de interesses, substituí-lo por outro que, eventualmente, tenha maiores e melhores condições de atuar na defesa dos interesses. Destarte, o devido processo legal, na ação coletiva, não pode ser visto com a mesma rigidez e ortodoxia do processo individual, não tendo o titular individual o direito de *participar do processo*, mas sim, o direito a uma *adequada representação judicial de interesses*.

2.4. O Projeto Brasileiro de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: algumas reflexões:

Como é cediço, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 8.046, de 2010, versando sobre o Novo Código de Processo Civil e, dentre as inovações que possivelmente serão introduzidas na nossa sistemática processual, há o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto nos arts. 930/941.

Trata-se de um modelo inovador no sistema pátrio que está na esteira dos mecanismos que buscam racionalizar a entrega da tutela jurisdicional. Com o incidente de resolução de demandas repetitivas, o legislador concede ao Poder Judiciário um instrumento que visa resolver uma *questão de direito*, cuja solução terá reflexos naquelas demandas ajuizadas, que tenham, nas suas respectivas causa de pedir, a mesma *questão de direito* versada.

O art. 930 traz os dois requisitos *objetivos* que devem ser considerados pelo Tribunal para a admissibilidade do incidente: *i)* a identificação de controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e *ii)* a possibilidade desta multiplicação de processos causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes. A estes, adiciona-se o questionável requisito *subjetivo* de que versa o § 1º, do art. 933, pois ao Tribunal compete aferir, ainda, a “conveniência” de se adotar ou não decisão paradigmática.

Uma vez preenchidos os requisitos objetivos, os legitimados elencados no § 1º, do art. 930, podem requerer a instauração do incidente, ficando a cargo do Tribunal (plenário ou órgão especial) a análise do juízo de admissibilidade e o julgamento do mérito do incidente

(art. 933). Uma vez admitido o incidente, imposta a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo grau de jurisdição, e após regular processamento (art. 934/940), ter-se-á o seu julgamento, cuja “tese jurídica” será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal (art. 938).

O modelo se assemelha, com as variações cabíveis, ao incidente de declaração de inconstitucionalidade, previsto no art. 97, da CRFB, e arts. 480 e seguintes, do CPC; ao incidente de uniformização de jurisprudência (art. 476, do CPC) e, ainda, ao incidente de uniformização de interpretação perante as Turmas Recursais nos Juizados Especiais Federais (art. 14, da Lei n. 10.259/2001).

Nosso objetivo, aqui, não é analisar todos os contornos jurídicos do incidente, até porque seria imprescindível a análise do direito comparado, na medida em que a idéia fora importada do direito alemão, na figura denominada *Musterverfahren*¹⁸⁶, mas tão somente aquelas circunstâncias jurídicas afetas aos temas objeto de nossa pesquisa: representação de interesses, legitimidade e representatividade adequada na tutela coletiva.

A nossa primeira observação quanto à criação deste instrumento no sistema pátrio é o exato reconhecimento, ainda que implícito, de que as nossas ações coletivas não se prestam aos fins a que se destinam, tendo fracassado no objetivo não só de desafogar o próprio Poder Judiciário, evitando a multiplicidade de ações, mas também, no de evitar decisões conflitantes para situações originadas de um mesmo contexto fático-jurídico.

Com certa ousadia, afirmamos que parte do fracasso de nossas ações coletivas, e principalmente daquelas que tutelam direitos individuais homogêneos, decorre da exata extensão dos limites subjetivos da coisa julgada, instituída pelo CDC apenas para favorecer aquele que não foi parte no processo, enraizado que ainda estamos nas noções puramente individualistas dos instrumentos processuais e na figura da representação judicial como representação de pessoas e não de interesses no âmbito coletivo.

No incidente de resolução de demanda repetitiva, começa vir a lume a idéia de que quando um direito transpassa a esfera jurídica de apenas um determinado sujeito para atingir uma constelação de pessoas indeterminadas (ou determinadas), há a necessidade de um

¹⁸⁶ Na própria exposição de motivos do projeto, na nota de rodapé n. 19, esclarece a Comissão de Juristas que, na Alemanha, a figura se chama *Musterverfahren* e gera decisão que serve de modelo (= Muster) para resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente, do mesmo autor, nem do mesmo réu. BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. SENADO FEDERAL. COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Anteprojeto do novo Código de Processo Civil – Projeto de Lei do Senado n. 166, de 2010 (PLS n. 166). Brasília: Senado Federal – DF, Presidência, 2010.

tratamento processual efetivamente diferenciado, para que uma decisão judicial, independentemente de seu conteúdo, atinja a todos os titulares do interesse, não se podendo mais admitir, nestas hipóteses, a coisa julgada *secundum eventum litis*.

Pela sistemática do projeto, elege-se uma ação que será a representativa de todas as demais e que contenha a mesma *questão de direito*. Por força da regra do art. 938¹⁸⁷, o que o Tribunal resolver a respeito da questão de direito comum valerá para todos os processos pendentes, seja favorável ou desfavorável o comando judicial emitido, possuindo, assim verdadeira força de precedente vinculante. Desta forma, a valia da força do incidente é muito maior do que a de uma ação coletiva.

Observa-se que todos aqueles que têm o mesmo direito representado naquela ação piloto, não são partes da ação e poderão ter a sua esfera jurídica atingida pela manifestação do Tribunal. Quando muito, ao que tudo indica, poderão ingressar como “interessados”, nos limites estabelecidos pela regra do art. 935, para que se manifestem no feito e, em assim entendendo, requeiram juntada de documentos e outras diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, devendo ser ressaltado que não há previsão, no projeto, de notificação pessoal, mas sim, divulgação e publicidade, por meio de registro no Conselho Nacional de Justiça – art. 931¹⁸⁸. Em sendo assim, indaga-se: será que vozes surgirão no sentido da inconstitucionalidade do incidente por violação ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, já que a definição da questão poderá atingir a quem não foi parte no processo? Ou será o início de uma maior conscientização de que, no âmbito de representação coletiva de direitos individuais e de representação de direitos coletivos, o contraditório deve ser visto sob outro enfoque?

A problemática toma relevo, pois o projeto não esclarece se a decisão poderá ou não alcançar processos futuros, se limitando a orientar a suspensão dos processos pendentes. Com arrimo em todas as considerações aduzidas nos itens anteriores deste capítulo, em especial na aceção de que a tutela coletiva deve ser vista sob o enfoque da representação de interesses, na nossa concepção, a resolução ou a “tese jurídica” há de ser aplicável a todos os processos futuros¹⁸⁹. Ademais, dois fundamentos contidos no próprio projeto corroboram esta exegese:

¹⁸⁷ “Art. 938. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal.”

¹⁸⁸ “Art. 931. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. Parágrafo único. Os tribunais promoverão a formação e atualização de banco eletrônico de dados específicos sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça, para inclusão no cadastro.”

¹⁸⁹ Em sentido contrário, já se manifestou Igor Bimkowski Rossoi, na sua monografia de conclusão de pós-graduação *stricto sensu* pela Universidade de São Paulo, alegando que o direito destes terceiros, cujas ações ainda não foram propostas, não

a um, a regra do art. 930 estabelecendo como requisito para instauração do incidente a existência de controvérsia contendo “*potencial*” de gerar relevante multiplicação de processos, ou seja, basta a mera possibilidade de instauração de vários processos¹⁹⁰; a dois, a regra do art. 938, que não estabelece qualquer restrição ou limitação do alcance da “tese jurídica”, devendo, *ex vi legis*, ser “aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito”.

Poder-se-ia até pensar que, pela redação da parte final do art. 938,¹⁹¹ a resolução somente seria aplicável aos processos pendentes, pois, consoante a redação do dispositivo, a tese será aplicável a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que “tramitem” na área de jurisdição do respectivo Tribunal, transmitindo, assim, ao menos à primeira vista, a idéia de processos em andamento.

No entanto, dois outros dispositivos demonstram que a tese jurídica será sim aplicável aos processos futuros: os arts. 307, III¹⁹² e 942, IV¹⁹³, do próprio projeto. Por força do art. 307, III, uma vez proposta uma ação envolvendo matéria exclusivamente de direito, cuja pretensão contrarie entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas, o juiz julgará liminarmente improcedente o pedido. Não fosse o suficiente, se os juízes descumprirem a tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas, caberá reclamação à Presidência do Tribunal respectivo, não havendo no art. 942, qualquer esclarecimento de que o seu alcance seria somente de aplicação aos processos pendentes, e, pela máxima do direito, “onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo”.

É bem verdade que, aqui, não se fala em extensão subjetiva da coisa julgada aos demais processos, pois a hipótese preconizada é de incidente processual e de resolução de *questão prejudicial* e não do próprio *thema decidendum*. A questão prejudicial, que,

está em julgamento, não podendo, assim, no se entender, a decisão lhes ser aplicável. ROSSOI, Igor Bimkowski. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e a introdução do *group litigation* no direito brasileiro: avanço ou retrocesso. Disponível em: http://usp-br.academia.edu/IgorRossoni/Papers/217685/O_incidente_de_resolucao_de_demanda_repetitivas_e_a_introducao_do_group_litigation_no_direito_brasileiro_avanco_ou_retrocesso. Acesso em 10.03.2011.

¹⁹⁰ Em tese, portanto, parece possível a existência de uma única ação para que o incidente possa ser instaurado, desde que se perceba que a questão de direito ali debatida tenha o potencial multiplicador de processos.

¹⁹¹ “Art. 938. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal. Parágrafo único. Se houver recurso e a matéria for apreciada em seu mérito, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal ou pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, que, respectivamente, terão competência para decidir recurso extraordinário ou especial originário do incidente, a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem em todo território nacional.”

¹⁹² “Art. 307. O juiz julgará liminarmente improcedente o pedido que se fundamente em matéria exclusivamente de direito, independentemente da citação do réu, se este: [...] III – contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.”

¹⁹³ “Art. 942. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: [...] IV – garantir a observância da tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas;”

inclusive, é resolvida na fundamentação da sentença, vale lembrar, diz respeito aqueles pontos controvertidos de fato e de direito e cuja solução terá influência direta no mérito do processo.

Na hipótese do projeto, questionável ou não, o Tribunal está limitado a resolver questão puramente de direito (excluída a fática) que seja comum a vários processos individuais. A decisão do paradigma será de vinculação obrigatória para todos os demais processos. No entanto, nada impede a existência de outras questões, inclusive as questões fáticas, que serão analisadas em cada processo individual, de modo que, em tese, o objeto (o mérito) em cada um deles poderá ser julgado de maneira diversa, a despeito da questão de direito ter tido a mesma orientação jurisdicional. Imagine-se o clássico exemplo de alegação incidental de inconstitucionalidade de uma legislação que instituiu um determinado tributo. Se o Tribunal, depois de instaurado o incidente de resolução de demandas repetitivas, vier a resolver a questão no sentido da efetiva inconstitucionalidade da lei, todos os juízes terão que seguir esta orientação. Entretanto, em havendo pedidos de restituição do indébito, a questão passa para o campo fático, e, portanto, probatório, podendo a pretensão, inclusive, em alguns processos, ser julgada improcedente, caso o contribuinte, por exemplo, não comprove o pagamento do tributo reputado inconstitucional.

Por outro lado, o que pode e deve ser questionado é a *representatividade adequada* daquele que conduz a ação paradigmática. Enquanto nas ações coletivas, o legislador entendeu por bem estabelecer o rol daqueles que serão os representantes de interesses supraindividuais, consagrando, assim, uma presunção de adequada representação (ainda que relativa) e equilibrando as partes em um processo, no incidente, não houve qualquer preocupação pela Comissão de Juristas com as condições do representante.

A hipótese, no entanto, temos que reconhecer, difere das ações coletivas. Enquanto nas ações coletivas o legitimado conduz todo o processo visando obter a resposta da pretensão jurisdicional aduzida, praticando todos os atos necessários para o convencimento do juiz sobre o contexto fático/jurídico, como produção de provas (inclusive pericial), requerimento de diligências, juntadas de documentos, impugnações, recursos etc., no incidente, por sua vez, considerando que a questão a ser resolvida pelo Tribunal é *puramente de direito*, não envolvendo questão fática, a atuação do representante é mais limitada e voltada à apresentação argumentativa da questão jurídica controvertida. Ademais, em havendo várias ações individuais pendentes, vimos que as partes respectivas, além de outros órgãos e entidades com interesse na controvérsia, podem ingressar na qualidade de

interessadas e exporem o seu ponto de vista, com novos elementos argumentativos que possam enriquecer e influenciar a decisão do Tribunal, sendo certo, ainda, que o próprio Ministério Público terá participação obrigatória, na forma do § 3º, do art. 930. Destarte, estes elementos nos levam à conclusão de que, ao menos numa análise perfunctória, a representatividade adequada poderá não ficar comprometida no incidente de resolução de demanda repetitiva.

Resta-nos, por fim, analisar qual o comprometimento das ações coletivas diante do novel incidente que se pretende positivar no Código de Processo Civil. Será que, uma vez aprovado o projeto, as ações coletivas deixarão de existir em nosso ordenamento, tornando-se letra morta as disposições da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor e outras mais que versam sobre as demandas coletivas? Há incompatibilidade entre os instrumentos?

É evidente que não.

O objetivo do incidente é evitar a multiplicidade de processos individuais que tenham, em sua causa de pedir, a mesma questão de direito. Tanto é verdade que o primeiro requisito do art. 930 para a instauração do incidente é a identificação de “controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito.”

Analisando-se os direitos supraindividuais (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos) em cotejo com a legitimação outorgada pelo legislador pátrio para a respectiva proteção coletiva e as características reinantes para cada espécie, chega-se à conclusão de que o incidente de resolução será aplicável para as hipóteses de direitos individuais homogêneos, pois só estes, utilizando-se da expressão do projeto, têm a “potencialidade” de gerar multiplicidade de ações individuais com a mesma questão de direito.

Para os direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos *stricto sensu*), que são aqueles que transcendem a esfera individual, pertencendo a várias pessoas e que são indivisíveis, na medida em que a satisfação de um implica na satisfação de todos, o legislador não outorgou ao particular (exceto para a hipótese de ação popular) a possibilidade da defesa judicial destes direitos, estabelecendo um rol daqueles que são legitimados para tanto. Assim, por exemplo, se a construção de uma grande fábrica de produção de cerveja, numa pequena localidade, vier a causar danos ao meio ambiente, o particular não poderá ir a juízo

para defender e proteger o meio ambiente. Não tem legitimidade para tanto. Só quem poderá fazê-lo são aqueles elencados no art. 5º, da Lei de Ação Civil Pública.

Desta forma, não teremos, aqui, a multiplicidade de ações a que o incidente busca evitar, pois só aqueles poucos legitimados poderão propor a ação coletiva em defesa do meio ambiente. Destaca-se, no entanto, que a despeito do particular não ter legitimidade para esta ação, nada em impede, em tese, que ele proponha a sua ação para a defesa de algum direito subjetivo seu decorrente da violação do próprio direito coletivo. Na hipótese, *v.g.*, de um acidente nuclear, a despeito da lesão ao meio ambiente, os moradores vizinhos à instalação poderão sofrer exposição à radiação e propor ações individuais visando a reparação dos danos sofridos. Nesta hipótese, no entanto, o direito a que se busca proteção jurisdicional é individual.

Já nos direitos incidentalmente coletivos (individuais homogêneos), cujos titulares individuais também não podem propor a ação coletiva, a própria divisibilidade¹⁹⁴ do direito está a denotar a possibilidade de diversas demandas individuais, onde as pretensões aduzidas em cada uma delas estão contidas na ação coletiva¹⁹⁵. Na ação coletiva para a proteção destes direitos, se a sentença for acolhedora da pretensão autoral, a condenação respectiva será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados, podendo a liquidação e a execução do *decisum* ser individualmente promovida pela vítima e seus sucessores (arts. 95 a 97, CDC). Em havendo ação individual pendente, o legislador concede, inclusive, a possibilidade suspensão opcional do processo individual, a ser requerida no prazo de trinta dias a contar da ciência do ajuizamento da ação coletiva, pois, só assim, estes autores individuais poderão ser beneficiados por eventual sentença de procedência da ação coletiva. (art. 104, CDC).

Não se pode afirmar, no entanto, que, a despeito do campo de incidência do possível novel instrumento de resolução de demandas repetitivas ser dos direitos individuais

¹⁹⁴ Na verdade, na análise da divisibilidade do direito individual homogêneo, podemos destacar, com respaldo na doutrina, dois momentos importantes: antes e após a sentença condenatória genérica. Afirma-se, assim, que os “*direitos individuais homogêneos são indivisíveis e indisponíveis até o momento de sua liquidação e execução, voltando a ser indivisíveis se não ocorrer a tutela integral do ilícito.*” JUNIOR, Fredie Didier e JUNIOR, Hermes Zeneti. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 04, *cit.*, p. 78.

¹⁹⁵ Vale destacar, embora não seja objeto de nosso estudo, entende parte da doutrina não existir continência entre ação coletiva (tutela de direitos individuais homogêneos) e as ações individuais. Como destaca o professor Antônio Gidi, “não é porque o consumidor se pode beneficiar da imutabilidade do comando da sentença coletiva (extensão *in utilibus* da coisa julgada) que se pode dizer que o seu pedido está sendo julgado (exatamente por estar contido no pedido que deu início à ação coletiva) por esta. Tanto mais quanto se percebe que casos há, como perspicazmente anteviu Barbosa Moreira, “em que a soma é algo mais do que simplesmente o conjunto das parcelas, exatamente porque o fenômeno assume, no contexto da vida social, um impacto de massa.” É verdade que, à primeira vista, há a impressão de que a lide individual corresponde a uma parcela da lide coletiva e, assim, seria como se a ação individual já estivesse “contida” na ação coletiva proposta. Todavia, tecnicamente não ocorre “tal continência”, porque em caso de improcedência da ação coletiva, a coisa julgada não atinge a individual.” GIDI, Antônio. **Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas**, *cit.*, p. 211.

homogêneos, as ações coletivas para a proteção destes direitos irão cair em desuso. Relembre-se que o objeto de cognição do incidente, louvável ou não e tal como consta do projeto, é o exame apenas de questões de direito que sejam comuns, não envolvendo questões fáticas. Desta forma, se, por exemplo, uma determinada companhia que fornece energia elétrica para uma região, como Rio de Janeiro e São Paulo, simplesmente interrompe a prestação de serviço pelo período de 24 (vinte e quatro) horas, os milhares de consumidores poderão propor suas ações individuais para reparação dos danos sofridos e, a princípio, não há questão de direito a ser resolvida, somente questão fática, inviabilizando, a princípio, o incidente de resolução de demanda repetitiva. Destaca-se, ainda, que, nesta hipótese, cabível será, ainda, a demanda coletiva.

Mesmo diante de questões de direito comuns a vários sujeitos que intentam buscar do Judiciário proteção jurisdicional, quer nos parecer que a ação coletiva (tutela de direito individual homogêneo) continua sendo cabível. Aqui, inclusive, até em função da própria representatividade adequada, o ideal é que a ação paradigmática seja a ação coletiva (caso já tenha sido proposta) e, como não há, no projeto, critérios objetivos de escolha da ação, deve o Tribunal dar preferência àquela, tendo em vista o melhor preparo técnico do legitimado coletivo.

Destarte, mesmo se aprovado o projeto de lei com o incidente de resolução de demandas repetitivas, as ações coletivas continuarão subsistindo, não havendo incompatibilidade entre elas e o novel instrumento que se pretende instaurar, observadas as reservas apontadas.

3. DA LEGITIMAÇÃO COLETIVA:

3.1. Aspectos gerais da legitimidade:

A expressão *legitimidade* não é exclusivamente um conceito jurídico, pertencente ao direito processual. Lembra uma das maiores autoridades no assunto, Donald Armelin, que ela também se encontra no campo sociológico e político para explicar o fenômeno da dominação, ou seja, “*como uma forma de justificação desta pelo dominante e de sua aceitação pelos dominados*”¹⁹⁶.

Existe, na visão de Donald Armelin, uma vinculação direta entre *poder* e *legitimidade*, sendo esta, na verdade, uma qualidade daquela, a despeito deste poder, no entanto, poder ser exercido com ou sem legitimidade, pois, se “*a dominação justifica o exercício do poder, a legitimidade desta dominação legitima o próprio poder dela emanado*.”¹⁹⁷ Em decorrência, por estar a legitimidade jungida ao exercício do poder, via de regra ela é vista no pólo ativo da relação de dominação. No entanto, não existe exercício de poder sem a figura dos ‘dominados’ de modo que esta relação será sempre bilateral, todavia, é preciso que estes estejam adstritos às conseqüências da dominação, caso contrário, “o poder legitimado exercido contra quem não está passivamente legitimado para a ele submeter-se implica em arbítrio, *ad instar* do que ocorre com o poder exercido fora dos parâmetros da legitimação.”¹⁹⁸

Não se pode negar, no entanto, existir uma proximidade entre a legitimidade no fenômeno sociológico para a legitimidade no campo jurídico, isto porque quer em um, quer em outro, a estrutura da legitimidade implica numa forma de outorgar poder a determinada autoridade, onde um indivíduo acaba se sobrepondo a outrem. Nas precisas observações de Donald Armelin:

¹⁹⁶ ARMELIN, Donald. *Legitimidade para agir no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, p. 05.

¹⁹⁷ *Idem, ibidem*, p. 06.

¹⁹⁸ *Idem, ibidem, loc. cit.*

Desde a outorga de poder à autoridade suprema do grupo social, *in casu*, do Estado, até a outorga de uma faculdade jurídica a um determinado sujeito de direito, encontra-se subjacente a esse relacionamento jurídico o fenômeno dominação, pois, em graus e esferas de amplitude maiores ou menores, a vontade de um indivíduo se sobrepõe à de outro ou de todos os membros do grupo, devidamente amparada pelo sistema legal, que, normalmente, enquanto atribui poderes, direitos, faculdades, cria, correlatamente, cargos, obrigações e ônus, respectivamente, nos pólos ativo e passivo de tal relacionamento.¹⁹⁹

No campo jurídico, é evidente que a legitimidade não é exclusiva do direito processual, estando em várias áreas, sendo inerente à própria teoria geral do direito. Aqui, inclusive, a legitimidade deve ser vista como requisito indispensável à perfeição do próprio ato jurídico, de modo que, na visão daquele professor, a ausência de legitimidade importa em *ineficácia* do ato, não se confundindo, no entanto, *invalidade* com *ineficácia*. Assim, para Donald Armelin, “enquanto a legitimidade está no campo da eficácia dos atos jurídicos em geral, a capacidade constitui requisito da própria validade dos atos jurídicos”²⁰⁰.

Destaca, ainda, este insigne professor, a existência de dois elementos para a formulação do conceito de legitimidade: um de ordem subjetiva e outro de ordem objetiva. O primeiro deve ser visto à luz da possibilidade concedida pelo ordenamento à alguém para a prática ou exercício de determinado ato; já o segundo, qual seja, o objetivo, relaciona-se com a existência da situação de fato legitimante que autorize a atuação do referido sujeito²⁰¹.

Assim, consideradas estas premissas gizadas, conclui Donald Armelin que, na teoria geral do direito, a legitimidade deve ser entendida como

[...] a idoneidade do sujeito para a prática de determinado ato ou para suportar seus efeitos, emergente em regra da titularidade de uma relação jurídica ou de uma situação de fato com efeitos jurídicos, asseguradora da plena eficácia deste mesmo ato, e, pois, da responsabilidade pelos seus efeitos, relativamente àqueles atingidos por estes.²⁰²

É de se destacar que o próprio legislador pátrio não se preocupou em estabelecer os exatos limites da legitimidade. Tanto é verdade que não encontramos no Código Civil nenhuma referência expressa à legitimidade, apenas contornos tocantes à capacidade, validade, nulidade e anulabilidade. O mesmo se diz com relação à eficácia e não eficácia de um determinado ato.

¹⁹⁹ *Idem, ibidem, loc. cit.*

²⁰⁰ ARMELIN, Donald, *op. cit.*, p. 13. Importante destacar que esta posição de Donald Armelin não é pacífica, pois existem diversos dispositivos legais, em nosso sistema, estabelecendo como consequência para a carência de legitimidade, a possibilidade de *anulação* do ato praticado.

²⁰¹ *Idem, ibidem*, p. 12.

²⁰² *Idem, ibidem*, p. 13.

Esta falta de positivação pelo legislador acaba estabelecendo uma certa divergência na consequência jurídica para a carência de legitimidade na prática de um ato, até em outros ramos do direito. No campo do direito administrativo, *v.g.*, se pode afirmar que a outorga de competência é uma forma de atribuição de legitimidade, pois, quem é competente, pode agir eficazmente. Mas nesse mesmo plano, como reconhece Donald Armelin²⁰³, “a falta de competência, vale dizer, do poder de agir, no âmbito do direito administrativo, é vista sob a ótica da nulidade”²⁰⁴.

No próprio direito civil também encontramos outra consequência para a ausência de legitimidade que não a ineficácia do ato, como preconizada por Donald Armelin. Cita-se, à guisa de exemplificação, a regra do art. 496, do CC/02²⁰⁵, segundo a qual o ascendente não pode vender bens a um de seus descendentes se os demais, e o cônjuge do alienante, não consentirem²⁰⁶. A hipótese, aqui, não é de falta de capacidade, mas sim, de legitimidade²⁰⁷. No entanto, o legislador consagra ser “anulável” a realização deste negócio jurídico sem o apontado consentimento²⁰⁸.

²⁰³ E, ainda, pondera este professor: “É necessário escandir bem as esferas da validade, da eficácia e da existência, tão bem trabalhadas por Pontes de Miranda, para que se faça uma distinção precisa a esse respeito, até porque, no plano processual, isto se torna fundamental. Deveras, a existência ou inexistência permitem a admissibilidade de um tipo de ação, que é a ação declaratória, para o seu questionamento, enquanto que os pressupostos de validade, se ausentes, autorizam apenas uma ação constitutiva, consoante posicionamento doutrinário majoritário. As consequências práticas que disso defluem são consideráveis. Mas o plano da eficácia ainda não apresenta uma definição concreta e incontrovertida a respeito das suas repercussões na adequação da ação judicial direcionada ao reconhecimento da sua inexistência, embora a ausência de legitimidade *ad causam* seja reconhecida no plano processual como fator de declaração de inadmissibilidade da pretensão da tutela jurisdicional.” ARMELIN, Donald. Ação Civil Pública: Legitimidade Processual e Legitimidade Política. In SALLES, Carlos Alberto de (org.). **Processo Civil e Interesse Público – O processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 114/115.

²⁰⁴ Não fosse o suficiente, outros contornos jurídicos ainda são emprestados para a expressão “legitimidade” no próprio campo do direito administrativo. Aqui, o termo “legitimidade” ainda é tido como atributo do ato e implica na presunção *juris tantum* de que o mesmo foi praticado de acordo com o ordenamento jurídico, em observância, portanto, ao princípio da legalidade. Muito embora não se confunda com a legalidade, não há como se negar que a visão dos administrativistas é no sentido de que tudo que é legal é presumivelmente legítimo. Na Administração Pública, uma e outra se identificam, dado que a lei é, para o administrador, o instrumento que concede legitimidade à sua função e aos seus atos. Isto significa dizer, em outras palavras, que na administração só é legítimo o que é legal. GASPARI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 77; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 72, 182; MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 141.

²⁰⁵ Eis a redação do art. 496: “É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido.”

²⁰⁶ Outros exemplos podem ainda ser citados de falta de legitimação para a prática de determinados atos: o marido e a esposa somente podem praticar os atos elencados no art. 1.647, CC/02, se um der o consentimento ao outro (salvo na hipótese do regime de separação absoluta); o condômino de coisa indivisível somente pode vender sua quota parte a estranhos ao condomínio se houver previamente ofertada a preferência aos demais condôminos (art. 504, CC/02); as pessoas indicadas no art. 1.521, a despeito de serem capazes, não podem casar devido a laços de parentescos de sangue ou civil, ou à preexistência de outro vínculo matrimonial não extinto ou à circunstância de haverem sido condenadas pela prática de certos atos qualificados como crime.

²⁰⁷ Importante destacar que *capacidade* não se confunde com *legitimidade*. Na precisa distinção estabelecida por Washington de Barros Monteiro, “a capacidade é aptidão para adquirir direitos e exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil”, já a *legitimação* “consiste, pois, em saber se uma pessoa em face de determinada relação jurídica, tem ou não capacidade para estabelecê-la num ou noutro sentido”. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. 1º vol. São Paulo: Saraiva, 1986, pp. 57/60.

²⁰⁸ A regra do art. 550, do CC/02, é outro exemplo de previsão legal de que a ausência de legitimidade acarreta a possibilidade de *anulação* do ato. Se o cônjuge adúltero procede à doação ao seu cúmplice, este negócio jurídico, na forma

De toda sorte, é perfeitamente admissível o reconhecimento da possibilidade das esferas da *existência*, da *validade* e da *eficácia* não coincidirem. A existência, no entanto, é pressuposto da eficácia e da validade, ou seja, é preciso verificar, antes de mais nada, se o ato existe e, em caso negativo, nada mais será analisado. Mas se existente, é possível que seja válido e não produza efeitos, ou que seja nulo e produza efeitos. Com esta assertiva, o que queremos afirmar é que o campo da validade não se confunde com o campo da eficácia, sendo uma impropriedade afirmar que ato válido produz efeitos e que o ato nulo não produz efeitos.²⁰⁹ Pensa-se, por exemplo, no casamento de pessoas do mesmo sexo. Trata-se de um ato juridicamente inexistente. Por outro lado, se o casamento for entre um homem e sua irmã, o ato existe, mas não vale, é nulo, sendo certo que produzirá efeitos em relação aos eventuais filhos e aos próprios cônjuges, se o casamento for putativo. Por outro lado, na hipótese do testamento regularmente instituído, o ato será considerado válido, mas, enquanto não morrer o testador, não produzirá efeitos²¹⁰. O que se quer demonstrar, portanto, é que a validade e a eficácia, definitivamente, são planos diversos e assim devem ser compreendidas.

3.2. A legitimidade *ad causam* no direito processual civil:

Com a autonomia do direito de ação em contraposição ao próprio direito material, coube à Liebman, embora reconhecendo que o direito de ação existe independentemente do direito material, considerar a existência de uma categoria estranha ao mérito da causa e denominada de ‘condições da ação’, apontando-se, assim, no direito processual,²¹¹ a *legitimação ad causam* ao lado do interesse de agir e da possibilidade jurídica do pedido. Concebeu ele, portanto, a ação como um simples direito de se obter um provimento

daquele dispositivo, pode ser “anulado” pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

²⁰⁹ Também neste sentido, CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. 01, *cit.*, p. 253.

²¹⁰ Exemplos colhidos da obra do professor CÂMARA, Alexandre Freitas, *ibidem*, pp. 253/254.

²¹¹ O próprio professor Donald Armelin reconhece que é no campo do direito processual que estão as maiores considerações sobre a legitimidade. Vejam-se as suas considerações: “De um modo geral, o desenvolvimento da teoria da legitimidade deveu-se precipuamente aos processualistas, onde o problema aflorou de modo mais agudo e a própria natureza do processo, com sua projeção no tempo e sua seqüência de atos vinculados a um determinado fim, propiciou uma melhor análise desse instituto, principalmente no que tange à legitimidade para agir, que pode se enfocada como um ponto de conexão entre o direito processual e o direito material.” ARMELIN, Donald, *op. cit.*, p. 03.

jurisdicional de mérito, qualquer que seja o seu conteúdo, devendo, no entanto, para sua existência, serem preenchidos determinados requisitos, rotulados de condições da ação.²¹²

No que toca à legitimidade *ad causam*, para Liebman, a sua identificação consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir e a pessoa em relação à qual este interesse existe²¹³⁻²¹⁴. Abstraindo-se das discussões doutrinárias sobre a natureza eclética²¹⁵ ou não da teoria de Liebman²¹⁶, não se pode negar que, seja como for, há um vínculo existente entre a *legitimidade ad causam* e a *relação jurídica de direito material*, ou seja, identifica-se a legitimidade para a causa analisando-se os titulares da relação jurídica de direito material.

