

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA- UnB

FACULDADE DE DIREITO

ISRAEL SALES VAZ

LEGITIMAÇÃO INDIVIDUAL NAS AÇÕES COLETIVAS

Brasília

Outubro de 2012

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA- UnB

FACULDADE DE DIREITO

ISRAEL SALES VAZ

LEGITIMAÇÃO INDIVIDUAL NAS AÇÕES COLETIVAS

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Guilherme Fernandes Neto

Brasília

Outubro de 2012

ISRAEL SALES VAZ

LEGITIMAÇÃO INDIVIDUAL NAS AÇÕES COLETIVAS

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília (UnB) como requisito à obtenção
do título de Bacharel em Direito, aprovado com conceito
[]

Brasília/DF, _____

Professor Doutor Guilherme Fernandes Neto

Professor Orientador

Professor Doutor Ítalo Fioravante Sabo Mendes

Membro da Banca Examinadora

Mestrando Eudócio Céspedes Paes

Membro da Banca Examinadora

Mestranda Kátia Sérvulo L. Rocha

Membro suplente da Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

A Jesus Cristo, autor e consumidor da minha salvação.

Aos meus pais, Rafael Maria Vaz e Francineuda Sales Batista Vaz, que, não obstante todas as dificuldades, sempre incentivaram os seus filhos a estudarem bastante. Estiveram ao meu lado nos momentos mais difíceis dessa caminhada, pelo que nada mais justo que estejam também agora, nesse momento de alegria.

À minha esposa, Damares Cunha Dorneles Vaz, pelo companheirismo e dedicação em todas as horas.

Ao meu irmão, Daniel Sales Vaz, com quem tive a oportunidade de fazer algumas matérias na UnB.

Às minhas irmãs, Sara Talita Sales Vaz e Rafaela Cássia Sales Vaz, exemplos de esforço e dedicação.

Aos colegas da faculdade, com os quais aprendi bastante.

Aos Policiais Rodoviários Federais integrantes da eterna equipe Bravo. Por várias vezes, os “deixei na mão”, quando tive que me ausentar do serviço para comparecer às aulas da faculdade.

Ao meu professor orientador, Guilherme Fernandes Neto, cujas orientações me foram muito úteis para levar a efeito este trabalho de pesquisa.

RESUMO

O objeto de estudo deste trabalho é a ausência de legitimidade ativa do indivíduo para propor ações civis públicas, haja vista a omissão legislativa, quanto a esse ponto, tanto na Lei de Ação Civil Pública, quanto no Código de Defesa do Consumidor. A opção do legislador de não reconhecer, como regra, a legitimidade individual nas ações coletivas gera importantes problemas práticos relacionados invariavelmente com a questão do acesso à justiça. O mais grave deles consiste em tornar o indivíduo, sobretudo naquelas situações em que a lesão experimentada somente pode ser contornada por meio de um provimento judicial coletivo, refém da iniciativa de órgãos públicos e associações. Realidade que se mostra problemática quando se tem em vista que lesões em massa, pela própria característica da vida moderna, estão sendo praticadas a todo o instante, impossibilitando, mormente por questões estruturais, uma atuação eficiente dessas instituições. Esquecida pelo legislador brasileiro, a teoria do interesse pode trazer importantes elementos para justificar o resgate da legitimação individual, explorando as características egoísticas do indivíduo em benefício de todo o grupo no qual se insere, garantindo um sistema mais eficiente de proteção aos direitos coletivos. No entanto, a atuação do indivíduo, quando em exercício do papel de representante dos interesses do grupo, não seria indiscriminada, mas antes seria acompanhada de rígidos mecanismos de controle, notadamente pela necessidade de demonstração de representatividade adequada.

PALAVRAS-CHAVES: ACESSO À JUSTIÇA. PROCESSO CIVIL COLETIVO. AÇÕES COLETIVAS. LEGITIMIDADE INDIVIDUAL

ABSTRACT

The object of this work is the lack of the individual's active legitimacy to propose public civil actions, given the legislative omission of the Public Civil Action Act and of the Code of Consumer Protection on this point. The not recognizing by legislator, as a rule, the legitimacy individual in collective action generates significant practical problems invariably associated with the issue of access to justice. The most serious of them is to force the individual, especially in those situations where the injury experienced can only be overcome through a collective judicial appointment, hostage initiative from government agencies and associations. Reality shows that are problematic when taking into account that mass lesions, the very characteristic of modern life, are being practiced at all times, making it impossible, especially for structural issues, an efficient performance of these institutions. Forgotten by the Brazilian legislature, the theory of interest can bring important elements to justify the redemption of individual legitimacy, selfish exploiting the characteristics of the individual for the benefit of the entire group in which it operates, ensuring a more efficient system for the protection of collective rights. While acting the role of representing the interests of the group, the performance of the individual wouldn't be indiscriminate, but it would be accompanied by strict control mechanisms, notably the need to demonstrate adequate representation.

.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 JUSTIFICATIVA DO TEMA	12
1.1 Ponto de contato entre tutela individual e tutela coletiva	13
1.2 Limites da atuação do Ministério Público.....	17
1.3 Conflituosidade intrínseca dos interesses coletivos	22
2 ELEMENTOS CONCEITUAIS PARA A COMPREENSÃO DA LEGITIMIDADE NAS AÇÕES COLETIVAS	26
2.1 Relações entre interesses e direitos	26
2.1.1 Formação dos interesses e direitos coletivo	28
2.1.2 Direitos e interesses coletivos: ontologicamente iguais	29
2.1.3 Interesses coletivos e a aproximação com os interesses legítimos	31
2.1.4 Classificação dos interesses e direitos coletivos	32
2.2 Legitimação nas ações coletivas: necessária dissociação entre titularidade e legitimidade.....	34
3 O INTERESSE COMO BASE PARA A TEORIA DAS AÇÕES COLETIVAS	40
3.1 A necessidade de revalorização da teoria do interesse	41
3.2 Interessados como legitimados naturais	50
4 A LEGITIMAÇÃO NO SISTEMA DE TUTELA COLETIVA DOS ESTADOS UNIDOS E DE PORTUGAL	57
4.1 Contrapontos em relação ao sistema norte-americano de tutela coletiva	58
4.2 Contrapontos em relação ao sistema português de tutela coletiva.....	63
4.3 Síntese conclusiva	67

5 ANÁLISE DA LEGITIMAÇÃO INDIVIDUAL NAS AÇÕES COLETIVAS FRENTE AO INCIDENTE DE COLETIVIZAÇÃO PREVISTO NO PROJETO DO NOVO CPC	69
5.1 Necessidade de legitimidade individual nas ações coletivas frente à limitação temática do incidente de coletivização	72
5.2 Necessidade de legitimidade individual nas ações coletivas frente à efetividade limitada do incidente de coletivização	76
5.3 Ação coletiva e o incidente de resolução de demandas repetitivas: o falso duplo caminho	79
6 A LEGITIMIDADE DO INDIVÍDUO NAS AÇÕES COLETIVAS TRABALHISTAS	82
6.1 A legitimação individual como instrumento de minimização dos efeitos deletérios da prescrição trabalhista durante a vigência do contrato de trabalho	84
6.2 A legitimidade do indivíduo nas ações anulatórias de cláusulas convencionais	88
6.3 Meio ambiente do trabalho e ação popular trabalhista	93
7 MECANISMOS DE CONTROLE DA LEGITIMAÇÃO INDIVIDUAL NAS AÇÕES COLETIVAS	99
7.1 Tipos de mecanismos de controle da legitimidade do indivíduo em ações coletivas	102
7.1.1 <i>Requisitos das class actions: aplicação da tipicidade e da representatividade adequada ao direito brasileiro</i>	104
7.1.2 <i>Procedimentos das class actions: notificação, opt out e opt in</i>	113
CONCLUSÃO	118
REFERÊNCIAS	122

INTRODUÇÃO

Com a crescente expansão da chamada sociedade de massas, decorrente de uma conjuntura mais ampla, que é a globalização, têm surgido novos direitos, os quais, por sua vez, exigem, conseqüentemente, a renovação do tradicional processo civil. Em vez de direitos eminentemente egoístas, surgiram novos direitos cuja ênfase não é mais no indivíduo, mas sim na coletividade, demandando, dessa forma, um processo igualmente coletivo, capaz de protegê-los.

O desenvolvimento dessa nova concepção de processo coletivo deveu-se sobretudo a uma reação às atrocidades decorrentes da globalização. Com efeito, com a crescente abertura dos mercados e prevalência de grandes grupos econômicos, os direitos metaindividuais (aqueles que deparam a esfera do indivíduo) mostraram-se cada vez mais vulneráveis a ofensas, implicando o surgimento de mecanismos processuais de proteção. E, além disso, nessa linha de retaguarda, novos direitos superindividuais foram sendo reconhecidos e valorizados.

Exemplo disso se faz sentir com bastante força nas relações de trabalho. Com as políticas neoliberais, de que a globalização é o carro chefe, o trabalho tem sofrido um processo de proletarização, de modo que aqueles direitos trabalhistas outrora conquistados têm sido cada vez mais ameaçados. No plano do discurso, nunca se ouviu falar tanto em flexibilização dos direitos trabalhistas, e, no plano da concretude, é crescente a violação desses direitos. Mas todo esse movimento não ocorreu sem uma reação. Desenvolveu-se, como mecanismos de defesa, a ideia de um meio ambiente do trabalho, que passou a ser considerado direito difuso, tutelável por instrumentos de tutela coletiva.

Talvez o principal mecanismo de proteção, no entanto, tenha sido a invenção dos direitos individuais homogêneos. A partir da constatação de que os direitos individuais, considerados isoladamente, eram insuficientes para se contraporem ao poder econômico do mercado, idealizou-se um modelo pelo qual tais direitos fossem considerados em bloco, como se coletivos fossem, idealização que teve por fundamento determinadas características comuns dos direitos individuais envolvidos, em razão de serem decorrentes de uma mesmo fato (de uma mesma origem).

Assim é que, da mesma forma que um só ato de uma multinacional pode ter aptidão para lesar os direitos individuais de inúmeros consumidores, nada mais razoável que estes possam, mesmo que representados por um integrante do grupo lesado, buscar, por meio de apenas um processo, a desconstituição do ato lesivo e o ressarcimento dos danos sofridos.

É nessa conjuntura que se desenvolveu o processo coletivo brasileiro. Espelhando-se principalmente no sistema das ações de classe dos Estados Unidos, o Brasil o adaptou às peculiaridades nacionais, tornando-se um país de vanguarda no desenvolvimento das ações coletivas dentre os países do *civil law* e, portanto, um modelo para os países de direito escrito.

De fato, desde há muito a experiência brasileira tem conhecido instrumentos de tutela coletiva, destacando-se a ação popular constitucional, a ação civil pública e o Código de Defesa do Consumidor, que, juntos, por conta das remissões recíprocas nas legislações de regência, formam o que se convencionou chamar de microssistema de processo civil coletivo.

O processo coletivo, entretanto, em razão até do seu recente amadurecimento, é um tema que ainda desperta muitos questionamentos. A continência, litispendência e coisa julgada coletiva, a legitimidade ativa e passiva das ações coletivas e a possibilidade de controle de constitucionalidade em ação civil pública são temas que, ao lado de muitos outros, ainda fazem surgir muitas divergências na doutrina e na jurisprudência. A despeito do grande importância dessas questões, o presente trabalho se limita a analisar apenas o problema da legitimidade ativa nas ações coletivas. Mais precisamente, estudará as condições de possibilidade de legitimação individual nessas ações.

O propósito desse trabalho caminha no sentido de demonstrar a necessidade de abertura do sistema de processo civil coletivo a fim de permitir a legitimação – e conseqüentemente maior atuação – do cidadão. Necessidade essa que nasce dos problemas práticos e teóricos decorrentes da omissão legislativa tanto da lei de Ação Civil Pública, quanto do Código de Defesa do Consumidor, que não contemplaram, no rol taxativo de legitimados ativos, a pessoa física. Cuida-se, em última instância, do reconhecimento da insuficiência do sistema de tutela coletiva atual, que somente previu a legitimidade do indivíduo para ações populares.

Para tanto, são abordados, no primeiro capítulo, alguns exemplos de problemas práticos decorrentes da referida omissão legislativa, normalmente ligados às questões de garantia do acesso à justiça. Analisam-se situações em que os danos experimentados pelos

indivíduos somente podem ser resolvidos por meio de uma ação coletiva; as limitações estruturais do Ministério Público, o qual, em razão da grande demanda de serviço, acaba selecionando os casos em que serão propostas as ações coletivas; as diversas posições que podem surgir a respeito de um mesmo direito coletivo, o que sugere a construção de um sistema de complexo de legitimação, para garantir uma adequada tutela dos direitos coletivos.

Com o objetivo de traçar as linhas conceituais básicas para dar passos firmes na análise do tema da legitimidade individual, foi escrito o segundo capítulo. Busca-se neste fazer, primeiramente, uma análise das relações traçadas entre interesses e direitos: como ambos têm uma mesma base ontológica; como os direitos coletivos são explicados, por mecanismos lógicos, a partir do conceito de interesse; como a distinção entre interesse e direito contribui para compreensão legitimidade coletiva, que prega uma legitimação dissociada da ideia de direito material. São trabalhados, ademais, por serem ferramentas básicas para o desenvolvimento da matéria, temas como a classificação dos direitos coletivos e dos tipos de legitimidade.

Considerando o interesse como a base para o reconhecimento da legitimação individual, defende-se, no terceiro capítulo, a necessidade de revalorização da *teoria do interesse*. Considerada importante para a definição do representante do grupo em juízo nas *class actions*, referida teoria foi praticamente ignorada ao adotar-se, no Brasil, um sistema legal de legitimação (*ope legis*), em sinal de um objetivismo exacerbado. O resgate do paradigma do interesse serviria como tempero para o sistema legal de legitimação, ao facultar aos maiores interessados na tutela jurídica coletiva, os lesados, a oportunidade de provocarem a jurisdição coletiva. Para corroborar essa perspectiva, apresenta-se, na segunda parte desse capítulo, uma perspectiva intersubjetiva de formação dos direitos coletivos a partir dos interesses, como uma alternativa às explicações formalistas desse fenômeno aduzidas pela doutrina clássica.

Em sequência, no quarto capítulo, são analisados em linhas gerais os sistemas de legitimação em ações coletivas nos Estados Unidos e Portugal. A escolha desses países se deu basicamente porque em ambos se conhece da legitimação do indivíduo para a propositura de ações coletivas, de modo que podem fornecer interessantes subsídios para a análise comparativa com o sistema do Brasil. Ademais, a abordagem do sistema norte-americano se revela interessante quando se tem em vista que o modelo brasileiro buscou nas *class actions* a inspiração para a formação do seu modelo de tutela coletiva, embora tenha feito adaptações à

realidade nacional; e, do mesmo modo, também é importante a abordagem do sistema português, na medida em que consiste numa experiência de tutela coletiva em país de direito escrito que diverge, embora em poucos pontos, do sistema brasileiro.

Busca-se averiguar, no quinto capítulo, se subsistirá a necessidade de reconhecimento da legitimidade individual se for aprovado, tal como proposto, o incidente de coletivização previsto no projeto do novo CPC. Chamado também de incidente de resolução de demandas repetitivas, o novo instituto, espelhando-se no Procedimento Modelo da Alemanha, consistiria na implementação do julgamento por amostragem na primeira instância, de modo que, a partir de um processo individual, instaurar-se-ia um incidente processual que, uma vez julgado pelo tribunal, vincularia todos os processos similares que estivessem sob a jurisdição da corte. O questionamento proposto tem lugar porque, por este novo procedimento, a pessoa física poderia obter, a partir de sua ação individual, provimentos de judiciais de efeitos verdadeiramente coletivos.

São também traçadas, no sexto capítulo, algumas considerações sobre as consequências do reconhecimento da legitimidade individual no âmbito da Justiça do Trabalho. Trata-se de um ramo do direito no qual o uso das ações coletivas foi consagrado sobretudo pela atuação do Ministério Público do Trabalho e dos sindicatos. A ampliação da legitimação pretendida significa, na seara juslaboral, a oportunidade de o trabalhador poder aviar ações coletivas trabalhistas contra o seu empregador para defesa não somente dos seus interesses, mas de todos os seus companheiros de serviço que estiverem em situações similares

Por último, no sétimo capítulo, reconhece-se que a ampliação da legitimação defendida representa inevitavelmente um incremento dos riscos no processo coletivo, mormente em relação àqueles membros ausentes do grupo, cujos interesses estão sendo representados judicialmente. Para contornar esses riscos, são propostos, sobretudo a partir da experiência das *class actions*, mecanismos de controle para limitação da atuação do indivíduo quando este estiver atuando como representante dos interesses do grupo.

1 JUSTIFICATIVA DO TEMA

Este primeiro capítulo se ocupará de alguns problemas envolvendo a legitimação nas ações coletivas no Brasil, os quais servirão de ponto de partida para o desenvolvimento do restante do trabalho. Serão abordados principalmente os problemas advindos da não contemplação da legitimação da pessoa física no rol de legitimados ativos previsto no art. 5º da Lei 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) e no art. 82 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Referida omissão legislativa impede que a pessoa física possa recorrer a um dos principais instrumentos de tutela coletiva, a ação civil pública. Esse obstáculo é, por si só, um complicador quando se tem em mente que, em alguns casos, os interesses individuais somente podem ser satisfeitos pela via da tutela coletiva. Exsurge daí a extrema dependência em relação aos legitimados legais: ou o indivíduo espera a atuação de ofício de um dos legitimados, ou, então, tem que provocar o Ministério Público para que este venha ingressar com a ação. Nesta última hipótese, a decisão sobre a conveniência ou não da impetração ainda fica a cargo do membro do *parquet*.

Importa destacar que, no tocante às demandas coletivas, o sistema legal somente reconhece a possibilidade de legitimação individual ativa nas ações populares¹. No entanto, mesmo neste caso existem severas restrições: a uma, porque não é qualquer tipo de interesse difuso que pode ser protegido, mas somente aqueles elencados na Constituição e na lei 4717/65 (patrimônio público, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural etc); a duas, porque não é toda pessoa física que tem a legitimidade reconhecida, mas somente as consideradas cidadãs, estando excluídos, por conseguinte, os estrangeiros e aqueles que não possuem título de eleitor.

1 Pode-se vislumbrar também no art. 47 da lei 12.529/11 um importante precedente legislativo para que indivíduos possam aviar ações coletivas visando à proteção de direitos individuais homogêneos. Com efeito, reza o dispositivo: “Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação”. Repare que a redação do dispositivo toma o cuidado de distinguir os direitos individuais dos individuais homogêneos, retirando qualquer margem para interpretações restritivas.

Os problemas que serão apontados a seguir, nesse contexto, tendem a explorar, de maneira direta ou indireta, os pontos em que a falta de legitimação do indivíduo para a propositura de ações coletivas implica violação do direito constitucional do acesso à justiça.

1.1 Ponto de contato entre tutela individual e tutela coletiva

A essência das ações coletivas consiste, de um lado, na possibilidade de se veicular em juízo os interesses do grupo por intermédio de apenas um portador, e, de outro lado, na possibilidade de a coisa julgada atingir todos integrantes do grupo, mesmo que não tenham participado diretamente do pleito. Portanto, diz-se, na precisa concepção de Antônio Gidi, que a “ação coletiva é a ação proposta por um legitimado autônomo (*legitimidade*), em defesa de um interesse coletivamente considerado (*objeto*), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (*coisa julgada*)”².

Assim se quebra o tradicional preceito do processo civil tradicional segundo o qual os efeitos da coisa julgada somente atingiriam, regra geral, aqueles que fossem efetivamente parte na demanda (art. 472 do CPC). Se o portador comparece em juízo para defender um interesse do grupo, e o faz de maneira eficiente (adequada), nada mais razoável que a imutabilidade dos efeitos do comando judicial seja estendida aos integrantes desse grupo.

Embora outros fatores sejam considerados para a definição do conceito de ação coletiva, a pedra de toque, no entanto, para distinguir uma tutela individual de uma coletiva reside na causa de pedir e no pedido da demanda. Isso porque um mesmo fato pode dar origem não somente a demandas coletivas, mas também individuais. Tomando como exemplo um contrato de adesão com uma cláusula abusiva firmado na venda de vários veículos automotores, se o *pedido formulado* na ação visar à declaração da nulidade da aludida cláusula não somente em relação ao demandante, mas a todo o conjunto de pessoas que comprou o automóvel, fala-se em demanda coletiva; do contrário, se o pedido versar apenas sobre a declaração de nulidade da cláusula em relação ao consumidor demandante, fala-se em demanda individual. Tudo vai depender, portanto, da causa de pedir e do pedido. Nesse sentido, Kazuo Watanabe ressalta a importância da causa de pedir e do pedido para se definir

² GIDI, Antônio. **A coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 16.

uma demanda coletiva, afirmando que se, após narrada uma situação caracterizadora dos direitos difusos e coletivos, o autor da demanda formula “*pedido de tutela coletiva* desses interesses ou direitos transindividuais e indivisíveis, é suficiente uma só demanda coletiva para a proteção de todas as pessoas titulares desses interesses ou direitos”³.

É preciso ter presente, no entanto, que os pedidos podem veicular ora direitos que sejam essencialmente coletivos, ora direitos que o sejam apenas acidentalmente. São, de uma parte, essencialmente coletivos os *direitos difusos e coletivos em sentido estrito*, que têm como principal característica a impossibilidade de divisão entre os integrantes da coletividade considerada; e são, de outra, acidentalmente coletivos os *individuais homogêneos*, que admitem divisão, e, portanto, individualização de cada titular⁴. Neste último caso, trata-se de um tratamento coletivo a direitos que são essencialmente individuais, tendo em conta a maior efetividade da proteção coletiva. Teori Albino Zavaski, com base nisso, faz interessante distinção entre *tutela de direitos coletivos* e *tutela coletiva de direitos*, para se referir, respectivamente, aos direitos essencialmente e acidentalmente coletivos⁵.

A principal característica distintiva entre os direitos essencialmente e os acidentalmente coletivos é, de fato, a unitariedade (indivisibilidade) presente naqueles e ausente nestes⁶. A unitariedade faz que uma tutela deferida ou indeferida em relação a um dos integrantes da coletividade o seja também para toda a coletividade, e vice-versa.

Tendo isso em conta, Carlos Henrique Bezerra Leite e Bruno Borges da Fonseca chamam a atenção para o que eles denominaram ações *pseudoindividuais*, que seriam aquelas “demandas de autoria de pessoas físicas, formalmente individuais, com causa de pedir e pedido tipicamente coletivos por importarem laço de indivisibilidade do objeto”⁷. São, no dizer desses autores, ações “ações formalmente individuais e materialmente coletivas”⁸.

3 WATANABE, Kazuo. **Demandas Coletivas e os problemas emergentes da práxis forence**. Revista de Processo: Repositório de Jurisprudência autorizado pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ano 17, N. 11, pp. 18-19, 1992 (*grifo do autor*).

4 A distinção entre os chamados direitos superindividuais (difusos e coletivos) e os individuais homogêneos será feita com mais detimento no próximo capítulo. Por ora, no entanto, para a compreensão do tópico, basta a ideia de que aqueles são indivisíveis, ao passo que estes, divisíveis.

5 ZAVASKI, Teori Albino. **Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 3º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 36-38.

6 LEITE, Marcelo Daltro. **Ação Individual e a Ação Coletiva: O Fenômeno da Unitariedade e a Legitimidade de Agir**. Revista EMERJ, v.11, nº 41, p. 243, 2008.

7 FONSECA, Bruno Gomes Borges da; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Acesso à Justiça e ações pseudoindividuais: legitimidade ativa do indivíduo nas ações coletivas**. Revista de Processo, ano 37, v. 203, p. 349, jan/2012.

8 FONSECA, Bruno Gomes Borges da; LEITE, Carlos Henrique Bezerra, *op. cit.*, p. 353.

Essas ações corresponderiam a um verdadeiro ponto de contato entre tutelas coletivas e individuais. Isso porque, por vezes, um interesse de um indivíduo somente pode ser satisfeito a partir de uma demanda individual que encerre um verdadeiro pedido de tutela coletiva. Basta imaginar, a título de exemplo, o caso de um indivíduo que, inconformado com o intenso barulho de uma casa de show localizada em bairro residencial, ingressa em juízo buscando o seu fechamento. A tutela, neste caso, embora perseguida por um indivíduo, será eminentemente coletiva, uma vez que, em razão da indivisibilidade do objeto, atingirá inexoravelmente um conjunto de pessoas, composto não somente pelos demais moradores do bairro, mas também pelos frequentadores da casa de show. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes traz outro exemplo bastante elucidativo de ação individual com pedido de tutela coletiva, ao citar um caso ocorrido no Rio de Janeiro, em que uma deficiente física ingressou com uma ação individual com o objetivo de obter rampas de acesso no caminho entre a sua casa e a estação do metrô, tendo o seu pedido sido julgado procedente⁹.

Pode-se citar ainda exemplo de um candidato que presta concurso público para um cargo na Administração Pública Federal, logrando aprovação na 30ª colocação. Após nomear apenas 10 candidatos, o órgão para o qual prestou concurso começa a contratar funcionários terceirizados para atuarem na atividade fim, exercendo as mesmas atribuições que ele exerceria se tivesse sido nomeado. Inconformado, o candidato ingressa com uma ação individual (mandado de segurança) com o fim de obter judicialmente uma ordem judicial para que seja nomeado, alegando que, ao contratar terceirizados, a administração demonstrou necessidade de serviço apta a justificar a nomeação dos aprovados no concurso público. Ora, em conseguindo obter o pretendido provimento judicial, este inevitavelmente beneficiará não somente o demandante, mas também todos os candidatos que estiverem em melhor colocação que ele, dado que a ordem de classificação, por disposição legal, não pode ser preterida. Trata-se de um evidente caso em que um pedido individual, em razão da indivisibilidade do objeto, acaba produzindo efeitos em relação a terceiros.