Neste mesmo sentido, precisas são as lições de José Carlos Barbosa Moreira referindo-se a “*situações legitimantes*”, pois a lei material cria um determinado esquema subjetivo abstrato, que é definido pela indicação de determinadas situações jurídicas subjetivas, ou seja, na visão de um de nossos maiores processualistas (se não o maior), “denomina-se legitimação a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, tal como resulta da postulação formulada perante o órgão judicial, e a situação legitimante prevista na lei para a posição processual que a esta pessoa se atribui, ou que ela mesma pretenda assumir.”²¹⁷

O fator, portanto, caracterizador da legitimidade de agir, no direito processual civil brasileiro, está na íntima ligação entre o direito material e o próprio direito processual, ou seja, para identificarmos aqueles que poderão ser considerados partes legítimas, temos que buscar, no direito material, a *situação jurídica legitimante*, analisando quais são os titulares da relação jurídica de direito material aduzida em juízo. O requisito, portanto, da pertinência

²¹² Alguns processualistas pátrios abrandaram o rigor desta concepção para estabelecer que as condições da ação não podem ser vistas com condições para a *existência* do direito de ação, mas sim, condições para *regular exercício* do direito de ação. Neste sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Legitimação para Agir. Indeferimento da Petição Inicial. **Temas de Direito Processual**. Primeira Série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 199.

²¹³ LIEBMAN, Enrico Túllio. **Manual de Direito Processual Civil**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 157.

²¹⁴ Por esta razão, inclusive, e considerando o disposto no art. 3º, do CPC, como aponta Fredie Didier, alguns doutrinadores consideram o interesse de agir a única condição da ação. Como afirma, “é que, tanto a legitimidade *ad causam*, quanto a possibilidade jurídica do pedido, seriam nuances, aspectos do exame do interesse de agir”. Este posicionamento, no entanto, não é o que prevalece em sede doutrinária. JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I, *op. cit.*, pp. 186/187.

²¹⁵ Sabemos que, pela teoria eclética, a ação tem natureza abstrata na medida em que não condiciona a existência do processo à existência do direito material afirmado pelo autor, ou seja, a ação existe ainda que o demandante não seja o titular do direito material que afirma existir.

²¹⁶ J. J. Calmon de Passos chegou a afirmar que Liebman era um “concretista sob disfarce”. Em torno das condições da ação – a possibilidade jurídica. PASSOS, J.J. Calmon. **Revista de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, nº. 4, 1961, pp. 57-66.

²¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara**. Rio de Janeiro, Ano III, nº 09, Set. Dez – vol. 09 – 1969, pp. 41/55.

subjetiva da ação encontra, de regra, sua adequação na coincidência entre os sujeitos da relação jurídica de direito material e os sujeitos da relação jurídica de direito processual.²¹⁸

Desta forma, se quem vai a juízo buscar a tutela jurisdicional é o titular da relação jurídica de direito de material, a legitimação é ordinária. Pode ocorrer, entretanto, que aquele que está em juízo não seja o titular do direito material, posto que, autorizado pela lei (art. 6º, do CPC), está em nome próprio defendendo interesse alheio. Nesta hipótese, a legitimação é extraordinária. Com escólio, ainda, nas precisas observações de José Carlos Barbosa Moreira, “quando a situação legitimante coincide com a situação deduzida em juízo, diz-se ordinária a legitimação; no caso contrário, a legitimação diz-se extraordinária.”²¹⁹

Este esquema da legitimação é plenamente justificável posto que ninguém melhor do que o próprio titular da relação de direito material para requerer a sua proteção perante o Poder Judiciário. Nestes casos, o legislador atribuiu ao próprio titular o poder de agir em defesa de seus direitos. A ausência de legitimidade *ad causam* acarreta a carência do direito de ação, pois houve irregularidade no exercício do poder de demandar. A dominação a que se refere Donald Armelin, foi exercida ilegitimamente ou com “arbitrariedade”, impondo ao juiz a extinção do processo sem resolução do mérito²²⁰.

3.3. A complexidade da legitimidade *ad causam* na ação coletiva brasileira:

Um dos pontos mais nefrálgicos no campo do processo coletivo está na análise da natureza jurídica da legitimidade *ad causam* dos legitimados coletivos. Isto porque o legislador brasileiro, fugindo do analisado padrão de *situações legitimantes*, entendeu por

²¹⁸ Neste exato sentido, GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil. Introdução do Direito Processual Civil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 236.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 43.

²²⁰ Importante destacar que não se pode confundir a legitimidade *ad causam* com a legitimidade *ad processum*. Esta não surge da vinculação com as disposições da relação jurídica de direito material, mas sim, da capacidade de estar em juízo, ou seja, da capacidade de atuação processual, que decorre, para as pessoas físicas, a partir do momento em que se encontram em pleno exercício de seus direitos. Distingue-se, assim, a legitimidade *ad processum* da legitimidade *ad causam*. Dotados de legitimidade *ad processum*, aquele que propôs a ação e aquele em face de quem foi proposta poderão atuar eficazmente no processo em razão de ocuparem um dos pólos da relação processual, decorrendo as suas respectivas legitimidades, portando, da posição do processo e não do direito material. Poderá o réu, inclusive, por exemplo, dotado de legitimidade *ad processum*, argüir a sua – ou a do próprio demandante – ilegitimidade *ad causam*. A ausência de legitimidade *ad processum*, acarreta, no entanto, a nulidade do próprio processo, pois, como ocorre nos negócios jurídicos em geral, a inexistência de sujeitos capazes obsta a própria validade do negócio jurídico. Aqui, na carência de capacidade processual, a hipótese é de ausência de pressuposto processual de validade, cuja consequência jurídica, no entanto, será a mesma que a ilegitimidade *ad causam*, qual seja, a extinção do processo sem resolução do mérito, não com fulcro no inciso VI, mas sim, *ex vi* do inciso IV, do art. 267, do CPC.

apresentar o rol daqueles que são os legitimados à propositura de uma ação coletiva e que estão, expressamente, previstos no art. 82, do Código de Defesa do Consumidor, e no art. 5º, da Lei n. 7.347/85, adotando, assim, o sistema *ope legis* de legitimação.

Desta forma, o que se observa é que a análise da legitimidade para as ações coletivas não está no estudo da afirmada titularidade da relação de direito material. E nem poderia, pois as considerações até aqui apresentadas referentes à situação legitimante, como elemento caracterizador do instituto da legitimidade *ad causam* para o processo, são frutos das concepções individualistas de uma época onde não se conheciam os chamados direitos supraindividuais.

Deste modo, a concepção de legitimidade com que trabalha a teoria geral do processo decorre do estudo das relações interindividuais e, portanto, aplicável no campo do processo individual, cuja representação é a representação de pessoas, razão pela qual se destaca a sua absoluta inaplicabilidade no âmbito das tutelas coletivas. Como adverte Rodolfo de Camargo Mancuso, “a noção de justa parte, quando se trata de interesses metaindividuais, não pode ser encontrada a partir da titularidade do direito e, sim, da capacidade ou da idoneidade do portador destes interesses em representá-los adequadamente”.²²¹

Conseqüentemente, não se pode pretender levar para o processo coletivo a dicotomia legitimação “ordinária/extraordinária”²²², na medida em que a titularidade de direitos nunca estará em discussão, uma vez que os direitos metaindividuais não são direitos “*in cerca di autore*”²²³.

José Roberto dos Santos Bedaque também identificou esta problemática destacando que as noções de legitimação ordinária e legitimação extraordinária não são muito adequadas no campo dos direitos metaindividuais, pois, como aduz:

²²¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos – conceito e legitimação para agir**, *cit.*, pp. 183/184.

²²² Marcelo Abelha, encampando a tese do professor Nelson Nery, consagra que, “nas ações coletivas para a defesa de direitos metaindividuais, o eixo da análise deixa de ser a titularidade do direito material e passa a ser o reconhecimento da adequada representação, no processo, para proteger e tutelar estes direitos. Assim, preferimos dizer que a legitimidade é autônoma, um *tertium genus*, e que aprioristicamente, não deve ser classificada como ordinária ou extraordinária. Não é ordinária porque o atingido pela coisa julgada não é o titular do direito de ação, ainda que se dissesse que o ente com representatividade adequada tenha por finalidade institucional a defesa desses direitos. Repita-se, os limites subjetivos da coisa julgada alcançarão os titulares do direito adequadamente representados em juízo. Não é extraordinária nos moldes clássicos porque não se identifica o substituído e, portanto, não se sabe quando seria ordinária.” ABELHA, Marcelo. **Ação Civil Pública e Meio Ambiente**, *cit.*, p. 68.

²²³ ROCHA, Luciano Velasque. **Ações Coletivas – O Problema da Legitimidade para Agir**, *cit.*, 124/127.

[...] os interesses difusos ou coletivos são aqueles que não pertencem a uma só pessoa, pertencem a uma categoria de pessoas. Aliás, pelo menos em relação a uma parcela desses direitos metaindividuais, os titulares sequer são passíveis de individualização. Nos chamados direitos ou interesses difusos, não se sabe quem é o titular, não se pode precisar, individualizar, a quem aquele interesse se refere diretamente. Já nos interesses coletivos, os titulares são passíveis de individualização. Têm objeto indivisível e pertencem a uma categoria de pessoas.²²⁴

É preciso que se visualize o processo coletivo não como um processo de *representação de pessoas*, o que é típico, repise-se, das demandas individuais. Temos que abandonar o ‘fascínio’ pelo individualismo para que possamos enfrentar o processo coletivo sob outra ótica. No processo coletivo, o que se tem é a *representação de interesses*, cujos titulares muitas das vezes não podem ser identificados, em especial diante daquelas ações propostas na defesa de interesses difusos, de modo que o autor de uma ação coletiva não pode ser encarado como um substituto processual, representante da coletividade, mas sim como um representante do interesse objeto de proteção jurisdicional.

Destarte, quer nos parecer que a melhor resposta dada pela doutrina à questão da legitimação, no âmbito do processo coletivo, é aquela apresentada pelo professor Nelson Nery²²⁵. Afirma este professor que o problema da legitimação para agir nas ações coletivas não deve ser entendido segundo as regras de legitimação para a causa, com as inconvenientes vinculações com a titularidade do direito material invocado em juízo, “mas sim, à luz do que na Alemanha se denomina *de legitimação autônoma para a condução do processo (selbständige Proze&führungsbefugnis)*”²²⁶, não se buscando, assim, no direito substancial, explicações para esta legitimação.

A doutrina tedesca elaborou o conceito do ‘direito de conduzir o processo’ (*prozessfuhrungsrecht*) em contraposição ao instituto da ‘legitimação *ad causam*’ para resolver problemas processuais emergentes de situações onde próprio legislador separou a titularidade do direito material do direito de conduzir o processo, “retirando este do titular do direito e atribuindo a um terceiro”²²⁷.

²²⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Legitimidade Processual e Legitimidade Política. In: SALLES, Carlos Alberto de. (org.). **Processo Civil e Interesse Público. O processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 104/105.

²²⁵ Outros autores, deveras expressivos, também seguiram esta orientação, como, v.g., PIZZOL, Patrícia. **Liquidação nas ações coletivas**. São Paulo: *Lejus*, 1998, p. 126; SILVA, Sandra Lengruber da. **Elementos das ações coletivas**, *cit.*, p. 80; ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito Processual Coletivo Brasileiro. Um novo ramo do direito processual**, *cit.*, p. 500.

²²⁶ JÚNIOR, Nelson Nery. **Princípios do Processo na Constituição. Processo Civil**, *cit.*, p. 193.

²²⁷ ARMELIN, Donald. **Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil**, *cit.*, p.115.

Pode-se afirmar, portanto, que, para aqueles que defendem a “legitimação autônoma” para a condução do processo na ação coletiva, o objetivo foi o de desvincular a legitimidade *ad causam* da titularidade da relação jurídica substancial. Indubitavelmente, não há como rechaçar esta assertiva. Entretanto, afirmar que a legitimação é autônoma para a condução do processo quando se está a tratar de ações coletivas não é suficiente. Isto quer dizer apenas que a legitimidade, aqui, é autônoma em relação ao direito material, ou seja, deve ser rejeitada a afirmação de titularidade do direito como situação legitimante²²⁸, mas, uma vez afastada a situação de titularidade como situação legitimante, surge, aparentemente, um vácuo, havendo a necessidade de se compreender o que, então, pode e deve ser considerado como situação legitimante.

Neste particular, a resposta que vem sendo apontada pela doutrina está na *representatividade adequada*, ou seja, o legitimado para agir nas ações coletivas será o representante adequado, de modo que a situação legitimante está vinculada à aptidão para a tutela de direitos. Em outras palavras, como esclarece Luciano Velasque Rocha, “o legitimado o é por ser quem melhor pode tutelar a situação jurídica litigiosa e não por se afirmar titular desta mesma situação.”²²⁹

É por esta razão que o legislador brasileiro entendeu por tirar do cidadão²³⁰ a possibilidade da propositura de uma ação coletiva para a tutela dos interesses supraindividuais, vez que seu desempenho, por vezes, não se afigura satisfatório para a consecução do objetivo de uma tutela efetiva²³¹.

Desta forma, é preciso que o legitimado para a ação coletiva tenha reais condições de proceder à defesa do interesse objeto da demanda. Tem que estar habilitado e possuir condições de litigar com aqueles que estão violando normas de direito substancial que

²²⁸ Também neste sentido, ROCHA, Luciano Velasque, *op. cit.*, p. 138.

²²⁹ *Idem, ibidem*, p. 142.

²³⁰ Exceto na hipótese da Ação Popular, cujo art. 1º, da Lei n. 4.717/65, confere ao cidadão a legitimidade para a propositura desta ação.

²³¹ Nossos Tribunais vêm rejeitando ações propostas por indivíduos que não estão legitimados à defesa do interesse coletivo. Recentemente, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro rejeitou uma ação de obrigação de fazer proposta por dois moradores de uma determinada localidade no Rio de Janeiro que, insatisfeitos com a prestação do serviço de esgoto sanitário da rua em que residem, propuseram esta ação com o objetivo de obter a condenação do Estado do Rio de Janeiro em reparar a rede de esgoto. Assim foi redigida a ementa do acórdão: “DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais em que objetivam os autores o reparo da rede de esgoto sanitário da rua em que residem e indenização por alegados danos morais. Ilegitimidade ativa *ad causam* reconhecida. A pretensão autoral se dirige à proteção de um direito difuso, pois, uma vez atendida, beneficiará não só os próprios autores, mas também a coletividade. O direito em questão abrange não apenas o bem estar dos autores, mas também a própria conservação do meio ambiente, a demonstrar evidente interesse público, justificando o ajuizamento tão somente de ação coletiva, na qual apenas determinado número de pessoas podem postular em juízo a sua tutela. Ilegitimidade ativa corretamente reconhecida a conduzir à inadequação da via eleita. Sentença mantida. Desprovisionamento recurso.” (Apelação Cível n. 0149584-27.2009.8.19.0001, Rel. Des. Maria Inês Gaspar, 17ª Câmara Cível, data do julgamento: 10/11/2010, D.O. de 25/11/2010). Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em 18/02/2010.

protegem toda uma coletividade, devendo, assim, a sua atuação ser absolutamente esmerada, apresentando credibilidade, seriedade e conhecimento técnico específico, possibilitando uma defesa processual válida em juízo²³².

²³² Embora não seja objeto do presente estudo, na medida em que merece uma análise muito mais aprofundada, vale destacar, no entanto, que boa parte da doutrina vem apontando que, no âmbito das demandas coletivas, o ‘*interesse processual*’ decorre da própria ‘*legitimação para agir*’. José Marcelo Menezes Vigliar afirma, textualmente, “*que não há necessidade de se considerar o interesse de agir, que decorre da própria legitimação. Presume-se interessado quem estiver legitimado. Nem poderia ser diferente, já que a indivisibilidade, como regra, rege os interesses transindividuais, havendo verdadeira presunção (iure et de iure) no interesse (principalmente do prisma subjetivo).*” VIGLIAR. José Marcelo Menezes. **Tutela Jurisdicional Coletiva**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 146. No mesmo sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos – conceito e legitimação para agir**, *cit.*, pp. 174/175. Em sentido contrário, no entanto, podemos apontar Ricardo de Barros Leonel, ressaltando que a presunção a que se refere a doutrina é a presunção do *interesse material* e não do *interesse processual*, aduzindo que a sua tese está confirmada diante da “*desnecessidade de subjetivação do interesse supra-individual tutelado (identificação do autor), diversamente do que ocorre, nas lides individuais, em que deve ser demonstrado o liame entre o direito subjetivo e o autor.*” Parece-nos, inclusive, assistir razão a este professor, pois, mesmo nas demandas coletivas, há a necessidade de verificação do trinômio, nos seguintes termos: “necessidade do provimento jurisdicional, pela impossibilidade de equacionamento extraprocessual da questão”; “adequação da via coletiva e do provimento pretendido” e da “utilidade do provimento para o equacionamento da crise verificada no direito material”. LEONEL. Ricardo de Barros, *op. cit.*, pp. 209/211.

4. A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NAS AÇÕES COLETIVAS BRASILEIRAS

4.1. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras:

Considerando o completo afastamento das noções puramente individuais de legitimação *ad causam*, a *situação jurídica legitimante* do autor coletivo, como vimos, não está na vinculação à titularidade da relação jurídica de direito material, mas sim, na sua aptidão para a defesa dos interesses, ou seja, na sua *adequada representatividade*.

No direito norte americano, o quarto pressuposto de admissibilidade das *class actions* está no preenchimento da *adequacy of representation*²³³, desincumbindo o juiz da tarefa de verificar, no caso concreto (controle *ope judicis*)²³⁴, as reais condições de que se reveste o indivíduo, autor da demanda coletiva, o que se afigura perfeitamente justificado tendo em vista a extensão da coisa julgada *erga omnes* em qualquer situação, seja diante de uma sentença de procedência, seja diante de uma sentença de improcedência do pedido. Em sendo assim, é razoável a existência de um rigoroso critério de verificação da qualificação daquele que está em juízo representando toda uma coletividade de pessoas²³⁵.

A verificação, inclusive, desta representatividade adequada, não se limita ao autor da *class action*, exigindo-se, da mesma forma, do advogado que conduz a causa, pois ele é o verdadeiro *dominis litis* da demanda, havendo um rigor muito maior dele do que do próprio representante da classe²³⁶. É através deste requisito que três resultados poderão ser atingidos²³⁷: (i) minimiza-se o risco de colusão, (ii) incentiva-se uma conduta vigorosa do representante e do advogado do grupo e (iii) assegura-se que sejam trazidos para o processo

²³³ “Rule 23(a) (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class”.

²³⁴ No direito norte-americano, cabe ao juiz verificar se ação pode ser transformada ou continuar como sendo de natureza coletiva (*defining function*). É na fase de certificação (*certification*) que ocorre a verificação da *adequacy of representation* e a notificação (*notice*) dos membros da classe ausentes para que, assim, se possa garantir o *due process of law* e, posteriormente, a extensão da coisa julgada de caráter vinculante.

²³⁵ Esta representatividade adequada - segundo observações feitas pelo professor Cássio Scarpinella Bueno, tomando por base doutrina americana - é aferida diante da concorrência de três elementos básicos: os membros presentes na ação devem demonstrar que têm interesse jurídico na promoção daquela demanda, competência do advogado e inexistência de conflito interno na classe. BUENO, Cássio Scarpinella. *As Class Actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras*: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 82, abril-junho, 1996, p. 104.

²³⁶ Consoante lições do professor GIDI, Antônio. *A Representação Adequada nas Ações Coletivas Brasileiras: uma proposta*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 108, out./dez. 2002, pp. 63/65.

²³⁷ Tais resultados são precisamente apontados por GIDI, Antônio, *ibidem*, p. 100.

todos os reais interesses dos membros ausentes. “O objetivo, em última análise, é assegurar tanto quanto possível, que o resultado obtido com a tutela coletiva não seja diverso daquele que seria obtido se os membros estivessem defendendo pessoalmente seus interesses.”²³⁸

A despeito de nossas ações coletivas, em especial aquelas que visam tutelar direitos individuais homogêneos, terem sido inspiradas nas *class actions* do sistema norte americano (*Rule 23 das Federal Rules of Civil Procedure*), o legislador, no entanto, adotou uma “disciplina original”²³⁹, como se observa, por exemplo, pela inexistência do *right to opt out*, pelo tratamento diverso à *fluid recovery*, pela adoção de uma coisa julgada beneficiando os titulares dos direitos individuais, que podem mover suas ações pessoais, mesmo após a improcedência da demanda coletiva²⁴⁰.

Quanto ao controle da representatividade adequada, no direito brasileiro, por sua vez, o anteprojeto da Ação Civil Pública, o chamado *Projeto de Bierrenbach*, trazia previsão expressa da verificação *ope judicis*, o que, entretanto, veio a ser vetado pelo Chefe do Executivo. Posteriormente, mesmo após o advento da Carta Constitucional e a aprovação do Código de Defesa do Consumidor, a situação jurídica positivada manteve-se a mesma, não existindo, no direito pátrio, nenhuma norma legal versando sobre o controle judicial da *adequacy of representation*.

Diante da previsão legal do rol dos legitimados à propositura da ação civil pública e da ação coletiva²⁴¹, afirma-se que o critério aqui adotado é aparentemente objetivo (critério *ope legis*) de controle de representatividade adequada²⁴², presumindo-se, assim, que estes entes exponenciais terão condições reais de litigar em igualdade de situação com a parte adversa, sendo os adequados e legítimos representantes dos interesses da coletividade, do grupo ou da classe.

²³⁸ *Idem, ibidem*, p. 100.

²³⁹ A expressão é da professora GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 101, jan./mar. 2001, p. 26.

²⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 26.

²⁴¹ Diferentemente do que ocorre no sistema norte americano, onde a legitimidade das *class actions* é aferida *ope judicis* e não *ope legis*. No direito estadunidense, não existe um rol no qual o juiz está adstrito, razão pela qual a atuação do magistrado é muito mais ativa no sentido de verificar a representatividade adequada, considerando fatores como “o comprometimento com a causa, a motivação e o vigor na condução do feito, o interesse em jogo, as disponibilidades de tempo e a capacidade financeira, o conhecimento do litígio, honestidade, qualidade de caráter, credibilidade e, com especial relevo, a ausência de conflito de interesse.” MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, p. 79.

²⁴² Além das disposições legais prevendo os legitimados à propositura de uma demanda coletiva, a previsão de norma, no direito brasileiro, excluindo a incidência da coisa julgada nas sentenças de improcedência por insuficiência de prova, para alguns, é outro elemento jurídico de concessão à imperatividade do conceito de representação adequada em tela de ações coletivas. GIDI, Antônio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**, *cit.*, p. 80, nota de rodapé n. 44.

4.2. A *presunção relativa de representatividade adequada dos legitimados coletivos previstos na lei*:

A despeito da previsão expressa dos legitimados ativos à propositura de uma ação coletiva e além dos apontamentos feitos pela doutrina²⁴³, a experiência forense vem demonstrando que, em determinadas hipóteses, alguns legitimados coletivos não se mostram com competência e credibilidade para proceder à defesa do interesse supraindividual²⁴⁴.

Em decorrência, a melhor exegese é no sentido de que a presunção estabelecida pela lei de representatividade adequada para os legitimados coletivos não é *iure et de iure*, mas sim *iure tantum*²⁴⁵⁻²⁴⁶, podendo ser ilidida no caso concreto, concedendo-se, assim, ao juiz ampla oportunidade de aferir a credibilidade, a seriedade, a capacidade de produção de uma defesa válida por aquele que está autorizado pela lei para conduzir a ação coletiva.²⁴⁷⁻²⁴⁸.

²⁴³ A professora Ada Pellegrini Grinover destacou os problemas de determinadas associações que, embora obedeçam os requisitos legais, não apresentam a credibilidade, a seriedade, o conhecimento técnico científico, a capacidade econômica e a possibilidade de produzir uma defesa processual válida. Da mesma forma, destaca, ainda, esta professora, a atuação do Ministério Público onde, em determinados casos, os interesses defendidos pelo *parquet* não coincidem com os verdadeiros valores sociais da classe, de cujos interesses ele se diz portador em juízo. Ações Coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 361, maio/junho de 2002, p. 05.

²⁴⁴ O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na Apelação Cível n. 02809/03, através da 3ª Câmara Cível, em voto da lavra do Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, entendeu que as associações não têm legitimação para a defesa de direitos individuais homogêneos, o que, no entanto, é absolutamente questionável. Entretanto, o que chama atenção neste julgado, é o reconhecimento da ausência de representatividade adequada que foi, inclusive, aferida após a propositura da ação. Neste caso, entendeu o TJERJ que a associação autora não tinha condições de representar, adequadamente, os interesses discutidos em juízo, na medida em que, após a sentença de procedência do pedido e antes mesmo de sua confirmação pelo Tribunal, a associação passou a distribuir panfletos oferecendo, mediante o pagamento da quantia de R\$ 30,00 (trinta reais), cópia da sentença prolatada para que o associado pudesse fazer acordo com as empresas daquilo que foi estabelecido na sentença. Consoante consta do acórdão, “o documento de fls. 584, intitulado “AÇÃO COLETIVA – CARTÃO C&A – LEIA COM ATENÇÃO, não contribui para a melhor credibilidade da conduta da Autora.” Eis a ementa deste julgado: “CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA POR ASSOCIAÇÃO NA DEFESA DOS INTERESSES DOS CONSUMIDORES, OBJETIVANDO VER DECLARADAS NULAS CLÁUSULAS QUE REPUTA COMO ABUSIVAS EM CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO DA 2ª RÉ (C&A) ADMINISTRADO PELA 1ª (INOVACARD). SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. ILEGITIMIDADE ATIVA DE ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DOS FILIADOS E DE REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA, ESTA ÚLTIMA DENOTADA POR FATOS VERIFICADOS NO CURSO DA DEMANDA. PROVIMENTO DO APELO DAS RÉS PARA ACOLHER A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA, JULGANDO-SE EXTINTO O PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Terceira Câmara Cível. Apelação Cível n. 0144507-86.1999.8.19.0001 (2003.001.02809), j. 13/04/2004, D.O. de 02/07/2004. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 18/02/2010.

²⁴⁵ No mesmo sentido, VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant Class Action Brasileira*: limites propostos para o Código de Processos Coletivos, *ob. cit.*, 2007, p. 313.

²⁴⁶ Como iremos apontar no item 4.4, *infra*, as pessoas jurídicas de direito público interno não estão sujeitas à análise da representatividade adequada, na medida em que ampla legitimação que lhes é conferida decorre de mandamento constitucional. MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**, *cit.*, p. 311.

²⁴⁷ O talentoso professor Antônio Gidi é outro defensor do controle da representatividade adequada pelo juiz brasileiro, embora reconheça, no entanto, que, aqui, o controle deve ser muito mais limitado do que o controle nas *class actions americanas*. Segundo este professor, “o juiz brasileiro não somente pode, como tem o dever de avaliar a adequada

Reconhece-se, no entanto, que expressiva doutrina não admite o controle judicial de representatividade adequada nas ações coletivas brasileiras²⁴⁹, havendo, inclusive, quem acene pela inconstitucionalidade de eventual lei expressa admitindo o controle judicial desta representação²⁵⁰. Com as vênias devidas aos ilustres representantes desta orientação doutrinária, este entendimento, a toda evidência, não pode ser acolhido. Como adverte André Vasconcelos Roque:

Caso não se permitisse este controle judicial, quaisquer que fossem as circunstâncias do caso concreto, ainda que se evidenciasse a incompetência, má-fé, mediocridade ou mesmo fraude cometida pelo representante, o juiz estaria obrigado a aceitar passivamente a situação e dar prosseguimento ao processo, como se nada errado tivesse acontecido diante dos seus olhos.²⁵¹

representação dos interesses do grupo em juízo. 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. Caso contrário, o processo deve ser extinto sem julgamento do 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.” E ousadamente conclui: “*Esta proposta, porém, não é de lege ferenda, mas de lege lata. Ou seja, é independente da reforma legislativa. Basta um juiz competente e interessado.*”. Esta idéia do professor Antônio Gidi de que a solução é de *lege lata* e não de *lege ferenda* está fulcrada nas normas constitucionais, em especial, no *devido processo legal* – art. 5º, inciso LIV, da CRFB. Ou seja, sustenta este doutrinador, em síntese, que a representação adequada é inerente ao *devido processo legal coletivo*. Destarte, afirma: “*Através deste 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 através de um representante. Mas não através de um representante qualquer: o grupo deve estar representado em juízo por um representante adequado*”. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos, cit.**, pp. 134/135.

²⁴⁸ A professora Doutora Susana Henriques da Costa da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em seu artigo intitulado de “Representatividade Adequada e Litisconsórcio – o Projeto de Lei n. 5.139/2009”, traz um interessante acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, admitindo o controle da representatividade adequada com arrimo, inclusive, no direito norte americano. Veja-se a ementa: “*Processo civil. Ação Civil Pública. Ação Coletiva. Carência de ação. Representatividade adequada. Ilegitimidade ativa. Proibição de produzir e comercializar cigarros. Reserva do possível. Impossibilidade jurídica do pedido. Extinção sem resolução do mérito. 1. Nada obstante o controle judicial sobre a representatividade adequada se opere ope legis de forma objetiva, verifica-se que o sistema se ajusta mais a uma discricionariedade judicial. O modelo do direito comparado, que atribui ao juiz o controle da “representatividade adequada” (Estados Unidos da América, Código Modelo para Ibero América, Uruguai e Argentina) pode ser tranqüilidade adotado no Brasil, na ausência de norma impeditiva. 2. A representação adequada é um conceito jurídico indeterminado, aberto, portanto, a ser integrado no caso concreto pelo convencimento motivado do juiz de acordo com a finalidade da lei. Existem dados sensíveis que caracterizam a representatividade idônea e adequada. Segundo a doutrina, esses dados são: a credibilidade, a seriedade, o conhecimento técnico-científico, capacidade econômica, a possibilidade de produzir uma defesa processual válida. 3. Com os esclarecimentos de fato elencados nos autos, após ponderação entre as conseqüências da intervenção para os atingidos e os objetivos perseguidos pela autora, a Turma, por maioria, proferiu juízo positivo sobre a adequação da representatividade para a medida perseguida na ação civil pública. Vencido o relator que considerava que a representação para o caso não é adequada em razão dos efeitos adversos para não associados ou mesmo associados fumantes (...)*” (TJ/Df, 1ª Turma, Apelação Cível n. 20060110354965-DF, Rel. Des. Flávio Rostirola, DJU de 18-09-2007, p. 109). SOUZA, Suzana Henriques da. Representatividade adequada e Litisconsórcio. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (Coordenadores). **Em defesa de um novo sistema de Processos Coletivos – Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 630-631.

²⁴⁹ Neste sentido, NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 1.137-1396; DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública, cit.**, pp. 201/202. A professora Ada Pellegrini Grinover, inicialmente, chegou a sustentar esta tese, no entanto, posteriormente, mudou seu posicionamento quando da publicação de seu estudo “Ações Coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada” ao afirmar: “Quer me parecer que o sistema brasileiro, embora não afirme expressamente, não é avesso ao controle da “representatividade adequada” pelo juiz, em cada caso concreto”. *Op. cit.* p. 05.

²⁵⁰ Neste sentido, ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 113/116.

²⁵¹ ROQUE, André Vasconcelos. O que significa representatividade adequada? Um estudo de direito comparado. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Vol. IV. Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ, p. 157. Disponível em: www.redp.com.br. Acesso em 10.10.10.

Pós Carta Constitucional de 1988, o direito processual civil vive um novo momento histórico em razão da forte influência da renovação do pensamento jurídico, de modo que “a necessidade de controle judicial da adequação do legitimado coletivo decorre da aplicação da cláusula do devido processo legal à tutela jurisdicional coletiva.”²⁵²

É pela correta adequação do representante dos interesses metaindividuais que as garantias constitucionais do processo estarão preservadas. Através da adequada representação se legitima não só o próprio provimento jurisdicional, mas a extensão de seus efeitos àqueles que não figuraram no processo coletivo, impedindo, ainda, o desvirtuamento da ação coletiva que pode ser utilizada de forma a contrariar os interesses metaindividuais.²⁵³

É bem verdade que frente às origens do *civil law* do direito pátrio, há uma maior dificuldade na acepção desta representatividade adequada, diferentemente do sistema norte americano que, por ser proveniente do *common law*, facilita a adoção na forma jurisprudencial. No entanto, é crescente a preocupação de se tornar mais efetivo o processo judicial, exigindo-se, assim, principalmente dos magistrados, uma postura mais ativa e dinâmica no processo, afastando-se da concepção, há muito já superada, de um juiz absolutamente neutro e inerte. Busca-se, cada vez mais, dar aplicabilidade às lições de Chiovenda de que *o processo deve proporcionar a quem tem razão tudo aquilo e precisamente aquilo a que ele tem o direito de obter.*²⁵⁴

Se para as ações individuais já se impõe uma atitude mais efetiva do Poder Judiciário, com maior razão para as ações coletivas. Na percepção do professor Rodolfo de Camargo Mancuso:

[...] é inegável o papel de *juiz ativo* no plano da jurisdição coletiva, quanto mais não seja pela circunstância de a eficácia do julgamento apresentar-se potencializada, projetando-se *ultra partes* ou mesmo *erga omnes*, donde deve o juiz desdobrar os cuidados com os quesitos relevância social do interesse e sua adequada representação nos autos. Com isto, contribuirá o Judiciário para prevenir o desvirtuamento da ação coletiva, que de outro modo poderia servir como instrumento em favor de interesses subalternos ou mesmo escusos, os quais, em

²⁵² Na feliz observação de Fredie Didier Júnior. O Controle Jurisdicional da Legitimação Coletiva e as Ações Coletivas Passivas (O Artigo 82 do CDC). JUNIOR, Fredie Didier. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Ano I, nº 06, Porto Alegre: Editora Magister, maio/junho de 2005, pp. 71/80.

²⁵³ Evita-se, assim, por exemplo, como adverte Ricardo de Barros Leonel, o “ajuizamento de ações temerárias, sem fundamento razoável, por entidades que não tenham estofó moral ou técnico para promover a defesa coletiva em juízo e proponham a ação por motivos simplesmente políticos ou emulatórios; ajuizamento de ação por associação instituída com a exclusiva finalidade de obter um provimento para legitimar uma conduta ilícita; demanda pré-destinada ao insucesso, mal fundada ou conduzida para uma absolvição do demandado, fruto de colusão entre o autor e o réu”. LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**, *cit.*, pp. 170 e 172.

²⁵⁴ Vale lembrar que o direito fundamental à efetividade “também pode ser designado de princípio da máxima coincidência possível. Trata-se de velha máxima chiovendiana, segundo a qual, o processo deve dar a quem tem razão o exato bem da vida a que ele tem direito, se não precisasse se valer do processo jurisdicional. O processo judicial deve primar, na medida do possível, pela obtenção deste resultado (tutela jurisdicional) coincidente com o direito material”. JUNIOR, Fredie Didier **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**, *cit.*, p. 41.

casos extremos, poderiam configurar, segundo refere Cássio Scarpinella Bueno, verdadeiras falcatruas multitudinárias.²⁵⁵

Ademais, se o próprio sistema brasileiro permite ao juiz confrontar a constitucionalidade da lei, e, num caso concreto, deixar de aplicá-la por entender contrária aos valores prestigiados pela Carta Constitucional, na mesma linha deve ser enaltecida a circunstância de que a figura presumida de adequada representação dos legitimados coletivos, não só pode, como deve ser “posto em cheque diante de um enfoque constitucional sério e pautado, como não poderia deixar de ser, à luz do seu art. 5º, LIV e LV, no vetor do devido processo legal.”²⁵⁶

Adiciona-se, ainda, a estas ponderações, o alargamento das funções estritamente jurisdicionais dos juízes frente à característica da *conflittualità massiva* típica dos interesses difusos, que deixam de equacionar conflitos estritamente jurídicos para estabelecer verdadeiras escolhas políticas. À guisa de exemplificação de situações conflituosas envolvendo estes direitos, podem ser mencionados: 1) a proteção dos recursos florestais que pode ir de encontro aos interesses da indústria madeireira e, por decorrência, com os interesses dos lenhadores à manutenção dos seus empregos; 2) a interdição de um aeroporto supersônico que atende aos interesses dos moradores de uma localidade, mas conflita com os interesses da construção civil; 4) o conflito que pode ser instaurado diante daqueles que tem interesse em preservar diversas casas antigas de um centro urbano e representativas de uma época *versus* interesses dos incorporadores imobiliários e de pessoas desejosas de adquirirem terrenos baratos; 5) o conflito de interesse na preservação de um meio ambiente salubre e livre de *smog versus* interesses dos transportadores em utilizar o diesel como forma de baratear os custos; 6) o conflito gerado diante de decisões administrativo-políticas em nível local, como a de construir um asilo, frustrando, assim, os interesses dos que prefeririam a edificação de um centro cultural etc.²⁵⁷

Em todos estes exemplos, haverá uma escolha pela prevalência de determinado direito fundamental levado a cabo não só pelo juiz, mas também pelo próprio representante

²⁵⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos – conceito e legitimação para agir**, *cit.*, pp. 283/284.

²⁵⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, *op. cit.*, p. 130.

²⁵⁷ Todos os exemplos foram colhidos do livro do professor MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos - conceito e legitimação para agir**, *cit.*, pp. 101/102.

adequado²⁵⁸. Ao ser elaborada a petição inicial, a causa de pedir já representará uma escolha política por um interesse fundamental. Imagine-se, assim, uma obra a ser realizada por um município visando a construção de um parque aquático para lazer dos munícipes, enquanto que, naquele município, há uma carência total de infra-estrutura de saúde pública e saneamento básico²⁵⁹. A propositura de uma ação coletiva impugnando a realização desta obra, implica em adentrar no campo das opções do administrador público que devem estar pautadas nas regras e princípios constitucionais, observando a legalidade e a moralidade administrativa.

Assim, em virtude da conflituosidade e mutabilidade dos interesses supraindividuais, na própria causa de pedir de uma ação coletiva observa-se que o representante adequado, muitas das vezes, não se limita aos fatos e fundamentos jurídicos do pedido. Outros argumentos de cunho axiológico deverão ser declinados, “pois o acolhimento ou rejeição de uma demanda coletiva reflete por vezes o exercício, pelo Poder Judiciário, de opção entre valores igualmente relevantes, verdadeiras escolhas políticas, anteriormente deixadas ao largo da jurisdição, deferidas exclusivamente aos Poderes Executivo e Legislativo.”²⁶⁰

Desta forma, é inconcebível que o juiz nada possa fazer em um processo coletivo quando verifica, por exemplo, que o representante está sendo relapso, incompetente e não demonstrando qualquer interesse pelo processo ou mesmo pelo grupo. Se esta desídia estiver apenas no âmbito da produção do conjunto probatório, os resultados daí decorrentes não são tão gravosos, pois, em função da sistemática da regra do art. 103, do CDC, a improcedência por insuficiência de prova não veda a possibilidade de repetição de nova ação coletiva. A questão fica mais delicada se a incompetência repercutir na forma de condução de processo e, principalmente, na fundamentação jurídica apresentada na defesa da tutela coletiva, pois, aqui

²⁵⁸ Por estas razões, inclusive, a doutrina vem defendendo uma interpretação crítica, aberta e flexível das normas processuais coletivas, evitando-se aplicações extremamente técnicas, incompatíveis com a tutela coletiva dos direitos transindividuais e individuais homogêneos. Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma equação para a estabilização da demanda. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e KAZUO, Watanabe (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 146; GIDI, Antônio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo**, cit., pp. 161/165. Nas precisas considerações do professor Antônio Gidi, “ainda que pareça contraditório, o ‘rigoroso’ em matéria de direito processual coletivo é ser flexível. O operador que não for flexível não estará atuando com rigor técnico científico.” E ainda adverte: “Ainda hoje é assustador o nível de mediocridade de certas interpretações extremamente pobres do direito como um todo e do direito processual coletivo em particular. Muitas somente podem ser justificadas por terem sido originárias em pareceres ou em outro tipo de corrupção.” GIDI, Antônio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo**, cit., pp. 161/162.

²⁵⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual de Processo Coletivo**, cit., p. 234/235.

²⁶⁰ *Idem*, *ibidem*, p. 232.

- e na hipótese de direitos individuais homogêneos -, nova ação (coletiva) não poderá ser proposta tendo uma melhor argumentação jurídica.

Coletando-se, na doutrina, os principais argumentos contrários à tese do controle *ope judicis* no sistema brasileiro da adequada representação do legitimado coletivo, chega-se à conclusão de que os mesmos não são convincentes e podem ser facilmente ser refutados. Vejamos²⁶¹:

a) Primeiro argumento: a coisa julgada instituída pelo Código de Defesa do Consumidor foi apenas para beneficiar e não para prejudicar:

O legislador do Código de Defesa do Consumidor (art. 103) entendeu por estabelecer uma regra diferenciada da coisa julgada quando a tutela jurídica versada for para os direitos transindividuais, afastando-se, assim, aparentemente, da regra do Código de Processo Civil, onde a coisa julgada atinge somente aqueles que foram partes no processo. Em decorrência, introduziu-se naquele diploma um misto de coisa julgada *secundum eventum litis, secundum eventus probationis, erga omnes e ultra partes*, considerando cada uma das espécies dos direitos coletivos e os possíveis conteúdos decisórios.

Feita uma análise da regra do art. 103, do Código de Defesa do Consumidor, o intérprete chega efetivamente à conclusão de que o titular do interesse representado em juízo não será atingido pela coisa julgada prolatada contra a sua esfera jurídica e desde que não tenha participado do processo. No entanto, aqueles que invocam este argumento, se esquecem da coisa julgada formada em relação aos próprios legitimados coletivos, pois, nesta hipótese, tais sujeitos, via de regra, são afetados pelos efeitos da coisa julgada, independentemente do resultado do processo (*pro e contra*).

A sistemática da imutabilidade da sentença, contida no Código de Defesa do Consumidor, opera efeitos distintos para os membros individualizados e para os legitimados coletivos. É preciso, assim, que se raciocine sobre a regra da coisa julgada nas ações coletivas considerando dois planos distintos: “o plano individual” e o “plano coletivo”²⁶².

²⁶¹ Os argumentos apresentados foram muito bem detectados pelo professor GIDI, Antônio. A Representação Adequada nas Ações Coletivas Brasileiras: uma proposta, *op. cit.*, pp. 63/65.

²⁶² Tais expressões foram pontualmente levantadas por ROQUE, André Vasconcelos. O que significa representatividade adequada? Um estudo de direito comparado, *op. cit.*, p. 158.

Para os titulares individualizados do direito, como se apontou, a coisa julgada somente lhes atinge se a sentença for favorável, consoante §§ 1º e 2º do art. 103, do CDC. Os legitimados coletivos (direitos difusos e coletivos *stricto sensu*), por sua vez, só não serão atingidos quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de prova, tendo o legislador, aqui, optado pela coisa julgada *secundum eventum probationis*. Na hipótese, por sua vez, de ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos “a coisa julgada coletiva se formará independentemente do resultado da demanda, seja a ação julgada procedente ou improcedente”²⁶³. A coisa julgada, nesta última hipótese, para os legitimados coletivos se forma *pro e contra*. O que é *secundum eventum litis* nesta hipótese é a extensão *in utilibus* da coisa julgada para a esfera individual.

Destarte, um representante inadequado na defesa dos interesses supraindividuais pode comprometer a ação coletiva proposta. Na hipótese de interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, se a ação é julgada improcedente não tendo por fundamento a insuficiência de prova, nova ação coletiva não poderá ser repetida. A mesma sistemática é aplicável à hipótese de interesses individuais homogêneos com o diferencial da irrelevância do fundamento da sentença, pois independentemente de seu conteúdo, a coisa julgada material atinge todos os legitimados coletivos, inviabilizando, assim, nova demanda coletiva.

Imagine-se, por exemplo, a hipótese de uma ação civil pública com o objetivo de ressarcimento dos danos causados diante de uma poluição fluvial²⁶⁴, cuja sentença tenha julgado improcedente o pedido por entender que não houve dano ambiental. Nesta hipótese, outro ente coletivo estará impossibilitado de propor nova ação visando a reparação do dano ambiental causado. Desta forma, dúvidas não se têm de que o próprio direito difuso e a efetividade do processo restaram prejudicados.

Ainda que se possa permitir aos moradores ribeirinhos a propositura de ação individual para indenização dos danos causados na sua propriedade²⁶⁵, o direito ambiental simplesmente não poderá mais ser objeto de proteção jurisdicional e se realmente tiver ocorrido o dano ao meio ambiente, a questão estará preclusa e nenhum outro legitimado coletivo poderá levar o tema ao debate judicial²⁶⁶ e o bem coletivo continuará lesado, sem possibilidade de rediscussão²⁶⁷.

²⁶³ GIDI, Antônio. **Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas**, cit., p.140; LENZA, Pedro, **Teoria Geral da Ação Civil Pública – 3ª ed., revista e ampliada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 252.

²⁶⁴ O exemplo foi colhido do livro de VIOLIN, Jordão, *op. cit.*, p. 66.

²⁶⁵ Note-se que eles não têm legitimidade para defender o direito difuso, pois a lei não lhes conferiu esta legitimidade.

²⁶⁶ Talvez preocupados com esta questão, os autores do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América acabaram se inspirando na elaboração da regra do § 1º, do art. 33, daquele Código Tipo para dispor que: “*Mesmo na*

Não podemos deixar de destacar, aqui, os reflexos destas considerações sob o prisma da visão do processo coletivo como sendo de representação de interesses. Questionamos a amplitude da regra da coisa julgada estabelecida pelo art. 103, do CDC, na medida em que foi estabelecida considerando o processo coletivo como sendo representativo de pessoas e não de interesses. Se a visão fosse de representação de interesses, a coisa julgada atingiria a todos, sejam os legitimados coletivos, sejam os membros individualmente considerados.

Destarte, por todas estas considerações, constata-se que a adequada representação do legitimado coletivo é pressuposto lógico do devido processo legal coletivo, o que deve não só autorizar, mas impor ao juiz verificar, no caso concreto, as reais condições do *ideological plaintiff* na defesa do direito supraindividual.

b) 2º argumento: a previsão legal dos legitimados coletivos gera uma presunção iure et de iure de representatividade adequada:

Acreditar que a simples previsão na lei do rol daqueles que estão legitimados à propositura de uma ação coletiva consiste em lhes atribuir representatividade adequada de caráter absoluto é, no mínimo, uma “ingenuidade”²⁶⁸. Diversas são as situações ocorrentes, na praxe forense, que levaram e continuam levando o questionamento e controle pelo juiz das condições reais do legitimado coletivo. Basta pensarmos, *v.g.*, nas diversas manifestações do Poder Judiciário dos entraves doutrinários estabelecidos sobre a possibilidade ou não do Ministério Público propor ações coletivas para a defesa de direito individual homogêneo, sendo certo que, após uma certa tergiversação, nossos tribunais vêm reconhecendo a legitimação do *Parquet*, em tais hipóteses, somente quando for reconhecida a relevância social destes direitos.²⁶⁹⁻²⁷⁰

hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de (2) dois anos contados da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado.”

²⁶⁷ Vale lembrar que a legitimidade coletiva é tida como *concorrente* e *disjuntiva*: *concorrente* em relação aos representantes adequados que, entre si, concorrem em igualdade para a propositura da ação e *disjuntiva* já que qualquer entidade poderá propor sozinha, sem anuência, intervenção ou autorização dos demais, podendo, no entanto, ser formado um litisconsórcio facultativo.

²⁶⁸ A expressão é do professor GIDI, Antônio. A Representação Adequada nas Ações Coletivas Brasileiras, *op. cit.*, p. 64.

²⁶⁹ Dentre tantos, seguem alguns precedentes, neste sentido, do BRASIL, Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial n. 114263/PR, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 01/02/2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200901028441&dt_publicacao=01/02/2011; Recurso Especial n. 1005587/PR, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 14/12/2010. Disponível em: http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/pagina_lista.asp; Recurso Especial n. 1010130/MG, Relator Ministro Luiz

Ademais, no próprio Código de Defesa do Consumidor encontramos substrato jurídico para defender a possibilidade do controle *ope judicis* da representatividade adequada no sistema brasileiro²⁷¹. Consoante redação do art. 82, § 1º, uma vez que os critérios estabelecidos pela lei para que uma associação possa propor uma demanda coletiva são insuficientes, o legislador permite ao juiz dispensar o requisito da constituição ânua, desde que detecte “manifesto interesse social” evidenciado pela “dimensão ou característica do dano”, ou pela “relevância do bem jurídico tutelado”.

Ainda que se possa admitir que o legislador tenha tentado estabelecer critérios objetivos de controle *ope legis* de representatividade adequada²⁷², os critérios apontados são falhos justamente diante da impossibilidade de se exaurir todos os parâmetros objetivos para controlar a atuação dos legitimados coletivos,²⁷³ de modo que o controle *ope judicis* é inerente ao processo coletivo e ao seu respectivo devido processo legal.

Não se pode esperar que a eventual previsão na lei de requisitos objetivos possam ser suficientes para garantir que os direitos sejam defendidos com robustez pelo legitimado coletivo. Impõe-se apurar, no caso em concreto, se o representante reúne os atributos necessários que o tornam o adequado representante para a condução daquele processo coletivo, de modo que cabe ao juiz a atribuição desta verificação. Como bem pontuaram Fredie Didier e Hermes Zaneti, “todos os critérios para a aferição da *representatividade adequada* devem ser examinados a partir do conteúdo da demanda coletiva.”²⁷⁴

Fux, DJ de 24/11/2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200702808749&dt_publicacao=24/11/2010; Recurso Especial n. 1185867/AM, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJ de 12/11/2010. Disponível em: http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/pagina_lista.asp; Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1183128/RJ, Relator Ministro Hamilton Carvalho, DJ de 16/12/2010. Disponível em: http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/pagina_lista.asp; Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1050662/DF, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJ de 08/08/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200800880012&pv=010000000000&tp=51>; Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1249132/SP, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 09/09/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200902248850&pv=000000000000>. Todos acessados em 25/01/2011.

²⁷⁰ Esta questão será analisada com um pouco mais de profundidade no item 4.5, *infra*.

²⁷¹ Neste sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações Coletivas Ibero Americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada, *op. cit.*, p. 05.

²⁷² Como, por exemplo, a exigência de constituição mínima de 01 (um) ano para as associações e, ainda, a pertinência temática entre o objeto da ação coletiva e as finalidades institucionais da entidade associativa (art. 5º, IV, *a e b*, da Lei nº 7.347/85, e art. 82, IV, da Lei nº 8.078/90).

²⁷³ José Marcelo Menezes Vigliar destaca, com precisão, que fizemos “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 dos legitimados bastaria à solução do problema”. E conclui: “Puro engano”. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant Class Action* Brasileira: Limites propostos para o Código de Processos Coletivos, *op. cit.*, p. 313.

²⁷⁴ JUNIOR, Fredie Didier; JUNIOR, Hermes Zaneti. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 04, *cit.*, p. 205.

c) 3º argumento: a aferição da representatividade adequada é dispensável visto o Ministério Público sempre atuar como custos legis:

De igual sorte, também não convence o argumento segundo o qual não há necessidade deste controle uma vez que o Ministério Público funciona como fiscal da lei. Inexiste qualquer incompatibilidade entre as funções do *Parquet* e a atuação judicial nas ações coletivas. Como ressaltou o professor Antônio Gidi:

O Ministério Público pode até estar em melhores condições de verificar a representatividade adequada, no entanto, de nada adianta o membro do Ministério Público constatar a inadequação do representante se ele não puder alertar o juiz sobre este fato e requerer a extinção do processo sem julgamento do mérito. (...) Ademais, *quis custodiet ipsos custodes?* Quem fiscalizará o fiscal da lei quando ele for o autor de uma ação coletiva inadequadamente conduzida ou proposta? Uma representação inadequada prejudica os interesses do grupo, ainda que regada de boa vontade e boa fé e abençoada pelo poder estatal.²⁷⁵

Ademais, o próprio Ministério Público não está imune à fiscalização pelo juiz de sua adequada representação. Apesar de toda respeitabilidade que possui a instituição, conquistada ao longo de tantos anos, desde a sua criação, o princípio constitucional do devido processo legal só restará observado diante do controle judicial sobre sua atuação, o que de certa forma irá pressionar ao próprio *Parquet* a conduzir o processo com maior empenho e dedicabilidade²⁷⁶.

Imperativo, portanto, reconhecer uma postura mais dinâmica do juiz na aferição da representatividade do legitimado coletivo. A natureza pública da relação processual, a própria busca da verdade real e os imperativos de uma justiça efetiva fundamentam o controle *ope judicis*. É através da adequada representação que se tem a efetiva defesa dos interesses metaindividuais em juízo; a perfeita proteção das posições jurídicas dos lesados que integram a classe, mas estão ausentes; o cumprimento das garantias constitucionais do processo; a “legitimação” do processo coletivo e seus institutos como forma econômica de equacionamento de conflitos e a “legitimação” da extensão subjetiva dos efeitos do julgado a quem não foi parte.²⁷⁷

²⁷⁵ GIDI, Antônio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta, *op.cit.*, p. 64.

²⁷⁶ Em sentido contrário, MAZZILLI, Hugro Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**, *cit.*, p. 313.

²⁷⁷ LEONEL, Ricardo de Barros Leonel, *op. cit.*, p.173, *passim*.

4.3. Da possibilidade do controle judicial sobre a adequada representação frente à nova hermenêutica constitucional:

Já se afirmou, na doutrina, que a ausência de parâmetros positivados pelo legislador impede o controle judicial sobre a adequada representação do legitimado coletivo²⁷⁸. A admissão deste controle, na visão de alguns, “pode gerar uma arbitrariedade judicial, pois sua caracterização *ope judicis*, é por natureza subjetiva”²⁷⁹ e, além disto, “o direito brasileiro, pelas suas origens, tem a lei como sua principal fonte, o que dificulta bastante a assimilação de instrumentos abertos que deixem ao livre-arbítrio do juiz a decisão sobre determinado aspecto.”²⁸⁰

As ponderações apresentadas neste sentido, por mais respeitadas que sejam, com as vênias devidas, não podem ser aceitas. Vivemos, hoje, a idéia de uma nova *interpretação constitucional*, em especial, no que diz respeito aos direitos humanos, o que não significa, no entanto, uma completa ruptura ou desprezo aos clássicos modelos de hermenêutica (gramatical, histórico, sistemático e teleológico).²⁸¹

A partir da segunda metade do século XX, quando no cenário pós-guerra já não mais se aceitava a rígida separação entre a ética o direito, frutos de um positivismo exacerbado, lançou-se, assim, uma nova semente para não só interpretar, mas garantir os próprios direitos fundamentais²⁸², num movimento de interação entre valores, princípios e regras, de modo que, como ressalta Luís Roberto Barroso:

O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre a ética e o Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente.²⁸³

²⁷⁸ Neste sentido, MAIA, Diogo Campos Medina, *op. cit.*, p. 114.

²⁷⁹ *Idem, ibidem, loc. cit.*

²⁸⁰ *Idem, ibidem, loc. cit.*

²⁸¹ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 347.

²⁸² Observa Paulo Bonavides que os “os direitos fundamentais, em rigor não se interpretam, concretizam-se. A metodologia clássica da velha hermenêutica de Savigny, de ordinário, aplicada à lei e ao direito privado, quando empregada para interpretar direitos fundamentais raramente alcança decifrar-lhe o sentido. Os métodos tradicionais, a saber, gramatical, lógico, sistemático e histórico, são de certo modo rebeldes a valores, neutros em sua aplicação, e por isso mesmo impotentes e inadequados para interpretar direitos fundamentais. Estes se impregnam de peculiaridades que lhes conferem um caráter específico, demandando técnicas ou meios interpretativos distintos, cuja construção e emprego gerou a Nova Hermenêutica.” BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 545.

²⁸³ BARROSO, Luis Roberto, *op. cit.*, p. 328.

É nesta esteira que os princípios acabam ganhando *status* de norma jurídica, de modo que, hoje, as normas constitucionais são vistas à luz de duas grandes categorias, quais sejam, os *princípios* e as *regras*²⁸⁴, concedendo, assim, à Constituição o qualificativo de diploma axiológico, de forma que o método tradicional de subsunção de aplicação do direito ao caso concreto tornou-se absolutamente insuficiente, havendo a necessidade de uma posição mais ativa do intérprete e aplicador da Constituição.

Desta forma, a nova interpretação constitucional, incentivada pela constitucionalização dos direitos materiais e processuais fundamentais acabou por retirar dos Códigos e do próprio direito infraconstitucional o núcleo hermenêutico do intérprete.²⁸⁵ Desta forma não existe mais espaço para o juiz *la bouche de la loi*, tendo a lei perdido a sua posição central de fonte do direito, cedendo espaço, assim, para a Constituição.

A despeito dos seus mais de vinte anos de vigência, não se pode deixar de reconhecer que perdura grande resistência dos positivistas, que continuam apegados a uma interpretação literal e a um método puramente dedutivista de solução das questões jurídicas, o que causa reflexos expressivos no campo do direito coletivo. Deste modo, como bem observou Lenio Luiz Streck, o direito vive a chamada “crise de paradigmas”, que, na sua visão, possui duas faces: de um lado, uma crise de modelo de direito preparado para enfrentar somente conflitos interindividuais e não conflitos supraindividuais, a despeito da sociedade estar repleta destes conflitos de massa, e, de outro, a crise dos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência²⁸⁶. E com preciosismo, conclui:

Fundamentalmente, essa crise de dupla face sustenta o modo exegético-positivista de fazer e interpretar o direito. Explicando melhor: se de um lado, parte considerável dos juristas ainda sustentam posturas objetivistas (em que a objetividade do texto sobrepõe-se ao intérprete, ou seja, a lei “vale tudo”, espécie de consolidação do “paraíso dos conceitos do formalismo” de que falava Hart), de outro, há um conjunto de posições doutrinário-jurisprudenciais assentadas no subjetivismo (de vertentes axiológicas, realistas etc.), segundo o qual o intérprete (sujeito) sobrepõe-se ao texto, ou seja, “a lei é só a ponta do iceberg, isto é, o que vale são os valores ‘escondidos’ debaixo do iceberg”. A tarefa “crítica deste intérprete

²⁸⁴ São os princípios que conferem ao intérprete e aplicador da norma esta posição criativa de concretização dos valores, na medida em que na clássica distinção apresentada por Robert Alexy, retomando os trabalhos de Robert Dworkin, o ponto decisivo entre as regras e princípios é que estes correspondem a “*mandados de otimização*”, ou seja, “os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas fáticas existentes. [...] Já as regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais e nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível.” ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 90/91.

²⁸⁵ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. In: JUNIOR, Fredie Didier. (Coord.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8ª ed. Bahia: Podivm, 2008, p. 245.

²⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. A Crise Paradigmática do Direito no Contexto da Resistência Positivista ao (Neo)Constitucionalismo. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel e BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte anos de Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p. 203, *passim*.

“privilegiado” seria a de “descobrir” estes valores “submersos”. O aspecto “crítico” estaria no fato de que o barco do positivismo bateria contra estes valores submersos.²⁸⁷

Não deixamos de reconhecer a existência daqueles que resistem ao novo modelo de paradigma, no entanto, é diante desta nova atribuição para o intérprete da Constituição que surge a admissibilidade de um controle *ope judicis* da representatividade adequada dos legitimados ativos à ação coletiva. No campo dos processos coletivos é que surgem hipóteses de difícil solução, exigindo-se, assim, uma postura ativa do Poder Judiciário (ativismo judicial), podendo-se, afirmar, assim, que tal controle deixa, inclusive, de ser matéria puramente de lei para se transformar em matéria constitucional.

Destarte, a adequada representação do legitimado coletivo e o seu controle judicial são decorrências de um neoprocessualismo constitucional. O direito fundamental do acesso à justiça (art. 5º, XXXV) e, aqui, para a tutela de direito supraindividual, não se limita ao direito de se pleitear do Estado Juiz a tutela jurisdicional. Vai muito além em extensão e profundidade, dele decorrendo, assim, diversas outras garantias, como a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal, a participação dialética na formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa, a imparcialidade do juiz com decisões devidamente fundamentadas, a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade e efetividade do processo), a garantia de uma tutela real e efetiva²⁸⁸ e etc.

No controle judicial sobre a representação adequada, que vem ao encontro dos reclamos destas garantias, não há campo para “arbitrariedade”. O novo Estado Constitucional de Direito está marcado pela presença dos direitos fundamentais na Carta Magna, impondo aos magistrados o panorama de constante justificação, fundamentação e *argumentação* na tomada de decisões jurídicas. A sociedade, cada vez mais, está exigindo respostas coerentes e justas às importantes questões sociais que são submetidas à análise do Poder Judiciário para que a orientação traçada seja efetiva e que atenda aos anseios sociais.

Neste panorama, principalmente após a segunda guerra, ressurgiram discussões sobre a teoria da argumentação. No entanto, neste novo cenário pós-positivista, estabeleceram-se novos estudos sobre a forma de argumentação e sua nova roupagem diante dos próprios direitos fundamentais.

²⁸⁷ *Ibidem, loc. cit.*

²⁸⁸ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo, *op. cit.*, p. 251, *passim*.

Nosso objetivo não é o de esclarecer e adentrar, evidentemente, nas diversas teorias²⁸⁹ que tratam dos parâmetros argumentativos, mas tão somente destacar a sua importância no cenário da tutela coletiva e, em especial, para aquelas hipóteses chamadas de *casos difíceis*, em que há evidente conflito entre aplicação de princípios e regras jurídicas, impondo, assim, uma decisão judicial muito bem fundamentada.²⁹⁰ Por tais razões, no campo dos processos coletivos e no controle da representatividade adequada não há espaço para arbitrariedades, devendo o juiz fundamentar, exaustivamente, a sua decisão. Nas precisas considerações de Luís Roberto Barroso:

No caso de interpretação constitucional, a argumentação assume, muitas vezes, um caráter decisivo: é que o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição de conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. A demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida.²⁹¹

4.4. O conteúdo jurídico da representatividade adequada: alguns parâmetros:

A ausência de critérios previamente estipulados pelo legislador impõe ao juiz a busca, no próprio sistema, de fundamentos que sirvam de subsídios ao controle da representatividade adequada no direito brasileiro. Nosso objetivo, neste item, é tão somente destacar, do ordenamento, alguns contextos que podem servir de parâmetros orientadores desta manifestação judicial, até porque, como bem ressaltou o Des. Flávio Rostirola, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, “a representação adequada é um conceito jurídico indeterminado, aberto, portanto, a ser integrado, no caso concreto pelo convencimento motivado pelo juiz de acordo com a finalidade da lei.”²⁹²

Um primeiro critério objetivo, que vem sendo, inclusive, invocado pela doutrina²⁹³, é a chamada *pertinência temática*. Esta expressão foi, inicialmente, cunhada pelo Supremo Tribunal Federal no controle da adequada representação dos legitimados à propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade. Isto porque, até o advento da Constituição de 1988,

²⁸⁹ Maiores considerações sobre os parâmetros da Teoria da Argumentação, traçados por diversos autores, podem ser encontradas na obra de ATIENZA, Manuel. **Razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. 3ª edição. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

²⁹⁰ *Idem, ibidem*, p. 18.

²⁹¹ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, *cit.*, pp. 368/369.

²⁹² Esta manifestação consta do acórdão mencionado na nota de rodapé n. 248, retro.

²⁹³ Neste sentido, JÚNIOR, Fredie Didier. O Controle Jurisdicional da Legitimação Coletiva e as Ações Coletivas Passivas, *op. cit.*, p. 72.

o único autorizado à propositura da representação concentrada de inconstitucionalidade era o Procurador Geral da República, legitimação que lhe fora concedida pela emenda nº. 16/65 à Carta de 1946²⁹⁴.

O movimento de abertura democrática estabelecido no final da década de oitenta e culminado na Carta de 1988, acabou por introduzir no sistema um rol extenso dos legitimados à propositura desta ação de controle abstrato da constitucionalidade. A despeito desta ampliação da legitimação ter atendido aos reclamos de redemocratização, por outro lado, começou a sobrecarregar o órgão máximo do Judiciário Brasileiro, que teve que buscar critérios interpretativos para a legitimação dada pela Constituição, no viés de limitar a propositura de ações de inconstitucionalidade por quem, a despeito da estar previsto na lei, não tem condições de proceder à defesa da ordem jurídica constitucional.

De todos os legitimados, as pessoas referidas no inciso IX, do art. 103 (confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional) são as que mais têm despertado a atenção do Supremo e que acabou levando a nossa mais alta corte a estabelecer o critério da chamada *pertinência temática* como requisito qualificador da própria legitimidade *ad causam* do requerente para a instauração do controle abstrato de normas.

Assim, além de formalmente legitimados para a propositura de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, alguns dos entes elencados pela Carta Constitucional terão que demonstrar a relação de *pertinência* entre o *objeto da norma impugnada* e as *finalidades institucionais* daquele que se apresenta como representante adequado para o contencioso constitucional, não bastando, assim, a mera previsão estabelecida pela Constituição do rol dos legitimados à propositura daquela *ação coletiva especial*²⁹⁵.

Destaca-se que mesmo após o veto do parágrafo único, do art. 2º, da Lei nº. 9.868/99²⁹⁶, que estabelecia a pertinência temática como requisito implícito da legitimação das confederações sindicais e entidades de classe, o Supremo Tribunal Federal manteve-se

²⁹⁴ Até então, o controle era estritamente difuso, não se conhecia o controle concentrado. A Emenda Constitucional nº. 16, de 26.11.1965, alargou a Competência Originária do STF, através de nova redação dada à alínea *k*, do art. 110, inc. I, da Constituição de 1946, determinando que o Supremo Tribunal poderia processar e julgar “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.