Nessas situações em que o indivíduo sofre *diretamente* o dano, a pergunta que se faz é se ele poderia ajuizar uma demanda cuja causa de pedir e pedido revelassem tratar-se, em realidade, de uma pretensão coletiva. Num primeiro momento, a resposta seria negativa na medida em que os dispositivos legais que tratam da legitimação nas ações coletivas não concederam legitimidade para o indivíduo propor ações civis públicas. No entanto, a questão

9 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **O acesso à justiça e as condições da ação**. Revista de Processo, ano 34, n. 174, pp. 333-334, ago/2009.

começa ficar mais complicada quando se tem em mente o direito fundamental do acesso à jurisdição previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

Impedir que o indivíduo aduza uma demanda com um pedido de natureza coletiva, quando esse é o único caminho para que possa afastar o ato lesivo que lhe atingiu, corresponde, com efeito, a uma violação do direito fundamental do acesso à justiça, na medida em que afasta da apreciação do judiciário uma lesão a direito. Contra essa tese, objeções podem ser levantadas para dizer que o ajuizamento diretamente pelo indivíduo não seria o único caminho, porquanto este poderia “provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção” (art. 6º, Lei n. 7.347/85). Ocorre, no entanto, que, mesmo que o indivíduo comunique o ato lesivo ao Ministério Público, o ajuizamento da ação não é certo, uma vez que essa decisão pertence ao membro do *parquet* (art. 9º). O professor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes ainda problematiza essa solução com o exemplo de uma obra pública que produz poluição sonora em um Município que não dispõe de uma associação de moradores e cujo cargo de Promotor está vago; e indaga: “Estariam os moradores fadados a suportar o barulho, aguardando a designação de um novo Promotor ou teriam de formar uma associação para serem admitidos em juízo?”¹⁰.

Como se pode perceber, existem situações em que o ajuizamento de uma demanda coletiva diretamente pelo indivíduo senão é o único caminho é pelo menos o mais viável para a solução do problema. Impedi-lo de ajuizar demanda dessa natureza, a pretexto de não ter legitimidade para fazê-lo, corresponde a uma verdadeira violação do direito constitucional de acesso ao judiciário.

10 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **O acesso à Justiça e as condições da ação**. p. 332.

1.2 Limites da atuação do Ministério Público

As ações coletivas representaram sem dúvida um importante passo para o acesso à justiça no Brasil. Não somente abriram caminho para a proteção de novos direitos, mas também permitiram que pequenas lesões pudessem chegar ao judiciário. Preponderava antes uma verdadeira *litigiosidade contida* quando agressões em massa atingiam inúmeras pessoas, experimentando cada uma delas um pequeno prejuízo. É que, nessas situações, em razão da pequena monta do dano, os lesados se sentiam desestimulados a buscar a tutela jurisdicional, sobretudo em razão custo-benefício de se manejar um processo cujo retorno de antemão era sabidamente ínfimo.

Os poderes econômicos que atuam no mercado perceberam que poderiam obter vultosos lucros se causassem lesões a um grupo grande de pessoas em que cada um delas, no entanto, experimentasse pequenos prejuízos. Não é difícil encontrar exemplos na vida cotidiana dessa realidade. Empresas de transporte interestadual de passageiros que cobram vinculados ao preço da passagem, em uma espécie de venda casada, pequenos seguros facultativos, que não somam mais que cinco reais, obtendo ao fim de um período um rendimento significativo. Imobiliárias que se valem de contratos de adesão para cobrar dos locatários seguros de incêndio, que, a despeito de representarem um pequeno valor, são mais caros do que os preços praticados no mercado. Empresas de capital aberto que manipulam o valor de suas ações causando prejuízo a inúmeros investidores. Esses são apenas alguns exemplos que demonstram que, em razão dos pequenos danos perpetrados na esfera de cada indivíduo, é muito comum que o lesado não recorra ao judiciário para obter ressarcimento de seus prejuízos, em razão do custo benefício de se ingressar com uma ação judicial. Antônio Gidi, retratando muito bem esse quadro, afirma que, mesmo que a parte lesada resolva a ir ao judiciário e consiga obter um pronunciamento judicial favorável, este seria “comparável a uma mosca pousada nas costas de um elefante”¹¹.

De par com essa realidade – em que os lesados não procuravam justificadamente o judiciário -, aprovou ao legislador legitimar entidades públicas (Ministério Público,

11 GIDI, Antônio. *A CLASS ACTION como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 29.

Defensoria Pública, órgãos públicos etc) e entidades privadas (associações) para que, por meio de demandas coletivas, pudessem levar à apreciação judicial, de uma só vez, todas as lesões perpetradas, como se fossem um único direito coletivo. Deu-se, portanto, na expressão cunhada por Kazuo Watanabe, tratamento molecular àquelas demandas que eram outrora atomizadas¹², ganhando-se, com isso, força política para equilibrar as forças no mercado.

Malgrado o legislador tenha contemplado um rol relativamente amplo de legitimados ativos para ações coletivas, verifica-se na prática que hoje a maioria das ações é proposta pelo Ministério Público. O órgão ministerial vem, com efeito, destacando-se em relação aos demais legitimados. A sociedade civil, em vez de se organizar para fazer valer os seus interesses diretamente, adotou a posição cômoda de apenas noticiar os atos lesivos ao Ministério Público para que este proponha a respectiva ação coletiva. Isso se deve, em grande medida, pelas inúmeras prerrogativas do *parquet*, que pode instaurar inquérito civil, requisitar documentos, requerer informações, firmar termos de ajustamento de conduta etc. Sobre tais prerrogativas, Vitor Hugo esclarece que enquanto os demais legitimados ficam na dependência do judiciário para requerer documentos, os membros do *parquet* podem de antemão, antes mesmo de iniciado o processo judicial, requerê-los sob pena de desobediência¹³.

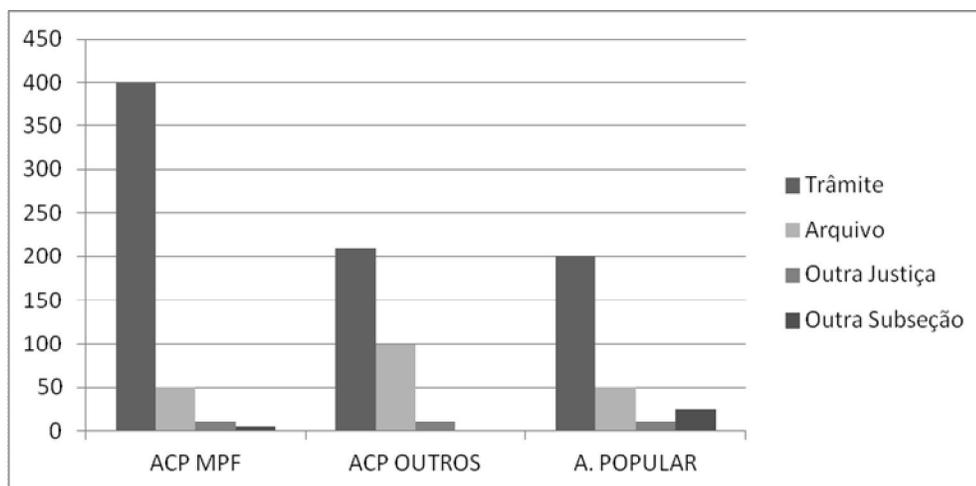
Os dados estatísticos sobre as ações coletivas no Brasil ainda são muito precários, de modo que os doutrinadores citam a preponderância do Ministério Público invariavelmente com base apenas em suas vivências práticas. A Escola Superior do Ministério Público da União, no entanto, sob a coordenação de Ana Cristina Bandeira Lins, realizou um interessante estudo sobre ações coletivas a pedido da Subprocuradora-Geral da República Maria Caetana Cintra Santos, representante do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos durante o mandato de 2001 a 2006. A pesquisa foi feita por amostragem levando-se em conta as ações civis públicas e as ações populares na seção judiciária da justiça federal de São Paulo, que foi escolhida em razão do seu grande volume processual¹⁴. Várias informações interessantes são trazidas no referido estudo, mas uma se destaca, para os fins deste trabalho,

12 WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, pp. 708-709.

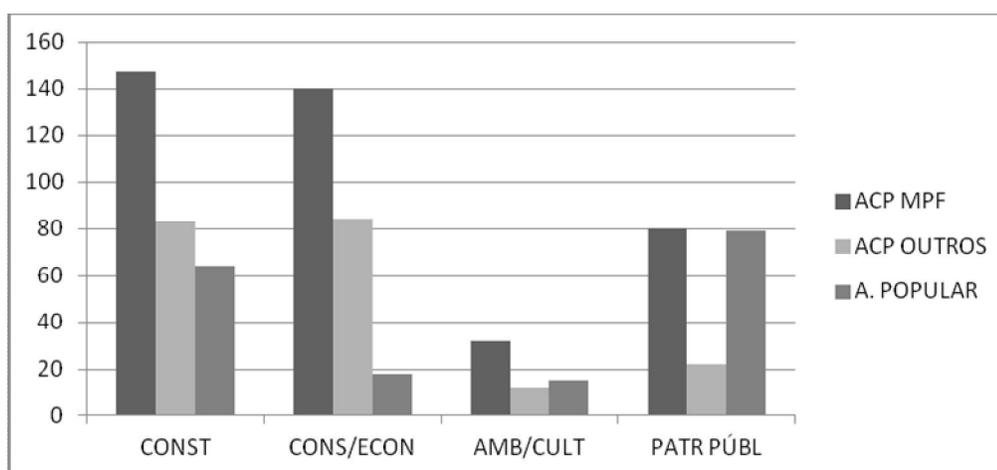
13 BURGO, Vitor. **Em busca da legitimação perdida**: a exclusão da pessoa física do rol de legitimados do PL 5.139/2009. In: em defesa de um novo sistema de processos coletivos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 697.

14 LINS, Ana Cristina Bandeira. **Ações Coletivas**: Análise crítica. Disponível em: www.sbdp.org.br/arquivos/.../Ações_coletivas.pdf. Acessado em: 15/09/2012.

na medida em que constata que o Ministério Público efetivamente responde pela maioria das ações civis públicas daquele Estado, conforme se pode inferir do seguinte gráfico¹⁵:



Do gráfico, pode-se concluir que o Ministério Público Federal tem quase o dobro de ações civis públicas em trâmite em relação aos demais legitimados coletivos. A referência a processos de “outra subseção” ou “outra Justiça” é para destacar aqueles processos que foram deslocados por questão de competência. Essa prevalência do *parquet* também pode ser notada quando se dividem as ações civis públicas pelo conteúdo, conforme o gráfico a seguir¹⁶:



¹⁵ Quanto ao estudo em comento, não é possível determinar o período exato em que foi feita a pesquisa, mas pelos elementos informativos nele constantes sabe-se que foi realizado após 2006.

¹⁶ Foram omitidas do gráfico original, por questões de limitação de espaço neste trabalho, as informações sobre ações civis públicas que versavam sobre índios.

Não obstante essa proeminência do Ministério Público, esta instituição encontra uma importante limitação na sua atuação. Tendo em vista a possibilidade de seus membros poderem aviar ações coletivas sobre interesses individuais homogêneos, surge um sério risco de que este órgão venha propor ações com o objetivo de defender interesses eminentemente privatísticos, afastando-se, dessa forma, de sua função de zelar pelo interesse social (art. 129, III, CF). Kazuo Watanabe, diante disso, esclarece que, mesmo nos casos em que se estejam discutindo direitos individuais, deve haver certa relevância social para que se possa justificar a atuação do Ministério Público. Segundo esse autor, “não se pode ir ao extremo de permitir que o Ministério Público tutele *interesses genuinamente privados sem qualquer relevância social*”, e cita como exemplo de desvirtuamento uma ação que seja proposta para defender interesses de condôminos de um edifício¹⁷. Hugo Nigro Mazzilli, nessa linha de raciocínio, obtempera que o “Ministério Público não está legitimado à defesa em juízo de quaisquer interesses disponíveis [...] sem qualquer relevância para a coletividade”¹⁸. A legitimidade desse órgão, portanto, é limitada pelo conceito de *interesse social*.

Essa limitação de atuação do principal proponente de ações coletivas do Brasil, associada à ilegitimidade do indivíduo para a propositura dessas ações, traz um grande prejuízo ao acesso à justiça. É que existem situações que estão justamente no limbo: não têm o condão de serem consideradas de interesse social, a ensejar a atuação do órgão ministerial, e, ao mesmo tempo, revelam a inviabilidade da tutela individual. Tomando por empréstimo o exemplo dos *condôminos que ingressam em juízo contra um terceiro*, basta imaginar uma situação em que condôminos de um complexo de dois edifícios tenham sofrido danos de pequena monta por um ato ilícito da construtora responsável pelo empreendimento de construção dos prédios. Quanto à situação em questão, ela pode, de um lado, ser considerada de interesse particular (sem relevância para a coletividade) e, de outro, pode ser inviável de tutela pela via da ação individual, quando os danos são tão pequenos que desestimulam os lesados a agirem individualmente e dificultam, além disso, a formação de litisconsórcio.

Ainda que se possa argumentar que o mero obstáculo de se demandar sozinho ou em litisconsórcio já seria motivo suficiente para caracterizar o interesse social, e ensejar a atuação do Ministério Público, a prática revela que este órgão, até mesmo pela impossibilidade

17 WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. p.734.

18 MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 16º Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 155.

estrutural de cuidar das inúmeras lesões em massa que ocorrem diariamente, somente tem aviado ações em casos em que há relativo grau de vultuosidade¹⁹.

Há de se reconhecer, de uma parte, que existem limites para a atuação do Ministério Público, decorrentes não somente da falta de estrutura para cuidar das inúmeras lesões coletivas que ocorrem na sociedade, muitas delas de caráter preponderantemente privado, mas também dos contornos constitucionais de sua missão de zelar pelo interesse social. Reconhecer, de outra parte, que as associações, órgãos públicos e demais legitimados legais não tem exercido a contento o poder que lhes foi outorgado. A consequência dessa conjugação de fatores não poderia ser outra senão a existência de situações carentes de protetores adequados, gerando uma verdadeira *litigiosidade contida*. E esse problema, que diz respeito ao acesso à justiça, é causado, em grande parte, pelo não reconhecimento legal da legitimidade ativa do indivíduo para a propositura de ações coletivas.

Além disso, o que fazer quando é o próprio Ministério Público o agente causador dos danos coletivos? Voltando ao exemplo do candidato aprovado em concurso público que não foi nomeado em razão da contratação de funcionários terceirizados para as mesmas atribuições que exerceria acaso nomeado, imagine que o órgão contratante fosse, por exemplo, o Ministério Público da União. A quem os candidatos aprovados, preteridos e sem legitimação ativa para ações coletivas, deveriam recorrer? Ao próprio Ministério Público da União para que este viesse a propor uma ação contra si mesmo? Certamente não resolveria o problema. A solução para o imbróglio talvez passasse pela fundação de uma associação de concurreiros, mas essa alternativa também poderia enfrentar dificuldades no processo judicial em razão da necessidade de ela ser pré-constituída há pelo menos um ano²⁰.

19 Se, por um lado, inúmeros condôminos não estão a merecer a atenção do Ministério Público em razão das limitações estruturais e funcionais deste órgão, por outro, o caso da ENCOL, por ter envolvido uma grande quantidade de promitentes compradores, teve a devida atenção do órgão ministerial. Segundo Halmilton Quirino Câmara, “das quarenta e duas mil famílias que ficaram com os esqueletos – obras paradas – ou sequer iniciadas, houve de tudo: enfarte, separação de casais, e até ameaça de suicídio em praça pública. Não era para menos. Afinal, muita gente perdera não só o imóvel: o empreendimento muitas vezes estava hipotecado a favor de bancos, e os valores a receber dos compradores eram, quase sempre, absolutamente insuficientes para retomada e conclusão das obras”(CÂMARA, Hamilton Quirino. **Falência do Incorporador Imobiliário: o caso Encol**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004, p. 16).

20 O exemplo foi tirado de reportagem veiculada pelo Correio Web em 28/05/2012, de seguinte teor: “O Ministério Público da União (MPU), autor de diversas ações judiciais para a substituição de terceirizados e comissionados irregulares no funcionalismo, por concursados, agora é alvo de denúncias sobre irregularidades na folha de pessoal. A acusação parte dos aprovados no último certame para o órgão, realizado em 2010. Depois de quase dois anos, pouquíssimos foram nomeados e o temor é de que eles vejam anos de estudos e investimentos em apostilas e preparatórios irem para o lixo. O motivo é que a validade do processo seletivo se encerrará no fim do ano, mas há sérias dificuldades para que as nomeações ocorram a tempo. A criação de 6,8 mil vagas para o MPU, logo após o lançamento do certame, em 2010, foi motivo de comemoração para os 754,7 mil inscritos. Na

1.3 Conflituosidade intrínseca dos interesses coletivos

Por conflituosidade intrínseca deve ser entendida a característica segundo a qual um interesse coletivo não se apresenta uniformemente entre os integrantes de um grupo. Embora a expressão “interesse coletivo” deixe entrever que existiria um interesse compartilhado de maneira igual pelos integrantes, o fato é que existe normalmente a formação de subgrupos cujos interesses são conflitantes entre si.

O mencionado conflito de interesses se mostra mais frequentemente no campo dos chamados interesses difusos, em que muitos deles ainda carecem de uma norma regulamentadora. Sobre um mesmo direito difuso – como direito à qualidade de vida – podem surgir inúmeras posições, ora convergentes, ora contrapostas. Basta imaginar os casos das obras públicas, em que é comum surgirem entendimentos no sentido de que a construção melhora a qualidade de vida das pessoas, mas ao mesmo tempo se espera que existam posicionamentos que afirmam o contrário.

Conquanto a divergência de posicionamentos seja mais constante nos interesses difusos, ela também se faz presente nos demais interesses coletivos. Imaginando uma categoria de servidores públicos que reivindica um aumento perante o Estado, é bastante comum a sua cisão em subcategorias (servidores mais novos, mais antigos etc), com cada qual buscando um maior aumento do que a outra.

Hugo Mazzilli, nesse sentido, afirma que, diante da complexidade da sociedade atual, alguns autores chegam a negar a existência da ideia de *bem comum*. Mencionado autor traz ainda, para ilustrar essa realidade, o exemplo da fábrica cuja instalação em determinada região desperta inúmeros interesses, não raros conflitantes entre si: a) interesses na geração de empregos para os habitantes da localidade; b) interesses no maior recolhimento de impostos; c) interesses na não instalação, em razão dos danos ambientais que daí serão provenientes.

ocasião, eles enxergaram nos novos postos a certeza para uma porta de entrada ao funcionalismo. Mas o que era dado como mera questão de tempo se transformou em aflição. Até o momento, apenas 980 dessas vagas foram preenchidas”. (CORREIO WEB. **MPU contrata terceirizados e ignora 6 mil aprovados no último certame**. Disponível em: http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2012/05/28/internas_economia,304480/mpu-contrata-terceirizados-e-ignora-6-mil-aprovados-no-ultimo-certame.shtml Acessado em: 28/05/2012).

Essa conflituosidade se reproduz, ademais, em situações singelas da vida, de modo que fica, de fato, difícil falar em uma uniformidade de pensamento²¹.

Essa complexidade social traz um problema de representação. É que, em razão da conflituosidade intrínseca, sobretudo nos interesses difusos, torna-se bastante temerário se fixar um legitimado como se ele fosse o canalizador dos múltiplos interesses em jogo em determinada coletividade. Não se pode dizer que o legitimado é um representante de toda a coletividade; ele é, no máximo, representante de um determinado interesse diante das inúmeras facções presente em um grupo. Dizer o contrário seria ignorar as múltiplas posições existentes dentro desse grupo.

Assim é que, paradoxalmente, o Ministério Público, erigido como protetor do interesse social pelo constituinte, pode, em determinadas situações, apresentar-se em juízo contra os interesses de parte da sociedade. Não sendo uniformes as expectativas dessa sociedade, o órgão ministerial acaba naturalmente se filiando a determinados interesses em detrimento de outros. Flávia Hellmeister Clito Fornaciari, em sua tese de doutoramento, defende, nessa linha, a conveniência de se “mencionar que, muitas vezes, o suposto interesse coletivo defendido pelo Ministério Público pode contrapor-se a outro interesse coletivo socialmente relevante”²². Em situações como essas, prevalece não raras vezes a visão de um membro do Ministério Público em detrimento dos interesses da sociedade, originando uma decisão judicial carente de legitimidade.

Exemplo em que a posição adotada pelo órgão ministerial parece bastante controversa pode ser colhido da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no julgamento de uma questão relativa à transposição do rio São Francisco. O megaprojeto de integração do rio São

21 MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. p. 155.

22 Para ilustrar essa afirmação, Flávia Fornaciari cita o exemplo da ação judicial avia pelo Ministério Público paulista contra a circulação de ônibus fretados no centro de São Paulo. Afirma a autora: “Nesse caso, há diversos direitos coletivos em sentido lato envolvidos: o direito ao transporte de milhares de cidadãos, o direito à exploração do ramo de transportes por empresas de ônibus e o direito comum a todos de um meio ambiente urbano digno. Esse último, por ser indisponível e de caráter relevante, permite a atuação do Ministério Público, mas é de se questionar que aspecto deveria defender o órgão, já que a própria sociedade não decidiu se o meio ambiente urbano ficaria melhor com os ônibus, restringindo a circulação de milhares de carros e oferecendo às pessoas meios coletivos de transporte, ou sem ônibus, auxiliando na diminuição da poluição atmosférica; há verdadeiro conflito de interesses sociais relativamente a nesse ponto [sic]. Assim, sem se pretender trazer uma solução para o caso, qualquer posição defendida pelo ente ministerial poderia ser questionada, haja vista que nenhuma delas seria efetivamente representativa da sociedade, mas somente da pessoa física investida no cargo, de forma que talvez o órgão devesse restar distante da questão, que pode muito bem ser resolvida entre os sindicatos e associações representantes das categorias. (FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **Representatividade Adequada nos processos coletivos**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo-SP, 2010, p.80. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24092010-133201/es.php>. Acessado em: 19 jun. 2012).

Francisco com as bacias hidrográficas do nordeste setentrional visa ao suprimento de água em Municípios onde reconhecidamente há escassez dessa riqueza natural, sobretudo no semiárido nordestino. Os Ministérios Públicos estaduais da Bahia e de Minas gerais, ao lado dos Ministérios Públicos Federais destas regiões, ingressaram cada qual com ações civis públicas, em clara atitude antidemocrática, com o fim de cancelar audiências públicas marcadas pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-IBAMA nos respectivos Estados, alegando, para tanto, apenas vícios formais no Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental (EIA-RIMA)²³.

Sob o pretexto de proteção ao meio ambiente, tais entidades ministeriais pretendiam, em realidade, obstacularizar transposição do rio São Francisco. É interessante, no entanto, observar que os Ministérios Públicos que adotaram as iniciativas judiciais são coincidentemente daqueles Estados que supostamente seriam prejudicados com a obra. São lugares em que a população não concordava com a obra e já tinha, antes mesmo das ações judiciais, boicotado as audiências públicas. No caso, o ministro Sepúlveda Pertence, apontara, com propriedade, a “coincidência entre o domicílio dos diversos autores das ações judiciais e as localidades onde se logrou obstacularizar a realização de audiência pública”. O que se pode notar então, diante disso, é que o Ministério Público, alegando a proteção ao interesse difuso de proteção ao meio ambiente – que, em tese, deveria ser titularizados pelas populações de todos os Estados – buscava, em realidade, proteger os interesses das populações dos Estados em que atuavam, fazendo as vezes de uma procuradoria de Estado. Curiosamente, não houve aviamento de ação civil pública pelos Estados que seriam beneficiados.

Observa-se, portanto, que, diante de um caso concreto, inúmeras posições podem aparecer como razoáveis. No caso da transposição do rio São Francisco, é de se esperar que as populações do semiárido nordestino beneficiadas apoiem a obra, ao passo que também se espera que aquelas que sejam prejudicadas tenham uma postura diversa. A divergência de interesses é natural. O que se não pode aceitar com tranquilidade é que se queira erigir instituições, como o Ministério Público, como representantes de interesses pretensamente universais.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO 876 MC-AgR/BA. Agravo Regimental na Ação Cível Originária. EMENTA Agravo regimental. Medida liminar indeferida. Ação civil originária. **Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional**. Agravante: Ministério Público Federal e outros. Agravado: União. Julgamento em 19/12/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ACO+876%29&base=baseAcordaos>. Acessado em: 19/06/2012.

Diante dessa conflituosidade inerente aos interesses coletivos e da moderada atuação dos demais legitimados legais nas ações coletivas, indaga-se se é conveniente que múltiplos interesses de uma coletividade sejam “representados” preponderantemente por um único órgão, o Ministério Público. Essa pergunta pode ser feita de outra forma: não seria interessante abrir o sistema de legitimidade para permitir que indivíduos também pudessem propor ações civis públicas, instituindo com isso um sistema de representação complexo para uma sociedade igualmente complexa?

Os problemas decorrentes da conflituosidade intrínseca, juntamente com os problemas elencados nos tópicos anteriores, podem ser apontados como as principais críticas ao sistema atual de legitimação nas ações coletivas, em que se adotou a exclusão da pessoa física do rol de legitimados para ações coletivas. O presente trabalho não tem a pretensão de dar respostas definitivas para essas críticas, porém se propõe a contribuir para discussão, analisando alguns pressupostos teóricos e práticos da legitimação nas ações coletivas.

2- ELEMENTOS CONCEITUAIS PARA A COMPREENSÃO DA LEGITIMIDADE NAS AÇÕES COLETIVAS

Antes de analisar propriamente o problema da legitimação individual nas ações coletivas, é necessário fixar alguns conceitos básicos do processo coletivo sem os quais a abordagem do tema ora proposto restará significativamente prejudicada. Essa é a missão deste capítulo, que, começando pela análise dos conceitos de interesses e direitos coletivos, terminará cuidando do sistema de legitimação nas ações coletivas.

Primeiramente, questiona-se como os tradicionais institutos de processo civil, fundados na concepção de *direito subjetivo*, mostraram-se insuficientes para explicar o fenômeno da tutela coletiva, diante da constatação de que existem interesses que, conquanto não tenham ainda sido agasalhados pelas normas legais, também são merecedores de proteção judicial. Após, analisa-se como essa problemática se reflete no campo da legitimidade em ações coletivas, impondo uma necessária dissociação entre *legitimidade* e *titularidade*.

2.1 Relações entre interesses e direitos

O *interesse* surge nas relações mais corriqueiras da vida e tem a ver com a *utilidade* que determinada coisa apresenta para suprir uma *necessidade* do sujeito. Em uma espécie de sistema chave-fechadura, é como se a utilidade inerente ao objeto do interesse se encaixasse na necessidade do sujeito para supri-la. Nesse sentido, Marcelo Abelha Rodrigues afirma que “o interesse é uma relação entre um sujeito e um objeto”, que “tem por ponto de contato a aspiração do homem acerca de determinados bens que sejam aptos à satisfação de uma exigência sua”²⁴.

Além disso, o mencionado autor esboça mais uma característica do interesse, a saber, o juízo de valor que o sujeito faz sobre a coisa²⁵. Dessa forma, os três elementos que compõem o conceito de interesse são: o sujeito com uma necessidade, o objeto com aptidão para suprir

24 RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 40.

25 RODRIGUES, Marcelo Abelha, *op. cit.*, p. 41.

essa necessidade, e o juízo de valor em que o sujeito reconhece no objeto a aptidão para suprir as suas necessidades. Parece caminhar nessa linha o entendimento de Rodolfo Camargo Mancuso, para quem “o interesse interliga uma *pessoa* a um *bem da vida*, em virtude de um *determinado valor* que esse bem possa representar para aquela pessoa”²⁶. Pode-se falar assim que o interesse se compõe de elementos materiais (sujeitos, de um lado; objetos, de outro) e de elementos imateriais (juízo de valor). Tudo o que representa uma situação de vantagem para uma pessoa pode ser objeto de um interesse. Há, por exemplo, o interesse em um carro, em um emprego, em seguir determinada religião etc. Por isso que se diz que o interesse se situa no plano da “existência-utilidade”²⁷.

Para se chegar aos direitos subjetivos partindo-se dos interesses, basta que haja a proteção jurídica. O lesado, ao ir ao judiciário, o faz alegando um direito hipotético previsto no sistema normativo, demonstrando que a sua situação fática se amolda a uma previsão genérica da lei. Nesse sentido, seguindo a clássica lição de Jhering, para quem o direito é um interesse juridicamente tutelado, Ricardo de Barros Leonel afirma que o direito subjetivo é “a posição de vantagem assegurada pelo ordenamento jurídico material, que permite ao seu titular, numa situação concreta, invocar a norma a seu favor”²⁸.

A distinção entre interesses e direitos subjetivos – deveras conhecida da tradicional doutrina de processo civil – ganhou espaço com a crescente importância dos direitos metaindividuais. Isso porque esses interesses, por longo tempo, não lograram obter proteção judicial porque não tinham, segundo os critérios da processualística, o *status de direito*. Para suplantar esse impasse e impedir que eles ficassem sem proteção jurídica, a doutrina começou a recorrer à concepção de interesses legítimos (em voga principalmente em países que adotaram o sistema do contencioso administrativo, *v.g.* Itália), para defender a necessidade de proteção judicial daqueles interesses metaindividuais que ainda não tinham logrado obter proteção do sistema normativo.

Diante disso, preocupado com a proteção judicial desses interesses transindividuais que ainda não estavam estampados nas normas legais, o legislador foi cauteloso ao prever que a “defesa dos *interesses* e *direitos* dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo” (art. 81 do CDC, *grifo nosso*). Afastou, com isso,

26 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir . 6º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 19 (*grifo nosso*).

27 MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, p. 22.

28 LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 2º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 75.

qualquer tipo de entendimento restritivo tendente à considerar tais interesses como indignos de proteção judicial.

2.1.1 Formação dos interesses e direitos coletivos

A grande dificuldade de se trabalhar com a ideia de interesses coletivos consiste justamente no fato de que o conceito de interesse é essencialmente individual no sentido de que sempre nasce no indivíduo, pois decorre dos juízos de valor que este faz acerca de determinado bem. Assim, não se pode imaginar uma explicação do que vem a ser um interesse coletivo que não tenha como ponto de partida o conceito de interesse [individual]²⁹.

Rodolfo Mancuso, fazendo um contorcionismo para explicar o que é um interesse coletivo, propõe três modelos de explicação, todos partindo, ainda que expressamente não o diga, da concepção de interesse individual. A primeira explicação trazida é a de que o interesse coletivo se confunde com o interesse do grupo, na medida em que a manifestação explicitada a respeito de um bem da vida por este corresponde necessariamente à *manifestação conjunta dos interesses dos seus indivíduos*. Há uma espécie de sub-rogação dos interesses individuais pelos interesses do grupo. É semelhante ao caso, por exemplo, das pessoas jurídicas, em que os atos praticados pelos seus administradores correspondem, pela via de uma ficção jurídica, aos interesses dos sócios. Essa modalidade de explicação de interesse coletivo se adéqua melhor para explicar a gênese de interesses coletivos em sentido estrito, porquanto aqui se fala, com frequência, em interesses de classes, de categorias etc³⁰.

O segundo modelo de explicação se escora na ideia de que o interesse coletivo é constituído da *soma dos diversos interesses individuais contidos no grupo*. É como se os interesses individuais fossem colocados um ao lado do outro, em uma espécie de justaposição. O interesse resultante dessa operação somatória, no entanto, seria dito apenas formalmente coletivo, pois na sua essência ainda haveria interesses individuais. Cuida-se do modelo que

29 Quanto a intrínseca individualidade do interesse, vale a pena destacar a lição do professor Vicente de Paula Maciel Jr: “Se o interesses são as manifestações da vontade que vinculam um sujeito a um ou mais bens, isso significa que os interesses são pertencentes à esfera privada, particular do indivíduo, que exterioriza suas vontades.(MACIEL JR. **Teoria das ações coletivas**: ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006, p.42).

30 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**. p. 52.

melhor explica os chamados interesses individuais homogêneos, cuja formação resulta do tratamento coletivo de direitos individuais³¹.

O terceiro modelo recorre, por fim, à ideia de que o interesse coletivo é resultado não da soma, mas sim da *síntese dos interesses individuais presentes no grupo*. É como se os diversos interesses individuais sofressem um processo de catalização em que eles fossem destruídos, dando lugar a um interesse absolutamente novo, com características próprias. Os interesses coletivos aqui formados, agora sim, seriam chamados de essencialmente coletivos, pois neles não haveria mais resquícios dos direitos individuais que serviram, por assim dizer, de matéria prima. Trata-se do modelo que melhor explica a formação dos interesses difusos, uma vez que estes não se confundem com os interesses dos integrantes da comunidade, sendo antes independentes em relação a eles.

Todos os três modelos apresentados, como se pode perceber, valem-se de recursos lógicos para poderem fazer a transposição do conceito de interesse individual para o de interesse coletivo. Esses modelos são interessantes do ponto de vista teórico, mas parecem apresentar dificuldades quando se parte para o campo da prática, porquanto não explicam como se dará a sub-rogação, a soma ou a síntese dos interesses individuais para a formação do correspondente interesse coletivo. Trata-se, contudo, de uma das poucas explicações trazidas para a doutrina para justificar o paradoxo de se ter um interesse coletivo, pois a maioria acaba sequer abordar esse ponto.

2.1.2 Direitos e interesses coletivos: ontologicamente iguais

Verificados os conceitos de interesses e direitos subjetivos, bem como a tentativa de transplantá-los para o campo das tutelas coletivas, cumpre destacar que a doutrina diverge sobre a necessidade de se fazer a distinção entre interesses coletivos e direitos coletivos. A discussão em tela tem como ponto de partida o fato de que existem interesses dignos de proteção judicial que, todavia, ainda não foram agasalhados expressamente pelo direito material. Diante dessa constatação, pergunta-se se a ideia de direito subjetivo seria suficiente

31 MANCUSO, Rodolfo de Camargo . **Interesses difusos**. pp. 53-54.

para servir a essa realidade ou se seria necessário recorrer à concepção de interesses legítimos ou alguma coisa do gênero.

Para uma parte da doutrina, a distinção entre interesses coletivos e direitos coletivos é irrelevante. Primeiro porque uns e outros são ontologicamente iguais, haja vista que os direitos coletivos nada mais são do que interesses especiais em razão da proteção jurídica que recebem. Segundo porque, malgrado existam interesses que ainda carecem de uma proteção expressa do ordenamento de direito material, a partir do momento em que passam a ter proteção judicial, pode-se dizer que eles são juridicamente tutelados. Neste último caso, se tanto os interesses quanto os direitos podem recorrer ao judiciário para obter tutela jurisdicional, não faz sentido perquirir a que título se dá essa proteção, pois o que importa é que ela exista. Nesse sentido, Kazuo Watanabe, ao explicar o art. 81 do CDC, que garante a defesa de “interesses e direitos”, afirma que ambos os termos foram utilizados como “sinônimos”, pois, “a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo *status* de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles”³².

Ricardo de Barros Leonel, após negar a utilidade de se fazer tal distinção, alega que somente faria sentido fazê-la nos países que adotam o contencioso administrativo. É que, em tais lugares, conforme se esteja diante de um direito subjetivo ou de um interesse legítimo, o órgão responsável pelo julgamento será diferente. “É o que ocorre, *v.g.*, na Itália, em que os direitos subjetivos são postulados perante a justiça ordinária ou contencioso civil, enquanto os interesses jurídicos ou legítimos [...] são postulados perante a justiça administrativa, ou contencioso administrativo”³³, afirma o autor.

Os autores que seguem essa linha, justamente por entenderem irrelevante recorrer à categoria dos interesses legítimos, acabam usando invariavelmente a expressão “direitos coletivos” em vez de “interesses coletivos”. Falam, dessa forma, em *direitos* difusos, *direitos* coletivos em sentido estrito e em *direitos* individuais homogêneos. Segundo eles, não haveria a necessidade de recorrer a ideia de interesses porque a concepção de direito subjetivo, típica de um processo individual, poderia muito bem ser adaptada para o processo coletivo.

32 WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. p. 718.

33 LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. p. 77.

Vale apontar, no entanto, que é muito comum se atribuir a titularidade desses direitos coletivos aos sujeitos componente das coletividades. Exemplificando, Ricardo de Barros Leonel, ao tratar dos direitos difusos, afirma que sua “titularidade é de *peessoas indeterminadas e indetermináveis*, que não podem ser identificadas”³⁴.

Antônio Gidi entende que se trata, com efeito, de verdadeiros direitos subjetivos, mas com a diferença de que seriam “não pertencentes a uma pessoa física ou jurídica, mas a uma comunidade amorfa, fluida e flexível, com identidade social, porém sem personalidade jurídica”³⁵. Seriam, portanto, direitos cuja titulação se daria por entes coletivos que não chegariam a formar, no sentido estrito do termo, um sujeito, quebrando-se, nesse ponto, o esquema tradicional segundo o qual somente as pessoas (sujeitos de direito) poderiam ser titulares de direito. Afirma categoricamente o aludido professor que existe, com efeito, único titular: “uma comunidade nos casos dos direitos difusos, uma coletividade no caso dos interesses coletivos ou um conjunto de vítimas indivisivelmente considerado no caso dos direitos individuais homogêneos”³⁶.

Analisada neste tópico a linha doutrinária que se inclina para a ideia de direitos subjetivos coletivos, ignorando a distinção entre interesses e direitos, cumpre agora, no próximo tópico, verificar a outra vertente, simpatizante da ideia de interesses.

2.1.3 Interesses coletivos e a aproximação com os interesses legítimos

Tendo em mente a constatação de que nem todos os interesses possuem proteção jurídica do sistema legal, alguns autores preferem não falar em *direitos subjetivos coletivos*, mas antes em *interesses coletivos*. O autor que melhor aborda o tema, cujo pensamento será a base deste tópico, é Rodolfo Camargo Mancuso. Este professor trabalha com um escalonamento de interesses, adotando como critério de graduação *o grau de proteção jurídica dispensado pelo Estado ao interesse*. Assim, têm-se, de um lado, interesses que possuem uma proteção jurídica mínima do Estado (os *interesses simples*) e outros que possuem proteção máxima (os *direitos subjetivos*), bem como existem aqueles que estão a

34 LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. p. 91.

35 GIDI, Antônio. **A coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. p. 26.

36 GIDI, Antônio, *op. cit.*, p. 23.

meio caminho da proteção mínima e máxima (os *interesses legítimos* e os *interesses coletivos*)³⁷.

Os interesses simples se referem àqueles que não possuem relevância social. Caracterizam-se “pela circunstância de se reportarem a anseios, aspirações, desejos, cuja realização não é incentivada, nem tampouco protegida ou mesmo defendida pelo Estado”³⁸. Os direitos subjetivos, por sua vez, dizem respeito àqueles interesses que, por terem atingido certo grau de relevância, passaram a chamar a atenção do Estado, que tratou de lhes outorgar proteção jurídica nas normas de direito material. Entre esses dois extremos, estão os interesses legítimos, que correspondem aos interesses que, conquanto não tenham uma proteção jurídica direta pelo sistema normativo, são por ele protegidos de maneira reflexa ou indireta. Neste último caso, relativo aos interesses legítimos, afirma Mancuso que “a norma não visa *exatamente* tutelar a situação individual, mas pode ocorrer que o sujeito esteja de tal forma situado no raio de abrangência dessa norma que passa a merecer uma certa proteção *diferenciada*, em comparação dos demais”³⁹.

Diante da tripartição em interesses simples, interesses legítimos e direitos subjetivos, pode-se dizer que os interesses coletivos, sobretudo os difusos, estariam mais próximos dos interesses legítimos. Não seriam interesses simples porque gozam de certa proteção do Estado. Não chegariam, no entanto, a formar direitos subjetivos porque tal proteção não se opera no plano das normas de direito material. Estariam, portanto no meio do caminho entre um e outro, como ocorre nos interesses legítimos⁴⁰.

2.1.4 Classificação dos interesses e direitos coletivos

A principal classificação dos interesses e direitos coletivos é aquela adotada pelo CDC (art. 81, parágrafo único), que os divide, como já visto em passagens esparsas deste trabalho, em interesses e direitos *difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos*.

37 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**. pp. 75-81.

38 MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, p. 75.

39 O professor ainda cita um interessante exemplo, que merece ser transcrito: a norma jurídica que protege os mananciais de água potável é direcionada à *generalidade* da população, uma vez que intenta preservar a qualidade de vida; todavia, acaba conferindo uma proteção *especial* àquela parcela da população que habita nas proximidades desses mananciais; e que, desse fato, tem mais interesse do que terceiros em que tais mananciais sejam preservados. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, p. 77).

40 MANCUSO. Rodolfo Camargo, *op. cit.*, p. 79.

Quanto aos critérios para definir no caso concreto de que espécie de direito coletivo se está tratando, Gidi segue mais ou menos a linha da doutrina pátria e define basicamente três critérios para distingui-los: o da titularidade do direito material, o da divisibilidade deste e o da origem⁴¹.

Para distinguir os direitos coletivos *lato senso*, é interessante verificar quais são as características de cada um segundo os critérios propostos, pois entre eles há pontos de contato e de distanciamento. Nessa diretriz, comparando, primeiramente, os direitos difusos e coletivos [em sentido estrito], pode-se afirmar que ambos têm a marca comum da indivisibilidade, pois não é possível dividi-los, ainda que em cotas ideais, de modo que a lesão ao direito corresponde à lesão de toda a coletividade⁴². Distinguem-se, contudo, quanto aos critérios da titularidade e da origem da lesão. No tocante à titularidade, fala-se, nos casos de direitos difusos, de comunidade com sujeitos indeterminados, e, nos casos de direitos coletivos em sentido estrito, em grupo ou categoria determinados ou pelo menos determináveis. Quanto à origem da lesão, diz-se que, nos direitos difusos, os integrantes são ligados entre si por circunstâncias de fato, ao passo que, nos direitos coletivos, por uma relação jurídica básica, relação essa, no entanto, que pode inexistir entre os membros, desde que exista em relação a uma parte dita contrária⁴³.

Colocando agora lado a lado os direitos difusos e direitos individuais homogêneos, pode-se afirmar que ambos têm a mesma origem, na medida em que os membros do grupo estão ligados entre si por conta de circunstâncias fáticas (por exemplo, o derramamento no mar costeiro). São conceitos, no entanto, que se afastam quanto ao critério da divisibilidade, porquanto, como já visto, os direitos difusos são indivisíveis, ao passo que os individuais homogêneos, como o próprio nome sugere, podem ser divididos e individualizados de acordo com a lesão sofrida por cada sujeito. Distanciam-se, demais disso, quanto à titularidade, pois, enquanto a o titular de um direito difuso é uma comunidade de sujeitos indeterminados, nos casos de direitos individuais homogêneos é o conjunto de pessoas determinadas, a saber, aquelas que experimentaram a lesão.

Por último, comparando os individuais homogêneos com os coletivos, tem-se em comum entre ambos a determinabilidade dos integrantes do sujeito coletivo. A distinção se

41 GIDI, Antônio. **A coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. p. 22.

42 GIDI, Antônio, *op. cit.*, p. 27.

43 LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 70-71.

centra principalmente quanto à origem, haja vista que naqueles os membros são ligados entre si por circunstâncias fáticas, ao passo que nestes por circunstâncias jurídicas (existência de relação jurídica). Também se distinguem quanto à divisibilidade, uma vez que, como já visto, aqueles são divisíveis; enquanto estes, indivisíveis.

Ponto importante para a perfeita compreensão dessa classificação consiste em perceber que de apenas um fato podem emergir, a um só tempo, interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. Nesse sentido, Hugo Mazzilli alerta ser possível que de “uma única combinação de fatos, sob uma única relação jurídica, venha a provocar o surgimento de interesses transindividuais de mais de uma categoria”. Assim, tomando por exemplo um contrato de consórcio em que a empresa administradora aumente abusivamente o valor das prestações, surgem aí danos de pelo menos duas naturezas: danos aos direitos coletivos no que toca à ilegalidade das cláusulas que estabelecem o aumento, e danos aos direitos individuais homogêneos no que toca à restituição dos valores pagos a mais⁴⁴.

Antônio Gidi, ao fazer a constatação de que de um mesmo fato podem surgir diferentes direitos metaindividuais, afirma que é impossível falar abstratamente que determinada hipótese fática se enquadra numa das três categorias apresentadas, dependendo tal juízo da análise, no caso concreto, de qual direito subjetivo foi violado⁴⁵. Parece caminhar nesse sentido o entendimento do professor Kazuo Watanabe, para quem a definição de qual direito metaindividual se está a referir depende da análise da causa de pedir e do pedido veiculados na ação judicial⁴⁶.

2.2 Legitimação nas ações coletivas: necessária dissociação entre titularidade e legitimidade

No processo civil individual, a legitimidade, ativa ou passiva, apresenta-se como uma das condições da ação, ao lado da possibilidade jurídica do pedido e do interesse de agir. Corresponde a um pressuposto cuja análise antecede, e pode inclusive impedir, o julgamento do mérito da questão levada ao juízo. É necessário, pois, que aquela parte que demanda em

44 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. p. 54.

45 GIDI, Antônio. *Coisa Julgada e litispendência em ações coletivas*. p. 21.

46 WATANABE, Kazuo. *Demandas Coletivas e os problemas emergentes da práxis forense*. pp. 18-19.

um processo judicial tenha legitimidade para fazê-lo, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito por carência de ação, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Para se aferir a legitimidade ativa, verifica-se a *pertinência subjetiva da ação*, que consiste na averiguação da correspondência entre o sujeito ativo da relação jurídica processual e o detentor de uma vantagem na relação jurídica material. Do mesmo modo, para se fixar a legitimidade passiva, investiga-se se há coincidência entre a situação de réu e a posição de desvantagem no direito material invocado. De fato, para cada processo, o direito afirmado em juízo proporciona um esquema abstrato criado pela lei no qual existem situações subjetivas legitimantes. Assim, o contraditório é formado em juízo com base nessas situações legitimantes, de modo que a posição de autor e réu corresponde às situações legitimantes ativa e passiva, respectivamente⁴⁷.

Tanto é necessária essa correspondência que o Código de Processo Civil fixou que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei” (art. 6º, CPC). A par dessa realidade, é possível afirmar que, no sistema processual individual, a questão da legitimidade ativa coincide, regra geral, com a titularidade do direito subjetivo deduzido em juízo. Admite-se, no entanto, que excepcionalmente o não titular do direito possa provocar o judiciário.

A partir dessa premissa, emerge a consagrada classificação da legitimidade em ordinária, extraordinária e autônoma. Diz-se ordinária quando o próprio sujeito lesado ou ameaçado em seu direito procura o judiciário; extraordinária quando a postulação ocorre por sujeito estranho à relação jurídica material; e autônoma quando há expressa previsão legal (numa espécie de legitimação objetiva) para que um sujeito estranho à relação material possa conduzir o processo⁴⁸. Vale a pena aqui precisar a distinção entre a legitimação extraordinária e a legitimação autônoma: a primeira pressupõe a existência de um legitimado ordinário, ao passo que a segunda, por decorrer diretamente da lei, não leva em conta as situações subjetivas legitimantes do direito discutido. Para explicar a questão da legitimação no processo coletivo, trasladou-se o instituto da legitimidade do processo civil individual, buscando adaptá-lo às peculiaridades da demanda coletiva.

47 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária**. Revista dos Tribunais, ano 58, v.404, p.09, jun/1969.

48 DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo. 4º Ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2009, p. 189.

No campo das demandas coletivas, aqueles que entendem que a legitimidade ativa seria ordinária o fazem ao fundamento de que os corpos intermediários da sociedade são constituídos com *o fim específico* de proteger determinados interesses caros à coletividade, de modo que, em razão dessa criação finalística, os interesses veiculados em juízo por esses entes seriam não somente da sociedade, mas deles próprios. Por conseguinte, dando-se interpretação elastecida ao art. 6º do CPC, chega-se à conclusão de que, por estarem defendendo os próprios interesses⁴⁹, tais corpos intermédios teriam legitimidade ordinária. Filiando-se tendência, Ada Pellegrine Grinover faz a ressalva de que é necessário verificar, no caso concreto, se a entidade está agindo na defesa de seus fins institucionais ou se age em nome de algum dos seus membros: no primeiro caso, a seu ver, haveria legitimação ordinária; no segundo, extraordinária por substituição processual. Esclarecendo essa visão, ela explica que, quando um partido ingressa com uma ação que verse sobre direitos eleitorais, por ser matéria pertinente aos seus fins institucionais, ele está revestido de legitimação ordinária, diferentemente se tivesse aviado uma ação para proteção do meio ambiente, caso em que a legitimação seria extraordinária⁵⁰.

A segunda corrente entende que a legitimidade ativa nas demandas coletivas seria extraordinária, por conta da substituição processual. A premissa por detrás desse raciocínio é a de que a coletividade seria a titular do interesse ou direito coletivo e não o legitimado propriamente, de modo que este, ao demandar em juízo, estaria agindo em nome próprio para defender direito alheio. Cuida-se de posição prevalecente tanto na doutrina e quanto na jurisprudência. Hugo Nigro Mazzilli, defendendo a tese da legitimação extraordinária, afirma que “os legitimados ativos, ainda que ajam de forma autônoma e possam também defender interesses próprios, na verdade estão a buscar em juízo mais que a só proteção de interesses próprios”⁵¹.

A terceira vertente entende que a legitimação nas ações coletivas não deve ser extraída da relação jurídica material deduzida em juízo, mas sim objetivamente, através da norma atributiva de legitimidade. Em outras palavras, é desimportante o interesse ou direito subjetivo afirmado em juízo, pois serão considerados legitimados aqueles que tiverem sido escolhidos pelo legislador como portadores adequados dos interesses da coletividade. Hermes Zaneti Junior explica, com propriedade, que o fenômeno da legitimação autônoma é

49 DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo. p. 191.

50 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Mandado de Segurança Coletivo**: Legitimação, Objeto e Coisa Julgada. Revista de Processo: Repositório de Jurisprudência autorizado pelo Superior Tribunal de Justiça. N. 11, p. 77-78.

51 MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. p. 58.

originário na doutrina do “direito de conduzir o processo”, que “funda suas raízes na autorização, pelo direito objetivo, à condução do processo por um terceiro que não tenha relação direta que consubstancie necessariamente um interesse jurídico”⁵².

A primeira e a segunda correntes, ao tentarem transplantar o instituto da legitimação do processo individual para os processos coletivos, mostram-se ainda muito ligadas ao conceito clássico de direito subjetivo, pois a legitimação é buscada a partir da indagação de quem é o titular ativo da relação jurídica material deduzida em juízo. Se houver coincidência entre o titular e o legitimado, será o caso de legitimação ordinária; do contrário, será legitimação extraordinária.

O problema é que a dicotomia legitimação ordinária-extraordinária, por pressupor a ideia de direito subjetivo, não se presta para explicar com precisão o fenômeno da legitimação nas ações coletivas. A uma, porque nem todos os interesses coletivos possuem expressa previsão do sistema legal, não tendo, portanto, o *status* de direito. A duas, porque, ainda que se possa falar em direito, quando já houver tal previsão legal, parece inconcebível compreender a sua titulação em “sujeitos coletivos”, haja vista que, consoante o paradigma clássico, somente pessoas podem ser titulares de direito.

Em face da dificuldade de se trabalhar com a noção de direito subjetivo nas ações coletivas, e em que pese o entendimento prevalecente de que a legitimação nesses casos seria extraordinária, ganha força o entendimento de que o legislador, ao arrolar taxativamente os legitimados em lei, teria adotado a tese da legitimação autônoma. A aferição da legitimidade, conseqüentemente, não seria feita subjetivamente, por meio de perquirição acerca da relação jurídica material deduzida no processo, mas sim objetivamente, por simples certificação da presença do portador no rol de legitimados definidos aprioristicamente pelo legislador. Pertinente, pois, a observação de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, ao afirmarem que, “quando a lei legitima alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito”⁵³.

52 ZANETI JR, Hermes. **A legitimação conglobante nas ações coletivas**: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico. Revista *Videre*, Dourados/MS, ano 2, n. 03, p. 108, jan/jun.2010. Disponível em: http://www.periodicos.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/viewFile/884/pdf_26. Acessado em: 19/06/2012.

53 NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 4ª Ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 1866.

A tese da legitimação autônoma, de fato, é bastante cômoda diante das dificuldades de se trabalhar com ideia de titulação para definir a legitimidade. Porém traz o inconveniente de encarar de maneira acrítica as escolhas feitas pelo legislador quando este seleciona alguns legitimados como portadores adequados e exclui outros. E este ponto é importante para o tema deste trabalho, quando se tem em vista que o indivíduo foi excluído do rol legal de legitimados para propor uma das mais importantes ações coletivas, a ação civil pública.