²⁹⁵ A expressão “ação coletiva especial” é usada com arrimo nas lições do professor Gregório de Assagra Almeida que diferenciou o “*direito processual coletivo especial*” do “*direito processual coletivo comum*”. Naquele estão concentrados todos os instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade, como, *v. g.*, a ADIN, a ADC e a ADPF, e, nesta, todas as demais ações para a proteção dos interesses supraindividuais, como a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança coletivo etc. ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**, *cit.*, pp. 157-332.

²⁹⁶ O parágrafo estava assim redigido: “As entidades referidas no item IX deverão demonstrar que a pretensão por eles deduzida tem pertinência direta com seus objetivos institucionais.”

fiel a esta orientação traçada, valendo ser destacada a seguinte manifestação do Ministro Moreira Alves a respeito da questão:

[...] Com efeito, a pertinência temática como requisito implícito da legitimação, entre outros, das Confederações e entidades de classe, não decorreu de disposição legal, mas sim de interpretação lógica, que hoje é absolutamente pacífica, feita por esta Corte diretamente do texto constitucional na sua qualidade de guardião da Constituição. Conseqüentemente, nem lei posterior poderia contrapor-se a ela sob pena de ofender o texto constitucional cujo sentido é o reconhecido por este Supremo Tribunal, e não o que a ele contrapõe texto de lei, nem muito menos razões de veto a um dispositivo legal que reproduziu a interpretação à Constituição firmada pela Corte a que a própria Carta Magna atribuiu o papel de sua autoria.²⁹⁷

Não fosse o suficiente, há um interessante acórdão da lavra do Ministro Celso de Melo, do Supremo Tribunal Federal, dispondo sobre a legitimação das entidades de classe e vinculando diretamente a pertinência temática à fórmula da *adequacy of representation*, como forma de equilibrar o aparente choque que possa existir entre os princípios do acesso à justiça e da inafastabilidade da representatividade adequada. No corpo deste *decisum* ressalta o Ministro que:

“O que se revela essencial ao tema, sob esse aspecto, é a questão concernente àquilo que a doutrina denomina, nos processos coletivos, de “representatividade adequada”, que constitui, consoante observa ADA PELEGRINI GRINOVER, [...], com fundamento no magistério por ela próprio invocado, de MAURO CAPPELLETTI e V. VIGORITI, “**importantíssimo dado para a escolha dos legitimados às ações coletivas**”²⁹⁸. – Grifos no original.

Estas mesmas considerações, portanto, por igual razão, não só podem como devem ser invocadas para as ações coletivas²⁹⁹. Não se pode buscar resolver a questão daqueles que estão legitimados para agir analisando-se tão somente quais os positivados pelo direito brasileiro. “Necessariamente, por força dos vetores constitucionais incidentes na espécie, terão cabidas considerações de outra ordem”³⁰⁰.

No que toca às associações, a previsão da *pertinência temática* está expressa no inciso IV, do art. 82, do CDC, e art. 5º, V, alíneas *a* e *b*, da LACP, exigindo que elas incluam

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 2.482-5 – MG, Relator para o acórdão Ministro Moreira Alves. DJ de 09/05/2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1958834>. Acesso em 27/02/2011.

²⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 79-9 – DF. Relator Ministro Celso Antônio Bandeira de Mello. DJ de 05/06/1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=903>. Acesso em: 15/02/2011.

²⁹⁹ JÚNIOR, Fredie Didier. O Controle Jurisdicional da Legitimação Coletiva e as Ações Coletivas Passivas (O Artigo 82 do CDC), *op. cit.*, pp. 70/80.

³⁰⁰ BUENO, Cássio Scarpinela. *As class actions norte americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, *op. cit.*, p. 126.

entre os seus fins institucionais, a defesa dos direitos e dos interesses supraindividuais, dispensada a autorização assemblear. Em outras palavras, esta pertinência temática é adequação que deve existir entre o objeto da ação a finalidade institucional.

Para outros legitimados às ações coletivas também deve ser admitida, da mesma forma, a extensão deste requisito, como aos sindicatos e até mesmo aos órgãos e entidades da administração pública direta e indireta. Isto porque “onde há a mesma razão, deve-se aplicar a mesma disposição”³⁰¹. No que toca às entidades estatais, com absoluta propriedade assim se manifestou Fernando Elias Rosa³⁰², invocando o *princípio da especialidade*:

“[...] as entidades estatais não podem abandonar, alterar ou modificar os objetivos para os quais foram constituídas. Sempre atuarão vinculadas e adstritas aos seus fins ou objeto social. Não se admite, então, que uma autarquia criada para o fomento do turismo possa vir a atuar, na prática, na área de saúde, ou em qualquer outra diversa daquela legal e estatutariamente fixada.”

Na hipótese da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, por outro lado, não há a necessidade do juiz perquirir a respeito de sua adequada representação, na medida em que é inerente a estas pessoas esta atribuição constitucional, de modo que se presume (e a presunção, aqui, é absoluta) que estas pessoas jurídicas de direito público possam defender interesses transindividuais, de qualquer natureza,³⁰³ com credibilidade e competência.

Para o Ministério Público, diante das funções constitucionais que lhe foram reservadas – instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do Estado Democrático de Direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis – entendeu o legislador constituinte por conceder-lhe esta presunção de *pertinência temática* entre as suas funções e os interesses metaindividuais defendidos em juízo³⁰⁴. Vale lembrar, no entanto, que nada impede, pelo contrário, como

³⁰¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**, *cit.*, pp. 310/311.

³⁰² ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 20, *apud* MAZZILLI, Hugo Nigro, *ibidem*, p. 310.

³⁰³ Também neste sentido, MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**, *cit.*, p. 311.

³⁰⁴ Não se pode deixar de destacar, no entanto, que, a despeito de toda a credibilidade do Ministério Público, muitas são as críticas quanto à sua atuação, dentre elas, algumas foram bem sintetizadas por Ricardo de Barros Leonel: “a) descabimento com relação a serviços de natureza bancária (operações bancárias como poupança, investimentos etc.), pois por se diferenciarem de serviços bancários não são operações de consumo, e não sendo enquadráveis no Código de Defesa do Consumidor os interesses individuais homogêneos correlatos, não são tuteláveis coletivamente; b) ajuizamento de ações com base na equidade, sem prévia definição do direito material, contendo pedidos juridicamente impossíveis; c) em substituição à ação declaratória de inconstitucionalidade, sendo descabida a ação civil pública quando cabível aquela; d) em que o juiz se atribui jurisdição nacional; e) em defesa de direitos individuais homogêneos indisponíveis, sem

vimos alhures, deve o juiz avaliar o empenho e a dedicabilidade da instituição da condução da demanda coletiva.

Impende ser ressaltado que o legislador do Código de Defesa do Consumidor estabeleceu, ainda, para as associações, a pré-constituição de pelo menos um ano como condição de representatividade adequada do grupo³⁰⁵. Este requisito, no entanto, não é imposto aos demais co-legitimados ativos da LACP ou do CDC, de forma que os legitimados públicos não estão sujeitos a esta pré-constituição anual, podendo, assim, v.g., um Município, ou uma autarquia, ou uma empresa pública, recém instituídos, ajuizarem, imediatamente, uma ação civil pública ou uma ação coletiva³⁰⁶.

Destarte, o professor Hugo Nigro Mazzili chega a uma fórmula que merece transcrição e que bem dá a dimensão desta representatividade adequada nos delineamentos aqui apresentados:

“a) as restrições do inc. I de seu art. 5º alcançam apenas as associações...; b) a finalidade institucional compatível, de que cuida o inciso II, do mesmo artigo, alcança não só as associações, como as autarquias, empresas públicas, fundações públicas ou privadas, e sociedades de economia mista; c) ambos os incisos do art. 5º não limitam a representatividade das pessoas jurídicas de direito público interno e do Ministério Público, pois, já naturalmente destinadas à defesa dos interesses globais da coletividade, não teria sentido atribuir discricionariedade ao juiz do feito para examinar se têm eles, caso a caso, representatividade adequada, como se fossem ‘constituídos a pelo menos um ano, nos termos da lei civil’, e como se coubesse um exame casuístico de suas finalidades institucionais...”³⁰⁷

Na seqüência, podemos citar, ainda, como critério norteador para auxiliar o controle da representatividade adequada, o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero - América³⁰⁸. Este diploma estabelece a representatividade adequada como um dos requisitos

autorização legal pois fora do regime do Código de Defesa do Consumidor; f) descabimento em matéria tributária, bem como bancária, v. g., com pedido de restituição aos contribuintes dos valores dispendidos indevidamente com determinado tributo ou suspensão de sua cobrança; g) inconstitucionalidade da concessão de legitimação ao Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos e coletivos; h) descabimento da ação civil pública para a defesa do patrimônio público quando é cabível a ação popular, havendo na hipótese impossibilidade jurídica do pedido de ressarcimento na ação civil pública, pois o valor da condenação teria de ser destinado ao “fundo” dos interesses difusos.” LEONEL, Ricardo de Barros, *op. cit.*, p. 183.

³⁰⁵ É a inteligência do art. 82, § 1º, da Lei n. 8.078/90, valendo relembrar que tal requisito pode ser dispensado se houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

³⁰⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**, *cit.*, p. 309.

³⁰⁷ MAZZILI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses *apud* VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela Jurisdicional Coletiva**, *cit.*, pp. 148/149. Vale destacar que os incisos I e II, do art. 5º, da Lei n. 7.347/85, a que se refere Hugo Nigro Mazzili, são da redação original da lei, antes, portanto, da alteração sofrida pela n. Lei n. 11.448/2007, estando os requisitos ali mencionados, hoje, nas alíneas ‘a’ e ‘b’ do inciso V, quais sejam, constituição anual e pertinência temática, respectivamente.

³⁰⁸ Também neste sentido, GIDI, Antônio. O Controle Jurisdicional da Legitimação Coletiva e as Ações Coletivas Passivas, *op. cit.*, p. 72.

da demanda coletiva, elencando, ainda, alguns parâmetros exemplificativos para a aferição judicial, *in litteris*:

“Art. 20, § 1º - Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar os dados como: a – credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c – sua conduta em outros processos coletivos; d – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; e – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.”

Neste particular, importante destacar que o objetivo de qualquer Código Tipo é a busca pela unificação e harmonização de normas entre países que possuem razoáveis semelhanças de sistemas jurídicos e nada ofende à soberania nacional, na medida em que aplicável com as adaptações necessárias a cada Estado e de acordo com a ordem vigente. Na hipótese das ações coletivas, e especificamente sobre o tema do controle da representatividade adequada, o vazio legislativo brasileiro autoriza a busca, ainda que em caráter secundário e acessório, das normas orientadoras contidas no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero - América.

Mas não é só. A larga e antiga experiência norte-americana é importante neste aspecto, pois demonstra que não basta uma simples representação formal, necessitando que ela seja adequada. Conforme lições do ilustre professor Aluisio Gonçalves de Castro, no direito norte americano “a possibilidade de representação conferida pela lei só se justifica e se valida, na medida em que for exercida devida e adequadamente. Consequentemente, estabeleceu o Estado, enquanto legislador, para os órgãos judiciais, o dever de fiscalizar e zelar, a todo momento, pela observância da denominada representatividade adequada”³⁰⁹.

A *adequacy of representation* é requisito fundamental nas ações coletivas americanas. Trata-se de requisito de índole constitucional e que garante o devido processo legal dos membros ausentes, razão pela qual, inclusive, é aferido em todas as fases do processo, até mesmo para evitar que, posteriormente, alguém questione e impugne o resultado da demanda sob a alegação de ausência de adequada representação. Ao contrário do que se pode imaginar, e já afirmado anteriormente, este requisito vem sendo exigido não só do próprio representante, mas – e principalmente – do advogado que irá conduzir a ação coletiva, que é o “verdadeiro *domini litis* no processo americano.”³¹⁰

³⁰⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas**, *cit.*, p. 78.

³¹⁰ GIDI, Antônio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta, *op. cit.*, p. 67.

Os tribunais norte americanos vêm dando especial atenção, dentre outros fatores, para o vigor com que os representantes e advogados atuam no feito, a responsabilidade, a honestidade, o caráter, o comprometimento, as próprias condições financeiras para suportar a ação, a motivação, os interesses por eles apresentados em relação à causa. Os precedentes mostram, ainda, a necessidade de *ausência de conflitos* entre os representantes e a própria classe, principalmente diante dos valores envolvidos à própria ação³¹¹. Exige-se esta ausência de conflito também em relação aos advogados e o grupo ou membros do grupo, devendo o causídico voltar todos os seus esforços para atender aos interesses da coletividade, não podendo ser contaminado pelo interesse próprio quando da realização de eventuais acordos coletivos.³¹²

A eventual ausência da situação legitimante do autor coletivo (representação adequada), detectada pelo magistrado pátrio, diferentemente do que ocorre nas demandas individuais, não pode levar à imediata extinção do processo sem resolução do mérito, tendo em vista a relevância social de tais direitos.

Ao receber um processo coletivo, o juiz fará, inicialmente, uma mera verificação da *adequação típica* daquele que está propondo a ação, apurando, assim, se ele está ou não previsto na lei como legitimado coletivo. Vencida esta etapa, o juiz passará para o segundo plano de verificação e referente às reais condições da representatividade deste legitimado³¹³.

Caso o juiz constate ausência de adequada representação, um breve exame na legislação brasileira revela que a postura é a de aproveitamento do processo coletivo com a substituição (sucessão) da parte inadequada para a condução do processo coletivo³¹⁴. Basta pensarmos, por exemplo, nas regras dos art. 9º, da Lei nº. 4.717/65³¹⁵ e art. 5º, § 3º³¹⁶, da Lei nº. 7.347/85, estabelecendo que, em havendo desistência ou abandono do processo pelo autor

³¹¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, **Ações Coletivas**, *cit.*, pp.78-79.

³¹² Diversos precedentes da jurisprudência americana podem ser localizados no artigo do jovem ROQUE, André Vasconcelos. O que significa representatividade adequada? Um estudo de direito comparado, *op. cit.*, pp. 161/165.

³¹³ Em termos de legislação infraconstitucional e demonstrando que estamos evoluindo neste aspecto, não se pode deixar de destacar a existência de um dispositivo prevendo a expressão “*representatividade adequada*”. É a inteligência do art. 37, parágrafo único, da Lei Maria da Penha. Por força deste artigo, o juiz pode dispensar o requisito da pré-constituição da associação “*quando entender que não há outra entidade com representatividade adequada para o ajuizamento da demanda coletiva.*”

³¹⁴ Também neste sentido, o professor Antônio Gidi, propondo, inclusive, que o juiz estipule um prazo razoável para que o autor inadequado seja substituído por outro, caso contrário, o processo será extinto sem resolução do mérito. GIDI, Antônio. A Representação Adequada nas Ações Coletivas Brasileiras, *op. cit.*, p. 68,

³¹⁵ “Art. 9º. Se o autor desistir da ação ou der motivo à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, II, ficando assegurado a qualquer cidadão bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação.”

³¹⁶ “Art. 5º. [...] § 3º. Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.”

da ação popular ou da ação civil pública, teremos a assunção pelo Ministério Público ou outro legitimado³¹⁷.

4.5. A representatividade dos legitimados ativos: alguns breves problemas de ordem prática:

A doutrina costuma apontar que, de todos os legitimados coletivos, o Ministério Público é a instituição que possui maiores e melhores condições de proceder à defesa dos interesses supraindividuais³¹⁸. Além da independência, autonomia e indivisibilidade conferida pela Carta Constitucional (art. 127, CF), com expressa previsão para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III), existem alguns benefícios, previstos em lei infraconstitucional, que lhe são exclusivos, conferindo, assim, ao *Parquet*, esta posição de destaque em relação aos demais legitimados.

Um dos maiores benefícios do Ministério Público está consagrado na regra do § 1º, do art. 8º, da Lei n. 7.347/85, e consiste na possibilidade de instauração do *inquérito civil*, sob a sua própria presidência, além da possibilidade de requisitar, de organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, podendo, inclusive, fixar prazo para tanto, o que facilita, assim, a colheita de elementos para a propositura da demanda.

Não se pode deixar de destacar, no entanto, que esta exclusividade de instauração de inquérito civil por parte do Ministério Público é absolutamente questionável, pois, de certa forma, limita a atuação dos demais co-legitimados, vulnerando, assim, a própria proteção ao interesse supraindividual. Todos os demais legitimados coletivos também deveriam ter o direito à instauração deste inquérito, até porque “quem pode o mais, pode o menos”. Há,

³¹⁷ Não é outra, também, a solução do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, cujo art. 3º, § 4º, assim dispõe: “Em caso de inexistência do requisito de representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação por pessoa física, entidade sindical ou associação legitimada, o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso afim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.”

³¹⁸ Mas nem sempre foi assim. Rodolfo de Camargo Mancuso destaca que, de início, a posição doutrinária se mostrou um pouco restritiva, cujos elementos críticos podiam ser alinhados da seguinte forma: “a) o Ministério Público é uma instituição naturalmente voltada à persecução de delitos tradicionais, comuns, mostrando pouca vocação persecutória quando se trata de delitos de natureza econômica ou coletiva; b) o Ministério Público estrutural e funcionalmente está demasiadamente conexo ou subjacente à estrutura do poder estatal, para que dele se pudesse esperar a necessária autonomia e combatividade desejáveis quando se trata de tutela aos interesses supraindividuais; c) ao Ministério Público falta aparelhamento e infra-estrutura indispensáveis à tutela destes interesses especiais.” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos – conceito e legitimação para agir**, *cit.*, p. 249.

inclusive, o Projeto de Lei nº. 6.745/2006³¹⁹, no Congresso Nacional, que retira do Ministério Público a autonomia e a exclusividade na condução deste inquérito. De acordo com o projeto, o inquérito civil poderá ser presidido também por Delegado de Polícia e deverá ser submetido, para controle, ao Judiciário, a exemplo do que acontece, hoje, com os inquéritos policiais.

Afirma-se, assim, que, por força destes benefícios e da credibilidade, seriedade e competência adquiridas desde a sua instituição, a prática forense vem demonstrando ser o Ministério Público o legitimado mais atuante, qualitativamente e quantitativamente, na defesa dos direitos supraindividuais. José Carlos Barbosa Moreira reconheceu, expressamente, ser esta instituição a responsável pela maioria das demandas coletivas, destacando a ocorrência de “una auténtica revitalización del Ministerio Público em el Brasil” e que “llama la atención la escasez de iniciativas de las asociaciones civiles. Em realidad, el pueblo brasileño nunca dió muestras de una propensión asociativa muy acentuada”.³²⁰

Destaca-se, ainda, que, caso não figure como parte, o Ministério Público intervém, obrigatoriamente, na qualidade de *custos legis*³²¹⁻³²², devendo, como vimos, em caso de desistência infundada da parte autora, assumir a titularidade da ação³²³, bem como promover a execução da sentença condenatória se, decorridos sessenta dias do respectivo trânsito em julgado, a associação autora não o fizer³²⁴.

No entanto, algumas questões práticas vêm gerando discussões entre os operadores do direito. Vejamos as mais destacadas.

O § 2º, do art. 82, do Código de Defesa do Consumidor, previa, expressamente, a possibilidade de litisconsórcio entre os órgãos do Ministério Público (Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados). No entanto, este dispositivo foi vetado pelo Chefe do Poder Executivo, sob o argumento de que feriria o art. 128, § 5º, da Constituição, que reserva à lei complementar a disciplina de organização, atribuições e estatuto de cada

³¹⁹ A íntegra deste projeto encontra-se disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=317499. Acesso em 15/03/2011.

³²⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. *La iniciativa em la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasilena)*. **Revista de Processo** (RePro) 68/57, 1992, *apud* LEONEL, Ricardo de Barros, *op. cit.*, p. 182, nota de rodapé n. 83.

³²¹ Art. 5º, § 1º, da Lei n. 7.347/85 e art. 92, do Código de Defesa do Consumidor.

³²² O professor Nelson Nery Júnior sustenta que sendo a ação proposta por membro do Ministério Público, dispensada é a sua intervenção na qualidade de fiscal da lei (**Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**, 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 1.138), o que é veementemente criticado pelos professores Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior, sob o correto argumento de “são duas funções distintas, que devem ser exercidas por órgãos distintos do Ministério Público; ninguém pode atuar com imparcialidade, como fiscal de si próprio.” (**Curso de Direito Processual Civil**, vol. 04, *cit.*, p. 333).

³²³ Art. 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/85.

³²⁴ Art. 15, da Lei n. 7.347/85.

Ministério Público. Por outro lado, o próprio art. 113, contido nas Disposições Finais do CDC, acrescentou ao art. 5º, da Lei n. 7.347/85, três novos parágrafos, e, um deles, precisamente o § 5º³²⁵, trouxe a mesma regra do dispositivo vetado, sendo certo que nenhum dos novos parágrafos deste artigo foi vetado.

Não se pode pensar, no entanto, que o litisconsórcio seria possível na ação coletiva proposta sob a égide da Lei nº. 7.347/85 e negá-lo para as ações do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista a perfeita interação existente entre o CDC e a Lei da Ação Civil Pública.

Entretanto, esta espécie de litisconsórcio vem sendo questionada por parte da doutrina com o principal argumento de que, considerando a organização e a repartição das competências dos diversos órgãos do *Parquet*, estabelecidas pela Constituição, ele fere o sistema federativo, subvertendo as competências das autonomias.³²⁶⁻³²⁷

Para muitos³²⁸, este argumento é falacioso, pois o Ministério Público é instituição una e indivisível de acordo com a própria Constituição Federal, que se preocupa em pormenorizar os princípios informativos que orientam a sua atuação (art. 127). Do ponto de vista institucional, o *Parquet* é um só e a divisão contida no art. 128 tem por finalidade apenas facilitar o exercício de suas funções. Ademais, o movimento de acesso à justiça, no sentido de priorizar a efetiva tutela dos direitos supraindividuais, não só justifica, mas deve estimular a atuação conjunta e, portanto, a própria formação deste litisconsórcio³²⁹.

É diante destas premissas que parte da doutrina vem consagrando, assim, a possibilidade do Ministério Público Federal ajuizar ação civil pública, perante a Justiça Estadual, em litisconsórcio com o Ministério Público Estadual, ou sozinho, e vice-versa, ou

³²⁵ Este parágrafo tem a seguinte redação: “§ 5º - Admitir-se o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e do direito de que cuida esta lei.”

³²⁶ Neste sentido, GRECO FILHO, Vicente. Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, arts. 101 a 104 e 109 a 119. In: OLIVEIRA, J. (Org.). **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 337; NEIVA, José Antônio Lisboa. Ação Civil Pública: litisconsórcio de Ministérios Públicos. **Revista dos Tribunais**, v. 707, ano 83, set. 1994, p. 232/242.

³²⁷ A jurisprudência também oscila a respeito. Neste sentido restritivo, a título de exemplificação podem ser citados os seguintes precedentes do BRASIL, Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial nº. 287.389/RJ, Rel. Min. Milton Pereira, j. 24.09.02 e DJ de 14/10/2002. Disponível em: http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/pagina_lista.asp; Recurso em Mandado de Segurança n. 8.785/RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 02.03.00 e DJ de 22/05/2000. Disponível em: http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/pagina_lista.asp. Ambos acessados em 15/02/2011.

³²⁸ Na doutrina, sustentando esta tese, temos, dentre outros: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**, cit., pp. 1.140 e 1.409; ALMEIDA, Gregório Assagra, **Direito Processual Coletivo Brasileiro**, cit., pp. 350/351.

³²⁹ Neste sentido, a guisa de exemplificação, cita-se o seguinte precedente do BRASIL, Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial n. 382.659, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU de 19/12/2003. Disponível em: http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/pagina_lista.asp; Acesso em 25/02/2011.

seja, o Ministério Público Estadual também poderá ajuizar ação civil pública na Justiça Federal.³³⁰

A solução da questão, no entanto, não está no exame do federalismo constitucional, não havendo, assim, qualquer desvirtuamento do princípio federativo se o Ministério Público Estadual tiver funções perante a Justiça Federal, ou, da mesma forma, se o Ministério Público Federal atuar perante a Justiça Estadual. Como adverte Hugo Nigro Mazzilli, “se constituísse violação ao princípio federativo o fato de órgãos autônomos de Estados diversos se litisconsorciarem, então, por identidade de razões, e, por absurdo, seria impossível o litisconsórcio entre os próprios Estados membros ou entre estes e a União”.³³¹

Da mesma forma, não é no exame do alcance dos princípios da unidade e indivisibilidade ministeriais que vamos encontrar resposta para a questão, até porque, na feliz observação de Hugo Nigro Mazzilli:

[...] os princípios da unidade e indivisibilidade do Ministério Público devem ser entendidos não como na França (Estado Unitário), de onde foram importados, mas com as adaptações que devem sofrer no Brasil, como Estado Federado, de modo que tais “princípios só valem dentro de cada instituição ministerial” e “não podem ser invocados para disciplinar a atuação de Ministérios Públicos que integrem entes federados diversos, nem para disciplinar a atuação destes em face da União, nem mesmo a atuação dos diversos Ministérios Públicos da União reciprocamente considerados, a não ser se tomássemos sua unidade ou indivisibilidade sob o aspecto puramente abstrato, doutrinário ou conceitual.”³³²

Desta forma, quer nos parecer que, efetivamente, sob o aspecto organizacional e funcional, não existe unidade entre os Ministérios Públicos Estaduais, seja entre eles próprios e o Ministério Público da União, seja entre os vários ramos do Ministério Público da União.

Destarte, o que autoriza o litisconsórcio entre os órgãos do Ministério Público é a existência da incumbência de zelar pelo interesse supraindividual, violado ou ameaçado de lesão, que adquiriu, frente a Carta Constitucional, o *status* de direito fundamental a ser preservado. A tutela destes direitos requer tratamento diferenciado, de modo a “maximizar as chances de que os bens envolvidos recebam adequada tutela jurisdicional. É razoável que um bem que interessa a toda a coletividade, como o direito ao meio ambiente sadio, tenha suas

³³⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra, **Direito Processual Coletivo Brasileiro**, *cit.*, pp. 351; JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**, *cit.*, p. 1.140.

³³¹ MAZZILLI, Hugo Nigro, *ob. cit.*, p. 347.

³³² *Ibidem*, p. 346.

possibilidades de tutela facilitadas ao máximo.”³³³ Nas precisas considerações de Gregório Assagra Almeida:

[...] essa espécie diferenciada de litisconsórcio se justifica pela necessidade de fortalecimento das formas de tutela dos direitos e interesses massificados. Esse entendimento vai ao encontro do movimento moderno pelo acesso à justiça no sentido de viabilizar prioritariamente a efetiva tutela dos direitos ou interesses sociais e coletivamente relevantes.³³⁴

Evidentemente que, tanto quanto possível, devem ser observadas as regras de atribuições constitucionais afetas a cada um dos órgãos ministeriais, de modo que cabe ao Ministério Público Federal ajuizar ação civil pública na Justiça Federal, aos Ministérios Públicos Estaduais ajuizar ação coletiva nas Justiças Estaduais e aos Ministérios Públicos Especiais (Trabalho, Eleitoral e Militar), nas Justiças Especializadas. Isto não afasta, no entanto, a possibilidade do *Parquet* Federal propor, ainda que sozinho, um ação civil pública perante a Justiça Estadual se, diante do caso, quedou-se inerte o Ministério Público Estadual e vice-versa. Nelson Nery Júnior chega, inclusive, a afirmar que se o Ministério Público Federal, por exemplo, entendeu por arquivar o inquérito ou as peças de informação, isto nada obsta a ação dos demais Ministérios Públicos que estão co-legitimados à propositura da ação³³⁵.

Este entendimento tem respaldo na própria Lei Complementar n. 75/93, que dispõe sobre o Ministério Público da União. Observando-se a regra do art. 37, II, poderá o Ministério Público Federal exercer suas funções “nas causas de competência de quaisquer juízes e tribunais, para defesa de direitos e interesses dos índios e das populações indígenas, do meio ambiente, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, integrantes do patrimônio nacional”. Não fosse o suficiente, o próprio parágrafo único consagra que o Ministério Público Federal será parte legítima para interpor recurso extraordinário das decisões da Justiça dos Estados nas representações de inconstitucionalidade.

De outro giro, outro campo de atuação do Ministério Público que gera grandes perplexidades na doutrina e na jurisprudência está na legitimidade ou não do *Parquet* em

³³³ ROCHA, Luciano Velasque, *op. cit.*, p. 176.

³³⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra, *op. cit.*, p. 351.

³³⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, *cit.*, p. 942. O fundamento do professor Nelson Nery Júnior, no entanto, não está na relevância do direito supraindividual, mas sim, na indivisibilidade e unidade da instituição.

proceder à defesa judicial dos direitos individuais homogêneos, o que, à primeira vista, parece justificável, pois, como já destacado, tais direitos são ontologicamente individuais, mas, tendo em vista a relevância social que podem adquirir, entendeu o legislador por coletivizá-los.

A jurisprudência ainda oscila acerca desta legitimação³³⁶, sendo uma verdadeira e “triste epopéia”³³⁷ a evolução jurisprudencial desta legitimidade do *Parquet*. Analisando-se os precedentes do próprio Superior Tribunal de Justiça, observa-se que ora se reconhece a legitimidade do Ministério Público para certos direitos individuais homogêneos, ora se nega³³⁸, tendo como parâmetro a existência ou não de “relevante interesse social”³³⁹⁻³⁴⁰ e “indisponibilidade do direito”³⁴¹, bem como a incidência ou não do Código de Defesa do Consumidor³⁴².

Não parece compreensível, no entanto, desvincularmos da idéia de *direito individual homogêneo*, a noção de *interesse social*. Esta homogeneidade surge diante do fato de o direito de um determinado indivíduo ser semelhante ao de vários outros ligados por uma

³³⁶ Não vamos, aqui, exaurir o tema por não ser objeto de nosso trabalho, mas, tão somente, apontar os principais pontos levantados pela doutrina e jurisprudência que refletem a problemática da atuação ministerial na defesa dos direitos individuais homogêneos. Maiores considerações poderão ser obtidas em diversas obras, como: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A Natureza Jurídica do Direito Individual Homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2001; CARNEIRO, Athos Gusmão. Direitos Individuais Homogêneos, limitações à sua tutela pelo Ministério Público. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 26, vol. 103, 2001; MAZZILLI, Hugo Nigro. A atuação do Ministério Público nas ações coletivas – O Ministério Público e a defesa dos interesses individuais homogêneos. In: GAZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrucio. **Em defesa de Um novo sistema de Processos Coletivos – Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 255/288.

³³⁷ A expressão é do professor GIDI, Antônio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo**, *cit.*, p. 178.

³³⁸ Caso emblemático que pode ser, aqui, citado foi o acórdão do Superior Tribunal de Justiça que entendeu não existir direito individual homogêneo a ser tutelado pelo Ministério Público em hipótese de indenização por contaminação pelo vírus HIV, em transfusões sanguíneas. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 220256-SP, Rel. Min. José Delgado, DJ de 18.10.95. Disponível em: http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/pagina_lista.asp. Acesso: em 28 de fevereiro de 2011.

³³⁹ Dentre outros, veja-se o seguinte e recente precedente do BRASIL, Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial n. 1142630 / PR, cujo Ministro Relator foi Laurita Vaz, DJ de 01/02/2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=12849849&sReg=200901028441&sData=20110201&sTipo=51&formato=PDF. Acesso em: 28 de fevereiro de 2011. Vale a transcrição do seguinte trecho da ementa do acórdão: “... Restando caracterizado o relevante interesse social, os direitos individuais homogêneos podem ser objeto de tutela pelo Ministério Público mediante a ação civil pública. Precedentes do Pretório Excelso e da Corte Especial deste Tribunal”.

³⁴⁰ Como destaca Luciano Velasque Rocha, a doutrina e a própria jurisprudência concebem as expressões “relevância social”, “repercussão social” e “interesse social” como expressões sinônimas, pois, “o que é relevante para sociedade evidentemente contém interesse social”. ROCHA, Luciano Velasque. **Ações Coletivas**, *cit.*, p. 170.

³⁴¹ O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 171.283-PR, julgado em 23/02/1999 e publicado em 10/05/99 - DJ, o Ministro Relator Milton Luiz Vieira fez constar no acórdão, expressamente, que “o direito individual há de ser indisponível, a fim de dar ensejo a sua defesa pela via da ação civil pública”. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199800260234&pv=000000000000>. Acesso em: 02/03/2011.