As escolhas do legislador costumam ser tratadas como mera questão de política legislativa⁵⁴. Nessa perspectiva, escolhidos os legitimados na atividade legiferante, eles teriam a seu favor a presunção de serem portadores adequados dos interesses socialmente relevantes. Caberia ao juiz, a partir disso, apenas verificar o catálogo de legitimados. Essa solução, no entanto, pode ser problematizada basicamente por dois fundamentos: primeiro, o simples fato de existir previsão legal não faz deles *efetivamente* representantes adequados; e, segundo, é possível que haja representantes adequados fora da lista legal, como pode ocorrer, no caso concreto, com alguns indivíduos.

Hermes Zaneti Junior, posicionando-se sobre a controvérsia jurídica, entende que a melhor solução, para as ações coletivas, é a legitimação extraordinária por substituição processual. No entanto, defende que deve ser dada uma interpretação extensiva à expressão “lei” contida no art. 6º do CPC, para entendê-la como “sistema normativo” ou “ordenamento jurídico”. Dessa forma, a substituição processual poderia ocorrer sempre que o ordenamento jurídico por meio de um ato normativo (um decreto, por exemplo) estimulasse ou impusesse a atuação de um sujeito para a proteção de um interesse ou direito coletivo. Para se referir a essa situação, o mencionado autor, espelhando-se na teoria da tipicidade conglobante do direito penal, fala em *legitimação conglobante*⁵⁵.

A proposta de Zaneti é bastante interessante, na medida em que oferece uma nova leitura à necessidade de lei para que haja legitimação extraordinária, recorrendo à noção de ordenamento jurídico. Porém, ao remeter a ideia de substituição processual, que pressupõe um substituído titular de um direito material, ele acaba se vinculando aos paradigmas clássicos do direito processual civil individual. Melhor seria se ele tivesse falado em *legitimação autônoma conglobante*, apresentando uma solução desvinculada da ideia de direito subjetivo

54 Camilo Zufelato, em tese de doutoramento que culminou na publicação do seu livro coisa julgada coletiva, afirma que “a forma como o ordenamento jurídico atribuirá aos legitimados o poder de estar em juízo é tema de política legislativa.” (ZUFELATO, Camilo. **Coisa Julgada Coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 76).

55 ZANETI JR, Hermes. **A legitimação conglobante nas ações coletivas**. p. 105.

e, ao mesmo tempo, mitigando a rigidez da legitimação autônoma, para reconhecer a legitimidade sempre que o ordenamento jurídico permitisse inferi-la.

A legitimação autônoma conglobante representaria uma abertura do sistema, podendo contemplar, *de lege lata*, até mesmo a legitimação individual nas ações coletivas. A título de exemplo, pode-se imaginar uma situação em que o indivíduo proponha uma ação coletiva visando a garantir a preferência de atendimento de idosos em estabelecimentos bancários. Neste caso, malgrado não haja previsão legal expressa, permitindo a legitimação do indivíduo tanto no CDC quanto na LACP, pode-se depreender a sua legitimação do próprio ordenamento jurídico, haja vista que o Estatuto do Idoso, ao asseverar que é “dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso” (art. 3º, §1º, L. 10.471/03), fomenta a iniciativa do impetrante de entrar com a ação judicial para a proteção de tais direitos.

O mesmo raciocínio se aplica ao caso citado no primeiro capítulo, em que um deficiente físico aviou uma ação pedindo a construção de rampas de acesso às estações do metrô no Estado do Rio de Janeiro. A legitimação para esta ação, de natureza eminentemente coletiva, poderia ser justificada a partir do ordenamento jurídico que fomenta iniciativas de proteção aos direitos dos deficientes físicos, sobretudo a partir do decreto presidencial 6949/09, que mandou aplicar inteiramente a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com deficiência, que traz, dentre outros, o princípio da acessibilidade⁵⁶.

Por fim, vale constar que tal abertura, no entanto, deve ser seguida de um maior controle judicial da representatividade adequada do portador judicial. Nesse sentido, Zaneti afirma que o “tema da legitimação adequada para ajuizar as demandas coletivas evoluiu, ou tende a evoluir, da determinação legal, *ope legis*, para a possibilidade de controle judicial, *ope judicis*”.⁵⁷ Atribuiu-se, portanto, maior importância ao magistrado no controle da legitimidade.

56 BRASIL. DECRETO PRESIDENCIAL 6949/09. **Promulga a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo facultativo**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acessado em: 20/05/2012.

57 ZANETI JR, Hermes. **A legitimação conglobante nas ações coletivas**. p. 108.

3 O INTERESSE COMO BASE PARA A TEORIA DAS AÇÕES COLETIVAS

Existem dois grandes sistemas de aferição de legitimidade: o *ope legis* e o *ope judicis*. O primeiro, adotado no Brasil como regra, remete a atribuição de determinar a legitimidade ao legislador, que descreve na lei quais são os legitimados. O segundo, adotado nas *class actions* norte-americanas, remete tal atribuição ao juiz da causa. Naquele modelo, a legitimação é definida de modo *a priori*; neste, *a posteriori*.

A diferença prática entre os sistemas é que, pelo sistema legal, os legitimados previstos em lei são presumidamente representantes adequados de toda a coletividade, ao passo que, pelo sistema judicial, a questão da representatividade adequada é aferida caso a caso pelo magistrado. Neste último caso, o magistrado deverá aferir, grosso modo, a credibilidade, possibilidade e seriedade daquele que se apresenta como representante do grupo ou classe.

O Brasil adotou o sistema legal de legitimação. Com efeito, o art. 82 do Código de Defesa do Consumidor (L. 8078/90), atribui legitimidade, para a defesa dos interesses e direitos nele previstos, ao Ministério Público, às entidades políticas da federação, às entidades e órgãos da administração Pública e, por fim, às associações pré-constituídas há pelo menos um ano e que tenham por finalidade específica a defesa do consumidor. Nesse mesmo passo, o art. 5º da lei de Ação Civil Pública (L7.345/85) atribuiu legitimidade ao Ministério Público, à Defensoria Pública, às entidades políticas da federação, às entidades da administração pública indireta, e às associações que atendam determinados requisitos. Por fim, a lei de Ação Popular (L 4.717/65) concebe a legitimidade a qualquer cidadão.

Como se percebe, a legislação somente permite que o indivíduo possa manejar, no tocante aos instrumentos de tutela coletiva, a ação popular, e ainda assim para casos restritos previsto no diploma normativo de regência. Com efeito, tanto a LACP e o CDC não concederam legitimidade ao indivíduo para a propositura de ação civil pública e ação coletiva⁵⁸. Diante dessa realidade, o questionamento que surge é o porquê o indivíduo não foi contemplado como legítima ativo para essas ações. Não seria ele um representante adequado para comparecer em juízo na defesa dos interesses do grupo? Para responder essa pergunta de

58 É recorrente na doutrina o entendimento de que a ação coletiva do Código de Defesa do Consumidor nada mais é do que a ação civil pública.

forma técnica (sem justificar as escolhas a partir do *decisionismo* do legislador), é preciso recorrer às bases teóricas do fenômeno da representação coletiva.

3.1 A necessidade de revalorização da teoria do interesse

Quando se fala em teoria da representação coletiva, o que se busca é dar justificativas ao fato de um terceiro poder comparecer ao judiciário em nome dos demais integrantes do grupo. Busca-se, pois, definir quem são aqueles que possuem *representatividade* suficiente para comparecer em juízo como portador dos interesses do grupo. Importa, no entanto, sublinhar que a *representatividade* não se confunde com a *representação adequada*: a primeira é aferida em abstrato, ao passo que a segunda, em um caso concreto. Com efeito, um legitimado pode ter, pela lei, representatividade para ser portador judicial dos interesses da classe, mas, em face de um determinado caso concreto, pode mostrar-se como representante inadequado⁵⁹.

Em reação à perspectiva eminentemente individualista do liberalismo, surgiram alternativas para explicar a representação em juízo do grupo por um portador judicial que defendesse os seus interesses. Dentre outras teorias, destacam-se a teoria da hipossuficiência, a do consentimento, a do interesse e a objetivista ou institucional⁶⁰.

A primeira teoria (a da hipossuficiência) parte do pressuposto de que os integrantes do grupo representado seriam vulneráveis diante de uma situação de direito material específica, de modo que cada indivíduo teria dificuldades de agir isoladamente contra agressão ao seu interesse. A solução, por consequência, para contornar essa situação de debilidade, consistiria em fixar um representante com melhores condições de “combate” e remeter a controvérsia ao plano da discussão coletiva⁶¹. O legitimado atuaria, dessa forma, como uma espécie de protetor dos hipossuficientes.

A segunda teoria (a do consentimento) pressupõe a autorização dada pelos representados para que o representante atue em nome deles. Esse consentimento pode ser

59 A distinção entre representatividade e representação adequada visa a afastar a falsa premissa, por longo tempo preponderante, de que o legitimado previsto em lei seria ipso facto um representante adequado.

60 LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998, pp. 55-88).

61 LEAL, Márcio Flávio Mafra, *op. cit.*, p.58.

expresso ou tácito. Normalmente os integrantes do grupo são instados a manifestarem-se sobre a representação, oportunidade em que lhes é facultado se retirarem (*opt-out*) para não sofrerem os efeitos da eventual decisão judicial⁶². Normalmente a inércia, diante da provocação, é considerada como um consentimento implícito.

A terceira teoria (a do interesse) concebe que, em razão da coincidência entre o interesse do representante e o interesse dos representados, o consentimento destes seria dispensável na representação. Parte-se aqui da presunção de que o representante não iria negligenciar a defesa de seu próprio interesse e, conseqüentemente, não iria negligenciar os interesses dos representados.

A quarta teoria (a objetivista ou institucional) apresenta-se quando o Estado nomeia legalmente entidades ligadas ao poder público para que possam representar o grupo. Diz-se objetivista porque o foco da discussão pelo representante, quando em sua atuação em juízo, não se concentrará em direitos subjetivos dos representados, mas antes na violação objetiva da norma⁶³. Diz-se, de outra parte, institucional porque os legitimados são instituições ligadas ao próprio Estado⁶⁴.

Antes de avançar na discussão, é necessário ter presente que uma ou mais teorias podem concorrer para justificar a representatividade do autor ideológico. Assim ocorre nas *class action for damages*, nas quais se aplicam, concomitantemente, a teoria do consentimento, impondo-se ao postulante a necessidade de notificar os demais integrantes do grupo para que estes venham se manifestar e eventualmente exercer o direito de retirada (*opt-out*), e a teoria do interesse, exigindo-se que o autor demonstre ter uma “questão comum” com esses mesmos integrantes do grupo.

Tendo em conta essa possibilidade de concorrência, pode-se afirmar, de outra parte, que, no sistema de tutela coletiva do Brasil, as teorias do consentimento, da hipossuficiência e do interesse seriam adequadas para justificar a representação nos caso de interesses individuais homogêneos⁶⁵. E, em contrapartida, a teoria objetivista ou institucional seria adequada para os interesses difusos e coletivos.

62 LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**. pp. 60-63.

63 Semelhantemente ao que ocorre com as ações constitucionais no controle abstrato de normas perante o Supremo Tribunal Federal.

64 LEAL, Márcio Flávio Mafra, *op. cit.*, pp. 70-71.

65 LEAL, Márcio Flávio Mafra, *op. cit.*, pp. 57-59.

No tocante à teoria do consentimento, pode-se dizer que ela foi adotada no art. 104 do CDC, o qual prevê que, em casos de haver uma ação coletiva e uma individual concomitantes, a imutabilidade dos efeitos do comando judicial (coisa julgada) da decisão proferida na primeira ação somente beneficiará o autor da segunda, quando este, tomando ciência nos autos, requerer a suspensão da ação individual no prazo de 30 dias. Diferentemente do que ocorre nas *class action*, em que o consentimento dos integrantes do grupo é dado antes de iniciado o processo, o consentimento nas ações coletivas por aqui é feito quando este já está em andamento.

A teoria da hipossuficiência, por seu turno, é bastante conveniente para aqueles que desejam manter o *status a quo*, porquanto têm o condão de justificar o atual sistema de legitimação adotado no Brasil. No caso da teoria da hipossuficiência, o pressuposto de que o indivíduo (vg., o consumidor) seria incapaz de defender os seus próprios interesses, ou mesmo o do grupo do qual faz parte, abre caminho para a sua exclusão do rol de legitimados para propor uma ação civil pública em que se busca a proteção dos direitos individuais homogêneos, e abre veredas para legitimação de tutores, como o Ministério Público.

O mesmo preconceito com o indivíduo está presente na teoria objetiva ou institucional. Engendrada na perspectiva do Estado Social, referida teoria tem relação com a imposição de deveres prestacionais ao Estado, o qual, para cumprir essa missão, estabelece instituições encarregadas de zelar pelos interesses da sociedade. O cuidado por esses interesses, portanto, está nas mãos de entes estatais. Mesmo naqueles casos em que se admite a legitimidade entes privados – do indivíduo na ação popular e das associações nas ações civis públicas – isso é feito por mera *delegação* do poder público⁶⁶.

Essas duas últimas teorias têm em comum, por conseguinte, o fato de que ambas concebem o indivíduo como um vulnerável que precisa, para fazer valer os seus interesses, de uma proteção estatal. E isso, em certa medida, é uma verdade. O poder econômico, nas sociedades globalizadas, tem mostrado a sua força, promovendo, não raras vezes, lesões em massa dos mais variados interesses. Para equilibrar as forças, o legislador, então, fixa instituições públicas (Ministério Público, Procon etc) para defesa desses interesses, mesmo naqueles casos em que a marca da individualidade seja mais saliente, como ocorre nos interesses individuais homogêneos.

66 LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**. p.76.

O problema é que essa presunção de que o indivíduo é vulnerável nem sempre se apresenta como uma premissa verdadeira. Há casos em que uma pessoa física pode se mostrar mais apta para a defesa de um interesse coletivo do que o Ministério Público. Basta pensar na hipótese de um engenheiro florestal que deseje valer-se de uma ação civil pública para impedir o desmatamento em determinada região do país – é provável que, em função dos seus conhecimentos técnicos, ele esteja mais preparado que um membro do *parquet*, cuja formação, de regra, é apenas jurídica. Aliás, é cada vez mais recorrente o entendimento de que mesmo os legitimados legais devem demonstrar, no caso concreto, a sua representatividade adequada⁶⁷.

O professor José Augusto Garcia de Sousa, da UERJ, oferece interessante leitura da teoria objetivista ou institucional. Para ele, a referida teoria teria surgido como uma consequência da evolução das ideias de pluralismo e solidariedade, típicas do Estado Social, e teria como principal pressuposto a objetivização do processo, que consiste na mudança de foco do sujeito para o objeto processual. Desse modo, não seria “tão importante a identidade subjetiva do autor – ou mesmo a sua vontade -, mas sim o objeto da demanda, ‘conduzido’ por uma parte dita ‘ideológica’”⁶⁸. Ou, de maneira mais enfática: “não interessa tanto *quem* pede, mas sim o que se pede”⁶⁹.

A ideia que o professor quer transmitir é a de que, em se tratando de uma demanda cuja relevância social é patente, não faz sentido querer impedir a apreciação do mérito com fundamento na falta de legitimidade de seu portador. Não importa quem leve a questão para o judiciário, desde que o faça de maneira séria e competente. O importante é que o bem jurídico, caro para a sociedade, seja protegido. “Corre-se atrás de resultados úteis para a coletividade, não importando a origem da iniciativa”, aponta o autor⁷⁰.

Para exemplificar a necessidade de preponderância do objeto sobre o sujeito, é interessante trazer à baila a paradigmática discussão sobre legitimidade ocorrida na Suprema

67 Nesse sentido, Flávia Hellmeister Clito Fornaciari, em dissertação de doutoramento, afirma que: “mesmo diante da lei posta, o entendimento de que a norma teria sido exauriente ao definir quem seriam os legitimados nas ações coletivas, sendo bastante para sua averiguação o simples exame do texto legal, não se mostra de rigor. Com base nesse entendimento, ficaria alijado dos poderes do magistrado o controle, no caso concreto da representatividade adequada” (FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **Representatividade Adequada nos Processos Coletivos**. p. 73).

68 SOUSA, José Augusto Garcia (coord). **A Nova Lei 11.448/07, os Escopos Extrajurídicos do Processo e a Velha Legitimidade da Defensoria Pública para Ações Coletivas**. In: A defensoria Pública e os Processos Coletivos. 2 Ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 214.

69 SOUSA, José Augusto Garcia, *op. cit.*, p. 215.

70 SOUSA, José Augusto Garcia, *op. cit.*, p. 225.

Corte dos Estados Unidos quando do julgamento do caso *Sierra Club v. Morton*⁷¹. No caso, o Sierra Club⁷², uma espécie de organização não governamental com o objetivo de conservação e manutenção de parques e florestas daquele país, recorreu ao judiciário local contra os servidores do governo para impedir a construção de um grande complexo de hotéis, restaurantes, pistas de esqui, estacionamentos etc, que seria construído em um tradicional vale de recreação chamado Mineral King.

O fato ensejador de toda a discussão surgiu da decisão do Serviço Florestal – espécie de órgão governamental responsável pela administração do Mineral King – de destinar o local para que a iniciativa privada promovesse o seu desenvolvimento, construindo um *resort* para esquiadores. Publicado o edital de convocação dos investidores, foram apresentadas por empresas de construção 6 propostas, dentre as quais a vencedora foi a oferecida pela Walt Disney. O projeto apresentado pela Disney foi considerado arrojado e idealizado para receber aproximadamente 14.000 visitantes diariamente.

O problema é que o projeto, além da construção de uma superestrutura no vale, envolvia a construção de uma autoestrada e de uma rede de energia de alta tensão que passariam dentro do parque nacional de Sequoia, local de preservação ambiental.

O Sierra Club, então, manifestou-se contrariamente à iniciativa do Serviço Florestal de licitar o local para a construção do grande complexo de recreação, em razão dos evidentes danos ambientais que a obra provocaria. Tendo sido frustradas todas as tentativas no sentido de que as autoridades administrativas realizassem audiências públicas e abandonassem o projeto desenvolvimentista, não restou alternativa àquela entidade senão recorrer à corte distrital do norte do Estado da Califórnia (espécie de 1º instância judicial).

Na corte distrital, o Sierra Club conseguiu obter uma decisão liminar (“preliminary injunction”) contra a aprovação do projeto da Disney pelas autoridades oficiais. A decisão, no entanto, foi cassada na corte de Apelação ao fundamento de que aquela entidade não tinha

71 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Sierra Club v. Morton**, 405 U.S 727 (1972). Julgado em 19/05/1971. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=405&invol=727>. Acessado em: 19/06/2012.

72 Sobre a natureza do Sierra Club, vide: “Plaintiff Sierra Club is a non-profit corporation organized and operating under the laws of the State of California, with its principal place of business in San Francisco, California, since 1892. Membership of the club is approximately 78,000 nationally, with approximately 27,000 members residing in the San Francisco Bay area. For many years, the Sierra Club, by its activities and conduct, has exhibited a special interest in the conservation and the sound maintenance of the national parks, game refuges and forests of the country, regularly serving as a responsible representative of persons similarly interested” (Cf. *Sierra Club v. Morton*).

legitimidade para demandar (“standing to sue”) em favor do meio ambiente na medida em que não tinha experimentado nenhum prejuízo econômico com a obra.

A demanda subiu para a Suprema Corte dos Estados Unidos. A controvérsia jurídica em questão era se o Sierra Club, instituição reconhecidamente capacitada e séria para tratar de questões ambientais, teria legitimidade para demandar naqueles casos em que trouxesse em suas razões não uma demonstração de dano direto econômico, mas sim apenas um simples interesse de preservação do meio ambiente.

A Suprema Corte, àquela época, entendeu, por quatro votos a três, que o Sierra Club, conquanto fosse capacitado para proteção dos interesses ambientais em discussão, não tinha legitimidade para a demanda, uma vez que não lograra demonstrar um prejuízo direto decorrente da aprovação do projeto da Disney. Tanto assim que, durante o julgamento, chegou-se a aventar que, se o Sierra Club tivesse selecionado alguns de seus associados que costumavam frequentar o Mineral King antes das mudanças, o prejuízo teria sido demonstrado e, portanto, o reconhecimento da legitimidade seria imperioso. O grande receio da Corte foi de que, reconhecida a legitimidade naquele caso, abrir-se-ia um perigoso precedente para inúmeras outras organizações, sem um mínimo de preparo, comparecessem em juízo para demandar por causas ambientais alegando um mero interesse.

A despeito do resultado, o caso é importante pelas discussões que foram levantadas sobre a legitimidade. Embora todos reconhecessem a competência do Sierra Club e a importância da demanda, a Corte majoritariamente se prendeu à questão formal da legitimidade para impedir a apreciação do mérito da questão posta em juízo. Todo esse formalismo levou ao magistrado BLACKMUN, em seu voto de dissidência, a indagar se seria razoável ficar adstrito a conceitos tradicionais rígidos quando eles se mostrassem inadequados para solucionar as novas questões⁷³.

Talvez mais impactante e instigador, no entanto, tenha sido voto do magistrado DOUGLAS, que, ao dissentir do posicionamento vencedor, defendeu a legitimidade de objetos inanimados para comparecerem perante órgãos federais e cortes judiciais para

73 Insatisfeito com o andamento do julgamento no sentido do reconhecimento da ilegitimidade do Sierra Club, o magistrado BLACKMUN asseverou em seu voto: “But this is not ordinary, run-of-the-mill litigation. The case poses – If only we choose to acknowledge and reach them – significant aspects of a wide, growing, and disturbing problem, that is, the Nation’s and the world’s deteriorating environment with its resulting ecological disturbances. Must our law be so rigid and our procedural concepts so inflexible that we render ourselves helpless when the existing methods and the traditional concepts do not quite fit and do not prove to be entirely adequate for new issues? (Cf. Sierra Club v. Morton).

defenderem a sua autopreservação contra as ameaças de destruição da modernidade. Para tanto, os objetos se fariam representar por meio de porta-vozes com os quais tenham ligação. Assim, uma pessoa que frequentasse um determinado rio e, portanto, tivesse interesse em sua preservação, teria condições de falar em juízo em nome deste⁷⁴.

Conquanto pareça bastante radical o posicionamento do magistrado DOUGLAS, a sua concepção tem o condão expor às claras a necessidade de se mudar o foco do sujeito processual para o objeto sobre o qual recai a proteção judicial. Para ele quem comparece em juízo é a pedra, a árvore, o rio etc, de modo que quem fala em juízo é considerado como um mero porta-voz. Trata-se em última instância de uma verdadeira objetivização do processo.

Retomando o pensamento do professor José Augusto, o que ele quer defender, com a objetivização do processo e a correspondente flexibilização da legitimidade, é justamente impedir que se repita o que ocorreu no caso Sierra Club, em que, por conta de uma questão meramente formal (de legitimidade), deixou-se de apreciar uma lesão, ou pelo menos uma ameaça de lesão, ao meio ambiente do Vale de Mineral King.

É claro que no Brasil, ao menos no que toca às questões ambientais, já é fora de dúvida a desnecessidade de demonstração de um interesse direto para o aviamento de uma ação visando à proteção do meio ambiente. O indivíduo que deseja manejar uma ação popular visando a resguardar o patrimônio ambiental não necessita demonstrar nenhum prejuízo direto decorrente do ato lesivo, bastando alegar princípios ou regras de caráter objetivo. Pode-se dizer que houve, nesse ponto, uma objetivização do processo.

A objetivização foi, sem dúvida, uma grande conquista para a defesa dos interesses coletivos, sobretudo no que respeita aos interesses difusos. E a teoria objetivista ou institucional, nesse cenário, ainda ocupa um lugar de destaque. No entanto, parece que atualmente a controvérsia mudou de enfoque: se antes se discutia a possibilidade de se ter legitimidade para uma demanda coletiva, quando não houvesse um prejuízo direto; hoje, ao contrário, discute-se, pelo menos no Brasil, se aqueles que sofreram diretamente o dano (os indivíduos) têm legitimidade para propor uma ação coletiva.

74 Nesse sentido, asseverou o magistrado DOUGLAS: “The critical question of ‘standing’ would be simplified and also put neatly in focus if we fashioned a federal rule that allowed environmental issues to be litigated before federal agencies or federal courts in the name of the inanimate object about to be despoiled, defaced, or invaded by roads and bulldozers, and where injury is the subject of public outrage. Contemporary public concern for protecting nature’s ecological equilibrium should lead to the conferral of standing upon environmental objects to sue for their own preservation” (Cf. Sierra Club v. Morton).

E a referência aqui não é precisamente aos danos ambientais, porque nestas hipóteses aquele que experimentou um prejuízo direto pode recorrer tanto à proteção da tutela individual quanto à da tutela coletiva; neste caso, por meio de ação popular. A referência, ao revés, é, sobretudo, às situações de lesões perpetradas contra interesses individuais homogêneos, em que o maior interessado, aquele que sofreu diretamente a lesão, somente pode recorrer à via da tutela individual, porquanto às portas da tutela coletiva lhe estão fechadas.

Mas esse paradoxo não está limitado à seara dos interesses individuais homogêneos, mas se faz presente também nos casos dos interesses difusos e coletivos em sentido estrito. Nestes casos, também se admite a possibilidade de legitimação de instituições desprovidas de interesse direto (autarquias, Ministério Público, associações etc) e se retira, contraditoriamente, a legitimidade daqueles que fazem parte do grupo que experimentou a lesão (os indivíduos)⁷⁵.

Importa sublinhar, de passagem, que não é possível afirmar *genericamente* a existência de legitimidade ativa do indivíduo nas ações coletivas para a proteção de interesses difusos. Embora haja a previsão da ação popular, verifica-se que ela se destina à proteção de um rol limitado de interesses (patrimônio histórico, moralidade administrativa, meio ambiente etc) e somente pode ser aviada por apenas uma classe de legitimados (os cidadãos). Cenário problemático quando se verifica, respectivamente, que existem inúmeros direitos difusos para além daqueles previstos na legislação de regência da referida ação e que não existe uma distinção razoável para se explicar a exclusão do rol de legitimados de estrangeiros e daqueles que não têm um título de eleitor.

O que se quer demonstrar, com tudo isso, é que, na seara das ações coletivas, a teoria objetivista ou institucional foi um esforço teórico levado a cabo para justificar a legitimação

75 É de se notar que o interesse individual se mostra mais saliente nos casos de interesses individuais homogêneos, até porque nestes casos tais interesses são, na expressão cunhada por Barbosa Moreira, apenas acidentalmente coletivos. Todavia, não se pode olvidar que, mesmo nos casos de interesses difusos e coletivos em sentido estrito (essencialmente coletivos) existe a presença de um interesse próprio do indivíduo. Desta forma, quando um indivíduo avia uma ação popular para proteger o meio ambiente contra uma agressão, a sua iniciativa pode explicada em duas dimensões: de um lado, o indivíduo procura satisfazer uma necessidade pessoal e, de outro, uma necessidade da coletividade. Nesse caminho, é o pensamento de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes ao afirmar, relativamente ao indivíduo, que “estaria ele também defendendo um interesse próprio, embora comum ou coligado com o de outras pessoas integrantes de uma coletividade, grupo, classe ou categoria” (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (Coord). **O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos e a legitimidade da Defensoria Pública para as Ações Coletivas**. In: Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.51).

de entidades que não têm um *interesse direto* no resultado da tutela coletiva, de modo representou uma superação da teoria do interesse. No entanto, o que se vê hoje é um processo de radicalização: se outrora estava o subjetivismo a ditar as regras do jogo, exigindo sempre a demonstração de interesse; hoje, ao contrário, o objetivismo tomou tamanha dimensão a ponto de arrebataram dos próprios interessados a legitimidade. É, pois, necessário abandonar essa postura de polarização das posições e encontrar uma solução que corresponda ao meio termo.

A teoria do interesse ainda hoje é um importante instrumento para a compreensão do fenômeno da representação nas ações coletivas *e deve ser revalorizada*. O indivíduo que age numa demanda coletiva movido por seus interesses pessoais terá grande chance de êxito na representação dos interesses que sejam compartilhados com o seu grupo. Ao tratar das *class actions* norte americanas, Antônio Gidi explica bem essa realidade ao afirmar que a “confiança na atuação do representante é ainda mais sólida quando, *somente* protegendo os interesses de todos os membros do grupo, o indivíduo conseguir satisfazer os seus próprios interesses”⁷⁶.

Para se promover a conciliação entre a teoria institucional e a do interesse, duas soluções podem ser apontadas. A primeira, *de lege ferenda*, consiste no reconhecimento no sistema legal da legitimidade do maior interessado, o indivíduo. Com esta fórmula, o sistema objetivista, cuja maior expressão não é outra senão a possibilidade de elencar os legitimados a partir da lei, estaria garantido, e, ao mesmo tempo, os interessados teriam condições de fazer valer diretamente os seus interesses. A segunda solução, *de lege lata*, consiste em reconhecer, tendo em vista a ideia de legitimidade conglobante, a legitimidade do indivíduo sempre que o ordenamento jurídico, e não só o sistema legal, permitir ou recomendar tal reconhecimento.

Ambas as soluções representam uma abertura do sistema de legitimação e devem ser acompanhadas inexoravelmente de uma maior atuação do magistrado no controle da representatividade adequada, a fim de evitar o manejo de ações temerárias. Desse modo, o sistema *ope legis* vai cedendo lugar ao sistema *ope judicis*. Mesmo no caso de reconhecimento legal da legitimação individual, não se poderá falar *ipso facto* que o indivíduo é um portador adequado. Será, no máximo, detentor de uma condição de *representatividade*. A adequação de sua representação será feita no caso concreto pelo juiz, que avaliará as suas condições de capacidade, credibilidade, etc.

76 GIDI, Antônio. *A CLASS ACTION como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. p. 94.

3.2 Interessados como legitimados naturais

A reconstrução da teoria das ações coletivas com base na teoria do interesse implica reconhecer, como visto no tópico anterior, a legitimidade do indivíduo interessado para a propositura de ações coletivas. E o fundamento para a concessão de tal legitimidade não seria outro senão o fato de que ele possui um interesse direto na solução de uma lide coletiva.

Essa reformulação com base na teoria do interesse, a uma primeira vista, parece, no entanto, representar certo retorno à concepção marcadamente individualista do processo civil individual, onde o interesse, travestido de direito subjetivo, assume papel central no sistema. Pois, quando se diz no processo tradicional, que o legitimado ativo possui uma posição favorável em face de determinada situação legitimante de direito material, no fundo o que se quer dizer é que ele tem um interesse direto na resolução da lide. Tanto assim que é muito comum se afirmar que a legitimidade nada mais é do que a *pertinência subjetiva do interesse*.

Isso representaria certo retrocesso na medida em que uma das grandes conquistas do processo coletivo foi sem dúvida, com apoio na teoria objetivista, a dissociação entre titularidade (posição de detentor de um interesse no direito material) e legitimidade, permitindo, dessa forma, que entidades institucionais pudessem levar a júízo interesses de terceiros. Por isso, a revalorização da teoria do interesse, cujo propósito é evidente (o reconhecimento da legitimidade do indivíduo), deve ser feita com cautela, a fim de se evitar o naufrágio do processo coletivo dentro do individualismo.

O professor Vicente de Paula Maciel Junior, professor da PUC/Minas, a partir do princípio discursivo de Habermas, oferece uma interessante proposta de reconstrução da teoria das ações coletivas, afastando-se das posições extremadas e estanques da teoria institucional (objetivista) e da teoria do interesse (subjetivista). A essência de sua reconstrução consiste em trabalhar com o interesse não mais em uma perspectiva subjetiva (como algo isolado no indivíduo), mas sim em uma *perspectiva intersubjetiva* (isto é, a partir da interação entre os diversos atores sociais).

O ponto de partida desse entendimento consiste em enxergar os interesses como resultado do conjunto de interpretações que o sujeito faz do mundo, influenciado pela cultura

na qual se encontra inserido. Ou seja, como resultado de suas vivências. Daí se explicaria o caráter eminentemente pessoal do interesse, o qual variaria de indivíduo a indivíduo⁷⁷.

A nota característica inafastável dos interesses seria, portanto, a *individualidade*, no sentido de existem sempre no sujeito. Consequentemente, não faria sentido falar, como faz a grande massa de doutrinadores no processo civil coletivo, em “interesse difuso”, “interesse coletivo” ou em “interesse geral”, porquanto isso representaria uma contradição nos termos, na medida em que a palavra “interesse” traz ínsita a ideia de individualidade.⁷⁸ Em outras palavras, “*se o interesse é sempre particular, seria inconcebível imaginar que ele pudesse ser generalizado em uma concepção idealizada*”⁷⁹.

Essa individualidade intrínseca implicaria, por seu turno, em razão da multiplicidade das vivências dos indivíduos, uma inexorável conflituosidade entre os interesses envolvidos dentro de certa coletividade. É bastante comum – e chega mesmo a ser inevitável – que diferentes indivíduos manifestem sobre um mesmo bem da vida diferentes ambições. Assim é que os indivíduos, agrupados ou não, podem divergir sobre a construção de uma obra pública, sobre a implementação de uma política pública etc. Nesses casos, quando um interesse entra em rota de colisão com outro, a solução desse conflito, segundo a ética discursiva, deve se dar no plano intersubjetivo, ou seja, a partir da relação entre um sujeito e outro. Tais sujeitos entram em um *procedimento discursivo* em que cada um apresenta os seus argumentos, orientando suas ações para a busca de um mútuo entendimento.

As partes envolvem-se em um discurso preponderantemente prático⁸⁰, em que cada uma apresenta os seus argumentos. Cada afirmação apresentada encerra uma pretensão de

77 Esse pensamento assemelha-se ao conceito de “mundo-da-vida” de Habermas, que consiste no conjunto de interpretações não problematizadas que o indivíduo faz do mundo. Christina W. Andrews, professora adjunta do Departamento de Ciências Sociais da Universidade Federal de São Paulo, em livro introdutório ao pensamento de Habermas, conceitua o mundo da vida da seguinte maneira: “o ‘mundo-da-vida’, conceito que vem da Fenomenologia e é definido como o conjunto de interpretações não problemáticas a partir das quais reivindicações de validade são apresentadas, debatidas, aceitas ou rejeitadas. Em uma visão de mundo descentrada, os elementos interpretados que constituem o mundo-da-vida não são rígidos, mas permitem que sejam problematizados”. (ANDREWS, Christina W. **Emancipação e legitimidade: uma introdução à obra de Jürgen Habermas**. São Paulo: Unifesp, 2011, p. 33).

78 Rejeita-se, dessa forma, toda representação que leve à ideia de um interesse geral. Não existiriam “interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos”. O que existiria, em realidade, seria um conjunto de interessados que compartilham de interesses comuns. Se os membros desse conjunto forem conhecidos e puderem ser determinados, fala-se em interessados coletivos, ou, ao revés, se não puderem ser determinados, fala-se em interessados difusos. (MACIEL JR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**. p. 44).

79 MACIEL JR, Vicente de Paula, *op. cit.*, p. 60.

80 A expressão “discurso prático”, em Habermas, contrapõe-se à expressão “discurso teórico”. Essa divisão pressupõe a divisão do mundo em três partes: o mundo objetivo (o mundo dos fatos), o mundo social (o mundo das normas), e o mundo subjetivo (o mundo dos estados subjetivos). No discurso prático, típico do mundo social (do direito e da moral), o que se está em discussão é a correção de uma norma, sendo que uma norma somente

validade, que consiste na reivindicação de que o que se está afirmando está correto. Não passa, no entanto, de uma pretensão, porquanto, no decorrer do discurso, a validade das afirmações fica em suspenso, pelo que se diz que, enquanto não encerrado o discurso, o máximo que se tem é uma *pretensão de validade criticável*. Somente com encerramento deste é que as partes, ao chegarem a um consenso, extraem uma norma que pode ser considerada válida. Por outras palavras, apenas uma norma produzida pelos próprios interlocutores, mediante o mútuo entendimento, pode ser reputada válida, na medida em que, justamente por terem participado diretamente da sua elaboração, eles reconhecem sua validade. A validade de uma norma, portanto, relaciona-se com o reconhecimento que os participantes têm por ela⁸¹.

Diante dessa noção, o professor da PUC/Minas esclarece que somente é possível falar em direito quando houver um consenso entre os interessados envolvidos em um conflito de interesses. Em outras palavras, somente se poderia falar em direito quando o interesse, uma vez contrastado, fosse reconhecido pelos demais sujeitos após um regular processo discursivo em que se tenha obtido o mútuo entendimento⁸². Supera-se com essa visão o tradicional conceito de direito subjetivo de Jhering, para quem o direito seria um interesse juridicamente tutelado. Para esta visão, *interesse* e *direito* seriam ontologicamente a mesma coisa, sendo bastante uma norma jurídica protetiva para que o interesse viesse a ser considerado direito. Para a teoria discursiva, ao revés, a norma jurídica representaria apenas um indício de consenso social, indício que restaria afastado quando sobreviesse um questionamento⁸³.

Nessa diretriz discursiva, instalado um conflito de interesses, não seria possível falar que esse ou aquele interessado é detentor de um direito. No máximo, o que poderia existir, em razão da discussão instalada, seriam interesses e argumentos com pretensão de validade criticável. Somente com o desate do conflito, cujo resultado fosse o consenso, é que se

poderá ser reputada correta a partir do consenso obtido pelas partes. No discurso teórico, típico do mundo objetivo (da ciência), o que se está em discussão é a verdade sobre um fato, sendo que um fato somente poderá ser considerado verdadeiro (ou eficaz) quando as partes em discurso chegarem a um consenso sobre tal questão. Por último, no que se refere ao mundo subjetivo, não há que se falar propriamente em discurso, porquanto o que está em jogo é a autenticidade das afirmações do indivíduo, que depende não do entendimento mútuo entre os sujeitos, mas depende antes da relação de confiança existente entre eles. (ANDREWS, Christina W. **Emancipação e legitimidade: uma introdução à obra de Jürgen Habermas**. pp. 22-24).

81 HABERMAS defende que, de acordo com a ética do discurso, uma norma só deve pretender validade quando todos os que possam ser concernidos por ela cheguem (ou possam chegar), enquanto participantes de um discurso prático, a um acordo quanto a validade dessa norma”. (HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989, p.86.)

82 MACIEL JR, Vicente de Paula. Teoria das ações Coletivas. p. 42.

83 Segundo HABERMAS, “somente podem reclamar validade as normas que se encontrem (ou possam encontrar) o assentimento de todos os concernidos enquanto participantes de um discurso prático (HABERMAS, Jürgen, *op. cit.*, p.116).

poderia falar em direito. Rejeita-se, com isso, a ideia consolidada no processo civil tradicional de que teria que haver uma tutela do ordenamento jurídico para que o *interesse* viesse a ser considerado *direito*. O professor Maciel ressalta que o “direito pressupõe um processo de validação do interesse pela sociedade”, procedimento esse que pode ocorrer espontaneamente ou por meio de um “procedimento substitutivo”, “que é o processo judicial”⁸⁴.

O direito dependeria, portanto, de um procedimento de *validação pelo reconhecimento*. Tal procedimento, importante frisar, não significaria sempre um procedimento judicial, mas poderia ocorrer também no âmbito da sociedade civil, por meio de mecanismos de deliberação tendentes à formação de um consenso social. Pode-se dizer, pois, que o papel do Estado (representado pelo Estado-Juiz) seria apenas ocasional: se os interessados dispuserem de mecanismos discursivos pelos para chegar a um consenso, com a obtenção do reconhecimento social de um interesse, já seria possível falar em direito, não havendo necessidade de um magistrado para que o interesse obtenha tal *status*⁸⁵.

Um dos exemplos mais contundentes de processos de deliberação no meio social diz respeito às associações. Nestas, os contratos sociais preveem, desde o momento de sua constituição, a existência de mecanismos discursivos para a solução de conflitos de opiniões entre os associados. Normalmente, por meio de assembleia, cada associado apresenta os seus argumentos em um debate em contraditório e, ao final, chega-se a um resultado pela maioria de votos. Em tais situações, os associados que representam o posicionamento derrotado devem acatar o entendimento que logrou conquistar a maioria. A partir dessa sistemática, é possível falar em uma “vontade coletiva”⁸⁶, reconhecida como legítima por todos os

84 MACIEL JR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas**. p. 42-43.

85 O professor Maciel JR explica muito bem essa dualidade: “Somente poderíamos falar de duas espécies de direitos. Uns seriam aqueles que resultam de um processo de validação espontâneo estipulado pela própria sociedade, que admite e reconhece o indivíduo que manifesta a sua vontade perante um bem, que essa vontade é legítima e deve ser respeitada pela coletividade. E outros que seriam decorrentes de processos formais de validação da vontade, ou seja, de processos judiciais em que o magistrado fixasse qual a vontade da lei para o caso concreto”. (MACIEL JR, Vicente de Paula, *op. cit.*, p. 42).

86 O professor Vicente de Paula, sendo coerente com o entendimento de que não existem “interesses coletivos”, distingue “vontade coletiva” de “interesse coletivo”, nos seguintes termos: “Existe, portanto, a ‘vontade coletiva’, que é a expressão do consenso obtido entre as várias manifestações de interesse, por um processo válido de legitimação e escolha do interesse prevalectente. Mas não existe interesse coletivo, porque o interesse é individual e mesmo considerando a manifestação desse interesse perante as outras pessoas que deverão deliberar sobre a prevalência de um interesse determinante, os interessados dissidentes poderão continuar pensando e manifestando seus interesses individuais contrários. Só que a pessoa jurídica que os representa deverá agir segundo a vontade coletiva prevalectente e nesse sentido direcionar suas ações”(MACIEL JR, Vicente de Paula, *op. cit.*, p.154).

associados, e que, em razão disso, norteará, desse momento em diante, a atuação da associação.

Presente tal reconhecimento, pode-se dizer que a “vontade coletiva” consubstanciaria, em realidade, um direito coletivo. O *status* de direito, entretanto, seria, na lógica discursiva, dinâmico e passageiro, porquanto duraria até que houvesse um questionamento legítimo por meio de um procedimento institucionalizado em que fossem apresentados novos argumentos por um opositor. Nesta situação, um novo procedimento discursivo seria instalado com suspensão das pretensões de validade até que se chegasse a um novo consenso. Assim, se um dos dissidentes vencidos no escrutínio realizado no seio da associação resolvesse recorrer ao judiciário para ver anulada a decisão, instaurar-se-ia um novo procedimento de discussão para se chegar a um novo consenso⁸⁷.

No que respeita aos mecanismos de deliberação na sociedade, deve-se fazer uma distinção entre os chamados “interesses” coletivos e os “interesses” difusos⁸⁸. Nos interesses coletivos, por estarem associados frequentemente a instituições (como associações, sindicatos, sociedades etc), nas quais normalmente existe organização de procedimentos de discussão, é possível se chegar mais facilmente a uma vontade coletiva⁸⁹. A mesma organização, no entanto, não existe nos interesses difusos, seara em que, por serem escassos os expedientes de deliberação visando à formação de uma opinião pública, prevalece uma plethora de interesses conflitantes entre si sem que sejam mediados para se chegar a um acordo comum. A consequência prática disso é que uma associação ou sindicato podem legitimamente ser apontados em juízo como portadores de uma vontade coletiva mediada em assembleia, ao passo que, em relação aos interesses difusos, por não disporem de mecanismos de mediação de interesses, e consequentemente inexistir uma vontade coletiva formada pelo consenso, não é possível fixar uma ou outra instituição sem que isso represente inexoravelmente uma escolha em que alguns interesses são privilegiados e outros menosprezados. A solução, no

87 Vale ressaltar que a ação judicial aviada pelo associado dissidente contra a decisão tomada em assembleia, embora seja considerada uma ação individual, tem natureza de ação coletiva, na medida em que os seus efeitos deparam a esfera do proponente, atingindo todos os associados, e eventualmente terceiros.

88 Embora o professor Vicente de Paula rejeite qualquer tipo de expressão que leve à noção de interesse geral, buscou-se aqui utilizar as expressões clássicas – interesse coletivo e interesse difuso – para que o raciocínio fique mais claro. Aquele professor, coerente com o seu raciocínio, não utiliza a expressão “interesse coletivo” ou “interesse difuso”, as antes fala, respectivamente, em “direito coletivo” e “direito difuso”.

89 Importante esclarecer que nem todos os “interesses” coletivos possuem o grau de organização indicado. Basta imaginar a situação de vários alunos que reivindicam a redução das mensalidades escolares sem que haja sido constituída uma associação, ou qualquer outra coisa do gênero.

caso dos interesses difusos, seria, então, fixar um sistema o mais complexo possível, a fim de que cada interesse fosse representado no discurso no processo judicial⁹⁰.

A necessidade de se dar voz a todos os interesses envolvidos em um conflito seria um imperativo da própria lógica discursiva. Walter Reese-Schäfer esclarece que Habermas trabalha com o conceito de *situação ideal de fala*, que consistiria num conjunto de condições que permitiria distinguir entre o consenso verdadeiro e o falso⁹¹. Dentre as condições para que o consenso seja considerado verdadeiro, vale destacar, para os fins deste trabalho, a da igualdade, que apregoa que todos os participantes devem ter as mesmas possibilidades de apresentar seus argumentos em um procedimento discursivo.

A igualdade tem a ver com a possibilidade de se iniciar discursos e de se apresentar argumentos⁹². No primeiro caso, parece evidente que, se apenas um dos interessados envolvidos em um conflito de interesses (participantes potenciais) pudesse desencadear o procedimento discurso, ele poderia simplesmente optar por não o fazer, com o fim de preservar um *status quo* que atendesse aos seus interesses. No segundo caso, por outro lado, se apenas um dos interlocutores tivesse a oportunidade de produzir efetivamente os seus argumentos (por recorrer a uma situação de poder, por exemplo), haveria na verdade imposição de pretensões de validade em relação ao outro interlocutor.

Diante desse quadro, em que, de um lado, os interesses difusos não possuem um grau de organização que permita a fixação de um ou outro legitimado sem que isso represente o detrimento de alguns interesses, e, de outro, a necessidade de que todos os interesses estejam devidamente representados para que se possa efetivamente ter um discurso cujo resultado seja um consenso verdadeiro, impende concluir, com efeito, ser necessária a formação de um sistema de legitimação em ações coletivas mais complexo, de modo que, por meio de

90 MACIEL JR, Vicente de Paula. **Teoria das ações Coletivas**. p.156.

91 RESSE-SCHÄFER, Walter. **Compreender Habermas**. Tradução de Vilmar Schneider. 3º Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2010, p. 24

92 Ao tratar das regras do discurso prático, HABERMAS esclarece que: “(3.1) É lícito a todo sujeito capaz de falar e agir participar de Discursos”; “(3.2) a. É lícito qualquer um problematizar qualquer asserção [...]”; “(3.3) Não é lícito impedir falante algum, por uma coerção exercida dentro ou fora do Discurso, de valer-se de seus direitos estabelecidos em (3.1) e (3.2)”. Explicando a última regra, assinala, ainda, que ela “exige condições de comunicação que tornem possível ao prevailecimento tanto do direito a um acesso universal ao Discurso, quanto do direito a chances iguais de participar dele [...]”. (HABERMAS, **Consciência moral e agir comunicativo**. p.112).

legitimados distintos, cada interesse possa ser suscitado e levado em conta no processo discursivo.

Seguindo esse propósito de tornar o sistema mais complexo, a contemplação da legitimação individual nas ações coletivas seria bastante oportuna, na medida em que permitiria que os mais diversos interessados pudessem representar o emaranhado de interesses presentes na sociedade, sobretudo quando se tratasse de interesses difusos. A atuação do indivíduo não se resumiria a participar como assistente de outro legitimado quando o processo já tivesse em curso, mas, para além disso, consistiria na possibilidade de ele mesmo poder dar início a um procedimento discursivo, respeitando, dessa forma, a primeira condição de uma situação ideal de fala, antes mencionada.

O atual sistema de legitimação, ao excluir o indivíduo do rol de legitimados para a propositura de ações coletivas, contraria, portanto, a própria natureza discursiva da formação dos direitos, retirando dos próprios interessados a oportunidade de apresentarem argumentos em defesa de seus interesses. Vicente Paula, especificamente sobre o caso dos interesses difusos, obtempera que, “contrariando a própria lógica do direito difuso, o legislador limita a legitimação do indivíduo para a ação, como se o direito difuso pudesse ser enquadrado no esquema do direito coletivo *stricto sensu*”⁹³.

O problema da conflituosidade intrínseca, indicado no primeiro capítulo deste trabalho, que diz respeito justamente à impossibilidade de se ter um entendimento uniforme frente a um problema prático surgido na sociedade, pode ser, à luz do princípio discursivo, resolvido, ou pelo menos minimizado, com a garantia de participação direta dos interessados no processo judicial, sobretudo quando os mecanismos de deliberação da sociedade inexistirem ou falharem, o que implica, em última instância, o reconhecimento, *de lege ferenda*, da legitimação individual nas ações coletivas.

93 MACIEL JR, Vicente de Paula. **Teoria das ações Coletivas**. p. 157.

4 A LEGITIMAÇÃO NO SISTEMA DE TUTELA COLETIVA DOS ESTADOS UNIDOS E DE PORTUGAL

O estudo do direito comparado sempre oferece boas oportunidades de avaliação dos institutos do direito pátrio. E essa importância se mostra mais veemente no campo das ações coletivas, uma vez que, como consabido, o sistema brasileiro de tutela coletiva sofreu forte influência do modelo norte-americano das *class actions*. A doutrina costuma salientar, por exemplo, que a possibilidade de tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, amplamente assimilada por aqui, tem a sua origem nas *class actions for damages*, pelas quais frequentemente se busca indenização por danos praticados em massa.

Seria, no entanto, um erro dizer que o Brasil simplesmente importou o sistema das *class actions*, porque o que ocorreu, de fato, foi uma aplicação criativa à realidade brasileira, de modo que algumas das características daquelas ações foram efetivamente seguidas, porém outras foram reelaboradas ou mesmo abandonadas. Com trabalho crítico de adaptação do direito alienígena, o sistema brasileiro de ações coletivas se tornou hoje referência para os demais países de direito escrito e, até mesmo, para o sistema estadunidense, de onde veio a sua fonte de inspiração.

Este capítulo se ocupará, então, da análise comparada do sistema brasileiro de tutela coletiva em relação ao seu correspondente nos Estados Unidos e em Portugal. Esses países foram selecionados por uma questão de conveniência, uma vez que, em ambos, conhece-se da legitimação individual para a propositura de ações coletivas. Não há aqui, entretanto, qualquer pretensão de esgotar o tema, ou fazer uma análise profunda, mas tão somente traçar pequenos paralelos entre os institutos congêneres.

O objetivo principal, ao escolher esses países, foi demonstrar a viabilidade de se ter o reconhecimento da legitimidade ativa do indivíduo nas ações coletivas no Brasil, pois, em que pese a diferenças entre os modelos norte-americano e português, neles esse tipo de legitimação já é uma realidade.

4.1 Contrapontos em relação ao sistema norte-americano de tutela coletiva

O sistema norte-americano de tutela coletiva, como já salientado, influenciou significativamente o desenvolvimento das ações coletivas no Brasil, sobretudo no que respeita à ação civil pública. As características básicas das *class actions* forneceram subsídio para a formação de um modelo de tutela coletiva que fosse adaptado aos países do *civil law*. A principal contribuição dessas ações de classe talvez tenha sido a concepção de se ter apenas um portador judicial para comparecer em juízo e falar em nome de todo o grupo.

Ressalte-se, no entanto, que as *class actions*, conquanto sejam preponderantes nos Estados Unidos, não são os únicos instrumentos de tutela coletiva encontrados nesse país. A sua aplicação melhor se adéqua aquelas situações em que se consegue definir com relativo grau precisão o grupo que está sendo representado. No Brasil, esses casos corresponderiam, grosso modo, aos direitos coletivos em sentido estrito e aos individuais homogêneos. Para aqueles casos em que o grupo não é determinável, normalmente ligados a situações que envolvem interesse público, cujo correspondente por aqui seriam os direitos difusos, eles dispõem de ações próprias, como a *citizen suit*.

De outro lado, tomando-se em conta o aspecto da capacidade de iniciativa das ações coletivas, o modelo norte-americano reconhece preponderantemente a legitimidade da pessoa física para a propositura das ações coletivas. Isso porque o principal legitimado das *class actions*, que são as ações mais ocorrentes, é o indivíduo. No entanto, do mesmo modo que existem outras ações que não as de classe, também existem legitimados outros que não o indivíduo, como as entidades associativas e órgãos públicos.