³⁴² Depois de apresentar diversos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, conclui o professor Humberto Dalla que, hoje, basicamente, “a autorização para a tutela de direito individual homogêneo pelo Ministério Público fica restrita aos casos de incidência do Código de Defesa do Consumidor. A partir de uma interpretação restritiva, apenas pelo fato de tal direito ter sido formalmente introduzido em nosso sistema normativo por tal diploma, concluiu-se que ele só existiria em tais relações.” PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**, *cit.*, p. 371.

mesma origem comum, e é a partir desta origem comum que surge a extensão social do direito, pois, se diversas pessoas que se encontram na mesma situação jurídica, aquela situação passa a, automaticamente, produzir efeitos numa coletividade, obrigando o ordenamento a tutelar o direito como coletivo *lato sensu*. Como já teve oportunidade de ressaltar a Ministra Nancy Andrichi, “os interesses individuais homogêneos são considerados relevantes por si mesmos, sendo desnecessária a comprovação desta relevância.”³⁴³

A mesma exegese é aplicável para a indisponibilidade do direito. Socorremo-nos, aqui, mais uma vez, às precisas considerações do professor Humberto Dalla:

Parece-nos, contudo, que tal disponibilidade só existe se for concebida individualmente, o que não se coaduna com a ação coletiva, em que é sempre priorizado o impacto social do fato jurídico que dá azo ao ajuizamento da ação coletiva. Neste passo, um direito individual, que até pode ser disponível, se considerado nos estritos limites daquela pessoa, passa a ostentar o caráter de indisponibilidade dado seu alcance social³⁴⁴⁻³⁴⁵.

Destarte, lamentavelmente, a definição desta legitimidade do *Parquet* está a critério do próprio Poder Judiciário, tendo em vista a existência de uma legislação deficiente que sequer houve por bem definir o exato alcance do direito individual indisponível, que, por si só, é um conceito jurídico aberto e indeterminado. De toda sorte, quer nos parecer que qualquer restrição à legitimidade do Ministério Público na defesa de direitos individuais que, uma vez somados, se transformam num direito social, significa negar o próprio acesso à justiça. Com a precisão de um cirurgião, destacou o Ministro Humberto Gomes de Barros: “o

³⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 635.807/CE, Relator Ministra Nancy Andrichi, j. 05.05.05. DJ de 20/06/2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200302119579&pv=000000000000>. Acesso em: 05/03/2011.

³⁴⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**, cit., p. 365.

³⁴⁵ Neste mesmo sentido, alguns precedentes do BRASIL, Superior Tribunal de Justiça podem ser citados: Recurso Especial 700206 / MG, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 19/03/2010. Veja-se o seguinte trecho da ementa deste acórdão: “[...] A ação civil pública, na sua essência, versa interesses individuais homogêneos e não pode ser caracterizada como uma ação gravitante em torno de direitos disponíveis. O simples fato de o interesse ser supra-individual, por si só já o torna indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações. [...]”. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200401579503&pv=000000000000>; Recurso Especial n. 1010130 / MGA, Ministro Relator Luiz Fux, DJ de 24/11/2010. Vale o destaque do seguinte trecho da ementa do acórdão: “[...] As ações que versam interesses individuais homogêneos participam da ideologia das ações difusas, como sói ser a ação civil pública. A despersonalização desses interesses está na medida em que o Ministério Público não veicula pretensão pertencente a quem quer que seja individualmente, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais. 7. A ação em si não se dirige a interesses individuais, mercê de a coisa julgada *in utilibus* poder ser aproveitada pelo titular do direito individual homogêneo se não tiver promovido ação própria. 8. A ação civil pública, na sua essência, versa interesses individuais homogêneos e não pode ser caracterizada como uma ação gravitante em torno de direitos disponíveis. O simples fato de o interesse ser supra-individual, por si só já o torna indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações.[...]” Disponível em <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200702808749&pv=000000000000>. Ambos acessados em: 10/03/2010.

exercício da ação civil pública pelo Ministério Público deve ser admitido com largueza. Em verdade, a ação coletiva, ao tempo em que propicia solução uniforme para todos os envolvidos no problema, livra o Poder Judiciário da maior praga que o aflige: a repetição de processos idênticos.”³⁴⁶

Por fim, quanto à legitimidade da Defensoria Pública, o ponto mais polêmico que vinha sendo questionado, dizia respeito à possibilidade ou não desta instituição propor ação coletiva na defesa de interesses *difusos*.

Até o advento da Lei Federal n. 11.448/2007³⁴⁷, discutia-se, inicialmente, se a Defensoria Pública poderia ou não propor ação coletiva, uma vez que a instituição não estava prevista no rol dos legitimados estipulados pelo legislador. O próprio Egrégio Superior Tribunal de Justiça oscilava³⁴⁸ a respeito desta questão, havendo quem apontasse ser a orientação no sentido de que somente os *órgãos* da Defensoria Pública, com atribuição para a tutela dos interesses supraindividuais, poderiam demandar em juízo em prol destes interesses, tendo em vista a regra do art. 82, III, do CDC³⁴⁹.

Com a nova redação do art. 5º, II, da LACP, prevendo, expressamente, a Defensoria Pública como legitimada coletiva à propositura de ação civil pública, além de prestigiar esta importantíssima instituição, acabou-se com a discussão até então vigente entre os operadores do direito. No entanto, nova questão nefrágica surgiu neste cenário: teria a Defensoria Pública legitimidade para a propositura de demanda em defesa de interesses difusos, cujos

³⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 404.759/SP, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, D.J. de 17/02/2003. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200037690&dt_publicacao=17/02/2003. Acesso em: 10/03/2011.

³⁴⁷ Vale lembrar que a CONAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público) propôs, em agosto de 2007, junto ao Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 3943-1) contra o inciso II, do art. 5º, da Lei n. 7.347/85, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.448/07, alegando, em síntese, que “a norma impugnada [...] afeta diretamente atribuição do Ministério Público, pois ele é, entre outros, o legitimado para tal propositura. A inclusão da Defensoria Pública no rol dos legitimados impede, pois, ao Ministério Público de exercer, plenamente, suas atividades.” Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2548440>. Acesso em: 25.02.2011.

³⁴⁸ A guisa de exemplificação, citam-se dois precedentes do Superior Tribunal de Justiça: os Embargos de Declaração no REsp 734.176-RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, j. 17.08.2006, DJ de 18/09/2006. Disponível em: http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/pagina_lista.asp e Recurso Especial n. 555.111, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, j. 05.09.2006, DJ de 18/12/2006. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301163609&dt_publicacao=18/12/2006. Naquele, o STJ entendeu que a “Defensoria Pública não possui legitimidade para propor ação coletiva, em nome próprio, na defesa do direito de consumidores, porquanto, nos moldes do art. 82, III, do Código de Defesa do Consumidor, não foi especificamente destinada para tanto, sendo que sua finalidade institucional é a tutela dos necessitados.”; neste, entendeu o STJ, que o “órgão especializado, vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando a defesa dos interesses da coletividade de consumidores que assumiram contratos de arrendamento mercantil, para aquisição de veículos automotores, com cláusula de indexação monetária atrelada à variação cambial.” Ambos acessados em: 10/03/2011.

³⁴⁹ JUNIOR, Fredie Didier; JUNIOR, Hermes Zanetti. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**, vol. 04, *cit.*, p. 211. Lembra, ainda, estes autores, que a Defensoria Pública também podia propor ação coletiva na qualidade de *representante judicial* da associação hipossuficiente economicamente, desde que legalmente constituída há mais de um ano. Neste hipótese, o legitimado coletivo era a associação, tendo como subscritor da petição inicial, o Defensor Público.

titulares são indeterminados? Estaria a Defensoria Pública condicionada a demonstrar que somente os interesses dos economicamente insuficientes estariam sendo tutelados através da medida judicial?

Da mesma forma, até o advento da Lei Complementar n. 132/09, a questão era de certa forma tormentosa, pois não havia qualquer restrição na Lei n. 11.448/07, que incluiu, entre os “legitimados” à propositura da ação coletiva, a Defensoria Pública, o que levou à exegese, ao menos à primeira vista, no sentido de admissão destas ações, independentemente da comprovação ou demonstração de que os interesses tutelados pertenceriam aos economicamente hipossuficientes.

No entanto, com a nova redação atribuída ao art. 4º³⁵⁰, da Lei Complementar n. 80/94, através da L.C. n. 132/09, o legislador estabeleceu somente ser possível à Defensoria Pública propor ação civil pública e quaisquer outras espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, quando o “*resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes.*”

Esta nova disposição legal está em consonância com a regra do art. 134, da Carta Constitucional, uma vez que por força deste dispositivo, incumbe à Defensoria Pública a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos “*necessitados*”, na exata forma do art. 5º, inciso LXXIV, de modo que a *pertinência temática* – e conseqüentemente a *adequada representação* - da atuação desta instituição está na demonstração do nexo entre a demanda coletiva e o interesse de uma coletividade composta por pessoas necessitadas.

Desta forma, no âmbito dos *interesses coletivos stricto sensu* e dos *direitos individuais homogêneos*, nos quais o grupo ou as pessoas são *identificáveis*, constitucionalmente já era exigível³⁵¹, e, agora, por força do novo inciso VII, do art. 4º, da L.C. n. 80/94, resta claro que os beneficiários destas ações devem ser pessoas necessitadas, de modo que a ação coletiva titularizada pela Defensoria Pública estará condicionada à demonstração de que somente os interesses dos hipossuficientes estão sendo tutelados na demanda coletiva. Desta forma, não pode a Defensoria Pública, por exemplo, promover ação

³⁵⁰ Eis a nova redação do inciso VII, do art. 4º, da L.C. n. 80/94: “Art. 4º: São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...] VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes;”

³⁵¹ Assim já se manifestava MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**, *cit.*, p. 305.

coletiva para a tutela de um grupo de consumidores de Mercedes Benz ou de PlayStation III.³⁵²

Em relação aos *direitos difusos*, observa-se que os mesmos também estão incluídos no inciso VII, do art. 4º, da LC 80/94, o que, a princípio, causa certa perplexidade, pois são indeterminados os beneficiários de uma sentença coletiva favorável em processo versando sobre tais direitos, não se podendo, por conseguinte, precisar quem será alcançado pelo ato judicial, ou seja, se são hipossuficientes ou não. Desta forma, quer nos parecer que a legitimação estará aberta diante da mínima possibilidade da pretensão veiculada guarnecer alguma relação com interesses dos hipossuficientes.

Antes do advento da LC n. 132/2009, Fredie Didier e Hermes Zanetti já advertiam não ser necessário “que a coletividade seja composta *exclusivamente* por pessoas necessitadas. Se fosse assim, praticamente estaria excluída a legitimação da Defensoria Pública para a tutela de direitos difusos, que pertencem a uma coletividade de pessoas indeterminadas.”³⁵³ Desta forma, ainda que terceiros, que não se encontrem na condição de deficientes economicamente, possam vir a ser beneficiados pela decisão judicial, a nosso sentir, isto não inibe a atuação da Defensoria Pública, sob pena de inconstitucionalidade, cerceando-se o acesso à justiça e violando a dignidade humana, que são imperativos de um Estado Democrático de Direito.³⁵⁴

De todo o exposto, parece-nos que a nova redação do inciso VII, do art. 4º, da LC 80/94, deve ser interpretada da seguinte forma: se o interesse tutelado for *coletivo stricto sensu* e *individual homogêneo*, tendo em vista a identificação dos interessados, a propositura da ação está condicionada à demonstração de que somente os interesses dos hipossuficientes estão sendo tutelados na demanda coletiva; por outro lado, se for *interesse difuso*, haverá a legitimação da Defensoria Pública diante da mínima possibilidade de pessoas hipossuficientes serem beneficiadas, pois, só assim, estará sendo respeitado o princípio constitucional do acesso à justiça em cotejo com a pertinência temática na atuação desta instituição.

³⁵² Exemplo extraído do livro dos professores JUNIOR, Fredie Didier; JUNIOR, Hermes Zanetti, **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**. Vol. 04, *cit.*, p. 212.

³⁵³ JUNIOR, Fredie Didier; JUNIOR, Hermes Zanetti. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**, vol. 04, *cit.*, p. 212. Neste mesmo sentido, VARGAS, Cirilo Augusto. A Defensoria Pública e o problema da “pertinência temática”. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 12, n. 1666, 23 de jan. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10875>. Acesso em: 18 de outubro de 2009.

³⁵⁴ Também neste sentido, MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**, *cit.*, p. 305.

4.6. A representatividade na legitimação passiva da classe:

4.6.1. Conceito e espécies de ação coletiva passiva:

Destacamos, oportunamente, que quando a doutrina se encarrega de definir ou de caracterizar uma ação como sendo de natureza coletiva, geralmente está pautada, basicamente, nas questões pertinentes à *legitimação ativa*, à *coisa julgada* e ao *objeto*, sendo estes os aspectos considerados.

Ponderamos, ainda, que, no tocante ao elemento *legitimidade ad causam*, o aspecto diferenciador de uma ação coletiva para uma ação individual, segundo posicionamento doutrinário prevalente, está na *substituição de pessoas*, sendo o processo coletivo aquele em que uma pluralidade de sujeitos, titulares de interesses ou direitos em litígio, é *substituída*, em juízo, por uma parte legalmente legitimada para tanto³⁵⁵. Apresentamos, por outro lado, com arrimo na doutrina americana de Owen Fiss, a proposta de visualização e caracterização da ação coletiva como sendo aquela de *representação de interesses* e não de representação de pessoas.

Pois bem. Compete-nos agora trazer algumas reflexões sobre a chamada *ação coletiva passiva*, que é a ação na qual a coletividade ocupa o pólo passivo da demanda, vale dizer, é aquela em que “o pedido veiculado na ação é deduzido em face de um grupo, categoria ou classe de pessoas”.³⁵⁶

Assim como ocorre nas ações coletivas ativas, o escopo das ações coletivas passivas é a tutela dos direitos transindividuais, o que não afasta, no entanto, a possibilidade de tutela de direito individual. A jurisdicionalização de direitos individuais, pela via do processo coletivo, não é novidade no nosso ordenamento. Como é mais do que cediço, o Código de Defesa do Consumidor introduziu a possibilidade de defesa coletiva de determinado segmento dos direitos individuais (os homogêneos), tendo em vista a relevância social que deles decorre, razão pela qual entendeu o legislador por coletivizá-los.

³⁵⁵ Neste sentido, MENDES, Aluisio Gonçalves Mendes, *op. cit.*, p. 22; MAIA, Diogo Campos, *op. cit.*, p. 48.

³⁵⁶ ZUFELATO, Camilo. Ação Coletiva Passiva no Direito Brasileiro: necessidade de regulamentação legal. In: GAZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrucio (Coordenadores). **Em defesa de um novo sistema de Processos Coletivos**, *cit.*, p. 91.

Na ação coletiva passiva também será possível a defesa de um direito individualmente considerado. Basta pensarmos, por exemplo, numa ação proposta pelo titular de uma patente visando impedir a sua reiterada violação por um grupo de empresas,³⁵⁷ ou mesmo um dissídio coletivo da Justiça do Trabalho na hipótese de uma empresa (pessoa jurídica) exercer seu direito de ação em face de um sindicato de trabalhadores que deflagra greve reputada abusiva³⁵⁸. Nestes dois exemplos, o que temos é uma ação coletiva passiva onde os demandantes estão defendendo interesse subjetivo próprio em face de uma coletividade, razão pela qual a doutrina vem rotulando esta ação de “*ação coletiva passiva comum ou ordinária*”³⁵⁹.

Por outro lado, considerando que a ação coletiva passiva não se presta apenas para defender interesses individuais lesionados ou ameaçados de lesão, mas também, direitos coletivos *lato sensu*, nestas hipóteses, o que teremos é a presença de duas coletividades, uma em cada pólo da relação processual. Emerge, assim, deste contexto, a chamada “*ação duplamente coletiva*”. Imagine-se, assim, uma ação proposta pelo Ministério Público contra uma associação de moradores que decidissem bloquear o acesso de pessoas estranhas à vizinhança, mediante instalação de cancelas ou, igualmente, uma ação proposta diante do descumprimento de convenção coletiva de consumo, firmada com base no art. 107, do Código de Defesa do Consumidor, entre a associação de consumidores e a associação de fornecedores³⁶⁰. Em ambas as hipóteses tanto o pólo ativo, como o pólo passivo da relação processual, é ocupado por um legitimado coletivo.

Destarte, pode-se falar, assim, em *ação coletiva passiva ordinária* e *ação duplamente coletiva*, dependendo do direito objetivo levado pelo demandante: individual subjetivo ou coletivo *lato sensu*, respectivamente.

4.6.2. Da ação coletiva passiva brasileira: identificação do problema:

³⁵⁷ Exemplo colhido do livro JÚNIOR, Fredie Didier e JUNIOR, Hermes Zaneti, **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 04, *cit.*, p. 400.

³⁵⁸ Exemplo apontado pelo jovem MAIA, Diogo Campos Medina, *op. cit.*, p. 53.

³⁵⁹ Neste sentido, MAIA, Diogo Campos Medina, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁶⁰ Estas hipóteses foram citadas por Jordão Violin que, no entanto, esclarece, em nota de rodapé, que as mesmas foram ventiladas pelo professor Kazuo Watanabe em palestra proferida em Curitiba, no dia 05/06/2007, cujo tema era “A Ação Coletiva Passiva (*defendant class action*). Liquidação e execução coletiva.” VIOLIN, Jordão, *op. cit.*, p. 96.

Enquanto no sistema norte americano existe a previsão legal da *ação coletiva passiva* (*defendant class action*), na medida em que a Regra 23 (a) das *Federal Rules of Civil Procedure* de 1966³⁶¹ estabelece que um ou mais membros de uma classe podem processar ou *ser processados* como partes³⁶², no ordenamento jurídico brasileiro não há qualquer previsão legislativa admitindo – e nem mesmo vedando - a ação coletiva passiva, o que acaba gerando discussões entre os nossos próprios doutrinadores, até porque nos sistemas derivados do *civil law* quando inexistente uma norma real, concreta e específica para regulamentar determinada questão, a tendência conclusiva é a de não se admitir a sua existência ou até mesmo a de se considerar como uma proibição.

Nesta linha, boa parte de nossos doutrinadores não vem admitindo ou reconhecendo a ação coletiva movida em face da coletividade³⁶³, seja por um autor individual, seja por um autor coletivo. Os que negam a possibilidade desta demanda aduzem, de forma geral, que, nos termos da própria legislação vigente, os indicativos são no sentido de uma postura ativa dos legitimados coletivos³⁶⁴. Entretanto, como advertem Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti, “negar a possibilidade de ação coletiva passiva é fechar os olhos para a realidade”³⁶⁵. Analisando-se os precedentes jurisprudenciais, iremos observar que, na prática, o próprio Poder Judiciário já está enfrentando, processando e julgando ações coletivas passivas.

Diversos são os exemplos colhidos pela própria doutrina. À guisa de exemplificação, destacamos a Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Paraná em face do SINDICOMBUSTÍVEIS, que é o sindicato que reúne os postos revendedores de combustíveis do Estado do Paraná, com o objetivo de criar um limite de 11% para margem de lucro dos postos de Curitiba e Região Metropolitana na venda de

³⁶¹ “Rule 23. Class Actions: (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.”

³⁶² Não obstante esta previsão, na lei, das *defendant class actions*, como destaca André Vasconcelos Roque, na sua brilhante dissertação de mestrado na UERJ, no ano de 2008, “a Regra 23 reflete uma opção legislativa em favor das *plaintiff class actions*. Não existe na norma nenhuma disposição específica referentes aos requisitos, categorias e aspectos procedimentais das ações coletivas passivas. Embora as *defendant class actions* sigam os mesmos requisitos de admissibilidade e procedimento das *plaintiff class actions*, existem algumas peculiaridades que, na ausência de disposição legal, devem ser enfrentadas pela jurisprudência à luz do caso concreto.” **A experiência das “class actions” norte-americanas: um ponto de reflexão para as ações coletivas no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, defesa em 27.06.2008.

³⁶³ Dentre outros: MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**, *cit.*, pp. 361/364; ABELHA, Marcelo. **Ação Civil Pública e Meio Ambiente**, *cit.*, pp. 70/71; NEGRÃO, Ricardo. **Ações Coletivas**. São Paulo: LEUD, 2004, pp. 88-90 e 292-296; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada**, *cit.*, pp. 451-453; DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**, *cit.*, pp. 268/273.

³⁶⁴ Neste exato sentido, LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual de Processo Coletivo**, *cit.*, p. 206.

³⁶⁵ JÚNIOR, Fredie Didier; JUNIOR, Hermes Zaneti, **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 04, *cit.*, p. 403.

gasolina e de 30% na de álcool³⁶⁶; a Ação Civil Pública ajuizada pelo Estado do Rio de Janeiro em face do Sindicato dos Servidores da Secretaria de Justiça em razão de greve reputada ilegal e abusiva³⁶⁷; o Interdito Proibitório ajuizado por uma instituição bancária em face do Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários na Baixada Fluminense que bloquearam as entradas das agências bancárias da instituição autora, impedindo o acesso de empregados e clientes³⁶⁸; a Ação de Reintegração de Posse proposta pela Universidade de Brasília contra o Diretório Central dos Estudantes com o objetivo de retirar todos os alunos da universidade que invadiram o prédio da Reitoria daquela Universidade, cujo reitor estava sendo acusado de irregularidades³⁶⁹; a ação proposta pelo Governo Federal contra a Federação Nacional dos Policiais Federais e o Sindicato dos Policiais Federais no Distrito Federal pleiteando o retorno das atividades dos policiais federais que fizeram greve nacional³⁷⁰.

Evidentemente, o ideal é que o legislador venha a regulamentar a ação coletiva passiva. No entanto, enquanto isto não ocorre, não há como negar não só a sua existência, mas também a sua própria admissibilidade. Destarte, nas linhas que se seguem, sem a pretensão de exaurir a questão, iremos destacar os principais argumentos apontados pela doutrina³⁷¹ para negar, no nosso ordenamento, a demanda coletiva passiva, apresentando-se, em contrapartida, as críticas a eles cabíveis em consonância com as premissas desenvolvidas em nossa pesquisa.

1º) Inexistência de texto legal expresso:

Um primeiro argumento contrário à adoção da ação coletiva passiva é alegação de que não existe texto legal expresso³⁷² conferindo legitimação coletiva passiva, razão pela

³⁶⁶ VIOLIN, Jordão, *op. cit.*, p. 94.

³⁶⁷ MAIA, Diogo Campos Medina. 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 do Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 340.

³⁶⁸ *Idem, ibidem*, p. 340.

³⁶⁹ JUNIOR, Fredie Didier; JUNIOR, Hermes Zaneti. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 04, *cit.*, p. 404.

³⁷⁰ *Idem, ibidem*, pp. 401/402.

³⁷¹ Os três argumentos que se seguem foram pontualmente detectados pelo professor JÚNIOR, Fredie Didier. O Controle Jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas, *op. cit.*, p. 75.

³⁷² Neste exato sentido, entendendo não ser possível a ação coletiva passiva no ordenamento brasileiro por absoluta falta de previsão legal, temos, dentre outros, DINAMARCO, Pedro. *Las acciones colectivas pasivas em el Código Modelo de*

qual, tendo em vista a regra do art. 6º, do CPC, não se pode admitir a legitimação extraordinária sem autorização do legislador. Isto porque, como vimos, a despeito das discussões travadas na doutrina, o entendimento que vem prevalecendo é no sentido de que o legitimado coletivo vai a juízo na qualidade de substituto processual.

No entanto, mesmo que diante da prevalente tese de legitimação extraordinária do legitimado coletivo, o argumento em apreço é falacioso, faltando, aqui, uma adequada interpretação da regra do art. 6º³⁷³, do CPC, que regula a possibilidade de outros, que não os titulares do direito material ou da obrigação correlata, figurarem em juízo para, em nome próprio, proceder à defesa de interesses alheios, desde que autorizados por lei.

Duas questões surgem sobre a regra do art. 6º, do CPC, com implicações na ação coletiva passiva: (i) análise do verbo “pleitear” e (ii) análise do vocábulo “lei” como permissivo da legitimação extraordinária.

Quando o legislador dispõe que ninguém poderá “pleitear” em nome próprio direito alheio, a primeira interpretação que se poderia extrair da norma legal é no sentido de que somente o *demandante* poderia substituir terceiros e não o *demandado*. No entanto, como bem esclarece Arruda Alvim, ao analisar aquele dispositivo legal, “quando a lei se refere a pleitear, quer significar mover ação, defender alguém, utilizar de oposição, assumir a posição de assistente litisconsorcial ou simples, em nome de outrem”³⁷⁴, o que significa dizer, em outras palavras, que o dispositivo não se refere, exclusivamente, ao direito de propor ação, mas também, ao próprio direito de defesa, razão pela qual, em tese, é possível a legitimação extraordinária no pólo passivo da demanda.

Por outro lado, no que diz respeito à parte final da regra do art. 6º, que só admite a legitimação extraordinária quando houver *lei* autorizando, é preciso que se busque o exato alcance do vocábulo “lei”, pois, a se interpretá-lo como “*texto legal*”, a toda evidência a ação coletiva passiva não poderia ser admitida em nosso ordenamento,³⁷⁵ tendo em vista a inexistência de previsão expressa. No entanto, a melhor interpretação para o vocábulo “lei”,

Procesos Colectivos para Iberoamerica. In: GIDI, Antônio; MEC-GRECOR, Eduardo Ferrer (Coord.). La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos. México: Porruá, 2004, p. 132.

³⁷³ Eis a expressa redação do art. 6º, do CPC: “Ninguém poderá pleitear em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

³⁷⁴ ALVIM, José Manuel Arruda. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 425.

³⁷⁵ Neste sentido são as considerações do professor Hugo Nigro Mazzilli, que assim se manifesta: “Por que os entes estatais e as associações, legitimados à propositura da ação civil pública ou coletiva, como regra geral, não podem ser réus nestas ações? Porque a substituição processual é matéria de direito estrito, e a lei só lhes conferiu a possibilidade de exercerem a substituição processual do grupo lesado no pólo ativo. Por isso é que não cabe ação civil pública ou coletiva contra o grupo lesado, nem mesmo por meio de reconvenção.” E conclui: “Somente quando advier eventual alteração legislativa em matéria de tutela coletiva, é que será possível cogitar de uma disciplina mais ampla para a substituição processual também no pólo passivo.” MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**, *cit.*, pp. 361/364.

contido naquele dispositivo legal, é no sentido de que a atribuição da legitimação extraordinária não precisa constar de texto expreso, bastando que se retire do próprio “*sistema jurídico*”³⁷⁶ esta autorização.

Pois bem. Como já sustentamos anteriormente, pós Constituição de 1988, com o movimento neoconstitucionalista e neoprocessualista, o método tradicional de subsunção de aplicação do direito ao caso concreto tornou-se absolutamente insuficiente, havendo a necessidade de uma posição mais ativa do intérprete e aplicador da Constituição. Considerando que os princípios foram elevados ao *status* de norma jurídica, a Constituição ganhou o qualificativo de diploma axiológico, retirando dos Códigos o núcleo hermenêutico do intérprete.

Por tais razões, devemos buscar, na Constituição, a necessária autorização para a admissão da ação coletiva passiva. Por mais que o art. 6º, do Código de Processo Civil, possa conferir aplicabilidade a um devido processo legal e aos ditames de segurança jurídica, a interpretação restritiva da norma legal, no sentido de somente se admitir a legitimação extraordinária diante de uma expressa autorização na lei, constituiria um afronto ao princípio constitucional da inafastabilidade do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da Constituição)³⁷⁷. Neste particular, precisas são as observações de Fredie Didier e Hermes Zaneti:

[...] Demais disso, a permissão da ação coletiva passiva é decorrência do princípio do acesso à justiça (nenhuma pretensão pode ser afastada do Poder Judiciário). Não admitir a ação coletiva passiva é negar o direito fundamental de ação àquele que contra um grupo pretende exercer algum direito: ele teria garantido o direito constitucional de defesa, mas não poderia demandar. Negar a possibilidade de ação coletiva passiva é, ainda, fechar os olhos para a realidade: os conflitos de interesses podem envolver particular-particular, particular-grupo e grupo-grupo. Na sociedade de massas, há conflitos *de* massa e conflito *entre* massas.³⁷⁸

A vingar a tese de interpretação restritiva do art. 6º, do CPC, não seria possível a ação rescisória da sentença coletiva e nem a ação cautelar incidental proposta pelo réu de ação coletiva ativa, o que implicaria em cercear o direito de acesso à justiça³⁷⁹. É por tal

³⁷⁶ JÚNIOR, Fredie Didier. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas, *op. cit.*, p. 76. O professor Arruda Alvim, também defensor desta tese, admite a substituição processual ainda que não prevista, expressamente, no texto de lei, desde que “deflúa do sistema”. ALVIM, Arruda. **Código de Processo Civil Comentado**, *cit.*, pp. 424/426.

³⁷⁷ Também neste sentido MAIA, Diogo Campos Medina, **Ação Coletiva Passiva**, *cit.*, p. 73.

³⁷⁸ JUNIOR, Fredie Didier; JUNIOR, Hermes Zaneti, **Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo**. Vol. 04, *cit.*, p. 413.

³⁷⁹ Vale destacar, aqui, que, além das *espécies* anteriormente mencionadas (comum ou ordinária e duplamente coletiva), a doutrina ainda *classifica* as ações coletivas passivas em *independentes* e *incidentes ou derivadas*. “Independentes são as ações coletivas passivas que decorrem diretamente de uma relação de direito material comum, sem relação com qualquer outra ação coletiva. [...] Incidentes ou derivadas, por sua vez, são as ações coletivas passivas que, muito embora

razão, inclusive, com as vênias devidas, que o argumento do professor Arruda Alvim³⁸⁰ no sentido de que a expressão “defesa”, contida no art. 81, do CDC, se refere tão somente ao pólo ativo (coletivo) das demandas judiciais, não pode ser aceito. Não há, ali, nenhum contexto jurídico indicando que “defesa” significa tão somente defesa no pólo ativo e não no pólo passivo pelo legitimado coletivo.

A premissa de que não há regramento autorizando a ação coletiva passiva é infundada. Lembra a professora Ada Pellegrini Grinover³⁸¹ que a Lei da Ação Civil Pública e o próprio Código de Defesa do Consumidor trazem disposições normativas autorizando a demanda coletiva passiva. Por força do art. 5º, § 2º, da ACP³⁸², a associação pode habilitar-se como litisconsorte de “qualquer das partes”, o que torna evidente, portanto, que a demanda pode ser intentada pela classe ou *contra ela*³⁸³. Por sua vez, a redação do art. 83³⁸⁴, do CDC, garante, na feliz expressão da professora Ada Pellegrini Grinover, “irrestrita tutelabilidade, em juízo, das questões inerentes às relações de consumo”³⁸⁵, na medida em que consagra 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.”³⁸⁶

Não fosse o suficiente, lembra, ainda, a Ada Pellegrini Grinover, a regra do art. 107³⁸⁷, do CDC, que prevê a chamada “*convenção coletiva de consumo*” entre consumidores e fornecedores. Logo, se a mesma não for observada, ou seja, havendo descumprimento, poderá ser proposta uma ação que, inexoravelmente, originará uma lide coletiva que “só

autônomas, decorrem da existência de ações coletivas ativas ou duplamente coletivas.” MAIA, Diogo Campos Medina, **Ação Coletiva Passiva**, *cit.*, p. 54.

³⁸⁰ ALVIM, Arruda. **Da coisa julgada no Código de Proteção e Defesa do Consumidor**, *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas, *op. cit.*, p. 216.

³⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas, *op. cit.*, pp. 218/220.

³⁸² Art. 5º. [...] § 2º. “Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.”

³⁸³ O professor Antônio Gidi critica este argumento da professora Ada Pellegrini aduzindo tratar-se de “uma interpretação extremamente frágil e formalista, que não colmata a lacuna do direito brasileiro.” Segundo ele, “quando a lei diz que os legitimados coletivos poderão intervir no processo coletivo tanto a favor como contra os interesses do grupo, não quer dizer nada além do que a sua letra diz: muitas vezes, a demanda coletiva proposta não é do interesse do grupo e ele poderá alinhar sua posição aos interesses do réu. Essa é uma norma saudável, em face da complexidade das relações jurídicas em uma controvérsia coletiva. Se as demandas coletivas passivas são ou não cabíveis no direito brasileiro, não pode ser por esse motivo. A possibilidade de um legitimado coletivo intervir num processo contra os aparentes interesses do grupo é tema completamente diferente de o direito autorizar ou não uma demanda coletiva passiva proposta *contra* o grupo.” GIDI, Antônio. **Rumo a um Código de Processo Civil**, *cit.*, p. 341.