Um estudo comparado deve levar em consideração esses aspectos. Não deve, portanto, ficar adstrito somente às *class actions*, como sói ocorrer com frequência na doutrina brasileira, mas deve considerar igualmente as demais ações coletivas e, para além disso, deve analisar a atuação dos diferentes tipos de legitimados dessas ações.

Nesse intento, o professor Angel R. Oquendo, professor de direito internacional e comparado da *University of Connecticut*, levou a cabo um estudo comparativo entre o sistema de tutela coletiva dos Estados Unidos e dos países da América Latina. As suas ponderações,

que serão fundamentais para o desenvolvimento deste tópico, levaram em conta a diversidade de ações e de legitimados existentes.

O aludido professor, para tornar mais didático o seu empreendimento, propõe um quadro comparativo em que estão delineados as principais ações e legitimados que, em razão de sua clareza, vale a pena ser reproduzido aqui:

Scope/litigant	Individual	Organization	State Entity
Group suit	Class Action v. Colective Writ	Associational Suit v. Collective Writ	Agency Class Litigation v. Public Civil Action
Comprehensive Action	Citizen Suit; qui tam v. Popular Action	Citizen Suit; qui tam v. Popular Action	Agency Enforcement Suit v. Public Civil Action

No quadro proposto, é possível perceber de plano que ele não se aplica em sua totalidade à realidade brasileira, uma vez que, pelo menos numa análise tradicional do tema, não se admite por aqui, como é por demais sabido, a legitimação individual para tratar de direitos de um grupo. A previsão da legitimação do indivíduo para propor mandado de segurança coletivo no esquema dado se justifica pelo fato de que o seu autor, ao elaborá-lo, tinha em mente a sistemática dos países da América latina como um todo, haja vista que existem países, como a Argentina, que atribuem legitimidade para o *Colective Writ* não somente para os Defensores do Povo, mas também para os indivíduos que tenham sido afetados pelo ato ilegal⁹⁴.

Além disso, diferentemente do Brasil, que não admite a legitimação individual para tratar em juízo dos *group entitlements* – direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos -, os Estados Unidos, nas *class actions*, franqueiam ao indivíduo a oportunidade de requerer que a sua ação seja processada como coletiva, produzindo efeitos em relação a

94 Segundo Angel R. Oquendo, “Argentina’s 1994 Constitution empowers, on the hand, “individuals affected” and, on the other hand, the “People’s Defender” to file such actions.” (OQUENDO, Angel R. **Upping the ante: Collective Litigation in Latin America**. Westlaw. Columbia journal of Transnational Law, L.248, 2009, p. 08).

todo o grupo representado. Em contrapartida, exige-se do indivíduo, dentre outros requisitos, a demonstração de sua representatividade adequada.

O cenário no Brasil, entretanto, é outro quando se trata de direitos difusos (*comprehensive entitlements*). Por meio da ação popular brasileira, qualquer cidadão pode ir a juízo defender “bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico” (art. 1º, §1º, da L. 4717/65), sem que, para tanto, precise demonstrar ter sofrido um prejuízo. Nos Estados Unidos, ao revés, segundo Oquendo, somente alguns estatutos federais concedem, em regime de excepcionalidade, legitimidade ao indivíduo para que possa apresentar-se em defesa de um interesse público. E ainda nestes casos – como sói ocorrer nas ações do tipo *qui tam* -, é necessário que o autor demonstre vários requisitos, dentre os quais o ter sido afetado pelo ato contra o qual se insurge⁹⁵.

A ação popular brasileira – comparativamente às *Citizen suit* e às *qui tam* – também tem a grande vantagem de dispensar o cidadão do adiantamento das custas. Trata-se de um grande incentivo para que o cidadão possa tornar-se mais atuante na defesa da coisa pública.

O professor Oquendo, no entanto, ressalta que as ações populares brasileiras também apresentam desvantagens em relação às ações correspondentes no sistema norte-americano. A primeira crítica que ele aponta tem a ver com a desnecessidade de o cidadão, autor da ação popular, precisar demonstrar a sua representatividade adequada. Com efeito, ele não precisa demonstrar qualidades que façam presumir ser ele um representante adequado para estar em juízo – basta que apresente um título de eleitor, comprovando, com isso, ser um cidadão. Na *citizen suit* e *qui tam*, ao revés, a demonstração da representatividade adequada é imprescindível⁹⁶.

A respeito do critério da representatividade adequada, parte da doutrina já vem se posicionando pela necessidade de sua adoção nas ações coletivas (v.g., Cássio Scarpinella Bueno, Antônio Gidi, Fredie Didier, Hermes Zaneti etc). Trata-se de uma posição acolhida neste trabalho. No entanto, particularmente nos casos das ações populares, tal ponto de vista deve ser enxergado com ressalvas, pois o cidadão, que hoje tem amplo acesso ao judiciário para a proteção do patrimônio público, pode ver-se às voltas, em razão do alto custo político dessas ações, com barreiras levantadas pelos magistrados para ter reconhecida a sua legitimidade. A prevalecer essa exigência para as ações populares, poder-se-ia chegar ao

95 OQUENDO, Angel R. **Upping the ante: Collective Litigation in Latin America**. pp. 12-13.

96 OQUENDO, Angel R, *op. cit.*, p. 15.

absurdo de exigir do cidadão que ele fosse vinculado a algum movimento político ou que já tivesse proposto outras ações dessa natureza.

Outra crítica assinalada pelo autor do estudo comparado se relaciona com a limitação temática das ações populares. Esclarece que, não obstante o rol de proteção trazido pela lei de regência seja mais abrangente do que as homólogas norte-americanas, a limitação impede que sejam discutidas nessas ações questões importantes como aquelas atinentes ao direito do consumidor. Essa preocupação faz sentido, ao levar-se em consideração, de um lado, que os direitos dos consumidores não se manifestam apenas como individuais homogêneos, mas também direitos difusos, como sói ocorrer com a veiculação de uma propaganda enganosa que atinja uma coletividade indeterminada de pessoas, e, de outro, que a ação popular é o único caminho pelo qual o indivíduo pode iniciar um processo coletivo⁹⁷.

Essa segunda crítica, no entanto, não parece totalmente correta. A defesa de outros interesses difusos que não aqueles elencados na lei poderia desnaturar a essência das ações populares. A preocupação do legislador, ao idealizar estas ações, foi estruturar uma proteção mais efetiva da coisa pública, a qual de maneira alguma se confunde com direitos difusos de consumidores, que têm um cunho essencialmente privado. Parece que o problema da limitação temática poderia ser contornado de outra forma, com a abertura da legitimidade das ações civis públicas, reconhecendo a legitimidade do indivíduo. Com isso, ter-se-ia um sistema amplo de proteção de uma gama indefinida de direitos difusos, com ampla possibilidade de iniciativa, sem que se tocasse no âmago da ação popular, cujo objeto abrange direitos difusos mais caros à sociedade.

Dando prosseguimento à análise do quadro proposto, as organizações comparecem em ambos os sistemas com legitimidade para propor ações coletivas. No Brasil, essa possibilidade é contemplada principalmente para os casos de mandado de segurança coletivo (art. 21, L. 12016/99) e ação civil pública (art. 5º, V, L. 7347/85, c/c art. 82, IV, do CDC). Com essa sistemática, pode-se dizer que as associações têm um amplo leque de atuação para a defesa de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.

No modelo norte-americano, as organizações, ao contrário, somente podem propor ações visando à proteção de interesse de seus associados. E, para esse mister, elas precisam demonstrar que estes tenham sofrido algum prejuízo. É como se a lesão perpetrada contra os

97 OQUENDO, Angel R. **Upping the ante: Collective Litigation in Latin America**. p. 15.

associados correspondesse à lesão da própria associação. Antônio Gidi esclarece, ainda, que ela precisa demonstrar os seguintes requisitos: a) “os seus filiados também possam propor ação em nome próprio”; b) “os interesses que a ação visa a proteger sejam conexos com os objetivos da associação; c) a presença dos afiliados no processo seja dispensável”⁹⁸.

As associações americanas não possuem legitimidade, portanto, para atuar em nome daquelas pessoas que não sejam seus associados. Por isso, não se admite, regra geral, a possibilidade de elas ingressarem com *class actions*. Diferem aqui da sistemática brasileira, em que, por meio de uma ação civil pública, é possível que associações possam defender em juízo interesses não somente de uma categoria ou classe, mas também de toda a comunidade.

Relativamente a este ponto, Oquendo sugere, em relação aos Estados Unidos, a expansão da participação das associações na defesa de interesses difusos, bem como a possibilidade de estas ingressarem diretamente em juízo, é dizer, sem que tenham que demonstrar a ofensa praticada contra seus associados. De outra parte, tocante ao Brasil, defende a ampliação da legitimidade da ação popular para contemplar tais organizações⁹⁹. A proposta para o caso brasileiro é interessante, porque nem sempre o indivíduo tem condições de atuar em juízo em igualdade de condições com o seu adversário. A legitimidade de associações, bem como de entidades públicas, permitiria, em determinadas situações, uma atuação mais adequada.

A terceira modalidade de legitimados diz respeito às entidades públicas. No Brasil, o Ministério Público, como cediço, é o que representa melhor essa classe, sendo responsável hoje pela maioria das ações civis públicas. Não se pode olvidar, contudo, que a compõem também entidades e órgãos da administração pública direta e indireta e, mais recentemente, pela Defensoria Pública.

De acordo com Gidi, a lei americana, diversamente do que ocorre por aqui, não contempla órgãos ou entidades oficiais com legitimidade para proporem ações coletivas. Somente em casos excepcionais, os Estados poderiam, com base na “teoria do pai da pátria”, que prega que o Estado é responsável pelo bem-estar de seus cidadãos, propor referidas ações¹⁰⁰.

98 GIDI, Antônio. **A CLAS S ACTION como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. p. 127.

99 OQUENDO, Angel R. **Upping the ante: Collective Litigation in Latin America**. p. 20.

100 GIDI, Antônio, *op. cit.*, p. 125.

Oquando, reconhecendo essa limitação do sistema americano, ressalta que é possível, contudo, haver, em casos bastante específicos, a legitimação de órgãos públicos, como ocorre com a *Equal Employment Opportunity Commission*, que pode ingressar com ações coletivas visando a inibir atos que representem discriminação na relação laboral¹⁰¹.

Esse estudioso, no que se refere à legitimação de entidades públicas, sugere a criação nos Estados Unidos de um órgão semelhante ao que é o Ministério Público no Brasil, em que os seus membros dispõem de autonomia financeira e administrativa, permitindo que possam se posicionar inclusive contra o Estado na defesa de direitos da coletividade¹⁰².

4.2 Contrapontos em relação ao sistema português de tutela coletiva

Para dar continuidade ao trabalho comparativo, abordar-se-á neste ponto o sistema de tutela coletiva de Portugal. Embora o Brasil seja um exemplo para os demais países de direito escrito, e tenha por isso mesmo influenciado em alguns aspectos o modelo português, a análise deste último pode oferecer interessantes contribuições para o desenvolvimento do sistema brasileiro.

Segundo a mesma linha de análise do tópico anterior, as ações coletivas de ambos os países serão abordadas e comparadas considerando-se, de um lado, o tipo de direito envolvido (se se trata de direito de um grupo determinado, como os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos, ou então de um grupo indeterminado, como os difusos) e, de outro, os tipos de legitimados para aviares cada tipo de ação. Para tanto, propõe-se o seguinte quadro para facilitar a compreensão¹⁰³:

101 MAZZEI, Rodrigo Reis. **Tutela Coletiva em Portugal**: uma breve resenha. Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais, n. 07, p. 05, jul./dez.2006.

102 OQUENDO, Angel R. **Upping the ante: Collective Litigation in Latin America**. p. 20.

103 O quadro foi elaborado a partir do estudo comparado levado a efeito pelo professor Rodrigo Reis Mazzei.

Direito envolvido/legitimados	Indivíduo	Organizações	Entidades públicas
Direitos de grupos determinados (coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos)	Ação Popular portuguesa, Ação inibitória ou reparatória V. ausência de legitimação	Ação Popular portuguesa, Ação inibitória ou reparatória V. Ação Civil Pública	Ação Popular portuguesa, Ação inibitória ou reparatória V. Ação Civil Pública
Direitos de grupos indeterminados (difusos)	Ação Popular Portuguesa V. Ação Popular brasileira	Ação popular portuguesa V. Ação Civil Pública	Ação Popular portuguesa V. Ação Civil Pública

A ação popular portuguesa é a principal ação coletiva de Portugal. Presta-se, como se pode perceber do quadro acima, não somente para a defesa de direitos difusos, mas também dos direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. Assemelha-se, apenas em parte, à ação popular brasileira.

Explica o professor Rodrigo Mazzei que a ação popular portuguesa, prevista na Constituição da República de Portugal e em lei infraconstitucional (lei n. 83) constitui expediente judicial para a proteção da saúde pública, dos direitos dos consumidores, da qualidade de vida, da preservação do ambiente e do patrimônio cultural¹⁰⁴. O seu âmbito temático é visivelmente mais amplo que a ação popular brasileira, pois, além de direitos difusos, inclui em seu rol os direitos dos consumidores, assemelhando-se, por conta disso, muito mais a ação civil pública do Brasil.

O sistema português reconhece ainda, em sua lei consumerista (Lei nº 24/96), outras duas ações coletivas: a ação inibitória e a ação de reparação de danos¹⁰⁵. Ambas têm basicamente a mesma funcionalidade das ações coletivas previstas no Código de Defesa do Consumidor brasileiro, podendo dar ensejo principalmente a obrigações de fazer ou não fazer, no primeiro caso, e obrigações de reparação de dano, no segundo.

104 MAZZEI, Rodrigo Reis. **Tutela Coletiva em Portugal**. p.53.

105 MAZZEI, Rodrigo Reis, *op. cit.*, p. 59.

O indivíduo, diferentemente do que ocorre por aqui, tem ampla legitimidade para propositura de ações coletivas. Pode propor não somente a ação popular, mas também a ação inibitória e a reparatória, previstas na legislação consumerista. Dispõe, portanto, de amplos poderes para a proteção de direitos supraindividuais, sobretudo por conta da legitimidade reconhecida nessa primeira ação, cujo âmbito temático, como já frisado, é deveras amplo.

Interessante sublinhar, nesse ponto, o papel de destaque dado ao indivíduo na proteção dos direitos do consumidor em Portugal. Enquanto no Brasil ele somente pode aviar demandas individuais, naquele país se lhe permite a propositura não somente da ação inibitória e reparatória (que são ações específicas), mas também da principal ação coletiva, a ação popular portuguesa, que se presta igualmente para a defesa dos direitos dos consumidores¹⁰⁶.

O modelo português se assemelha à proposta feita por Oquendo para o sistema brasileiro, em que se teria uma ação popular com uma amplitude material elástica, para cuidar não somente dos interesses difusos, mas também dos direitos dos consumidores. A solução, como já mencionado, não é, entretanto, imune a críticas. Parece mais adequado estruturar instrumentos outros para a defesa destes últimos, tradicionalmente de cunho mais privatístico, e reservar a ação popular para a proteção de direitos que carreguem consigo a ideia de interesse público. Essa separação permite, como ocorre no caso brasileiro, estabelecer-se um regime diferenciado para uma e outras situações, com inúmeras vantagens para aquele que se põe a proteger a coisa pública, como, por exemplo, a isenção de custas iniciais na propositura da ação.

Para recorrer à ação popular, no entanto, o indivíduo deve demonstrar ser “cidadão no gozo dos de seus direitos civis e políticos” (Art. 26-A, L. 83/95). Contudo, não há necessidade de que tenha experimentado algum prejuízo. Há uma aproximação aqui com o sistema brasileiro, em que a ação popular, do mesmo modo, somente é acessível aos cidadãos e independe de demonstração de prejuízo.

Certo é que o sistema português concedeu ao indivíduo ampla legitimidade para a propositura de ações coletivas, não tendo a mesma sorte as organizações privadas. Para que uma pessoa jurídica possa comparecer em juízo por meio de uma ação popular, é necessário que atenda uma série de requisitos: a) “possuir personalidade jurídica”; b) “incluir

expressamente em suas atribuições ou objetivos estatutários a defesa dos interesses em causa”; c) “não exercer qualquer tipo de atividade profissional concorrente com empresas e profissionais liberais”¹⁰⁷.

A lei 24/96, por sua vez, estabelece que associações de consumidores podem propor ações inibitórias e reparatorias contra atos lesivos praticados no seio das relações de consumo. Devem preencher, no entanto, os mesmos requisitos elencados acima para ação popular.

O legislador brasileiro, relativamente à legitimação das associações, foi menos rigoroso do que o legislador português. No Brasil, para que associações possa ter acesso ao judiciário pela via coletiva basta a demonstração da pré-constituição e a vinculação com a respectiva finalidade estatutária, sendo que o primeiro requisito pode inclusive ser dispensado pelo magistrado nos casos em que haja relevância social (art. 82, IV, §1º, CDC). Não se exige, por conseguinte, que tenham personalidade jurídica, tampouco que não exerçam atividade profissional em concorrência com empresas e profissionais liberais.

Quando à legitimidade de instituições oficiais, pode-se afirmar que Portugal adotou um sistema mais arrojado do que o da Europa em geral e mais conservador do que o modelo brasileiro. Não seguiu a tendência europeia de limitar as atuações do Ministério Público ao papel de acusador na esfera penal, permitindo antes que o *parquet* pudesse atuar na defesa de direitos superindividuais, porém não chegou a elegê-lo como protagonista da proteção coletiva, como fez o legislador brasileiro¹⁰⁸.

Com efeito, conquanto se reconheça a legitimidade órgão ministerial para a proteção de direitos superindividuais, a sua atuação nas principais ações coletivas portuguesas, que são as ações populares, ainda é muito modesta. Não tem legitimidade para a propositura destas ações, atuando antes meramente na “fiscalização da legalidade”, ou seja, como *custus legis*. A sua atuação no polo ativo se resume basicamente aqueles casos em que se identifica intuito fraudatório do autor ou quando este abandona o feito, situações em que o *parquet*, à semelhança do que ocorre no Brasil, poderá dar prosseguimento na demanda¹⁰⁹.

A situação em Portugal, entretanto, não é totalmente desfavorável ao Ministério Público. A lei 24/96, que faz as vezes de Código do Consumidor, garante legitimidade ativa a esta instituição para o aviamento de ações inibitórias e reparatorias sempre que estiverem em

107 MAZZEI, Rodrigo Reis. **Tutela Coletiva em Portugal**. p.58.

108 MAZZEI, Rodrigo Reis, *op. cit.*, p.72.

109 MAZZEI, Rodrigo Reis, *op. cit.*, p.59.

jogo violações de direito dos consumidores. O grande questionamento que existe é se a legitimidade ativa prevista nesse diploma normativo pode ser interpretada extensivamente para permitir ao órgão ministerial o aviamento de ações coletivas que não tenham por objetivo o direito consumerista. O grande obstáculo para que prevaleça esse ponto de vista é que entre as leis coletivas daquele país não existem remissões recíprocas que permitam concluir pela existência de um microsistema de tutela coletiva, como sucede no caso brasileiro¹¹⁰.

A propósito da legitimação das instituições oficiais, o sistema português de tutela do consumidor reconhece também a legitimidade do Instituto do Consumidor (espécie de PROCON) para a propositura de ações inibitórias e reparatorias, assemelhando a sua atuação, nesse ponto, à do Ministério Público daquele país. De outro lado, reconhece-se a legitimidade ativa “para tutelar interesses que guardem a devida pertinência à sua circunscrição territorial”¹¹¹.

4.3 Síntese conclusiva

Diante da análise comparativa dos sistemas de tutela coletiva dos países selecionados, é possível concluir que invariavelmente eles são construídos, em termos de legitimação, a partir do *binômio legitimidade de órgãos e instituições públicas – legitimidade do indivíduo ou de instituições privadas*. Essa dicotomia, no entanto, nem sempre é exata na medida em que a balança, a depender do país, ora pende para priorizar a legitimação pública, ora privada.

No Brasil, adotou-se um sistema em que as instituições públicas, capitaneadas pelo Ministério Público, assumem papel de prevalência na defesa dos direitos supraindividuais e, conseqüentemente, no manejo das ações coletivas. Nos Estados Unidos e em Portugal, ao revés, adotou-se um modelo mais privatístico, em que o indivíduo é um verdadeiro protagonista na esfera de tutela coletiva, com as *class actions* e com a ação popular portuguesa, respectivamente. De fato, no sistema norte-americano, sequer há ideia de um procurador público constituído pelo Estado para a defesa de direitos metaindividuais, e no português, o Ministério Público assume um acanhado papel, não tendo legitimidade para

110 MAZZEI, Rodrigo Reis. **Tutela Coletiva em Portugal**. p. 74.

111 MAZZEI, Rodrigo Reis, *op. cit.*, p. 58.

propor a ação coletiva portuguesa, que é a principal, mas apenas ações específicas da legislação consumerista.

Parece que o modelo ideal, e essa é a mensagem que o professor Angel Oquendo deixa transparecer, é aquele em que há um sistema complexo de legitimidade em que não haja a preponderância de legitimados oficiais ou privados, mas antes haja instrumentos garantidores de oportunidades para que todos possam atuar em defesa dos direitos metaindividuais. Tanto assim que o referido jurista sugere a criação de um procurador público com esse objetivo nos Estados Unidos, e, ao mesmo tempo, opina pelo maior reconhecimento da participação dos indivíduos e das associações no Brasil¹¹².

112 Eis o parecer de Oquendo: The state and existing organizations may, of course, fail to litigate in a fully representative manner. In view of this reality, individual participation in the judicial realization of comprehensive rights is fundamental. In response, Brazil, as well as Peru, could either permit individuals to bring public civil actions or allow popular suits to advance all kinds of comprehensive entitlements and encourage any affected person to seek a collective writ of security. (OQUENDO, Angel R. **Upping the ante: Collective Litigation in Latin America**. p. 20).

5 ANÁLISE DA LEGITIMAÇÃO INDIVIDUAL NAS AÇÕES COLETIVAS FRENTE AO INCIDENTE DE COLETIVIZAÇÃO PREVISTO NO PROJETO DO NOVO CPC

As ações coletivas constituem importante instrumento para dar uma resposta à crescente proliferação de processos repetitivos que vem assolando o judiciário brasileiro, porém existem outras opções para resolver esse problema. O legislador pátrio, já há algum tempo, vem experimentando outras soluções. A possibilidade de o juiz decidir de plano pela improcedência quando a questão debatida for unicamente de direito e já houver precedentes no juízo e a técnica do julgamento por amostragem nos recursos, pela qual se selecionam recursos representativos da controvérsia para serem julgados, suspendendo-se os demais até que haja a manifestação judicial, são bons exemplos de alternativas já implementadas.

O procedimento do julgamento por amostragem está restrito atualmente às instâncias extraordinárias, é dizer, ao julgamento dos recursos extraordinários no Supremo Tribunal Federal, em que se exige que a questão tenha repercussão geral para que seja julgada por essa corte; e ao julgamento de recursos especiais no Superior Tribunal de Justiça, em que basta a mera existência de multiplicidade de recursos versando sobre a mesma matéria para que alguns deles sejam selecionados como recursos-piloto para serem julgados em sede de recursos repetitivos. Tanto na primeira hipótese, quanto na segunda, os recursos apreciados por esses tribunais influenciarão o julgamento nas instâncias inferiores.

Não existe, por conseguinte, julgamento por amostragem nas instâncias ordinárias. Mas a comissão de juristas responsável pela elaboração do projeto do novo Código de Processo Civil quer mudar essa realidade. Influenciada principalmente pelo Procedimento-Modelo previsto no ordenamento alemão, ela tratou de prever um incidente processual de resolução de demandas repetitivas no Projeto de Lei do Senado 8046, de 2010.

O incidente de coletivização, como é chamado por alguns, do mesmo modo que ocorre nos recursos especiais, tem lugar nos casos em que há uma multiplicidade de processos discutindo uma mesma questão. De acordo com a literalidade do art. 997 do relatório lavrado na Câmara dos Deputados pelo deputado Sérgio Barradas, é “admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas, quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva ou potencial repetição de processos que contenham

controvérsia sobre a mesma questão de direito material ou processual”¹¹³. Conforme o modelo proposto, a partir de iniciativa do Ministério Público, da Defensoria Pública, das partes, pessoas jurídicas de direito público, associações civis e até mesmo pelo próprio tribunal, é possível a instauração do incidente¹¹⁴.

Passado o exame de admissibilidade no tribunal e instaurado o incidente de coletivização, os demais processos que versarem sobre a mesma questão serão suspensos até que um dos órgãos fracionários dos tribunais, conforme o regimento, faça o julgamento. Cada processo continua no juízo para o qual fora distribuído, porém fica suspenso, aguardando o pronunciamento judicial do tribunal. Julgado o incidente, caberá ao magistrado responsável pelo processo retomá-lo e aplicar o entendimento consolidado. O professor Antônio de Passo Cabral, explicando com base no Procedimento-Modelo alemão, esclarece que há uma verdadeira cisão da cognição judicial nesses incidentes: “neles seriam apreciadas somente questões comuns a todos os casos similares, deixando para um procedimento complementar a decisão de cada caso concreto”¹¹⁵.

Embora o procedimento-modelo alemão tenha servido de inspiração para o incidente de coletivização brasileiro, este acabou não seguindo a sistemática de regência daquele em pelo menos dois pontos. No incidente tedesco, discute-se tanto matéria fática quanto matéria de direito, ao passo que, no brasileiro, somente questão de direito. Dessa forma, cumpre o tribunal pátrio apenas fixar a tese jurídica, abstenendo-se de fazer juízo de valor sobre os fatos, cuja atribuição é deferida aos magistrados de cada processo. A cisão da cognição judicial, por conseguinte, opera-se não somente entre as instâncias, mas também conforme a matéria seja de direito ou de fato. A outra diferença, talvez menos significativa que a primeira, consiste em que no modelo alemão o juízo de admissibilidade é feito pelo juízo de primeira instância, onde corre o processo, ao passo que, no modelo proposto pelo projeto de novo CPC, a competência para esse juízo é do próprio tribunal responsável pelo julgamento do incidente.

113 BRASIL. PROJETO DE LEI DE REFORMA DO CPC. **Relatório levado a efeito pelo Deputado Federal Sérgio Barradas**. Altera as disposições do Projeto de Lei do Senado Nº 8046/2010, de 2010. p. 1122. Disponível em: <http://sergiobc.com.br/>. Acessado em: 29/09/2012.

114 O Relatório de autoria do Deputado Barradas alterou a disposição da legitimação prevista originalmente, no tocante à possibilidade de iniciativa da Magistratura. Na redação original, previa-se expressamente a possibilidade de o “juiz” requerer a instauração do incidente, expressão que foi excluída para dar lugar a “relator ou órgão colegiado”. Aparentemente, portanto, houve a exclusão da possibilidade de o magistrado de primeira instância poder requerer a instauração *ex officio*.

115 CABRAL, Antônio do Passo. **O novo Procedimento-Modelo (Musterverfahren) alemão**: uma alternativa às ações coletivas. In: O novo processo civil brasileiro (direito em perspectiva): (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Coord. Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 33.

O incidente de coletivização, tal como proposto no projeto e no relatório Barradas, representa uma verdadeira alternativa aos modelos representativos¹¹⁶ das ações coletivas, na medida em que, por meio de apenas uma demanda, chamada de demanda-piloto, é possível afetar inúmeros processos. Os efeitos práticos de um incidente e de uma ação coletiva, embora não sejam os mesmos, são semelhantes. Inevitáveis, então, são os questionamentos sobre a necessidade de se continuar com um modelo baseado em ações coletivas diante da superveniência de um procedimento que tem basicamente as mesmas finalidades.

Outro questionamento que emerge decorre da possibilidade de as partes do processo poderem desencadear a instauração do incidente diretamente no tribunal, o que significa, em última instância, a possibilidade de uma pessoa física provocar um pronunciamento judicial que tenha efeitos coletivos, de modo que, pelo menos em tese, estaria contornado o problema da falta de legitimação individual para a propositura de ações coletivas.

Com efeito, diferentemente do que sucede nas demandas coletivas, nas quais o indivíduo possui uma função de coadjuvante, ele terá, nos incidentes de coletivização, a oportunidade de se tornar um dos atores principais. Ele poderá, verificando a mera potencialidade de multiplicação de demandas com o mesmo objeto, requerer a instauração do incidente, buscando um procedimento judicial que vinculará todos os processos similares. Ademais, não somente a parte que provocou o procedimento, mas todos aqueles que tiverem com demandas em curso, bem como aqueles que tiverem interesse jurídico, poderão intervir no incidente, tudo, no entanto, dentro do controle do tribunal, que poderá limitar a participação, evitando o tumulto processual, semelhantemente ao que já vem ocorrendo nos julgamentos de recursos especiais representativos de controvérsia no âmbito do STJ. Nessa linha de raciocínio, o art. 1001 do relatório Barradas prevê que o “relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia”¹¹⁷.

Mesmo naqueles casos em que o incidente tenha se iniciado por provocação do Ministério Público, na sua atuação como fiscal da lei, haverá a necessidade de que o indivíduo atue incisivamente para o deslinde da controvérsia. E mais: mesmo que a provocação tenha partido do *parquet*, quando este atua como parte, os indivíduos que também sejam parte nos

116 CABRAL, Antônio do Passo. **O novo Procedimento-Modelo (Musterverfahren) alemão**. p.29.

117 BRASIL. PROJETO DE LEI DE REFORMA DO CPC. **Relatório levado a efeito pelo Deputado Federal Sérgio Barradas**. Altera as disposições do Projeto de Lei do Senado N° 8046, de 2010. p.1125.

processos similares poderão atuar no incidente apresentando documentos e requerendo diligências.

Diante da possibilidade de uma participação tão incisiva do indivíduo no novo incidente proposto, faz todo sentido, de fato, o questionamento sobre se subsistirá a necessidade de se abrir o sistema de legitimação das ações coletivas para contemplá-lo definitivamente como um legitimado. É que, embora a ação em que ocorra o incidente seja essencialmente individual, ela tem condição, ainda que pela via indireta, de produzir efeitos coletivos, na medida em que pode atingir inúmeras outras ações isomórficas. Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Fervenza Cantoario, nessa linha, afirmam que os incidentes, de fato, têm uma força coletiva, “porque afetam a uma constelação de pessoas que se veem envolvidas em litígios que giram em torno daquela mesma questão jurídica objeto do incidente”¹¹⁸.

A fim de responder ao questionamento proposto, a comparação entre o novo incidente e as tradicionais ações coletivas é imprescindível para a compreensão das implicações que o novo instituto processual pode provocar no campo da tutela coletiva de direitos. A exploração das funcionalidades de um e de outro sistema permitirá chegar às vantagens de se ter o reconhecimento da legitimação individual no aviamento de ações coletivas.

5.1 Necessidade de legitimidade individual nas ações coletivas frente à limitação temática do incidente de coletivização

A preocupação incidente de coletivização é buscar, como já ressaltado, uma solução para a multiplicação vertiginosa de processos que tenham o mesmo objeto e que poderiam, por isso mesmo, ser resolvidos de uma só vez, em um único pronunciamento judicial. As ações coletivas também compartilham dessa angústia de querer ver em um único processo e, conseqüentemente, em uma única decisão, a resolução de vários conflitos, ainda que potenciais. As dúvidas, entretanto, começam a surgir quanto ao objeto de aplicação do novel

118 BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. **O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil**: apontamentos iniciais. In: O novo Processo Civil Brasileiro (Direito em perspectiva): (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Luiz Fux (coord).. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 492.

instituto: a questão aqui consiste basicamente em perquirir se o incidente cuidaria dos direitos difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos ou apenas destes últimos.

O questionamento tem lugar em razão da maior aproximação entre as ações coletivas que veiculem direitos individuais homogêneos e o novo incidente, pois em ambos os procedimentos o que está em jogo são direitos individuais. Com efeito, no primeiro caso, conforme a lição já consagrada de Teori Zavaski, ainda que se possa falar de direitos individuais homogêneos como modalidade de direitos coletivos, o que existe, em realidade, é uma tutela coletiva de direitos individuais. Estes direitos, por permitirem a divisibilidade das pretensões entre os respectivos titulares, têm potencialidade, sobretudo se originários de um fato comum, para engendrar uma profusão de processos com um mesmo objeto. Dessa forma, tanto a ação coletiva quanto o incidente em tela teriam aptidão de permitir uma solução uniforme a situações em tudo semelhantes, evitando-se, dessa forma, a multiplicação de demandas repetitivas.

Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Ferverza Cantoario, entretanto, negam que exista essa equivalência de funções entre o incidente de coletivização e as ações coletivas quando se trata de direitos essencialmente coletivos – os difusos e os coletivos em sentido estrito. O argumento de que se valem tais autores é o de que, por terem a nota característica da indivisibilidade, referidos direitos não dariam espaço à multiplicação de processos, pois, naturalmente existindo apenas uma ação, todas as demais pretensões estariam nela inseridas. Advindo alguma ação com o mesmo objeto daquela demanda coletiva já proposta, estaria fadada à extinção sem exame do mérito em razão da litispendência ou coisa julgada. Afastada estaria, por conseguinte, a ameaça de multiplicação de processos, de modo que não teria, nesse caso, utilidade o instituto de coletivização¹¹⁹.

O raciocínio dos autores não parece correto. A questão é que, como já frisado, de um mesmo fato podem advir concomitantemente pretensões coletivas e individuais, podendo ocorrer que ambas estejam fincadas em uma mesma causa de pedir, a exigir uma manifestação judicial uniforme. O despejo de resíduos poluentes em um rio, por exemplo, pode dar origem a uma ação coletiva com o escopo de que o poluidor venha recompor o habitat natural, favorecendo desta forma toda a comunidade local, e, além disso, os ribeirinhos que forem diretamente prejudicados poderão aviar isoladamente ações individuais visando ao

119 BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza. **O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil**. p.496.

ressarcimento pelos prejuízos experimentados. Tanto em uma quanto na outra pretensão terão uma mesma causa de pedir (ocorrência do evento danoso e a violação de uma norma ambiental): a única distinção entre elas – e que, de resto, é o marco distintivo entre tutelas coletivas e individuais – é o pedido que cada ação veiculará em juízo.

A manifestação judicial, portanto, deverá fixar, em ambos os tipos de tutela, se houve, em razão da prática do fato danoso, a violação de uma mesma norma ambiental, é dizer, terá que apreciar a mesma causa de pedir tanto na pretensão coletiva quanto na pretensão individual, fixando uma tese jurídica uniforme para ambas. Ora, por acaso não é esse o propósito do incidente de resolução de demandas repetitivas: fixar uma tese que vinculará a fundamentação dos vários processos semelhantes? A ideia por trás do incidente não é que todos os pedidos formulados nos processos sejam decididos de uma mesma maneira, mas apenas que sejam decididos com base numa mesma fundamentação, com base na tese perfilhada no bojo do incidente no tribunal. Tanto assim que se pode cogitar, excepcionalmente, a possibilidade que os pedidos sejam decididos de maneira diversa, conforme as peculiaridades do caso concreto.

Dessa forma, não existe qualquer empecilho para que um incidente possa ter por objeto de análise direitos essencialmente coletivos, haja vista que podem, em determinadas situações, compartilhar de uma mesma causa de pedir com os direitos individuais. Assim, a fundamentação de uma demanda individual pode ser semelhante ao de uma demanda coletiva, em que pese seja a parte dispositiva da decisão naturalmente diferente e uma e outra situação.

Conforme apropriadamente explanam Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Ferverza Cantoario, o que vincula na decisão do incidente não é a parte dispositiva da decisão, mas sim a sua fundamentação. Haveria, por assim dizer, uma transcendência dos motivos determinantes da decisão. “A projeção *erga omnes*, no incidente, é só da razão de decidir, não da coisa julgada”, afirmam os autores¹²⁰.

Querer vedar o incidente para aquelas demandas que tenham por objeto direitos essencialmente coletivos revela uma incompreensão do conceito de “demandas repetitivas”, na medida em que, em uma visão restritiva, somente considera “repetidas” aquelas ações que tenham as mesmas causas de pedir e pedido. Essa postura restritiva se mostra presente quando se diz que o problema da multiplicidade de processos com referida modalidade de direitos

120 BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza. **O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil**. p.502.

estaria resolvido com a coisa julgada ou a litispendência, porquanto estes institutos pressupõem a identidade, além das partes, da causa de pedir e do pedido. Parece mais adequado enxergar o incidente a partir de uma perspectiva elástica para considerar “repetidas” aquelas demandas que tenham simplesmente a mesma causa de pedir, dotando, dessa forma, o procedimento proposto no projeto de maior efetividade¹²¹.

A discussão acerca da aplicabilidade do incidente de coletivização, buscando definir se este seria aplicável somente aos direitos individuais homogêneos, ou, ao contrário, se teria aplicação extensível aos direitos difusos e coletivos *em sentido estrito*, é de toda relevante para se definir se subsistirá a necessidade de se reconhecer a legitimação individual nas ações coletivas. É que, a prevalecer o entendimento de que seria aplicável somente aos direitos individuais homogêneos, haveria, a toda evidência, a necessidade de ainda se reconhecer a legitimidade individual para os demais direitos nas ações coletivas, sob pena de se ter um limbo em que nem um sistema nem o outro permitiriam ao indivíduo a oportunidade de iniciar um procedimento que produzisse efeitos coletivos quando os direitos fossem essencialmente coletivos.

Ainda é muito precoce para se delinear uma solução definitiva, haja vista que tudo depende não somente da aprovação do novo instituto, como também do entendimento que será perfilhado em doutrina e jurisprudência. Expõe-se às claras desde já, no entanto, que poderão surgir vários impasses teóricos que impedirão uma perfeita relação de substituição entre um procedimento e outro, o que fará subsistir ainda a necessidade de reconhecimento da legitimidade individual nas ações coletivas.

121 Fredie Didier Jr, ao tratar dos processos repetitivos, assinala uma visão ainda mais elástica: “De acordo com o modelo tradicional de conexão previsto nos arts. 103-105 do CPC, essas causas não poderiam ser consideradas conexas: não há pedido nem causa de pedir iguais. Também não há entre elas relação de prejudicialidade ou preliminaridade: a solução de uma em nada afeta a solução da outra. Trata-se de causas que se relacionam pela *afinidade* de algumas questões de fato ou de direito”. (DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 11º Ed. Salvador: *PODIVM*, v. 1, p.147).

5.2 Necessidade de legitimidade individual nas ações coletivas frente à efetividade limitada do incidente de coletivização

Um dos principais objetivos das ações coletivas é proporcionar um meio de tutela processual adequada para contornar aquelas situações em que agentes econômicos se valem da estratégia de causar pequenas lesões em massa, obtendo, com isso, vultosos lucros. Os lesados, em tais ocorrências, sentem-se desestimulados a irem individualmente a juízo para obterem ressarcimento pelos prejuízos, pois os custos dos processos, que, além do dispêndio financeiro, envolvem invariavelmente um desgaste físico-psicológico, superam as expectativas de retorno em benefícios com a demanda.

As ações coletivas, nessas hipóteses, constituem importante e poderoso instrumento agregador dessas pequenas pretensões em apenas uma demanda, tornando, dessa forma, não somente viável o processo, mas também substancial e ameaçador o comando judicial ao agente causador dos danos. Elas têm, pois, importante papel no equilíbrio das forças que atuam no mercado, importância que se faz sentir com maior intensidade no âmbito das relações de consumo, sobretudo diante da situação de vulnerabilidade do consumidor frente aos grandes agentes econômicos.

Com o julgamento do mérito favoravelmente aos lesados, haverá a formação de um título executivo judicial. Desse ponto, dois caminhos se abrem: ou os lesados, que nada mais são do que titulares de direitos individuais, poderão individualmente executar o título, liquidando o montante do prejuízo que experimentaram; ou, “decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível contra a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 [do CDC] promover a liquidação e a execução da indenização devida”.(art. 100, CDC). Neste último caminho, ocorrerá uma execução coletiva, cujo valor será revertido a um fundo específico (v.g., fundo de defesa do consumidor).

A execução coletiva se mostra muito mais eficiente como instrumento de repressão e prevenção de condutas ilícitas, a despeito de todas as dificuldades de operacionalização, do que a execução levada a efeito pelo lesado individualmente. Isso porque, na execução coletiva de uma condenação de pagar quantia certa, todos os valores são executados de uma só vez, somando um montante substancial a ser pago pelo devedor. Difere daquela situação em que os lesados promovem pequenas execuções no patrimônio deste, cujo montante, em vez de

reprimir, incentiva-o a continuar a praticar as suas condutas ilícitas, pois que lucrativas. Observe que, do mesmo modo que o agente violador não se sente inibido com pequenas ações individuais reivindicando ressarcimento dos danos, não se sentirá constrangido com pequenas execuções individuais. Há casos, portanto, que somente uma execução coletiva resolverá o problema.

A partir dessa constatação, fica fácil perceber que o incidente processual proposto certamente apresentará falhas de efetividade, na medida em que não proporcionará a possibilidade de uma execução coletiva. Pela sistemática idealizada, o objetivo do incidente é que o tribunal, ao julgar as questões de direito da causa-piloto, fixe uma tese jurídica geral aplicável a todos os processos semelhantes pelos juízes de 1º instância, o que inviabilizará a formação de um título executivo judicial geral e único, uma vez que cada juiz é que julgará o caso concreto que lhe foi posto para apreciação, de modo que em cada processo será formado um título executivo.

Além da formação dessa profusão de títulos executivos judiciais, outra realidade é que o incidente pressupõe a existência de um processo em andamento. Segue-se, então, que aquelas lesões que ainda não culminaram na instauração do processo ficarão na pendência deste fato para se beneficiarem dos efeitos da resolução da questão de direito pelo tribunal. Andrea Barbosa e Diego Fervenza defendem, nesse sentido, que a decisão da corte produzirá efeitos prospectivos para alcançar os processos futuros que encerrem a mesma controvérsia jurídica do que fora decidido¹²². Mais eficiente, uma ação civil pública para a proteção de direitos individuais homogêneos tem potencial para abranger, numa única oportunidade, todas as lesões, presentes e futuras, provocadas por um fato, ressalvando, entretanto, que, em existindo processo pendente, a parte autora deste, para poder usufruir dos efeitos da decisão na ação coletiva, deverá requerer, dentro de certo prazo, a suspensão do seu processo individual. Enquanto no primeiro caso as lesões são levadas episodicamente ao judiciário, dependendo da iniciativa de cada lesado, no segundo todas elas são, pelo menos em tese, processualizadas de uma só vez.

122 Nesse sentido, afirmam os autores: “Não faria muito sentido que a decisão do incidente valesse apenas para os processos já instaurados. Do contrário, seria possível se instar o tribunal, todo o tempo, a se manifestar sobre uma questão que já se manifestou. Haveria grande desperdício de tempo e energia por parte dos litigantes e dos órgãos jurisdicionais. A cada vez que uma nova ação contendo aquela discussão fosse ajuizada, um novo incidente poderia ser instaurado”. (BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. **O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil**. p.480).

Dois efeitos práticos podem ser extraídos dessa possibilidade de aplicação prospectiva dos efeitos do incidente. O primeiro seria a inibição de novos processos, uma vez que, resolvida a questão de direito pelo tribunal, cujo posicionamento terá efeito vinculante, aqueles que estiverem em situação desfavorecida pela tese adotada se absterão de ingressar com novas demandas, pois a expectativa de verem o seu pleito prosperar será deveras baixa. Demais disso, o segundo efeito é justamente o contrário, o incentivo de novos processos, porquanto aqueles que estiverem em situação favorecida pela tese adotada se sentirão incentivados a ingressar com as suas respectivas ações, em razão da grande possibilidade de terem sucesso na demanda.

Nesta última hipótese, imaginando uma situação em que a tese perfilhada tenha sido favorável a um conjunto de lesados que ainda não tenham ingressado com a ação judicial, certamente vários deles irão buscar o judiciário para reaver os prejuízos fluentes do ato lesivo. O problema, entretanto, é que também se pode ter por certo que muitos, por vários motivos (talvez o mais recorrente seja o desconhecimento da existência do incidente), deixarão de ingressar com as suas ações, o que representará uma situação de relativa impunidade ao causador dos danos. Esse problema, que tem a ver diretamente com a questão do acesso à justiça, não existiria em uma ação coletiva proposta por um indivíduo, uma vez que todas as lesões estariam contempladas em uma única demanda, salvo aquelas em que os titulares exerceram o direito de retirada. Mesmo que eles não compareçam para liquidar os seus prejuízos na fase de execução – o que também é bastante comum –, há a possibilidade de execução coletiva por um dos legitimados coletivos.

Diante do exposto, é possível concluir que, para essas situações em que são perpetrados pequenos danos em massa, as ações coletivas podem mostrar mais eficiência do que o incidente de resolução de demandas repetitivas. Este instituto, por não abranger todas as lesões praticadas e, além disso, não permitir a formação de um título executivo judicial único, pode constituir não somente um grave entrave ao acesso à justiça, mas também um incentivo, em razão da impunidade, a que causador dos danos continue a praticá-los.

A superioridade das ações coletivas em alguns aspectos, por sua vez, constitui fundamento suficiente para que não somente continuem a existir quando do advento do novo instituto, mas também para nelas seja reconhecida a legitimidade do indivíduo. Somente se o incidente tivesse as mesmas funcionalidades e a mesma eficiência que as ações coletivas, é que se poderia afastar a necessidade de reconhecimento da referida legitimação. Do contrário,

o indivíduo terá que continuar dependendo dos demais legitimados para fazer frente às arbitrariedades daqueles que, para obterem lucros, praticam pequenas lesões em massa.

5.3 Ação coletiva e incidente de resolução de demandas repetitivas: o falso duplo caminho

O reconhecimento da legitimação individual para a propositura de ações coletivas e a aprovação do incidente de resolução de demandas repetitivas tal como proposto no projeto de lei e no relatório Barradas gerará uma situação em que o indivíduo poderá, pelo menos em tese, optar por um ou outro caminho, conforme a sua conveniência. Ao propor uma ação, poderá requerer tanto a certificação desta como coletiva, nos moldes do que ocorre com a *class action* norte-americana, quanto à instauração do incidente de coletivização. A dupla opção, vale anotar, não ocorre por uma sistematização do legislador, mas antes pela superposição de sistemas que têm, sobretudo no que toca aos direitos individuais homogêneos, objetivos semelhantes, que se relacionam com a necessidade de resolução conjunta de causas repetitivas¹²³.

A escolha de um ou outro procedimento repercutirá obviamente nos efeitos que serão produzidos. No caso de se requerer a certificação da ação coletiva, o indivíduo deverá demonstrar a sua representatividade adequada, pois a ação com essa qualificação significa que ele se torna um legítimo representante dos interesses dos ausentes. A imutabilidade dos efeitos do comando da decisão judicial (coisa julgada) somente será estendida àqueles que tiverem pessoalmente experimentado o dano se o pedido for julgado procedente, isto é, *in utilibus*. De outra parte, caso ele opte por requerer a instauração do incidente de coletivização, não precisará demonstrar a sua representatividade adequada, pois aqueles que tiverem os seus processos suspensos, poderão atuar ativamente no deslinde da matéria de direito no tribunal. Além disso, fixada a tese jurídica, esta deverá, necessariamente, ser aplicada por aqueles

123 Vale ressaltar que, na ausência de uma legitimação individual geral para ações coletivas no Brasil, a referência aqui é ao procedimento adotado nas *class actions* americanas, em que um indivíduo propõe uma ação que até então é apenas individual e, em seguida, requer seja ela certificada como coletiva. Não sendo certificada pelo magistrado como coletiva, por não preencher os requisitos legais, poderá o autor optar entre desistir da demanda ou prosseguir como ela, como ação individual. Nada impede, no entanto, que, em havendo o reconhecimento da legitimação individual no modelo brasileiro, o indivíduo possa, à semelhança do que já ocorre nas ações populares, propor diretamente a ação coletiva. Pode-se, dessa forma, idealizar um modelo em que o indivíduo proponha, por exemplo, diretamente uma ação civil pública, que, se não preencher os requisitos legais, poderá ser considerada inepta pelo magistrado e, conseqüentemente, indeferida.

magistrados que estiverem presidindo os feitos paralisados, o que se assemelha, na prática, a uma espécie de coisa julgada *pro et contra*¹²⁴.

Estrategicamente, há uma grande vantagem de se requerer a certificação de uma ação como coletiva, ainda que se tenha predileção pelo incidente. Pois, se uma ação é recebida como coletiva, isso já é um forte indício de que a matéria controvertida tem potencialidade para gerar multiplicação de processos repetitivos. Tudo indicaria, então, para que a ação coletiva fosse escolhida como causa representativa da controvérsia. Conforme assinala Andrea Barbosa e Diego Cantoario, “nada impede, muito pelo contrário, tudo recomenda que a ação-piloto seja coletiva”¹²⁵.

Não há nenhum óbice, portanto, para que uma ação coletiva seja escolhida como causa-paradigma do julgamento de um incidente de resolução de demandas repetitivas. O indivíduo poderá primeiramente requerer a certificação da demanda proposta para que seja recebida como coletiva e, juntamente com esse requerimento, solicitar que, após, seja instaurado o procedimento incidental.

De outra perspectiva, supondo que o indivíduo não tenha por qualquer motivo interesse na instauração do incidente, este lhe pode ser imposto mesmo que tenha optado pela via da ação coletiva. É que pode ocorrer de o Ministério Público, atuando como fiscal da lei, requerer a instauração do incidente, de modo que o processo passará a seguir a regência deste procedimento.

Esta possibilidade é bastante interessante do ponto de vista prático porque permite contornar as dificuldades de ambos os institutos. Manifestando-se o *parquet* pela instauração do incidente em uma ação coletiva, a regulamentação deste instrumento que for incompatível com a nova sistemática de resolução de demandas repetitivas não deverá ser aplicada. Não haverá mais, pois, a oportunidade de aqueles que tiverem sofrido pessoalmente o prejuízo optarem por continuarem com as suas ações individuais para se furtarem aos efeitos do que for decidido na via coletiva: com a resolução da questão de direito pelo tribunal, os efeitos se irradiarão a todos os processos que tiverem o mesmo objeto de controvérsia. Em outras

124 Logicamente não se pode falar em coisa julgada no incidente de coletivização, uma vez que o que vincula os magistrados de grau inferior não é o dispositivo da decisão, mas sim as razões de decidir, ou seja, a fundamentação. Porém, não há de se negar essa vinculação dos motivos assemelha-se, em termos práticos, aos efeitos decorrentes da coisa julgada, vez que o magistrado deverá seguir o entendimento preestabelecido pelo tribunal.

125 BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza. **O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil**. p.493.

palavras, não poderá mais falar em extensão dos efeitos da coisa julgada apenas para beneficiar os prejudicados pelo ato lesivo (*in utilibus*), pois tal regramento se mostra em descompasso com a vinculação *erga omnes* das razões de decidir edificadas no incidente. Contornados também estarão os problemas de acesso à justiça do novo modelo, apresentados no tópico anterior, pois, uma vez proposta uma ação coletiva, todas as lesões, em tese, serão abrangidas pelo comando judicial.

Claro está, portanto, que a liberdade de escolha do indivíduo está restringida pela possibilidade de o membro do Ministério Público poder requerer a instauração do incidente. Mesmo que haja nítidas vantagens em se optar pela ação coletiva, mesmo que posteriormente seja instalado o incidente, o fato é que o regramento jurídico processual que será aplicado ao caso concreto dependerá, em última instância, da vontade desse órgão. A ideia de que existe um duplo caminho pelo qual o interessado pode seguir é, pois, falsa.

6 A LEGITIMIDADE DO INDIVÍDUO NAS AÇÕES COLETIVAS TRABALHISTAS

As ações coletivas exercem hoje grande influência no Direito Processual do Trabalho, sendo bastante comum o aviamento de ações civis públicas para a proteção dos direitos da classe laboral, principalmente por iniciativa do Ministério Público do Trabalho. Não obstante se trate de um ramo de direito especializado, quando se trata do tema das ações coletivas, acaba-se recorrendo à legislação comum, sobretudo à lei de Ação Civil Pública e ao Código de Defesa do Consumidor, pois não há uma legislação específica para tratar somente da ação civil pública trabalhista. A mera constatação de que existem direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos na seara trabalhista já é motivo suficiente para justificar a utilização de todo o instrumentário processual de tutela coletiva¹²⁶.