³⁸⁴ “Art. 83. 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.”

³⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas. *Op.cit.*, p. 218.

³⁸⁶ *Idem, ibidem, loc. cit.*

³⁸⁷ “Art. 107. As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto esclarecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo.”

poderá ser solucionada em juízo pela colocação dos representantes das categorias face a face, no pólo ativo e no pólo passivo da demanda”³⁸⁸.

Os professores Didier e Hermes Zaneti³⁸⁹ destacam que, no âmbito da Justiça do Trabalho, há muito se admitem processos judiciais que tenham por objeto a discussão de convenção coletiva de trabalho (art. 1º, da Lei Federal n. 8.984/95). Nestas hipóteses, os sindicatos estarão em pólos opostos defendendo, em juízo, interesses das suas respectivas categorias.

Destarte, quer porque não se pode interpretar restritivamente o vocábulo “lei”, contido no art. 6º, do CPC, diante de um novo modelo de interpretação constitucional, quer porque existem disposições admitindo a ação coletiva passiva, o primeiro argumento é frágil e incapaz de afastar a possibilidade de ação coletiva passiva.

De outro giro, deve ser ressaltado que toda esta discussão seria absolutamente inexistente diante da tese da admissibilidade do processo coletivo como sendo de *representação de interesses*, na medida em que o legitimado está em juízo não para substituir pessoas, mas sim, para proceder à defesa genérica de interesses, bastando, para tanto, que se apresente como *adequado representante*.

A situação legitimante do demandante e do demandado coletivo não está no vínculo com a titularidade do direito material, mas sim, nas suas condições técnicas de defesa do interesse coletivo, pelo o que não haveria que se analisar ou interpretar o alcance da regra do art. 6º, do CPC, para se admitir a ação coletiva passiva. Mais uma vez, o que se observa é que a discussão é travada tendo em vista a insistência de se visualizar o processo coletivo no modelo *representativo de pessoas*, característica de uma doutrina que continua arraigada nas concepções individualistas.

2º) Inadmissibilidade da ação coletiva por ausência da identificação do representante adequado.

³⁸⁸ Também na precisa observação da professora GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas. *Op.cit.*, p. 215.

³⁸⁹ JUNIOR, Fredie Didier; JUNIOR, Hermes Zaneti. **Curso de Direito de Direito Processual Civil**, vol. 04, *cit.*, p. 413.

A Lei da Ação Civil Pública (art. 5º) e o próprio Código de Defesa do Consumidor (art. 82) trazem os legitimados coletivos à propositura de uma ação coletiva, não havendo, efetivamente, nenhuma norma, em nosso ordenamento, sobre quais seriam os legitimados coletivos passivo. No entanto, esta ausência de positivação jurídica não constitui qualquer óbice à ação coletiva passiva. Considerando que a própria demanda coletiva passiva tem garantia constitucional, cabe ao intérprete buscar as soluções cabíveis até que o legislador infraconstitucional disponha a respeito.

Neste particular, portanto, como bem ressalta Fredie Didier, a solução está, sobretudo, no campo da representatividade adequada³⁹⁰, de modo que, via de regra, portanto, aqueles co-legitimados ativos, previstos em lei, podem atuar no pólo passivo, devendo o juiz exercer o controle judicial da representatividade adequada com amplos poderes de análise crítica das reais condições do legitimado passivo, e, ainda, se for o caso, determinar a substituição da polaridade passiva, pois o contraditório estará garantido na adequada representação.

Deve ser ressaltado, no entanto, que, dentre estes legitimados, o Ministério Público não poderá ser réu numa ação coletiva passiva. Isto porque o *Parquet* é um órgão desprovido de personalidade jurídica, carecendo, assim, de capacidade de ser parte, razão pela qual não pode ser demandado em juízo.³⁹¹ Assim, compete ao autor da ação coletiva passiva, escolher outro legitimado para a regularidade de sua ação judicial.

Interessante observar, no entanto, que a despeito de não poder ser legitimado coletivo passivo originário, a doutrina vem aceitando a inclusão do Ministério Público no pólo passivo das ações coletivas passivas derivadas de uma ação coletiva ativa. Assim, na hipótese de ação rescisória, de ação cautelar incidental, de embargos do executado ou de terceiro, ajuizadas pelo réu de uma ação coletiva ativa, se o autor da ação originária for o Ministério Público, na espécie, poderá ele figurar como demandado na ação coletiva passiva derivada³⁹².

Excetuam-se, no entanto, aquelas ações de natureza incidental que tem tão somente por objetivo a “otimização do processo”³⁹³, visando conceder maior celeridade e economia processual na entrega da tutela jurisdicional. Desta forma, a *ação declaratória incidental* (art.

³⁹⁰ JÚNIOR, Fredie Didier. O Controle Jurisdicional da Legitimação Coletiva e as Ações Coletivas Passivas (O Artigo 82 do CDC), *op. cit.*, p. 76.

³⁹¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**, *cit.*, p. 362.

³⁹² Neste sentido, MAIA, Campos Medina, **Ação Coletiva Passiva**, *cit.*, p. 124; VIOLIN, Jordão, *op. cit.*, p. 130; MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses em juízo**, *cit.*, p. 362.

³⁹³ A expressão é de MAIA, Campos Medina, **Ação Coletiva Passiva**, *cit.*, p. 122.

5º, do CPC) e a *ação reconvencional* não poderão ser propostas em face do Ministério Público, até porque o réu destas ações deve possuir legitimidade passiva do mesmo modo como se fosse réu numa ação coletiva passiva originária.

Destarte, o representante na ação coletiva passiva, excetuando-se o Ministério Público, deverá constar do rol dos legitimados ativos, não se podendo admitir, por conseguinte, que os interesses de uma coletividade sejam representados por entes que não estão previstos ou elencados na regra do art. 82, do CDC e do art. 5º, da ACP. Desta forma, “a impossibilidade de se demandar em face de grupo sem legitimado que o represente não é problema sem solução.”³⁹⁴

3º) A coisa julgada não pode prejudicar os direitos individuais, tendo em vista a regra do art.103, do CDC, e a extensão in utilibus às situações jurídicas individuais:

Um dos maiores problemas da admissibilidade das ações coletivas passivas reside, essencialmente, nas considerações sobre a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada material. Isto porque na estrutura do Código de Defesa do Consumidor, a opção foi no sentido da coisa julgada sempre favorecer os titulares individuais dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. A regra do art. 103, da Lei n. 8.078/90, foi instituída para as ações coletivas ativas, não podendo, assim, ser aplicável às ações coletivas passivas, surgindo, então, o grande desafio doutrinário de dar uma solução jurídica à questão, tendo em vista o vazio legislativo a seu respeito, o que passamos a analisar.

A professora Ada Pellegrini Grinover³⁹⁵, uma das poucas juristas do país a tratar do tema da coisa julgada nas ações coletivas passivas, reconhece, inicialmente, que o tratamento das ações coletivas, no CDC, está voltado à defesa dos interesses dos consumidores e das vítimas, exercida pelos legitimados ativos à ação coletiva (art. 81, *caput*, do CDC) de modo que o regime da coisa julgada, ali previsto, não é adequado à hipótese de ação ajuizada *contra* a classe. Sugere, no entanto, a inversão dos termos do art. 103 da Lei 8.078/90. Vejamos.

³⁹⁴ VIOLIN, Jordão, *op. cit.*, p. 132.

³⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações Coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. Op. cit.*, pp. 08/10.

Destaca a professora Ada Pellegrini ser necessário distinguir o fenômeno em duas espécies de ações coletivas passivas: (i) nas *ações coletivas passivas ordinárias*, que são aquelas ajuizadas por litigantes individuais em face de coletividade e (ii) nas *ações duplamente coletivas*, onde há a disputa entre duas coletividades no processo.

Nas ações coletivas passivas ordinárias, em se tratando de interesses *difusos e coletivos*, na visão da professora Ada:

[...] 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 a ausência de uma condição da ação, que não inviabiliza a repetição do pedido contra outro legitimado.*³⁹⁶

Por outro lado, na hipótese de *direitos individuais homogêneos*, ainda nas lições na professora Ada Pellegrini Grinover, bastaria 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.”³⁹⁷ Desse modo, a coisa julgada continuaria operando só *in utilibus* para beneficiar e não para prejudicar os membros da classe.

Na hipótese de direitos e *interesses difusos e coletivos*, quando a ação individual proposta em face da classe for julgada *improcedente*, a proposta da professora Ada Pellegrini é absolutamente compatível com a regra do art. 103, I e II, na medida em que haverá a formação da coisa julgada material, beneficiando toda a classe, tal como ocorre na ação coletiva ativa julgada procedente.

Já na hipótese de *procedência do pedido* na ação coletiva passiva, algumas reflexões podem e devem ser feitas sobre as ponderações apresentadas pela professora da Universidade de São Paulo. Numa ação coletiva ativa, o que impede a formação da coisa julgada, na hipótese de improcedência, é a *insuficiência de provas*. Quando a classe ocupa o pólo passivo, este sistema nos parece inaplicável, ou seja, não se pode falar em “procedência por insuficiência de prova”, pois a procedência do pedido só poderá ser concedida pelo juiz em havendo provas suficientes de todo o alegado pela parte autora.

³⁹⁶ *Idem, ibidem*, p. 08.

³⁹⁷ *Idem, ibidem, loc. cit.*

A professora Ada Pellegrini, neste particular, não menciona *insuficiência de prova*, mas sim *insuficiência da defesa*³⁹⁸ afirmando, textualmente, que a sentença de procedência contra a classe, em que o juiz reconheça a *insuficiência da defesa coletiva*, não faz coisa julgada. Criticando esta tese, o jovem Diogo Maia bem observa que a professora está transformando a *insuficiência de prova*, do regime geral da coisa julgada coletiva, em *insuficiência de defesa*, a ser aferida pelo juiz na ação coletiva passiva, o que, no entanto, “além de não corresponder à exata inversão do sistema da formação da coisa julgada na ação coletiva ativa, cria um instrumento de intenso grau de subjetividade, sem similar no ordenamento jurídico brasileiro, para avaliar a qualidade da defesa coletiva produzida.”³⁹⁹

Em decorrência, propõe Diogo Maia a tese de que a decisão de procedência só fará coisa julgada se baseada em provas que sejam suficientes para formar o convencimento do juiz, devendo o autor individual, portanto, se esmerar em produzir provas robustas de todo o alegado, no viés de obter a procedência com fundamento nas provas produzidas.⁴⁰⁰

A questão se resolve, a nosso sentir, na análise da representatividade adequada⁴⁰¹. O juiz tem o dever de verificar se o legitimado coletivo está em condições reais de proceder à defesa dos interesses em juízo. Se o juiz reconhece a insuficiência de defesa, na realidade, estará diante de um “representante” que não se comportou de forma adequada, de modo que não poderá prolatar uma sentença de mérito. Assiste razão, assim o ilustre professor José Marcelo Menezes Vigliar ao afirmar:

[...] Não parece que o problema se limite a reconhecer a deficiência da defesa, quando da sentença de mérito. Essa sentença será um “simulacro de sentença”. Evitaria, estou de pleno acordo, eventuais conluios. Contudo, na condução do processo, considerando-se a fase atual em que encontramos, levando em conta os próprios poderes instrutórios do juiz, e outros avançados da ciência processual, o juiz deveria – como pode fazê-lo o juiz criminal em determinadas hipóteses – declarar a categoria indefesa.⁴⁰²

Relembre-se que a *situação legitimante* do legitimado coletivo está na sua adequada representação e não na vinculação da titularidade do direito material. Se carece de representatividade adequada, não tem legitimidade para proceder à defesa do interesse em juízo. Assim, desde que estejamos diante de um adequado representante, teremos a extensão

³⁹⁸ O que demonstra que a inversão dos incisos I e II do art. 103, do CDC, aqui, não é perfeita.

³⁹⁹ MAIA, Diogo Campos Medina, *Ação Coletiva Passiva*, cit., p. 143.

⁴⁰⁰ *Idem, ibidem*, pp. 142/143.

⁴⁰¹ Também neste sentido, VIOLIN, Jordão, *op. cit.*, p. 142.

⁴⁰² VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant Class Action Brasileira: limites propostos para o Código de Processos Coletivos*. *Op. cit.*, p. 317.

dos limites subjetivos da coisa julgada. Como categoricamente afirmou José Marcelo Menezes Vigliar, “trata-se, de uma vez por todas, de reconhecer que a representatividade adequada – que nas demandas coletivas toma o lugar de legitimidade (no caso passiva) – pode e deve, uma vez que se trata de matéria de ordem pública, ser revista a qualquer momento.”⁴⁰³

Ressalte-se que, na proposta apresentada pela professora Ada Grinover, a coisa julgada envolvendo direitos difusos e coletivos em sentido estrito - mesmo quando a procedência for pela constatação de provas robustas - não prejudicará interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe, nos exatos termos do art. 103, § 1º, do CDC⁴⁰⁴.

Por outro lado, quando a hipótese for de ação coletiva passiva onde a defesa é de *direitos individuais homogêneos*, a simples inversão da regra do art. 103, III, do CDC, também não é suficiente, sob pena de se admitir que somente a sentença de improcedência contra a classe transita em julgado, enquanto que a sentença de procedência, por sua vez, jamais irá atingir a qualquer membro, tirando-se, assim, toda e qualquer utilidade desta ação coletiva proposta por um autor individual.⁴⁰⁵

Esta exegese, inclusive, contraria o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional. Como bem pontua Diogo Maia Medina, não existe “diferença jurídica entre impedir o controle jurisdicional e permitir o andamento de uma ação que poderá ser

⁴⁰³ Destaca, ainda, este professor, que, eventualmente, se o legitimado passivo conscientemente deixa de proceder à defesa coletiva, o mesmo deve ser advertido com a possibilidade de dupla punição: “a) retirando-o dessa condição, no curso do processo (leia-se: até a prolação da sentença de mérito); b) não permitir que realize a representação da coletividade em outras demandas coletivas (mesmo que ativas), diante deste comportamento faltoso.” *Idem, ibidem, loc. cit.*

⁴⁰⁴ Assim, por exemplo, numa ação proposta por uma empresa de planos de saúde em face do Idec (representantes dos consumidores), objetivando a declaração de licitude de determinada cláusula-padrão. Uma vez julgado procedente o pedido, entendendo o magistrado que a cláusula não é abusiva, a coisa julgada abrangerá todos os legitimados ativos do art. 82, do CDC, que não mais poderão promover nova (a mesma) ação coletiva. Ressalte-se, entretanto, que a decisão não prejudica os consumidores de modo que, mantendo afinação com o art. 103, do CDC, nada impede que estes venham a propor a sua ação individual questionando, novamente, a aludida cláusula. Isto porque, se a hipótese fosse de ação coletiva ativa (Idec X empresa de planos de saúde) e o pedido fosse julgado improcedente após análise do mérito (e não se trata de improcedência por insuficiência de provas), a referida decisão impede que os autores coletivos reproponham a ação, *ex vi* da regra do art. 103, do CDC. Exemplo colhido do livro de LENZA, Pedro. *Op. cit.*, p. 197.

⁴⁰⁵ Como vimos, esta é efetivamente a proposta da professora Ada Pellegrini Grinover, que defende que, na hipótese de sentença favorável ao autor individual, nada impede o ajuizamento das ações individuais. No entanto, como destaca Jordão Violin, “Quem, em sã consciência, proporia uma ação que só transitará em julgado contra os seus próprios interesses? Quem proporia um ação que, no máximo, não vai lhe prejudicar, mas que em hipótese alguma lhe beneficiará? Obter uma declaração judicial que não pode ser oposta contra ninguém significa ter contra si negado o direito não só à tutela jurisdicional, mas é a própria negação dos princípios constitucionais da certeza do direito e da segurança jurídica. De nada ainda o juiz declarar que o autor tem um direito, quando esta declaração não for oponível a outras pessoas. Nas palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso, citado acima, isto equivaleria a uma consulta judicial.” VIOLIN, Jordão. **Ação Coletiva Passiva – Fundamentos e Perfis**, *cit.*, p. 143.

discutida *ad eternum*”⁴⁰⁶, de modo que impedir a formação da coisa julgada contrária aos interesses da coletividade nestas ações implica em afastar a própria tutela jurisdicional.

A nossa proposta, no entanto, como exaustivamente estamos defendendo neste trabalho, é capaz de dar solução à questão. Basta enfrentarmos o processo coletivo como sendo de *representação de interesses*. O legitimado coletivo não é representante do grupo, categoria ou classe. Havendo a adequada representação do interesse, nada obsta a que a sentença não só transite em julgado, como também atinja a esfera individual de todos os titulares dos interesses, membros da coletividade.

Por fim, quando a hipótese for de *ação duplamente coletiva*, a proposta da professora Ada não é criticada pela doutrina de modo que a coisa julgada se formará, normalmente, sem qualquer vinculação à atividade probatória das partes. O tratamento, aqui, deve ser totalmente igualitário, de modo que a “coisa julgada será *erga omnes*, seja em caso de acolhimento como de rejeição do pedido, sem qualquer temperamento”⁴⁰⁷.

Destaca-se, por fim, que o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero - América apresenta algumas sugestões para a questão, delineando, assim, os efeitos da coisa julgada numa ação coletiva passiva, envolvendo interesses difusos e interesses individuais homogêneos. É a inteligência dos arts. 36⁴⁰⁸ e 37⁴⁰⁹.

Analisando-se aquele diploma observa-se, inicialmente, que o único regramento ali constante é para as ações coletivas passivas propostas por autores individuais, não havendo nenhum dispositivo a regulamentar as ações duplamente coletivas. Por força do art. 36, para a hipótese de *direitos difusos*, a coisa julgada é *pro et contra e erga omnes*, ou seja, qualquer que for o resultado do julgamento do processo coletivo, seja pela procedência, seja pela improcedência, irá vincular todos os membros do grupo. Esta regra, portanto, privilegia a ação coletiva passiva e adota, em última análise, o sistema da representação de interesses e não da representação de pessoas em sede de demanda coletiva.

⁴⁰⁶ MAIA, Diogo Campos Medina, *Ação Coletiva Passiva*, *cit.*, pp. 144/145.

⁴⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações Coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada*. *Op. cit.*, p. 09.

⁴⁰⁸ “Art. 36 – Coisa julgada passiva: interesses ou direitos difusos – Quando se tratar de interesses ou direitos difusos, a coisa julgada atuará erga omnes, vinculando os membros do grupo ou classe.”

⁴⁰⁹ “Art. 37 – Coisa julgada passiva: interesses individuais homogêneos – Quando se tratar 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. Parágrafo único – Quando a ação coletiva for promovida contra o sindicato, como substituto processual da categoria, a coisa julgada terá eficácia erga omnes, vinculando individualmente todos os membros, mesmo em caso de procedência do pedido.”

Esta mesma regra do art. 36, embora faça menção tão somente aos direitos e interesses difusos, também se aplica aos interesses coletivos *stricto sensu*, pois, como bem destacam os professores Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior⁴¹⁰, a tendência mundial é a de não mais se fazer distinção entre direitos difusos e coletivos, de modo que a coisa julgada, aqui, será a mesma, ou seja, *pro et contra*, com a ressalva, no entanto, da eficácia *ultra partes*.

Por outro lado, se os direitos ou interesses forem individuais homogêneos, a sistemática do art. 37 do Código Modelo é bem parecida com a regra do nosso art. 103, III, pois se a sentença for desfavorável ao grupo, categoria ou classe, em outras palavras, se a sentença for de procedência do pedido, não vinculará os respectivos membros, que poderão afastar os efeitos da decisão em sua esfera individual por ação própria ou incidentalmente na execução. Esta regra, no entanto, está excepcionada quando a ação coletiva for proposta contra sindicato, na qualidade de substituto processual, quando então, a coisa julgada vinculará, individualmente, todos os membros, qualquer que seja o conteúdo da sentença.

Esta proposta, no entanto, além de ser absolutamente incoerente com a própria regra do art. 36, traz uma exceção no parágrafo único sem qualquer fundamento. Se, por um lado, o art. 36 merece aplausos, o art. 37 é alvo de críticas, eis que a sentença de procedência da ação coletiva, na hipótese de direitos individuais homogêneos, não terá qualquer utilidade, será “*quase um conselho*”⁴¹¹ eis que os membros podem escapar dos efeitos da decisão, quer propondo uma ação, quer incidentalmente na própria execução⁴¹².

4.6.3. A representatividade adequada dos interesses como fundamento da ação coletiva passiva:

Reiteradamente estamos afirmando a importância da adequada representação do legitimado coletivo para o exercício da tutela jurisdicional coletiva. A figura toma relevo não

⁴¹⁰ JUNIOR, Fredie Didier; JUNIOR, Hermes Zaneti. **Curso de Direito Processual Coletivo**, vol. 04, *cit.*, pp. 403/404.

⁴¹¹ Esta é a propícia expressão dos professores Fredie Didier e Hermes Zaneti, que também fazem outra crítica à inclusão do parágrafo único, na medida em que, sem propósito, excepciona a regra do *caput* do art. 37. *Ibidem*, p. 412.

⁴¹² Observa-se que esta regra do art. 37 identifica-se com a proposta da professora Ada Grinover e a que nos referimos anteriormente.

só no desenvolvimento das considerações do processo coletivo como sendo de *representação de interesses*, mas, em particular, na admissibilidade da ação *coletiva passiva*.⁴¹³

No campo das ações coletivas passivas, a questão se acentua, pois, diferentemente do que ocorre nas ações coletivas ativas, o representante atua na mais ampla acepção do direito constitucional do contraditório e da ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes.

É através da adequada representação que estarão garantidos, no processo, diversos valores e princípios constitucionais, como, além do já referido contraditório e ampla defesa, o devido processo legal, a segurança jurídica e a efetividade do provimento jurisdicional. A nossa legislação, de certa forma, tentou se mostrar atenta a este critério ao exigir, *v. g.*, a constituição mínima de um ano para as associações e pertinência temática entre os seus objetivos institucionais e a tutela jurisdicional invocada. No entanto, os critérios objetivos previstos na lei são insuficientes, devendo ser aferido, inclusive do sistema constitucional, outros vetores para o controle da adequada representação.

Como pontualmente observa José Marcelo Menezes Vigliar, “a representação adequada é condição que se conquista. Essa conquista surge de atividade diuturna.”⁴¹⁴ Assim, se a coisa julgada deve ser necessariamente *pro e contra* em um processo coletivo passivo, é essencial que o juiz exerça ativamente o controle da adequação do representante.

⁴¹³ A professora Ada Pellegrini Grinover chega a afirmar que a “condição *sine qua non* para a admissibilidade da ação contra a classe, em qualquer ordenamento, é a de atribuir ao juiz o papel central de identificar a referida classe, e isso porque a *adequacy of representation*, nesse caso, é efetivamente condição necessária e suficiente para que a sentença possa vincular todos os componentes da classe, independentemente de sua participação individual no processo.” Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas, *op. cit.*, p. 214.

⁴¹⁴ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant Class Action* Brasileira: limites propostos para o Código de Processos Coletivos, *op. cit.*, p. 319.

5. CONCLUSÃO

1. Ao contrário do que se noticia, as primeiras noções de representação coletiva não deitam raízes nas experiências inglesas do “*bill of peace*” da Corte de Chancelaria Inglesa, mas sim, no direito romano, através das chamadas *actiones populares*.

2. Para a propositura das *actiones populares* romanas não havia a exigência de um elemento legitimador para a condução da ação, bastando, para tanto, ter a condição de cidadão romano para defender a *res publica*. Até porque havia uma certa simbiose entre a coisa pública e o cidadão romano, na medida em que este era tomado pela sensação de ser o dono da coisa pública.

3. Afirma-se que é na defesa do interesse da coletividade, exercida através das ações romanas, que está o ponto de partida para que, posteriormente, pudesse ser desenvolvida a idéia de tutela judicial dos interesses supraindividuais, pois, já naquela época, tal defesa não se enquadrava nas noções de interesse privado e nem de interesse público, mas, por outro lado, eram imanentes ao conjunto de pessoas considerado de forma indivisível, a quem seria deferida sua fruição, posto que a todos lesionavam e a todos aproveitavam.

4. Muito embora não se possa falar em evolução das *actiones populares* romanas até os dias atuais, porque o direito nada mais é que um reflexo dos fenômenos que ocorrem em uma determinada sociedade dentro de seu contexto histórico, encontramos, no entanto, na Roma antiga, as primeiras noções de representatividade adequada, pois, quando vários cidadãos iam a juízo defender o mesmo interesse público, a preferência era dada àquele que tivesse melhores condições de demandar.

5. Após o declínio do Império Romano, adentrando-se no período medievo, a sociedade era naturalmente organizada em pequenas coletividades, de forma gregária, onde o indivíduo estava indissociavelmente ligado ao grupo, de modo que as ações coletivas eram decorrência natural do contexto social vigente. Não se exigia do cidadão qualquer questionamento sobre a sua legitimidade ou adequada representação na defesa da coletividade, sendo espontânea a sua aceitação na defesa de interesses coletivos.

6. Já a partir dos séculos XV e XVI, surge um novo cenário político econômico na Europa, marcando uma ascensão do individualismo, deixando o indivíduo de ser

confundido com a própria sociedade para ser reconhecido como um sujeito dotado de direitos, de modo que se passou a exigir um título ou uma teoria que pudesse fundamentar a possibilidade de alguém ir a juízo defender os interesses dos demais indivíduos ausentes da relação processual.

7. Do modelo medieval de ação coletiva incondicionada, passa-se para um modelo de ação coletiva condicionada ao preenchimento de determinados requisitos. Ou o grupo tinha o reconhecimento jurídico de sua existência, facilitando-se, assim, a representação coletiva (Teoria das Corporações), ou, sem este reconhecimento, eram considerados grupos informais, estabelecendo-se verdadeiras exigências para a admissão da respectiva ação coletiva e consistentes na existência de consentimento dos membros do grupo com a representação (Teoria do Consentimento) ou a comunhão de interesses do autor com os interesses do grupo, dispensando-se o consentimento (Teoria do Interesse).

8. Na Inglaterra, em especial, nos próprios Tribunais de Equidade (que eram, inclusive, mais flexíveis), se instituiu a regra impondo a presença de todos os interessados na lide (*necessary parties rule ou compulsory joinder rule*), todavia, em situações especiais e até em função do inconveniente “litisconsórcio”, o Chanceler podia emitir o “*bill o peace*”, que era uma autorização para que alguns membros do grupo pudessem pleitear em nome de todos os interessados,

9. Historicamente, afirma-se que duas grandes classes levaram muitas discussões para as Cortes de Chancelaria Inglesa: as sociedades por ação (*joint sock companies*) e as sociedades de amigos (*friendly societies*) e quando estas associações receberam o reconhecimento pelo Estado Inglês, as ações coletivas na Inglaterra perderam expressividade, caindo em desuso, só tendo sido regulamentadas no ano de 2000, com o Código de Processo Civil Inglês, havendo, ainda, registro de que o requisito contido na lei de “interesse comum”, para a representação coletiva, fragiliza a propositura de tais ações, tendo em vista a dificuldade de interpretação desta expressão.

10. No direito norte americano, por sua vez, as experiências das *class actions*, vividas ao longo da história, levaram a uma regulamentação mais precisa, estando prevista, atualmente, na *Rule 23* das FRCP. Depois de diversas alterações, a regra 23 traz quatro requisitos (*numerosity, commonality, typicality e adequacy of representation*) para as duas espécies de ação (*mandatory class actions* e *not mandatory class actions*).

11. Destes requisitos previstos nas FRCP para a propositura da ação de classe norte-americana, merece destaque a exigência de representatividade adequada, exigindo-se do legitimado ativo e do advogado aptidão para defender os interesses do grupo.

12. Depreende-se, ainda, que, nas *class actions*, há um misto das Teorias do Consentimento e do Interesse. Isto porque enquanto que para as *mandatory class actions* não se busca do terceiro o seu consentimento, na medida em que não se admite o seu direito de exclusão, não havendo notificação pessoal, bastando a notificação para a classe como um todo, nas *not mandatory class actions* (ou *class actions for damages*), há resquícios da Teoria do Consentimento, eis que a notificação é compulsória, pessoal e individualizada, garantido-se ao representado o direito de exclusão da ação.

13. No direito brasileiro, por sua vez, ao contrário do direito norte americano, não há exigências, expressas na lei, para aquele que vai conduzir o direito de ação, até porque o sistema de legitimação pátrio é *ope legis*, tendo o legislador estipulado quais os legitimados à propositura de uma ação coletiva, retirando do cidadão, exceto na hipótese de ação popular, a legitimação *ad causam* de representação coletiva.

14. A natureza da legitimidade *ad causam* na condução do processo coletivo brasileiro não pode ser encarada com os mesmos parâmetros daqueles estipulados para as relações interindividuais.

15. Quando Liebman idealizou as condições para a “existência” do direito de ação, considerando, assim, uma categoria estranha ao mérito da causa, o fez quando não existentes (ou pelo menos não reconhecidos) os direitos supraindividuais, de modo que vinculou a legitimidade *ad causam* à relação jurídica de direito material abstratamente prevista na lei, até porque identificáveis os titulares do interesse. Desta forma, os legitimados *ad causam* para um processo individual são os titulares da relação jurídica de direito material.

16. A clássica noção de legitimação *ad causam* atrelada à titularidade do direito material é absolutamente inaplicável para as relações envolvendo interesses supraindividuais. Consequentemente, não se pode ter a pretensão de se levar para o processo coletivo a dicotomia legitimação “ordinária/extraordinária”, na medida em que a titularidade de direitos nunca estará em discussão, uma vez que os direitos metaindividuais são direitos *in cerca di autore*.

17. A doutrina que defende a aplicabilidade da teoria alemã da legitimação autônoma para a condução do processo coletivo, tem por objetivo desvincular a legitimidade

ad causam da titularidade da relação substancial, o que não há como ser rechaçado. No entanto, merece a mesma ser complementada, pois, retirando-se esta “situação legitimante” (na feliz expressão de José Carlos Barbosa Moreira) de afirmação de titularidade da relação jurídica de direito material como fator delimitador da legitimação *ad causam*, surge um vácuo a ser preenchido pelo requisito da representatividade adequada.

18. Destarte, o legitimado para agir, nas ações coletivas, será o representante adequado, vale dizer, aquele que melhor puder proceder à defesa dos interesses metaindividuais, o que implica enxergar nesta circunstância, uma situação legitimante vinculada à aptidão para a tutela de direitos, razão pela qual, inclusive, o legislador brasileiro retirou do cidadão a possibilidade de propositura de uma ação coletiva para a tutela dos interesses supraindividuais.

19. As ações coletivas brasileiras costumam ser caracterizadas como sendo aquelas ações em que um grupo de pessoas é “substituído” ou “representado” na relação processual por uma parte legalmente legitimada para tanto. E é por isso que boa parte da doutrina costuma afirmar que a legitimação, nestas ações, seria de natureza extraordinária.

20. Com base na doutrina estrangeira de Owen Fiss pode-se estabelecer, no entanto, uma nítida distinção entre dois modelos de representação: a *representação de pessoas* e a *representação de interesses*.

21. Visualizando o processo coletivo como *representativo de pessoas*, muitas são as desvantagens. O direito que se passa a garantir é o *direito de participação* e, em decorrência, todos os interessados terão preservada a garantia de uma notificação pessoal para que a decisão judicial possa atingir a sua esfera jurídica. Nesta ótica, indesejáveis são as conseqüências, como os elevados custos com a necessidade de expedição de centenas ou milhares de notificações e a possibilidade de um litisconsórcio que anule as vantagens de representação coletiva.

22. O ideal que se impõe é a aceitação de que a representação do processo coletivo é de *interesses* e não de pessoas. Além de conceder ao processo de massa a valorização que, constitucionalmente, lhe é assegurada, as duas principais conseqüências estão no campo da notificação e da extensão da coisa julgada. Aqui, bastará uma notificação ampla da propositura da ação para que os titulares possam não só questionar a representação do legitimado coletivo, mas também, em querendo, se retirarem do processo. Quanto à coisa julgada, a extensão aos terceiros que não participaram do processo será ampla,

independentemente do conteúdo da decisão, não se cogitando de coisa julgada *secundum eventum litis*.

23. No direito pátrio, por força da redação da regra do art. 103, do CDC, o legislador achou uma solução paliativa para estabelecer a coisa julgada *secundum eventum litis* e *in utilibus*. Já que se torna inviável a participação de todos os titulares do interesse no processo coletivo no modelo representativo de pessoas, a forma que se buscou para proteger a esfera jurídica daquele que não participou do processo é não permitir que a sentença, que lhe foi desfavorável, atinja a sua esfera jurídica.

24. Entretanto, como pondera Owen Fiss, no processo coletivo não se pode falar em *direito de participação*, o que é típico das demandas individuais, mas sim, em *direito de representação*, ou melhor, num direito a uma adequada *representação de interesses*.

25. Analisando-se a Constituição de 1988, extrai-se do sistema a possibilidade de admissão do modelo representativo de interesses no âmbito dos processos coletivos. Eis alguns princípios garantidores deste modelo: *inafastabilidade da entrega da tutela jurisdicional, efetividade, utilidade, isonomia, economia processual e contraditório efetivo*.

26. O “grau de abertura” imposto pela Constituição pelo *acesso à justiça*, liberta a ordem jurídica das noções individualistas e privatistas do processo para atender a toda uma coletividade pelo mesmo conjunto de atos judiciais. Desta forma, só se pode compreender como efetivo acesso à justiça, quando a decisão judicial, num processo coletivo, seja qual for o seu conteúdo, alcance a mesma extensão do direito violado ou ameaçado. Limitar o alcance da decisão implica num descompasso entre o *meio* e o *fim* almejado, minimizando, assim, o princípio constitucional.

27. A *efetividade* e *utilidade* do provimento jurisdicional são valores que vêm se tornando cada vez mais freqüentes pelos operadores do direito. O processo coletivo como representativo de interesses é a expressão viva da consagração destes valores, pois além da extensão subjetiva da coisa julgada àqueles que não participaram da demanda, não teremos a possibilidade de repetição de uma ação judicial já regularmente processada e julgada.

28. Nesta mesma linha de raciocínio consagram-se os princípios da *isonomia* e *economia processual*. Só haverá igualdade para as partes quando a coisa julgada atingir de maneira uniforme os legitimados ativo e passivo, de forma que a regra do art. 103, do CDC, é de constitucionalidade duvidosa, pois além de estabelecer tratamento diferenciado para onde não há desigualdade a ser combatida, permite que uma questão jurídica seja novamente

submetida à apreciação do Poder Judiciário, indo na contramão da direção da regra do art. 5º, LXXVIII, da Constituição.

29. O contraditório no processo coletivo é exercido pelo adequado representante do interesse objeto de proteção jurisdicional. É ele quem participa do processo tomando conhecimento não só da ação, mas de todos os atos processuais, podendo, assim, exercer o direito de influenciar na convicção do juiz.

30. No âmbito do processo coletivo, considerando não só a indisponibilidade do próprio direito versado, mas também por ampliar as atribuições do Poder Judiciário, que deixa de julgar questões puramente sócio-jurídicas para alcançar, muitas das vezes, questões políticas, vem se exigindo uma posição mais ativa e atuante dos juízes, devendo os mesmos franquear todas as oportunidades e meios para que as partes se manifestem no processo e, ao final, se busque a solução mais adequada à lide.

31. No direito norte-americano a representatividade adequada é pressuposto de admissibilidade das *class actions*, cabendo ao juiz a tarefa de verificar, no caso concreto, se o legitimado coletivo e o próprio advogado têm as condições ideais para a defesa do interesse. O controle, portanto, é *ope judicis*.

32. No direito brasileiro, o legislador entendeu por bem estabelecer o rol daqueles que são os legitimados à propositura da ação, havendo, assim, uma presunção de adequada representação do legitimado coletivo. Esta presunção, no entanto, deve ser vista como relativa e não absoluta, de modo que, a despeito da controvérsia doutrinária existente, a melhor exegese é no sentido de se admitir que o juiz exerça o controle da representatividade adequada, principalmente diante do novo cenário estabelecido pós Constituição de 1988 para a interpretação dos direitos fundamentais.

33. Na hipótese da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, por outro lado, não há a necessidade do juiz perquirir a respeito da adequada representação destas pessoas jurídicas de direito público, havendo presunção (e, aqui, absoluta) de que possam defender interesses transindividuais de qualquer natureza.

34. A despeito do vazio legislativo sobre a forma de se controlar judicialmente a representatividade adequada, alguns parâmetros podem ser buscados no próprio sistema para subsidiar esta atuação jurisdicional, como a *pertinência temática*, que deve existir entre o objeto da ação e o fim institucional do legitimado coletivo; a análise dos critérios estabelecidos no § 1º, do art. 20, do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-

América e, ainda, a vasta experiência do sistema norte americano, que vem exigindo este controle não só do legitimado, mas também do próprio advogado condutor da causa.

35. O Ministério Público tem se mostrado como a instituição mais atuante na defesa dos interesses supraindividuais, possuindo benefícios que lhe são exclusivos e que lhe confere esta posição de destaque, como a possibilidade de instauração de inquérito civil (art. 8º, § 1º, da Lei n. 7.347/85). No entanto, não existem razões plausíveis para se retirar dos demais legitimados coletivos o direito de instauração deste importante instrumento na busca de elementos para a propositura da demanda coletiva, o que, de certa forma, acaba por fragilizar ou ao menos limitar a atuação dos demais co-legitimados na defesa destes direitos.

36. Frente às disposições constitucionais que lhe foram atribuídas (art. 129, III), qualquer entendimento de limitação de litisconsórcio entre os órgãos do Ministério Público (Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados), teve ser tido como inconstitucional, devendo ser franqueada, ainda, pela mesma razão, ao Ministério Público Federal a possibilidade de ajuizar (em litisconsórcio ou sozinho) ação coletiva perante a Justiça Estadual e vice-versa.

37. Seguindo as considerações do Ministro Humberto Gomes de Barros, “o exercício da ação civil pública pelo Ministério Público deve ser admitido com largueza”, de modo que condicionar a propositura de ação civil pública na tutela de direitos individuais homogêneos ao preenchimento dos requisitos de “relevância social” e “indisponibilidade do direito”, não se coaduna com as disposições constitucionais. Não obstante, a despeito de certa oscilação em sua jurisprudência, esta é a orientação que vem sendo traçada pelo Superior Tribunal de Justiça.

38. Embora tardiamente, o legislador reconheceu a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações coletivas (Lei n. 11.448/2007), afastando, assim, a discussão que outrora existia entre os operadores do direito. No entanto, com o advento da Lei Complementar n. 132/2009, a legitimação da Defensoria Pública para a propositura de demanda coletiva (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos) está condicionada a uma eventual sentença que venha a beneficiar “grupo de pessoas hipossuficientes”, o que está em consonância com a regra do art. 134, da Constituição, pois, por força deste dispositivo, incumbe à Defensoria Pública a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos “necessitados”.

39. Quanto à defesa dos interesses difusos, surge uma certa perplexidade diante da redação do novel inciso VII, do art. 4º, da LC n. 80/94, pois, nesta hipótese, os interessados são indeterminados, não se podendo, assim, se precisar ou identificar se o eventual beneficiário da sentença coletiva será um hipossuficiente ou não.

40. Assim, parece-nos que a nova redação do inciso VII, do art. 4º, da LC 80/94, deve ser interpretada da seguinte forma: se o interesse tutelado for *coletivo stricto sensu e individual homogêneo*, tendo em vista a identificação dos interessados, a propositura da ação está condicionada à demonstração de que somente os interesses dos hipossuficientes estão sendo tutelados na demanda coletiva; por outro lado, se for *interesse difuso*, haverá a legitimação da Defensoria Pública diante da mínima possibilidade de pessoas hipossuficientes serem beneficiadas, pois, só assim, estará sendo respeitado o princípio constitucional do acesso à justiça em cotejo com a pertinência temática na atuação desta instituição.

41. A despeito da ausência de previsão de legislação infraconstitucional da ação coletiva passiva, a sua admissibilidade decorre do princípio constitucional da inafastabilidade do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da Constituição).

42. Parte expressiva da doutrina defende a tese da inexistência, em nosso ordenamento, da ação coletiva passiva, sob o argumento de que a legitimação extraordinária depende de autorização legislativa (art. 6º, do CPC). A exegese, no entanto, não pode ser aceita, quer porque a ação tem amparo constitucional, quer porque no campo da tutela coletiva, a legitimidade não pode ser vista à luz da titularidade da relação substancial, mas sim, da adequada representação do interesse, de modo ser imprópria a utilização da dicotomia legitimação ordinária/extraordinária em sede de ação coletiva.

43. É falacioso o argumento segundo o qual a ação coletiva passiva não pode ser aceita por não haver como identificar um legitimado coletivo para esta ação. Inexiste, no entanto, qualquer óbice para se admitir os co-legitimados ativos, previstos em lei, como aptos a atuar no pólo passivo da demanda. Excetua-se, aqui, no entanto, o Ministério Público, na medida em que se trata de órgão despossuído de personalidade jurídica, carecendo, assim, de capacidade de ser parte. Não obstante, na hipótese das ações coletivas passivas derivadas de uma ação coletiva ativa, deve o mesmo ser aceito, sob pena de ser cerceado o direito constitucional de acesso à justiça.

44. Uma das maiores questões na análise da ação coletiva passiva está no estudo da coisa julgada. Diante da ausência de qualquer disposição legislativa, é possível sustentar, como o faz a professora Ada Pellegrini Grinover, que, na hipótese de ação coletiva passiva ordinária (direitos difusos e coletivos) julgada improcedente, é perfeitamente compatível a inversão da regra do art. 103, I e II, do CDC, de modo que haverá a formação da coisa julgada material.

45. Em caso de procedência na ação coletiva passiva ordinária (direitos difusos e coletivos), deve o juiz verificar a adequada representação do legitimado coletivo, pois, só assim, se poderá admitir o trânsito em julgado do *decisum*.

46. Na hipótese de procedência de ação coletiva passiva ordinária envolvendo direitos individuais homogêneos, a inversão do art. 103, III, não é suficiente, sob pena de se admitir que somente a sentença de improcedência faz coisa julgada. Desta forma, mais uma vez, é preciso privilegiar a adequada representação do legitimado coletivo e, ainda, focar este processo no modelo *representativo de interesses*, de modo que se os interesses do grupo foram adequadamente representados, a coisa julgada irá atingir a esfera individual de cada um dos respectivos titulares.

47. Por fim, na hipótese de ação duplamente coletiva, a coisa julgada se formará normalmente, sem qualquer vinculação à atividade probatória das partes. O tratamento, portanto, como afirma a professora Ada Pellegrini Grinover, deve ser igualitário de modo que “a coisa julgada será *erga omnes*, seja em caso de acolhimento como de rejeição do pedido, sem qualquer temperamento.”

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALVIM, Eduardo Arruda. Coisa Julgada e Litispendência no 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: RT, 2007.

ALVIM, José Manual Arruda. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

ANDREWS, Neil. **O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (orientação e revisão da tradução). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: RT, 1979.

_____. Ação Civil Pública: legitimidade processual e legitimidade política. *In:* SALLES, Carlos Alberto de (org.) **Processo Civil e Interesse Público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: RT, 2003.

ATIENZA, Manuel. **Razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 3ª edição. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 05 de fevereiro de 2010.

_____. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Legitimidade Processual e Legitimidade Política. *In:* SALLES, Carlos Alberto de. (org.) . **Processo Civil e Interesse Público**. O processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BIELSA, Rafael. Ação Popular e o Poder Discricionário da Administração. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 157, janeiro-fevereiro de 1955.

BOBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, tradução de Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BUENO, Cássio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 82, abril-junho de 1996.

_____. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil.** Teoria Geral do Direito Processual Civil. 2ª edição, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de Direito Processual Civil.** Vol. 01. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*; 2006.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. *In*: JUNIOR, Fredie Didier. (Coord.). **Leituras Complementares de Processo Civil.** 8ª ed. Bahia: Podivm, 2008.

CAPPELLETI, Mauro. Formações Sociais e Interesse Coletivos diante da Justiça Civil. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 05, janeiro/março, 1977.

_____. Problemas de Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, janeiro-março 1992.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**, trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Direitos Individuais Homogêneos, limitações à sua tutela pelo Ministério Público. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 26, vol. 103, 2001.

CARNEIRO, Néelson. Das ações populares civis no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo.** São Paulo: Renovar. Vol. 25, julho-setembro-1951.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. **Acesso à Justiça:** juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **O Ministério Público no Processo Civil e Penal: Promotor Natural**, atribuição e conceito com base na Constituição de 1988. 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 16ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

COSTA, Suzana Henriques da. A representatividade adequada e litisconsórcio. O projeto de lei n. 5.139/2009. *In*: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (Coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Alcides A. Munhoz da. Evolução das Ações Coletivas no Brasil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 77, janeiro/março, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 01. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**, São Paulo: Saraiva, 2001.

DINAMARCO, Pedro. *Las acciones colectivas pasivas em el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamerica*. *In*: GIDI, Antônio; MEC-GRECOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos**. México: Porrúa, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Da Ação Popular. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil**: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: RT, 2004.

_____. The Allure of Individualism. **Iowa Law Review**, v. 78, 1993.

_____. A DEDICATION TO JUDGE JOHN MINOR WISDOM: The Political Theory of the Class Action. **Washington & Lee Law Review**, v. 53, 1996.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1993.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. A tutela coletiva do século XXI e sua inserção no paradigma jurídico vigente. *In*: MILARÉ, Edis (coord.) **A Ação Civil Pública após 25 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GIDI, Antônio. **La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos**: hacia um código modelo para iberoamérica. México: *Editorial Porruá*, 2004.

_____. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, nº 108, out./dez. 2002.

_____. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Rumo a um Código de Processo civil Coletivo.** A codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRECO FILHO, Vicente . Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, arts. 101 a 104 e 109 a 119. *In*: OLIVEIRA, J. . (Org.). **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 1991.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil:** Introdução ao Direito Processual Civil. Vol. I. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 101, jan./mar. 2001.

_____. Mandado de Segurança Coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 58, abril-junho de 1990.

_____. Novas questões sobre legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas. **O Processo:** Estudos e Pareceres. São Paulo: DPJ, 2006.

_____. Ações Coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista Forense.** Rio de Janeiro: Forense, v. 361, maio/junho de 2002.

GUEDES, Clarisse Diniz. Legitimidade Ativa e Representatividade na Ação Civil Pública. Dissertação (mestrado em processo) – Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2005.

JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil.** Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Vol. I. 10ª ed., Bahia: *jus podivm*, 2008.

_____. O Controle Jurisdicional da Legitimação Coletiva e as Ações Coletivas Passivas (O Artigo 82 do CDC). **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Editora Magister, Ano I, nº 06, maio/junho de 2005.

JUNIOR, Fredie Didier; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. V. 4. 4ª ed. Salvador: *JusPodivm*, 2009.

JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle José Coelho Nunes. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, n. 168, fev.2009.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 3ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma equação para a estabilização da demanda. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e KAZUO, Watanabe (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MAIA, Diogo Campos Medina. **Ação Coletiva Passiva**. Coordenação: Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009.

_____. Ação Coletiva Passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. *In*: GRINOVER, Ada Pelegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada**: teoria geral das ações coletivas. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Ação Popular**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Processual**. Curitiba: Gênese, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 22ª ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. A atuação do Ministério Público nas ações coletivas – O Ministério Público e a defesa dos interesses individuais homogêneos. *In*: GAZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrucio (Coordenadores). **Em defesa de Um novo sistema de Processos Coletivos**: Estudos em homenagem a Ada Pelegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. São Paulo: RT, 2009.

MESQUITA, Gilberto Ferreira. **Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Na ação do consumidor, Pode ser Inútil a Defesa do Fornecedor. **Revista do Advogado**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, nº 33, dez. 1990.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral.1º vol. São Paulo: Saraiva, 1986.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurídica dos interesses coletivos. **Revista de Direito Administrativo**, vol. V, janeiro/março, 1980.

_____. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 61, jan./mar. 1991.

_____. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. **Revista Forense**, v. 276, out./dez., 1981.

_____. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara**. Rio de Janeiro, Ano III, nº 09, Set.Dez – vol. 09 – 1969.

_____. Legitimidade passiva: critério de aferição: mérito. *In: Direito Aplicado II: pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Efetividade do Processo e Técnica Processual. **Temas de Direito Processual**. Sexta Série. São Paulo: Saraiva.

_____. Legitimação para Agir. Indeferimento da Petição Inicial. **Temas de Direito Processual**. Primeira Série, São Paulo: Saraiva, 1988.

MULLENIX, Linda. II – General Report – *Common Law*. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países do Civil Law e Common Law** : uma análise do direito comparado. São Paulo: RT, 2007.

NEGRÃO, Ricardo. **Ações Coletivas**: enfoque sobre a legitimação ativa. São Paulo: LEUD, 2004.

NEIVA, José Antônio Lisboa. Ação Civil Pública: litisconsórcio de Ministérios Públicos. **Revista dos Tribunais**, v. 707, ano 83, set. 1994.

NERY JUNIOR, Nelson *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7ª edição, São Paulo: Forense, 1999.

_____. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 9ª ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. Ação Civil Pública no processo do trabalho. In: MILARÉ, Edis (coord.). **Ação Civil Pública**: Lei n. 7.347/85 – 15 anos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NETO, Nelson Rodrigues. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, nº 149, jul. 2007.

OLIANI, José Alexandre Manzano. **O Contraditório nos Recursos e No Pedido de Reconsideração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PASSOS, J. J. Calmon de. Em torno das condições da ação – a possibilidade jurídica. **Revista de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva: nº. 4: 57-66, 1961.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009.

_____. A Legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de Ações Cíveis Públicas. In: SOUZA, José Augusto Garcia de (org.). **A Defensoria Pública e os Processos Coletivos**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

_____. Aspecto Legal da Legitimidade do Ministério Público para a defesa do Direito Individual Homogêneo. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso 05 de novembro de 2009.

_____. **A Natureza Jurídica do Direito Individual Homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **Liquidação nas ações coletivas**. São Paulo: *Lejus*, 1998.

ROCHA, Luciano Velasque. **Ações Coletivas: O problema da legitimação para agir**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROQUE, Andre Vasconcelos. O que significa representatividade adequada? Um estudo de Direito Comparado. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, vol. IV, Periódico de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Processual Civil da UERJ, <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em 15 de janeiro de 2010.

_____. A experiência das “class actions” norte-americanas: um ponto de reflexão para as ações coletivas no Brasil. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, defesa em 27.06.2008.

ROSSOI, Igor Bimkowski. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e a introdução do *group litigation* no direito brasileiro: avanço ou retrocesso. Disponível em: http://usp-br.academia.edu/IgorRossoni/Papers/217685/O_incidente_de_resolucao_de_demanda_repetitivas_e_a_introducao_do_group_litigation_no_direito_brasileiro_avanco_ou_retrocesso. Acesso em 10.03.2011.

SALLES, Carlos Alberto de. Processo Civil de Interesse Público. *In*: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **Processo Civil e Interesse Público**. O processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25ª ed. rev. e atual. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Ação Popular Constitucional: Doutrina e Processo**. São Paulo: RT, 1968.

SILVA, Sandra Lengruber da. **Elementos das ações coletivas**. São Paulo: Método, 2004.

SOUZA, Motauri Ciochetti de. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOUZA, Miguel Teixeira de. Legitimidade processual e a ação popular no direito do ambiente. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 76: 127-140, 1994.

STURM, Susan P. The Promise of Participation. **Iowa Law Review**, v. 78, 1992-1993.

STRECK, Lênio Luiz. A Crise Paradigmática do Direito no Contexto da Resistência Positivista ao (Neo)Constitucionalismo. *In*: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel e BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte anos de Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009.

TORRES, Artur Luis Pereira. Anotações a respeito do desenvolvimento histórico das ações coletivas. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, ano 15, n. 59, jul/set. 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. **Revista de Processo**. Ano 32, n. 143. São Paulo: Revistas dos Tribunais, jan./2007.

_____. **Class action e mandado de segurança coletivo (diversificações conceituais)**. São Paulo: Saraiva, 1990.

VARGAS, Cirilo Augusto. A Defensoria Pública e o problema da “pertinência temática”. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 12, n. 1666, 23 de jan. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10875>. Acesso: em 18 out. 2009.

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

_____. Ação civil pública ou ação coletiva? *In*: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação Civil Pública**: Lei n. 7.347/85 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela Jurisdicional Coletiva**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

VIOLIN, Jordão. **Ação Coletiva Passiva**: Fundamentos e Perfis. Salvador: Podivm, 2008.

WATANABE, Kazuo. Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos: a legitimidade para agir. *In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: *Max Limonad*, 1984, pp. 85-97.

YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

ZAVASKI, Teori Alvino. **Processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZUFELATO, Camilo. Ação Coletiva Passiva no Direito Brasileiro: necessidade de regulamentação legal. *In:GAZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrucio (Coordenadores). Em defesa de um novo sistema de Processos Coletivos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ANEXO I

Federal Rules of Civil Procedure

Rule 23 – Class Actions

Rule 23. Class Actions:

(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.

(b) CLASS ACTIONS MAINTAINABLE. An action may be maintained as a class action if the prerequisites of subdivision (a) are satisfied, and in addition:

(1) the prosecution of separate actions by or against individual members of the class would create a risk of:

(A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual members of the class which would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class, or

(B) adjudications with respect to individual members of the class which would as a practical matter be dispositive of the interests of the other members not parties to the adjudications or substantially impair or impede their ability to protect their interests; or

(2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds generally applicable to the class, thereby making appropriate final injunctive relief or corresponding declaratory relief with respect to the class as a whole; or

(3) the court finds that the questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy. The matters pertinent to the findings include:

(A) the interest of members of the class in individually controlling the prosecution or defense of separate actions;

(B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already commenced by or against members of the class;

(C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum;

(D) the difficulties likely to be encountered in the management of a class action.

(c) DETERMINING BY ORDER WHETHER TO CERTIFY A CLASS ACTION; APPOINTING CLASS COUNSEL; NOTICE AND MEMBERSHIP IN CLASS; JUDGMENT; MULTIPLE CLASSES AND SUBCLASSES.

(1)(A) When a person sues or is sued as a representative of a class, the court must—at an early practicable time—determine by order whether to certify the action as a class action.(B) An order certifying a class action must define the class and the class claims, issues, or defenses, and must appoint class counsel under Rule 23(g). (C) An order under Rule 23(c)(1) may be altered or amended before final judgment.

(2)(A) For any class certified under Rule 23(b)(1) or (2), the court may direct appropriate notice to the class. (B) For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must concisely and clearly state in plain, easily understood language:

- the nature of the action,
- the definition of the class certified
- the class claims, issues, or defenses,
- that a class member may enter an appearance through counsel if the member so desires,
- that the court will exclude from the class any member who requests exclusion, stating when and how members may elect to be excluded, and
- the binding effect of a class judgment on class members under Rule 23(c)(3).

(3) The judgment in an action maintained as a class action under subdivision (b)(1) or (b)(2), whether or not favorable to the class, shall include and describe those whom the court finds to be members of the class. The judgment in an action maintained as a class action under subdivision (b)(3), whether or not favorable to the class, shall include and specify or describe those to whom the notice provided in subdivision (c)(2) was directed, and who have not requested exclusion, and whom the court finds to be members of the class.

(4) When appropriate (A) an action may be brought or maintained as a class action with respect to particular issues, or (B) a class may be divided into subclasses and each subclass treated as a class, and the provisions of this rule shall then be construed and applied accordingly.

(d) ORDERS IN CONDUCT OF ACTIONS. In the conduct of actions to which this rule applies, the court may make appropriate orders:

- (1) determining the course of proceedings or prescribing measures to prevent undue repetition or complication in the presentation of evidence or argument;
- (2) requiring, for the protection of the members of the class or otherwise for the fair conduct of the action, that notice be given in such manner as the court may direct to some or all of the members of any step in the action, or of the proposed extent of the judgment, or of the opportunity of members to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or otherwise to come into the action;
- (3) imposing conditions on the representative parties or on intervenors;
- (4) requiring that the pleadings be amended to eliminate therefrom allegations as to representation of absent persons, and that the action proceed accordingly;
- (5) dealing with similar procedural matters. The orders may be combined with an order under Rule 16, and may be altered or amended as may be desirable from time to time.

(e) SETTLEMENT, VOLUNTARY DISMISSAL, OR COMPROMISE.

(1) (A) The court must approve any settlement, voluntary dismissal, or compromise of the claims, issues, or defenses of a certified class.

(B) The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise.

(C) The court may approve a settlement, voluntary dismissal, or compromise that would bind class members only after a hearing and on finding that the settlement, voluntary dismissal, or compromise is fair, reasonable, and adequate.

(2) The parties seeking approval of a settlement, voluntary dismissal, or compromise under Rule 23(e)(1) must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise.

(3) In an action previously certified as a class action 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.

(4) (A) Any class member may object to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise that requires court approval under Rule 23(e)(1)(A).

(B) An objection made under Rule 23(e)(4)(A) may be withdrawn only with the court's approval.

(f) APPEALS. A court of appeals may in its discretion permit an appeal from an order of a district court granting or denying class action certification under this rule if application is made to it within ten days after entry of the order. An appeal does not stay proceedings in the district court unless the district judge or the court of appeals so orders.

(g) CLASS COUNSEL.

(1) *Appointing Class Counsel.*

(A) Unless a statute provides otherwise, a court that certifies a class must appoint class counsel.

(B) An attorney appointed to serve as class counsel must fairly and adequately represent the interests of the class.

(C) In appointing class counsel, the court

(i) must consider:

- the work counsel has done in identifying or investigating potential claims in the action,
- counsel's experience in handling class actions, other complex litigation, and claims of the type asserted in the action,
- counsel's knowledge of the applicable law, and
- the resources counsel will commit to representing the class;

(ii) may consider any other matter pertinent to counsel's ability to fairly and adequately represent the interests of the class;

(iii) may direct potential class counsel to provide information on any subject pertinent to the appointment and to propose terms for attorney fees and nontaxable costs; and

(iv) may make further orders in connection with the appointment.

(2) Appointment Procedure.

(A) The court may designate interim counsel to act on behalf of the putative class before determining whether to certify the action as a class action.

(B) When there is one applicant for appointment as class counsel, the court may appoint that applicant only if the applicant is adequate under Rule 23(g)(1)(B) and (C). If more than one adequate applicant seeks appointment as class counsel, the court must appoint the applicant best able to represent the interests of the class.

(C) The order appointing class counsel may include provisions about the award of attorney fees or nontaxable costs under Rule 23(h).

(h) ATTORNEY FEES AWARD. In an action certified as a class action, the court may award reasonable attorney fees and nontaxable costs authorized by law or by agreement of the parties as follows:

(1) *Motion for Award of Attorney Fees.* A claim for an award of attorney fees and nontaxable costs must be made by motion under Rule 54(d)(2), subject to the provisions of this subdivision, at a time set by the court. Notice of the motion must be served on all parties and, for motions by class counsel, directed to class members in a reasonable manner.

(2) *Objections to Motion.* A class member, or a party from whom payment is sought, may object to the motion.

(3) *Hearing and Findings*. The court may hold a hearing and must find the facts and state its conclusions of law on the motion under Rule 52(a).

(4) *Reference to Special Master or Magistrate Judge*. The court may refer issues related to the amount of the award to a special master or to a magistrate judge as provided in Rule 54(d)(2)(D).

ANEXO II

**INSTITUTO IBERO-AMÉRICANO DE DIREITO PROCESSUAL
INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL**

RELATORES

ADA PELLEGRINI GRINOVER

KAZUO WATANABE

ANTONIO GIDI

COMISION DE REVISIÓN

ALUISIO G. DE CASTRO MENDES

ANGEL LANDONI SOSA

ANIBAL QUIROGA LEON

ENRIQUE M. FALCON

JOSE LUIS VAZQUEZ SOTELO

RAMIRO BEJARANO GUZMÁN (VOTO DE ABSTENCIÓN)

ROBERTO BERIZONCE

SERGIO ARTAVIA

**CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS
PARA IBERO-AMÉRICA**

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Sumário: 1 – Significado social e político da tutela dos interesses ou direitos transindividuais; 2 – O sistema de *common law*: as *class actions* norte-americanas; 3 – O sistema de *civil law*: o tratamento da matéria nos países de Ibero-América; 4 – A necessidade de um Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América; 5 – O modelo do Projeto: um sistema supra-nacional adequado à realidade dos países da comunidade ibero-americana; 6 – Breve síntese do conteúdo do Projeto; 7 – Conclusão.

1 - Tem sabor de lugar comum a afirmação de que o processo tradicional não se presta à defesa dos direitos e interesses transindividuais, cujas características os colocam a meio caminho entre o interesse público e o privado, sendo próprios de uma sociedade globalizada e resultado de conflitos de massa. E igualmente clara é a dimensão social do reconhecimento e tutela dos direitos e interesses transindividuais, por serem comuns a uma coletividade de pessoas, e somente a estas. Interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao meio ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da Previdência Social e de todos aqueles que integram uma comunidade compartilhando de suas necessidades e de seus anseios.

O reconhecimento e a necessidade de tutela desses interesses puseram em relevo sua configuração política. Em conseqüência, a teoria das liberdades públicas forjou uma nova “geração” de direitos fundamentais. Aos direitos clássicos de primeira geração, representados pelas tradicionais liberdades negativas, próprias do Estado liberal, com o correspondente dever de abstenção por parte do Poder Público; aos direitos de segunda geração, de caráter econômico-social, compostos por liberdades positivas, com o correlato dever do Estado a um *dare, facere* ou *praestare*, a teoria constitucional acrescentou uma terceira geração de direitos fundamentais, representados pelos **direitos de solidariedade**, decorrentes dos referidos interesses sociais. E, à medida em que o direito constitucional dá a esses interesses a natureza jurídica de **direitos**, não há mais razão de ser para a clássica discussão em torno dessas situações de vantagem configurarem interesses ou direitos.

2 – Nos sistemas do *common law* a tutela dos interesses ou direitos transindividuais é tradicional: o instituto das *class actions* do sistema norte-americano, baseado na *equity* e com antecedentes no *Bill of Peace* do século XVII, foi sendo ampliado de modo a adquirir aos poucos papel central do ordenamento. As *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938 fixaram, na regra 23, as normas fundamentais retoras das *class actions*. As dificuldades práticas, quanto à configuração e requisitos de uma ou outra de suas categorias, com tratamento processual próprio, levaram o *Advisory Committee on Civil Rules* a modificar a disciplina da matéria na revisão feita pels *Federal Rules* de 1966, as quais estão sendo novamente trabalhadas para eventuais modificações.

3 – Nos sistemas do *civil law*, coube ao Brasil a primazia de introduzir no ordenamento a tutela dos interesses difusos e coletivos, de natureza indivisível, antes de tudo pela reforma de 1977 da Lei da Ação Popular; depois, mediante lei específica de 1985 sobre a denominada “ação civil pública”; a seguir, em 1988, elevando a nível constitucional a proteção dos referidos interesses; e finalmente, em 1990, pelo Código de Defesa do Consumidor (cujas disposições processuais são aplicáveis à tutela de todo e qualquer interesse ou direito transindividual). Este Código foi além da dicotomia dos interesses difusos e coletivos, criando a categoria dos chamados *interesses individuais homogêneos*, que abriram caminho às ações reparatórias dos prejuízos individualmente sofridos (correspondendo, no sistema norte-americano, às *class actions for damages*).

O Código Modelo de Processo Civil para Ibero-América recepcionou a idéia brasileira da tutela jurisdicional dos interesses difusos, com algumas modificações em relação à legitimação (que inclui qualquer interessado) e ao controle sobre a representatividade adequada (que no Brasil não é expresso). Com relação à coisa julgada, o regime brasileiro do julgado *erga omnes*, salvo insuficiência de provas, foi igualmente adotado.

No Uruguai, o Código Geral de Processo de 1989 repetiu as regras do Código Modelo de Processo Civil.

Na Argentina, primeiro a jurisprudência e depois o Projeto de Código Civil e Comercial da Nação, de 1993, seguiram o Código Modelo Ibero-Americano, até que a Constituição de 1994 contemplou, no art. 43, os chamados “direitos de incidência coletiva”, para cuja tutela prevê o “amparo” e a legitimação ampla para o exercício de sua defesa. Mas a doutrina preconiza a introdução, no ordenamento, de ações específicas, à semelhança das existentes no modelo brasileiro. A jurisprudência, mesmo sem textos legais, tem avançado com criatividade para assegurar a tutela concreta dos direitos e interesses coletivos.

Em 1995, Portugal deu um passo à frente, com a Lei da Ação Popular, da qual também se extrai a defesa dos direitos individuais homogêneos. Em 1996, Portugal também criou ações inibitórias para a defesa dos interesses dos consumidores. E, desde 1985 o sistema já conhecia ações relativas às cláusulas gerais, com legitimação conferida ao Ministério Público, e portanto diversa da prevista para a ação popular, que é limitada ao cidadão, às associações e fundações com personalidade jurídica e às autarquias locais.

A seguir, outros ordenamentos ibero-americanos introduziram, de alguma forma, a tutela dos interesses difusos e coletivos em seus sistemas. No Chile, foi ampliada a abrangência da ação popular, com regulamentação em várias leis especiais e no art. 2.333 do Código Civil. No Paraguai, a Constituição consagra o direito individual ou coletivo de reclamar da autoridade pública a defesa do ambiente, da saúde pública, do consumidor e outros que por sua natureza pertençam à coletividade, mas não contempla expressamente instrumentos processuais para esse fim. No Peru, há alguma legislação esparsa e específica para a tutela de certos direitos coletivos, no campo das organizações sindicais e das associações dos consumidores. Na Venezuela, a nova Constituição prevê a possibilidade de qualquer pessoa entrar em juízo para a tutela de seus direitos ou interesses, inclusive coletivos ou difusos, mas não há lei específica que regule a matéria. A jurisprudência venezuelana reconhece legitimação para os mesmos fins ao Ministério Público, com base na legitimação geral que lhe confere a Constituição. Na Colômbia, a Constituição de 1991, no art. 88, atribuiu nível constitucional às ações populares e de grupo e autorizou o legislador a definir os casos de responsabilidade objetiva pelo dano causado a interesses e direitos coletivos. A lei 472 de 1998, que entrou em vigor a 5 de agosto de 1999, regulamentou o referido art. 88 da Constituição, definindo o regime das ações populares e de grupo. O art. 70 cria o Fundo para a Defesa dos Direitos e Interesses Coletivos e o art. 80 cria um registro público das ações populares e de grupo, a ser gerido pela Defensoria do Povo de forma centralizada. (Fonte: Ramiro Bejarano Guzmán, “Processos declarativos”, ed. Temis, 2001, 159-219, especialmente 160-163). É importante ressaltar que a ação popular destina-se à tutela dos direitos difusos e as ações de grupo à defesa dos que o Código Modelo chama “direitos individuais homogêneos”.

Na Espanha, a reforma processual civil de 2.000 contempla a defesa de interesses transindividuais mas, segundo parte da doutrina, de maneira incompleta e insuficiente.

4 – Vê-se daí que a situação da defesa dos direitos e interesses transindividuais, em Ibero-América, é às vezes insuficiente e muito heterogênea. E também se percebe que diversos países ainda não têm legislação alguma, ou legislação abrangente sobre a matéria.

A idéia de um Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América surgiu em Roma, numa intervenção de Antonio Gidi, membro brasileiro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, reunido em maio de 2.002, no VII Seminário Internacional co-organizado pelo “Centro di Studi Giuridici Latino Americani” da “Università degli Studi di Roma – Tor Vergata”, pelo “Istituto Italo-Latino Americano” e pela “Associazione di Studi Sociali Latino-Americani”. E foi ainda em Roma que a Diretoria do Instituto Ibero-Americano amadureceu a idéia, incorporando-a com entusiasmo. E, em Assembléia, foi votada a proposta de se empreender um trabalho que levasse à elaboração de um Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, nos moldes dos já editados Códigos Modelo de Processo Civil e de Processo Penal. Ou seja, de um Código que pudesse servir não só como repositório de princípios, mas também como modelo concreto para inspirar as reformas, de modo a tornar mais homogênea a defesa dos interesses e direitos transindividuais em países de cultura jurídica comum. O Código – como sua própria denominação diz – deve ser apenas um modelo, a ser adaptado às peculiaridades locais, que serão levadas em consideração na atividade legislativa de cada país; mas deve ser, ao mesmo tempo, um modelo plenamente operativo.

Incumbidos pela Presidência do Instituto de preparar uma proposta de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi apresentaram o resultado de seu trabalho nas Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, de Montevideu, em outubro de 2002, onde a Proposta foi transformada em Anteprojeto.

O Instituto Ibero-Americano de Direito Processual convocou então uma plêiade de professores ibero-americanos para manifestarem sua opinião sobre o Projeto, papel este coordenado por Antonio Gidi (Brasil) e Eduardo Ferrer MacGregor (México). Os trabalhos foram publicados pela Editorial Porrúa sob o título “A tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos – Rumo a um Código Modelo para Ibero-América” e apresentados no decorrer do XII Congresso Mundial de Direito Processual, realizado na Cidade do México, de 22 a 26 de setembro de 2003.

Com os aportes acima referidos, a Comissão Revisora, integrada por Ada Pellegrini Grinover, Aluisio G. de Castro Mendes, Anibal Quiroga León, Antonio Gidi, Enrique M. Falcón, José Luiz Vázquez Sotelo, Kazuo Watanabe, Ramiro Bejarano Guzmán, Roberto Berizonce e Sergio Artavia procedeu a aperfeiçoar o Anteprojeto, surgindo assim sua 2ª Versão, que em sua redação definitiva foi revista pelo professor do Uruguai Angel Landoni Sosa. O Anteprojeto foi discutido em Roma, recebendo algumas sugestões de aperfeiçoamento. Estas foram acolhidas, tendo os membros da Comissão Revisora, por sua vez, apresentado outras.

Finalmente, votadas as novas propostas, o Anteprojeto converteu-se em Projeto, que será submetido à aprovação em setembro de 2004, ao ensejo da realização das próximas Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual,.

5 – O modelo ora sugerido inspira-se, em primeiro lugar, naquilo que já existe nos países da comunidade ibero-americana, complementando, aperfeiçoando e harmonizando as regras existentes, de modo a chegar a uma proposta que possa ser útil para todos. Evidentemente, não foram analisadas a sistemática norte-americana das *class actions* e a

brasileira das ações coletivas, mas a proposta ora apresentada afasta-se em diversos pontos dos dois modelos, para criar um sistema original, adequado à realidade existente nos diversos países ibero-americanos.

Tudo isto foi levado em conta para a preparação do Projeto, que acabou, por isso mesmo, perdendo as características de um modelo nacional, para adquirir efetivamente as de um verdadeiro sistema ibero-americano de processos coletivos, cioso das normas constitucionais e legais já existentes nos diversos países que compõem nossa comunidade.

6 – Em linhas extremamente gerais, o Projeto compõe-se de VII Capítulos.

O Capítulo I destina-se a conceituar os interesses ou direitos transindividuais, segundo as categorias de difusos (aos quais foram subsumidos os coletivos, pela terminologia brasileira) e individuais homogêneos, já conhecidas de diversos países ibero-americanos. Para os interesses individuais homogêneos, buscaram-se no sistema norte-americano os requisitos da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto (*predominance and superiority*), que a experiência brasileira demonstrou serem necessários. A representatividade adequada – mencionada em muitos estatutos ibero-americanos – é exigida e detalhada, mediante uma lista exemplificativa de critérios que poderão orientar o juiz em sua avaliação. A legitimação é a mais aberta possível, para atender a todos os modelos já existentes de processos coletivos em Ibero-América. Fica claro que a legitimação é concorrente e autônoma, admitido o litisconsórcio dos co-legitimados. Não se descarta do papel de fiscal da lei do Ministério Público e se prevê o compromisso administrativo de ajustamento de conduta, a ser tomado pelos legitimados de natureza pública, capaz de evitar ou encurtar o processo, com a formação imediata de título executivo.

O Capítulo II trata dos provimentos jurisdicionais que se podem obter pelo exercício da ação coletiva: é aqui que o Projeto se preocupa eminentemente com a efetividade do processo coletivo, que deve levar a uma resposta jurisdicional realmente capaz de satisfazer os direitos transindividuais violados ou ameaçados. Encontram-se aí normas sobre a antecipação de tutela e sobre sua possível estabilização; sobre a ação condenatória à reparação dos danos ao bem indivisivelmente considerado e à destinação da indenização para a recuperação do bem lesado ou a finalidades conexas; sobre a condenação a uma obrigação de fazer ou não fazer (inibitória), em que a indenização é a *ultima ratio*, à qual se prefere o regime de multas diárias (*astreintes*) ou até mesmo o de mandamentos judiciais aptos à obtenção de um resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação; sobre a condenação a uma obrigação de dar.

O Capítulo III trata de regras processuais aplicáveis, em geral, aos processos coletivos: a competência, o pedido e a causa de pedir, a tentativa de conciliação e de outras formas de auto e heterocomposição, preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo. O processo desenvolve-se por audiências, exercendo o juiz vários poderes de controle e direção, inclusive podendo decidir desde logo a demanda pelo mérito, quando não houver necessidade de prova. Seguem regras sobre a distribuição do ônus da prova, sobre as custas, emolumentos e honorários, tanto do perito como dos advogados, prevendo-se incentivos para a pessoa física, os sindicatos e as associações autoras, sobre a interrupção do prazo de prescrição para as pretensões individuais como consequência da propositura da ação coletiva, etc. Finalmente, cuida-se aqui dos efeitos da apelação, em regra meramente devolutivo e da execução provisória, matérias em que alguns ordenamentos ibero-americanos são omissos.

O Capítulo IV detém-se sobre as ações coletivas em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos e, particularmente, sobre a ação coletiva reparatória dos danos individualmente sofridos (a *class action for damages* norte-americana), movida pelos legitimados sem necessidade de indicação da identidade das vítimas. Dá-se conhecimento do ajuizamento da ação aos possíveis interessados, para que possam intervir no processo, querendo, como assistentes ou coadjuvantes, sendo-lhes vedado, porém, discutir suas pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento. Cuidado especial tomou-se com as notificações. Em caso de acolhimento do pedido, a sentença poderá ser genérica, declarando a existência do dano geral e condenando o vencido à obrigação de indenizar a todas as vítimas e seus sucessores (ainda não identificados). Caberá a estes, individualmente ou pelos legitimados coletivos, provar na liquidação da sentença o seu dano pessoal, o nexo causal com o dano global reconhecido pela sentença, e quantificar o prejuízo individualmente sofrido. Mas o Projeto também prevê a possibilidade de o juiz, na sentença condenatória, fixar as indenizações individuais, quando isto for possível. Cuida-se, também, do caso de concurso de créditos e se prescreve que, decorrido um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, haverá execução coletiva da importância devida a título de **danos causados**, cuidando de sua destinação a um fundo. Aqui o Projeto adota a solução da *fluid recovery* do sistema norte-americano.

O Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos tem regras específicas sobre a gestão e as atividades, a serem controladas pelo juiz.

No Capítulo V são tratados a conexão, a litispendência e a coisa julgada. Conexão litispendência têm regras claras, incluindo as relações entre ações coletivas ou entre uma ação coletiva e as ações individuais. Também está prevista a possibilidade de conversão de várias ações individuais numa ação coletiva. Para os interesses ou direitos difusos, o regime da coisa julgada é sempre de eficácia da sentença *erga omnes*, em caso de procedência ou improcedência do pedido, salvo quando a improcedência se der por insuficiência de provas, hipótese em que a demanda pode ser repetida, com novas provas. Esta solução já é tradicional nos países de Ibero-América, mas o Projeto avança, admitindo nova ação, com base em provas novas, sempre que a prova seja superveniente ao processo coletivo (*coisa julgada secundum probationem*, como decorrência especial da cláusula *rebus sic stantibus*). Com relação aos interesses ou direitos individuais homogêneos, a escolha da legislação brasileira, mantida no Projeto, é da coisa julgada *secundum eventum litis*: ou seja, a coisa julgada positiva atua *erga omnes*, beneficiando a todos os membros do grupo; mas a coisa julgada negativa só atinge os legitimados às ações coletivas, podendo cada indivíduo, prejudicado pela sentença, opor-se à coisa julgada, ajuizando sua ação individual, no âmbito pessoal. Outras normas cuidam do transporte, *in utilibus*, da coisa julgada positiva resultante de uma ação em defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos, em proveito das vítimas individuais do mesmo evento danoso.

O Capítulo VI introduz uma absoluta novidade para os ordenamentos de *civil law*: a ação coletiva passiva, ou seja a *defendant class action* do sistema norte-americano. Preconizada pela doutrina brasileira, objeto de tímidas tentativas na práxis, a ação coletiva passiva, conquanto mais rara, não pode ser ignorada num sistema de processos coletivos. A ação, nesses casos, é proposta não pela classe, mas contra ela. O Projeto exige que se trate de uma coletividade organizada de pessoas, ou que o grupo tenha representante adequado, e que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual e seja de relevância social. A questão principal que se punha, nesses casos, era o do regime da coisa julgada: em obséquio ao princípio geral de que a sentença só pode favorecer os integrantes do grupo quando se trata de direitos ou interesses individuais homogêneos, o mesmo princípio devia ser mantido quando a classe figurasse no pólo passivo da demanda. Assim, quando se trata de bens

jurídicos de natureza indivisível (interesses difusos), o regime da coisa julgada é *erga omnes*, simetricamente ao que ocorre quando o grupo litiga no pólo ativo (mas sem o temperamento da improcedência por insuficiência de provas, inadequado quando a classe se coloca no pólo passivo); mas, quando se trata de bens jurídicos de natureza divisível (interesses ou direitos individuais homogêneos), a coisa julgada positiva não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou discutir a sentença no processo de execução, para afastar a eficácia da sentença em sua esfera jurídica individual. *Mutatis mutandis*, é o mesmo tratamento da coisa julgada *secundum eventum litis* para os interesses ou direitos individuais homogêneos, quando a classe litiga no pólo ativo. No entanto, tratando-se de ação movida contra o sindicato, a coisa julgada, mesmo positiva, abrangerá sem exceções os membros da categoria, dada a posição constitucional que em muitos países o sindicato ocupa e sua representatividade adequada, mais sólida do que a das associações.

‘ Por último, o Capítulo VII trata das disposições finais, contemplando uma recomendação ao intérprete e determinando a aplicação subsidiária dos diversos Códigos de Processo Civil e legislações especiais pertinentes, no que não forem incompatíveis.

8 – Em conclusão, o Projeto ora apresentado, sem desprezar as experiências de tutela jurisdicional dos direitos e interesses transindividuais de diversos países, cria um modelo original, aderente às regras pré-existentes nos ordenamentos ibero-americanos, que aperfeiçoa e complementa. Desse modo, acaba perdendo qualquer característica nacional e se constitui num verdadeiro sistema ibero-americano de processos coletivos, harmonioso e completo, que poderá ser tomado como modelo pelos países de nossa comunidade, empenhados na transformação de um processo individualista num processo social.

Agosto de 2004

Roberto Berizonce (Presidente) - Argentina

Ada Pellegrini Grinover - Brasil

Angel Landoni Sosa - Uruguai

CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS PARA IBERO-AMÉRICA

Capítulo I – Disposições gerais

Art 1º. Cabimento da ação coletiva - A ação coletiva será exercida para a tutela de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou vinculadas, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base;

II - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendido o conjunto de direitos subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe.

Art 2º. Requisitos da ação coletiva - São requisitos da demanda coletiva:

I – a adequada representatividade do legitimado;

II – a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas.

Par. 1º. Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados nos n. I e II deste artigo, é também necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

Par.2º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como:

a – a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado;

b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;

c – sua conduta em outros processos coletivos;

(**suprimir:** d – sua capacidade financeira para a condução do processo coletivo;)

d – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;

e – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

Par. 3º – O juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo 4º do artigo 3º.

Art. 3º. Legitimação ativa. São legitimados concorrentemente à ação coletiva:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato;

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte

contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos;

III - o Ministério Público, o Defensor do Povo e a Defensoria Pública;

IV – as pessoas jurídicas de direito público interno;

V - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

VI – as entidades sindicais, para a defesa dos interesses e direitos da categoria;

VII - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos neste código, dispensada a autorização assemblear.

VIII - os partidos políticos, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais.

Par. 1º. O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Par. 2º. Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados.

Par. 3º. Em caso de relevante interesse social, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

Par.4º. Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação por pessoa física, entidade sindical ou associação legitimada, o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.

Par.5º. O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso administrativo de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Capítulo II – Dos provimentos jurisdicionais

Art. 4º. Efetividade da tutela jurisdicional - 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.

Art. 5º. Tutela jurisdicional antecipada - O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, com base em prova consistente, se convença da verossimilhança da alegação e

I - haja fundado receio de ineficácia do provimento final ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do demandado.

Par. 1º. Não se concederá a antecipação da tutela se houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, a menos que, num juízo de ponderação dos valores em jogo, a denegação da medida signifique sacrifício irrazoável de bem jurídico relevante.

Par. 2º. Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento.

Par. 3º. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

Par. 4º. Se não houver controvérsia quanto à parte antecipada na decisão liminar, após a oportunidade de contraditório esta se tornará definitiva e fará coisa julgada, prosseguindo o processo, se for o caso, para julgamento dos demais pontos ou questões postos na demanda.

Art. 6º. Obrigações de fazer e não fazer - Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Par. 1º. O juiz poderá, na hipótese de antecipação de tutela ou na sentença, impor multa diária ao demandado, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Par. 2º. O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Par. 3º. Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e

peçoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

Par. 4º. A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

Par. 5º. A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa.

Art. 7º. Obrigações de dar - Na ação que tenha por objeto a obrigação de entregar coisa, determinada ou indeterminada, aplicam-se, no que couber, as disposições do artigo anterior.

Art. 8º . Ação indenizatória - Na ação condenatória à reparação dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, a indenização reverterá ao Fundo dos Direitos Difusos e Individuais Homogêneos, administrado por um Conselho Gestor governamental, de que participarão necessariamente membros do Ministério Público, juizes e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados ou, não sendo possível, à realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.

Par. 1º . O Fundo será notificado da propositura de toda ação coletiva e sobre as decisões mais importantes do processo e poderá intervir nos processos coletivos em qualquer tempo e grau de jurisdição para demonstrar a inadequação do representante ou auxiliá-lo na tutela dos interesses ou direitos do grupo, categoria ou classe;

Par. 2º. O Fundo manterá registros que especifiquem a origem e a destinação dos recursos e indicará a variedade dos bens jurídicos a serem tutelados e seu âmbito regional;

Par.3º . Dependendo da especificidade do bem jurídico afetado, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias consideradas relevantes, o juiz poderá especificar, em decisão fundamentada, a destinação da indenização e as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado;

Par. 4º. A decisão que especificar a destinação da indenização indicará, de modo claro e preciso, as medidas a serem tomadas pelo Conselho Gestor do Fundo, bem como um prazo razoável para que tais medidas sejam concretizadas;

Par. 5º. Vencido o prazo fixado pelo juiz, o Conselho Gestor do Fundo apresentará relatório das atividades realizadas, facultada, conforme o caso, a solicitação de sua prorrogação, para complementar as medidas determinadas na decisão judicial.

Capítulo III – Dos processos coletivos em geral

Art. 9º . Competência territorial - É competente para a causa o foro:

I – do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – da Capital, para os danos de âmbito regional ou nacional, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária.

Art. 10. Pedido e causa de pedir - Nas ações coletivas, o pedido e a causa de pedir serão interpretados extensivamente.

Par. 1º. Ouvidas as partes, o juiz permitirá a emenda da inicial para alterar ou ampliar o objeto da demanda ou a causa de pedir.

Par. 2º. O juiz permitirá a alteração do objeto do processo a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado.

Art. 11. Audiência preliminar - Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

Par.1º. O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de sugerir outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro.

Par. 2º - A avaliação neutra de terceiro, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

Par.3º. Preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

Par. 4º. Obtida a transação, será homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

Par. 5º. Não obtida a conciliação, sendo ela parcial, ou quando, por qualquer motivo, não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I – decidirá se a ação tem condições de prosseguir na forma coletiva;

II - poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela, respectivamente, dos interesses ou direitos difusos e individuais homogêneos, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;

III - fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se for o caso;

IV – esclarecerá os encargos das partes quanto à distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no parágrafo 1º do artigo 12.

Art. 12. Provas - São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

Par. 1º. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir à deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo requisitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, condenado-se o demandado sucumbente ao reembolso. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos.

Par. 2º – Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedido à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

Par. 3º - O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

Art.13. Julgamento antecipado do mérito - O juiz decidirá desde logo a demanda pelo mérito, quando não houver necessidade de produção de prova.

Parágrafo único. O juiz poderá decidir desde logo parte da demanda, quando não houver necessidade de produção de prova, sempre que isso não importe em prejulgamento direto ou indireto do litígio que continuar pendente de decisão, prosseguindo o processo para a instrução e julgamento em relação aos demais pedidos nos autos principais e a parte antecipada em autos complementares.

Art. 14. Legitimação à liquidação e execução da sentença condenatória - Decorridos 60 (sessenta) dias da passagem em julgado da sentença de procedência, sem que o autor promova a liquidação ou execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, quando se tratar de interesse público relevante, facultada igual iniciativa, em todos os casos, aos demais legitimados.

Art. 15. Custas e honorários - Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença condenará o demandado, se vencido, nas custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como em honorários de advogados.

Par. 1º. No cálculo dos honorários, o juiz levará em consideração a vantagem para o grupo, categoria ou classe, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

Par. 2º. Se o legitimado for pessoa física, sindicato ou associação, o juiz poderá fixar gratificação financeira quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da ação coletiva.

Par. 3º- Os autores da ação coletiva não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

Par. 4º. O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e no décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Art. 16. Prioridade de processamento - O juiz deverá dar prioridade ao processamento da ação coletiva, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Art. 17. Interrupção da prescrição - A citação válida para ação coletiva interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais e transindividuais direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, **retroagindo o efeito à data da propositura da demanda.**

Art.18. Efeitos da apelação – A apelação da sentença definitiva tem efeito meramente devolutivo, salvo quando a fundamentação for relevante e puder resultar à parte lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz pode atribuir ao recurso efeito suspensivo.

Art.19. Execução definitiva e execução provisória – A execução é definitiva quando passada em julgado a sentença; e provisória, na pendência dos recursos cabíveis.

Par.1º – A execução provisória corre por conta e risco do exequente, que responde pelos prejuízos causados ao executado, em caso de reforma da sentença recorrida.

Par.2º – A execução provisória permite a prática de atos que importem em alienação do domínio ou levantamento do depósito em dinheiro.

Par.3º – A pedido do executado, o juiz pode suspender a execução provisória quando dela puder resultar lesão grave e de difícil reparação.

Capítulo IV – Da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos

Art 20. Ação coletiva de responsabilidade civil - Os legitimados poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, dentre outras (art.4º), ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

Parágrafo único. A determinação dos interessados poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado, não havendo necessidade de a petição inicial estar acompanhada da relação de membros do grupo, classe ou categoria. Conforme o caso, o juiz poderá determinar, ao réu ou a terceiro, a apresentação da relação e dados de pessoas que se enquadram no grupo, categoria ou classe.

Art. 21. Citação e notificações - Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e a publicação de edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como assistentes ou coadjuvantes.

Par. 1º – Sem prejuízo da publicação do edital, o juiz determinará sejam os órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos protegidos neste Código notificados da existência da demanda coletiva e de seu trânsito em julgado a fim de que cumpram o disposto no caput deste artigo.

Par. 2º – Quando for possível a execução do julgado, ainda que provisória, ou estiver preclusa a decisão antecipatória dos efeitos da tutela pretendida, o juiz determinará a publicação de edital no órgão oficial, às custas do demandado, impondo-lhe, também, o dever de divulgar nova informação pelos meios de comunicação social, observado o critério da modicidade do custo. Sem prejuízo das referidas providências, o juízo providenciará a comunicação aos órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos protegidos neste código, para efeito do disposto no parágrafo anterior.

Par. 3º -. Os intervenientes não poderão discutir suas pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento.

Art. 22. Sentença condenatória - Em caso de procedência do pedido, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Par. 1º . Sempre que possível, o juiz calculará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo na própria ação coletiva

Par. 2º . Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula de cálculo da indenização individual.

Par.3º - O membro do grupo que considerar que o valor da indenização individual ou a fórmula para seu cálculo diverso do estabelecido na sentença coletiva, poderá propor ação individual de liquidação.

Art. 23. Liquidação e execução individuais - A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados à ação coletiva.

Parágrafo único. Na liquidação da sentença, que poderá ser promovida no foro do domicílio do liquidante, caberá a este provar, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

Art 24. Execução coletiva - A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados à ação coletiva, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções.

Parágrafo único. A execução coletiva far-se-á com base em certidão das decisões de liquidação, da qual constará a ocorrência , ou não, do trânsito em julgado.

Art. 25. Do pagamento. O pagamento das indenizações ou o levantamento do depósito será feito pessoalmente aos beneficiários.

Artigo 26. Competência para a execução. É competente para a execução o juízo:

I - da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual;

II - da ação condenatória, quando coletiva a execução.

Art 27. Liquidação e execução pelos danos globalmente causados - Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do artigo 3º promover a liquidação e execução coletiva da indenização devida pelos danos causados.

Parágrafo único. O valor da indenização será fixado de acordo com o dano globalmente causado, que será demonstrado por todas as provas admitidas em direito. Sendo a produção de provas difícil ou impossível, em razão da extensão do dano ou de sua complexidade, o valor da indenização será fixado por arbitramento.

(**Suprimir** - Par. 2º. Quando não for possível a identificação dos interessados, o produto da indenização reverterá para o Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos.)

Art 28. Concurso de créditos - Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação de que trata o artigo 6º e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao fundo ficará suspensa enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

Par. 2º. O produto da indenização reverterá para o fundo previsto no artigo 6º.

Capítulo V – Da conexão, da litispendência e da coisa julgada

Art. 29. Conexão - Se houver conexão entre as causas coletivas, ficará prevento o juízo que conheceu da primeira ação, podendo ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a reunião de todos os processos, mesmo que nestes não atuem integralmente os mesmos sujeitos processuais.

Art. 30. Litispendência - A primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham por objeto controvérsia sobre o mesmo bem jurídico, mesmo sendo diferentes o legitimado ativo e a causa de pedir.

Art. 31. Relação entre ação coletiva e ações individuais - A ação coletiva não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada coletiva (art. 33) não

beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência efetiva da ação coletiva.

Parágrafo único – Cabe ao demandado informar o juízo da ação individual sobre a existência de ação coletiva com o mesmo fundamento, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso da demanda individual ser rejeitada.

Art. 32 . Conversão de ações individuais em ação coletiva. O juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com o mesmo fundamento, notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros representantes adequados, a fim de que proponham, querendo, ação coletiva, ressalvada aos autores individuais a faculdade prevista no artigo anterior.

Art. 33. Coisa julgada - Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.

Par. 1º. Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, quando surgir prova nova, superveniente, que não poderia ter sido produzida no processo.

Par. 2º - Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos, em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação de indenização a título individual.

Par. 3º. Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos artigos 22 a 24.

Par. 4º. Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Par. 5º. A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*.

Art. 34. Relações jurídicas continuativas - Nas relações jurídicas continuativas, se sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, a parte poderá pedir a revisão do que foi estatuído por sentença.

Capítulo VI – Da ação coletiva passiva

Art. 35. Ações contra o grupo, categoria ou classe - 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.

Art. 36 – Coisa julgada passiva: interesses ou direitos difusos - Quando se tratar de interesses ou direitos difusos, a coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.

Art. 37. Coisa julgada passiva: interesses ou direitos individuais homogêneos - Quando se tratar 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.

Parágrafo único – Quando a ação coletiva passiva for promovida contra o sindicato, como substituto processual da categoria, a coisa julgada terá eficácia *erga omnes*, vinculando individualmente todos os membros, mesmo em caso de procedência do pedido.

Art. 38 – Aplicação complementar às ações passivas – Aplica-se complementarmente às ações coletivas passivas o disposto neste Código quanto às ações coletivas ativas, no que não for incompatível.

Capítulo VII – Disposições finais

Art. 39. Princípios de interpretação - Este código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos interesses e direitos de que trata.

Art. 40. Especialização dos magistrados - Sempre que possível, as ações coletivas serão processadas e julgadas por magistrados especializados.

Art. 41. Aplicação subsidiárias das normas processuais gerais e especiais - Aplicam-se subsidiariamente, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Civil e legislação especial pertinente.

Agosto de 2004.

ANEXO III

**(CAPÍTULOS DO PROJETO DE LEI N. 8046, de 2010, MENCIONADOS NA
PESQUISA)**

LIVRO II

PROCESSO DE CONHECIMENTO E CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

TÍTULO I

DO PROCEDIMENTO COMUM

(...)

CAPÍTULO III

DA IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO

Art. 307. O juiz julgará liminarmente improcedente o pedido que se fundamente em matéria exclusivamente de direito, independentemente da citação do réu, se este:

I - contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência a decadência ou a prescrição.

§ 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença.

§ 3º Aplica-se a este artigo, no que couber, o disposto no art. 306.

(...)

LIVRO IV
DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS E DOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS
DECISÕES JUDICIAIS

TÍTULO I
DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS

CAPÍTULO VII
DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Art. 930. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.

§ 1º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal:

I - pelo juiz ou relator, por ofício;

II - pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

§ 2º O ofício ou a petição a que se refere o § 1º será instruído com os documentos necessários à demonstração da necessidade de instauração do incidente.

§ 3º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e poderá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

Art. 931. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

Parágrafo único. Os tribunais promoverão a formação e atualização de banco eletrônico de dados específicos sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça, para inclusão no cadastro.

Art. 932. Após a distribuição, o relator poderá requisitar informações ao órgão em cujo juízo tem curso o processo originário, que as prestará em quinze dias; findo esse prazo improrrogável, será solicitada data para admissão do incidente, intimando-se o Ministério Público.

Art. 933. O juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente competirão ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial.

§ 1º Na admissibilidade, o tribunal considerará a presença dos requisitos do art. 930 e a conveniência de se adotar decisão paradigmática.

§ 2º Rejeitado o incidente, o curso dos processos será retomado; admitido, o tribunal julgará a questão de direito, lavrando-se o acórdão, cujo teor será observado pelos demais juízes e órgãos fracionários situados no âmbito de sua competência, na forma deste Capítulo.

Art. 934. Admitido o incidente, o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo grau de jurisdição.

Parágrafo único. Durante a suspensão poderão ser concedidas medidas de urgência no juízo de origem.

Art. 935. O Relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público.

Art. 936. Concluídas as diligências, o relator pedirá dia para o julgamento do incidente.

§ 1º Feita a exposição do incidente pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário, e ao Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos, para sustentar suas razões.

§ 2º Em seguida, os demais interessados poderão se manifestar no prazo de trinta minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com quarenta e oito horas de antecedência.

Art. 937. As partes, os interessados, o Ministério Público e a Defensoria Pública, visando à garantia da segurança jurídica, poderão requerer ao tribunal competente para conhecer de eventual recurso extraordinário ou especial a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente.

Parágrafo único. Aquele que for parte em processo em curso no qual se discuta a mesma questão jurídica que deu causa ao incidente é legitimado, independentemente dos limites da competência territorial, para requerer a providência prevista no *caput*.

Art. 938. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal.

Parágrafo único. Se houver recurso e a matéria for apreciada, em seu mérito, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal ou pela corte especial do Superior Tribunal de Justiça, que, respectivamente, terão competência para decidir recurso extraordinário ou especial originário do incidente, a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem em todo o território nacional.

Art. 939. O incidente será julgado no prazo de seis meses e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.

§ 1º Superado o prazo previsto no *caput*, cessa a eficácia suspensiva do incidente, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

§ 2º O disposto no § 1º aplica-se, no que couber, à hipótese do art. 937.

Art. 940. O recurso especial ou extraordinário interposto por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou por terceiro interessado será dotado de efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no *caput*, interpostos os recursos, os autos serão remetidos ao tribunal competente, independentemente da realização de juízo de admissibilidade na origem.

Art. 941. Não observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação para o tribunal competente.

Parágrafo único. O processamento e julgamento da reclamação observará o Capítulo VIII, deste Livro.

DA RECLAMAÇÃO

Art. 942. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I – preservar a competência do Tribunal;

II – garantir a autoridade das decisões do Tribunal;

III – garantir a observância de súmula vinculante;

IV – garantir a observância da tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas;

V – garantir a observância da tese firmada em incidente de assunção de competência.

Parágrafo único. A reclamação, dirigida ao Presidente do Tribunal, instruída com prova documental, será autuada e distribuída ao relator da causa principal, sempre que possível.

Art. 943. Ao despachar a reclamação, o relator:

I - requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de dez dias;

II – ordenará, se necessário, para evitar dano irreparável, a suspensão do processo ou do ato impugnado.

Art. 944. Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante.

Art. 945. O Ministério Público, nas reclamações que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações.

Art. 946. Julgando procedente a reclamação, o Tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à preservação de sua competência.

Art. 947. O Presidente determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.