Não se pode negar a utilidade das ações coletivas para o trato das matérias trabalhistas diante das peculiaridades das relações de trabalho. Normalmente se tem nelas uma massa de trabalhadores prestando os seus serviços em um mesmo ambiente e em condições análogas para um mesmo empregador ou conjunto de empregadores. Essa relativa homogeneidade cria um ambiente propício para que lesões coletivas de diferentes modalidades sejam facilmente praticadas. A título de exemplo, pode-se imaginar a situação em que o empregador obriga seus funcionários a trabalharem sem equipamentos de proteção individual. Nesta hipótese, pode-se falar em direitos individuais homogêneos, supondo-se tenha ocorrido um acidente de trabalho que tenha atingido inúmeros trabalhadores, pois as lesões são provenientes de um único fato; em direitos coletivos, considerando-se a existência de um regulamento empresarial que imponha a proibição de uso dos equipamentos, pois os trabalhadores estão vinculados à parte contrária por meio de uma mesma relação jurídica básica, o contrato de trabalho; e direitos difusos, levando-se em conta aqui o meio ambiente do trabalho, pois se trata de hipótese fática que expõe à saúde física e psíquica dos empregados, interesse esse cuja

126 Marcos Neves Fava, buscando justificar a utilização das ações coletivas na seara trabalhista, arrola várias razões para isso. “A primeira coincide [...] com os minúsculos direitos, se individualmente tomados, decorrentes da minudente legislação laboral pátria; a segunda, que são de um grupo de trabalhadores, em situação homogênea, diante do contratante; a terceira, a existência de uma gama de violações estupendas de direitos fundamentais, contra as quais não há condição de defesa individual; a quarta, a busca de tutela de direitos trabalhistas, no curso do contrato, mostra-se, em regra, impossível, em razão das represálias impostas ao trabalhador; e a quinta, que da última decorre, a tutela dos interesses que se dá após o contrato é apenas reparadora e não soluciona a lide potencial” (FAVA, Marcos Neves. **Ação Civil Pública Trabalhista: teoria geral**. São Paulo: LTr, 2005, p.102).

proteção interessa não somente a estes, mas também a toda a sociedade. Logicamente, tudo vai depender do pedido que é formulado em juízo.

Além do caso aludido, a prática trabalhista pode fornecer inúmeros exemplos que exigiriam uma intervenção judicial coletiva. A prática da escravidão nos tempos modernos, que consiste normalmente na submissão de trabalhadores a condições sub-humanas de trabalho forçado. A exploração do trabalho infantil, ceifando das crianças e adolescentes a oportunidade de lazer e saúde, de modo que lhes tolhe qualquer possibilidade de ascensão social pelos estudos e impõe a perpetuação da pobreza. A imposição de uma jornada de trabalho violadora dos limites constitucionais pré-estabelecidos, fazendo que os empregados trabalhem várias horas excedentes sem qualquer tipo de compensação. A instituição de cooperativas com o objetivo de burlar a caracterização do vínculo de emprego e as previsões assecuratórias da legislação trabalhista. As discriminações de toda natureza no ambiente de trabalho, notadamente as raciais e as de sexo. As dispensas coletivas praticadas normalmente em épocas de crises econômicas¹²⁷.

Diante desse contexto de consagrada utilização da ação civil pública no campo do Direito do trabalho, ganha interesse a análise da repercussão que eventual reconhecimento da legitimação individual teria na esfera laboral. Este capítulo, então, propõe-se a analisar as vantagens de poder o trabalhador aviar uma ação coletiva para defesa não somente dos seus próprios interesses – como sói ocorrer atualmente -, mas também de todos aqueles que se encontram na mesma condição, normalmente os seus colegas de trabalho.

Certo é, de um lado, que lesões aos direitos trabalhistas estão sendo praticadas a todo o momento nos mais diversos ambientes de trabalho e, de outro, que o Ministério Público e as entidades sindicais, principais representantes judiciais dos trabalhadores em ações trabalhistas coletivas, não têm conseguido alterar essa realidade. Isso se deve basicamente às limitações estruturais desses representantes, que, em face da grande demanda de violações, acabam selecionando aquelas que são mais graves.

A pergunta que se coloca então é se não seria razoável abrir as portas das ações coletivas para que os trabalhadores pudessem entrar para a luta em igualdade de condições com o empregador. Não seriam essas ações instrumentos importantes para que os

127 Os exemplos também são trazidos por Marcos Neves Fava para discorrer sobre a utilidade das ações coletivas, mormente da ação civil pública, no âmbito trabalhista. (FAVA, Marcos Neves. **Ação Civil Pública Trabalhista**. p.102-129).

trabalhadores, normalmente em condição de vulnerabilidade, pudessem contornar essa limitação? Parece que a grande vantagem dessa sistemática seria tornar aqueles que estão mais próximos das lesões, os trabalhadores, verdadeiras sentinelas dos direitos trabalhistas, armados não mais com meras ações individuais, que nem arranham o poder econômico da classe econômica, mas com poderosas armas coletivas.

6.1 A legitimação individual como instrumento de minimização dos efeitos deletérios da prescrição trabalhista durante a vigência do contrato de trabalho

Uma das funções da prescrição é evitar a discussão sobre matérias estabilizadas pelo transcurso do tempo, garantindo, dessa forma, a estabilidade das relações jurídicas e, conseqüentemente, a pacificação social. Permite que questões de maior complexidade possam ser sedimentadas, ainda que a solução obtida não seja a mais esperada pelas partes¹²⁸.

De outra perspectiva, a incidência da prescrição representa uma punição àquele que demorou a perseguir a realização do seu direito diante de uma violação. Ainda que o transcurso do tempo prescricional não signifique a má-fé daquele que pleiteia a atualização do seu direito fora de tempo, “convencionou-se falar em presunção de falta de direito para aqueles que tardam a buscar proteção do judiciário sem motivo aparente”¹²⁹.

No campo do Direito do Trabalho, a questão da prescrição assume uma posição peculiar. Como por demais sabido, esse ramo do direito conhece, regra geral, dois prazos prescricionais básicos: o quinquenal, para a reclamação das verbas trabalhistas durante a vigência do contrato de trabalho; e o bienal, para as reclamações posteriores ao encerramento desse contrato.

Não há, portanto, no direito trabalhista, suspensão do prazo prescricional durante a vigência do contrato de trabalho, embora o prazo para essas hipóteses seja mais elástico (de cinco anos). Difere, nesse ponto, do modelo italiano, em que há referida suspensão, pelo que

128 SILVA, Homero Batista Mateus. **Ações coletivas interrompem a prescrição das pretensões individuais trabalhistas?** In: Ação Coletiva na visão de juizes e procuradores do trabalho. José Hortêncio Ribeiro Jr (org.) São Paulo: LTr, 2006, p. 219.

129 SILVA, Homero Batista Mateus, *op. cit.*, p. 220.

se fala em “prescrição diferida”¹³⁰. O transcorrer desse prazo durante o pacto laboral, em razão da não suspensão, representa, indubitavelmente, prejuízo ao trabalhador, que, sob subordinação econômica e jurídica direta ao empregador, não tem condições de livremente lhe opor os seus direitos sem que a isso corresponda uma ameaça real de demissão.

Pertinentes, nesse ponto, as indagações do magistrado trabalhista Homero Batista Mateus da Silva, quando este afirma: “a subordinação do empregado em face do empregador não é motivo mais do que suficiente para justificar o seu silêncio?” E continua: “Quem ousará dizer que o empregado deve se sentir livre e leve para ajuizar a demanda trabalhista na vigência do contrato de trabalho, que não lhe assegura a mínima garantia de manutenção?”¹³¹ Com efeito, a menos que o empregado queira realmente ser demitido (o que não é nada destoante da prática), dificilmente o empregado ingressará com uma reclamação trabalhista na permanência do vínculo de emprego¹³².

Essa realidade lamentavelmente faz com que a justiça trabalhista seja conhecida como a justiça dos desempregados. Pois, praticamente impossibilitados de pleitear o respeito aos seus direitos quando da vigência do pacto laboral, restam aos trabalhadores esperar o término do vínculo para então poderem buscar as verbas trabalhistas que permaneceram incólumes à prescrição.

Agrava mais a situação o fato de que não são todos os trabalhadores lesados que, ao fim do vínculo, procuram o judiciário para efetivar os seus direitos. E aqueles que tomam a iniciativa de assim fazê-lo normalmente se veem às voltas com acordos que sempre importam em renúncias em favor do empregador. Gera-se, com esse quadro, uma situação de impunidade e de incentivo a que o tomador de serviço, valendo-se de sua posição de vantagem, continue a perpetrar suas arbitrariedades.

A proposta de aplicação das ações coletivas à justiça do trabalho tem a função, dentre outras, de minimizar essa relação de vulnerabilidade em que se encontra o empregado sobretudo durante a vigência do contrato de trabalho, porquanto “pode funcionar como uma ‘ação sem rosto’, porque disponibiliza proteção genérica, de caráter transindividual, sem comprometimento do emprego em curso e com aproveitamento da coisa julgada *ultra*

130 SILVA, Homero Batista Mateus. **Ações coletivas interrompem a prescrição das pretensões individuais trabalhistas?** p. 222.

131 SILVA, Homero Batista de Mateus, *op. cit.*, p.222.

132 Em situação mais difícil se encontram aqueles trabalhadores que não são sindicalizados, pois que nem aos sindicatos podem recorrer para resolverem os seus problemas.

partes”¹³³. A ideia, grosso modo, é a de que um legitimado coletivo, que em tese não teria a nada temer, pudesse obter um provimento judicial que aproveitasse a toda a coletividade de trabalhadores impossibilitados pela coação do empregador de ingressar com as suas respectivas demandas individuais.

Minimiza-se, com isso, o risco de que as pretensões dos empregados sejam atingidas pela prescrição quando estes estão impossibilitados de fazer valer os seus direitos em razão da coação a que estão submetidos. Em se formando o título executivo judicial na ação coletiva, os danos individualmente sofridos poderão ser liquidados e executados. Repare, no entanto, que o modelo de execução idealizado no CDC, em que cada lesado comparece para demonstrar o *quantum* do seu prejuízo, não se mostra adequado à seara trabalhista, uma vez que subsiste o citado problema da coação, porquanto cada empregado teria que adotar uma postura ativa contra o seu empregador quando da habilitação. Parece mais razoável admitir-se a aplicação prevista no art. 878 da CLT para permitir que o magistrado do feito possa de ofício iniciar o procedimento executório, evitando, dessa forma, ao máximo, a exposição dos obreiros.

O papel de levar várias pretensões de uma só vez por meio de ações coletivas ao judiciário trabalhista é exercido, na atual sistemática, principalmente pelo Ministério Público do Trabalho e pelos sindicatos. Esse modelo, no entanto, tem-se mostrado insuficiente em razão das inúmeras relações de trabalho que são travadas nas situações mais triviais da vida, nas quais invariavelmente são perpetradas lesões aos direitos dos trabalhadores, o que torna impossível a atuação efetiva dessas instituições, sobretudo por conta de suas limitações estruturais.

A legitimação individual, nesse aspecto, teria a vantagem de potencializar o trato coletivo das demandas trabalhistas, suprindo a deficiência de atuação dessas instituições. A ideia fundamental aqui é que aquele trabalhador que resolvesse entrar com uma demanda durante a vigência do contrato ou após o término deste pudesse levar ao judiciário não somente a sua pretensão individual, mas sim a de todo um conjunto de trabalhadores vinculados a um mesmo empregador.

Sucedem que uma reclamação trabalhista, mesmo tendo de regra por objeto uma lide individual, normalmente é um indicativo de que as lesões levadas a efeito pelo empregador

133 FAVA, Marcos Neves. **Ação Civil Pública Trabalhista**. p.102.

não são isoladas, mas antes se repetem em relação ao restante de seus empregados, sobretudo por conta da similitude fática existente entre as situações daqueles que se encontram em um mesmo ambiente de trabalho. Com efeito, quando o reclamante comparece à justiça trabalhista pleiteando o pagamento de horas extras, sob a alegação de que o reclamado lhe forçava a assinar o seu ponto após o início efetivo da jornada de trabalho ou antes do término desta, tal fato constitui forte indício de que tal procedimento tenha se repetido em relação aos seus companheiros de trabalho.

Poder-se-ia dizer, em face dessa constatação, que o dano individual levado a juízo em uma reclamação trabalhista é representativo de um dano coletivo. Por que então não se admitir que uma demanda dessas seja certificada como coletiva, de modo a beneficiar aqueles trabalhadores que estão com o mesmo problema, os quais, muitas vezes, importante repetir, encontram-se sob a coação do empregador? Não se pode aceitar que um magistrado se limite a julgar uma mera questão individual quando tem convicções de que o dano atinge inúmeros trabalhadores que estejam nas mesmas condições.

Seria interessante um modelo de legitimação individual baseado nas *class actions* norte-americanas, no ponto em que um indivíduo tem condições legais de requerer que sua ação seja certificada e recebida como coletiva, de modo que não somente a sua questão seja julgada, mas a de todos que se encontram na mesma situação legitimante. Assim, proposta uma reclamação trabalhista, poderia o magistrado, mediante provocação do reclamante, transformá-la em coletiva, ampliando o objeto da lide, oportunizando, conseqüentemente, a análise, por exemplo, a um só tempo, de vários direitos individuais homogêneos dos trabalhadores. Tal mecanismo poderia, em um vaticínio deveras otimista, até mesmo transformar o trato coletivo das demandas em regra e o individual, em exceção.

A legitimação do indivíduo na esfera trabalhista, ao proporcionar o incremento da tutela coletiva durante o curso do pacto laboral, contribuirá para mudar a realidade da justiça trabalhista, que hoje se contenta com a reparação em pecúnia dos prejuízos sofridos pelo trabalhador, como se a integridade física e mental do trabalhador fosse um bem que pudesse ser alienado. A possibilidade de aviamento de uma ação coletiva enquanto ainda vigente o contrato de trabalho constitui importante expediente não somente para evitar que direitos trabalhistas prescrevam, mas também para garantir que haja uma tutela específica do direito discutido.

Rodrigo Lacerda Carelli, ao referir-se ao procedimento trabalhista, critica eloquentemente a forma como são tratados os direitos trabalhistas durante as inúmeras tentativas de acordo pelas quais o trabalhador tem que passar, e sugere que tais situações se assemelham a um verdadeiro “balcão de comércio” em que referidos direitos são postos à venda. E, contrapondo-se a essa realidade, afirma peremptoriamente o autor: “Os Direitos Sociais, enquanto Direitos Fundamentais, devem ser efetivados e garantidos pelo Estado, e não meramente indenizados após serem desrespeitados”¹³⁴.

6.2 A legitimação ativa do indivíduo nas ações anulatórias de cláusulas convencionais

Sabe-se que no Direito do Trabalho os instrumentos convencionais constituem uma importante fonte de direito, uma vez que, por meio deles, regras jurídicas e obrigações trabalhistas podem ser definidas. Nesse campo das negociações coletivas, assumem função de destaque as convenções coletivas de trabalho e os acordos coletivos de trabalho¹³⁵. Segundo Maurício Godinho, as duas figuras jurídicas “distinguem-se em face dos sujeitos pactuantes e do âmbito de abrangência de suas regras jurídicas”¹³⁶.

Com base nesses critérios, diz-se que as negociações coletivas são sempre travadas e subscritas pelos sindicatos das classes econômica e obreira, e, em decorrência disso, tendem a produzir efeitos no âmbito territorial dessas entidades. Os acordos coletivos, por sua vez, possibilitam que os empregadores possam fixar regras e obrigações diretamente com o sindicato da classe trabalhadora, dispensando, dessa forma, a participação do sindicato patronal. Normalmente os acordos produzem efeitos somente em relação aos empregados da empresa ou conjunto de empresas convenientes, tendo, por isso, abrangência bem mais restrita do que as convenções¹³⁷.

Não raro as cláusulas desses acordos violam direitos fundamentais dos trabalhadores. Para remediar situações como essas, a Lei Complementar n. 75/93 tratou de prever, no inciso

134 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **As ações coletivas e o combate às terceirizações ilícitas**. In: Ação Coletiva na visão de Juízes e Procuradores do Trabalho. José Hortêncio Ribeiro Jr (org.) São Paulo: LTr, 2006, p. 212.

135 A referência tão somente aos acordos e convenções coletivos fundamenta-se no fato de que esses são os instrumentos de negociação coletiva mais comuns, uma vez que os contratos coletivos de trabalho padecem no Brasil de uma regulamentação mais incisiva, razão por que são ignorados pela prática trabalhista.

136 DELGADO, Maurício Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho**. 4º Ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 153.

137 DELGADO, Maurício Godinho, *op. cit.*, p. 154.

IV do art. 83, a possibilidade de o Ministério Público da União ingressar com ação declaratória de nulidade de contrato, acordo ou convenção coletiva. Dessa forma, firmada uma convenção coletiva em que seja estipulada em cláusula a supressão do intervalo intrajornada do trabalhador, abre-se espaço para que o Ministério Público do Trabalho, como órgão integrante do MPU, possa aviar ação civil pública visando à declaração de nulidade da referida cláusula, argumentando, por exemplo, que o intervalo em questão é fundamental para a garantia para a segurança, saúde e higiene do empregado.

Embora a previsão expressa da ação anulatória de cláusula convencional esteja exclusivamente na lei de carreira do MPU, entende Mauro Schiavi que “a legitimação do Ministério Público para propor ação anulatória não é exclusiva e sim concorrente, pois todas as partes que sofrem os efeitos da norma coletiva têm legitimidade para postular sua anulação”¹³⁸. Trata-se de uma interpretação ampliativa do art. 486 do CPC, que fixa que os “atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil”¹³⁹.

Seguindo esse posicionamento, os sindicatos convenentes, bem como os trabalhadores, poderiam propor a ação anulatória de cláusula convencional, pois tanto aqueles quanto estes sofrem diretamente os efeitos do acordo ou convenção coletiva. Há controvérsias, no entanto, quanto à legitimação dos sindicatos, vez que, por participarem diretamente das negociações, dificilmente conseguiriam demonstrar o interesse na anulação. Contudo, não é difícil imaginar uma situação em que uma federação sindical tenha firmado uma negociação coletiva sem a aprovação da maioria dos sindicatos, caso em que os dissidentes poderiam oferecer impugnação judicial por meio de ação anulatória.

No respeitante à legitimidade ativa do indivíduo para a propositura de ação anulatória de cláusula convencional, o raciocínio é o mesmo aplicável aos sindicatos, que detêm legitimidade por serem diretamente afetados pelo acordo ou convenção coletiva. Dessa forma, o trabalhador, por ser o principal destinatário dessas normas negociais, possui legitimidade para propor referida ação. Entretanto, esse entendimento é deveras contraditório na doutrina.

138 SCHIAVI, Mauro. **Ação anulatória de normas convencionais e as associações sem caráter sindical**. p.11. Disponível em: www.lacier.com.br/artigos/01.doc. Acessado em: 04/09/2012.

139 Essa interpretação extensiva tem como pressuposto a natureza contratual dos acordos e convenções coletivas. Trata-se de um ato jurídico negocial que, como qualquer outro, pode ser anulado por uma ação anulatória. Schiavi, entretanto, alerta para a natureza híbrida do instituto: “Complexa se mostra a natureza jurídica da norma coletiva, pois é um misto de contrato e norma jurídica. Entendemos que a natureza jurídica da norma coletiva é híbrida, ou seja, um misto de contrato e regra. Tem caráter contratual e normativo simultaneamente”. (SCHIABI, Mauro, *op. cit.*, p.13).

Carlos Henrique Bezerra Leite afirma que “o trabalhador que se declarar lesado por uma cláusula de convenção ou acordo coletivo, bem como do contrato individual de trabalho, também poderá propor a ação anulatória da cláusula respectiva.” Logo após, o mesmo autor, desfazendo o que acabara de afirmar, assevera que, neste caso, “a ação será processada como reclamação trabalhista comum, admitindo-se a formação de litisconsórcio facultativo entre os trabalhadores atingidos (dissídio individual plúrimo)”¹⁴⁰. Schiavi, em raciocínio semelhante, entende que os empregados e empregadores, individualmente, podem ingressar com ações anulatórias de norma coletiva, já que sofrem diretamente os efeitos do referido instrumento¹⁴¹. Porém este mesmo autor, sem perda de tempo, afirma, logo após, que, nessa hipótese, “a ação é individual e não coletiva”¹⁴².

O entendimento desses dois autores, que optaram por uma postura conservadora, justifica-se pelo fato de que o reconhecimento da legitimidade do indivíduo para o ajuizamento de ações anulatórias de cláusulas convencionais significa, na prática, atribuir-lhe condição de ingressar com demandas de natureza coletiva. Com efeito, a anulação de cláusula convencional tem índole eminentemente coletiva em razão da própria natureza coletiva da avença. Assim, anulada uma cláusula que prejudicava determinada categoria de obreiros, e transitando em julgado a decisão, todos os trabalhadores desta classe serão beneficiados pela extensão da coisa julgada.

Talvez o principal entrave para o reconhecimento da legitimação coletiva do indivíduo no Direito Processual do Trabalho seja a interpretação restritiva que os autores dão ao art. 8º, III, da Constituição Federal, que estabelece que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. A partir desse dispositivo se argumenta que somente os sindicatos deteriam competência para representar os direitos coletivos dos trabalhadores¹⁴³. Os indivíduos,

140 LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 9ª Ed. São Paulo: LTr, 2011, p.1323.

141 SCHIAVI, Mauro. **Ação anulatória de normas convencionais e as associações sem caráter sindical**. p.11.

142 SCHIAVI, Mauro, *op. cit.*, p.12.

143 Essa restrição não se aplica obviamente ao Ministério Público, que possui competência constitucional expressa para a propositura de ações civis públicas no art. 129, III, da CF, cuja dicção estabelece que lhe cabe “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difuso e coletivos.” Há, entretanto, em direito do trabalho, certa controvérsia sobre a legitimação do *parquet* no tocante à possibilidade de impetração de ação civil pública visando à defesa dos interesses individuais homogêneos, dado que a carta magna, no dispositivo mencionado, somente faz referência a interesses “difusos” e “coletivos”. Ressalte-se, todavia, que a tendência caminha no sentido de considerar o Ministério Público para defesa dos interesses coletivos em sentido lato, incluindo, portanto, os individuais homogêneos, em razão da interpretação extensiva atribuída ao *caput* do art. 127 da norma

destarte, não teriam poderiam ser considerados sujeitos coletivos no campo do direito laboral¹⁴⁴.

A interpretação que vem sendo feita desse dispositivo específico parece, no entanto, equivocada. Trata-se de uma norma que tem por escopo principal proporcionar maior proteção ao trabalhador, garantindo o direito da classe laboral de se ver representada por uma associação sindical que efetivamente lute pelos interesses da categoria. É uma regra que estabelece um privilégio aos sindicatos como *meio* para se atingir uma *finalidade*, a saber, a busca de melhores condições de trabalho. Seria, portanto, contrário aos propósitos da Constituição interpretar o preceito normativo em tela em detrimento dos próprios obreiros, garantindo a exclusividade da atuação coletiva aos entes sindicais.

Acontece que, não raras vezes, os interesses dos trabalhadores entram em conflito com os dos sindicatos que os representam. Basta imaginar um acordo ou uma convenção coletiva em que se tenha abdicado de direitos da classe laboral, nos limites da flexibilização permitida pela Constituição Federal, sem que, no entanto, a isso tenha correspondido qualquer contraprestação pela classe empregadora, de modo a caracterizar não uma negociação coletiva, que pressupõe concessões recíprocas, mas apenas uma renúncia unilateral de direitos. Negar legitimação aos trabalhadores para questionar as cláusulas convencionais firmadas em tais casos corresponderia a deixá-los refém das arbitrariedades praticadas pelas entidades sindicais¹⁴⁵.

Carlos Henrique Bezerra Leite alerta que a maioria das ações anulatórias de cláusulas convencionais aviadas pelo Ministério Público do Trabalho tem a ver com a instituição de contribuição confederativa para não sindicalizados¹⁴⁶. Como consabido, o Supremo Tribunal Federal já perfilhou entendimento, que inclusive gerou o verbete sumular 666, de que referida contribuição não pode ser cobrada daqueles que não são associados, sob pena de violação dos princípios constitucionais da livre associação e sindicalização. Obviamente será bastante

constitucional, que, também estabelecendo as funções do órgão ministerial, atribui-lhe a competência para a defesa de “interesses sociais”.

144 Vale conferir, a esse respeito, mais uma vez o posicionamento de Mauro Schiavi, para quem, “diante do dispositivo do artigo 8º, III, CF, somente o Sindicato, que também tem natureza jurídica de associação, cabe a defesa dos membros da categoria, o que fica robustecido em razão do princípio da unidade sindical (art. 8º, II, da CF).” (SCHIAVI, Mauro. **Ação anulatória de normas convencionais e as associações sem caráter sindical**. p. 12.

145 Não se pode olvidar a possibilidade de uma atuação fraudulenta dos sindicatos laborais na celebração de acordo e convenções coletivas. Basta imaginar a possibilidade de conluio entre um sindicato e uma empresa em que esta tenha oferecido benesses aos representantes sindicais como moeda de troca para a elaboração de acordo que lhe fosse favorável em detrimento dos trabalhadores.

146 BEZERRA, Carlos Henrique Bezerra Leite. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. p.1320.

difícil ver um sindicato, ainda que não tenha participado diretamente da avença, questionando mencionado tipo de cláusula. Em casos assim, ou o trabalhador entra com a sua ação para obter um provimento individual – e, como é de se esperar, nem todos os prejudicados entrarão com a ação – ou então o órgão ministerial entra com a ação anulatória com o fim, agora sim, de eliminar a cláusula flagrantemente inconstitucional, beneficiando, ao mesmo tempo, todo o conjunto de lesados.

O mesmo problema de legitimação que ocorre no processo civil comum se repete na justiça trabalhista. O principal lesado – e, portanto, o maior interessado –, que é o trabalhador, não pode recorrer aos instrumentos de tutela coletiva para resolver danos que são coletivos. No máximo, pode recorrer aos mecanismos de tutela individual, mormente à reclamação trabalhista, que não tem eficácia para remover o ato ilícito. No caso da contribuição confederativa supracitada, os valores normalmente são tão baixos que o trabalhador, por mais que entenda ser injusta e ilegal a cobrança, não se sente motivado, em razão do custo-benefício, a procurar o judiciário. Essa realidade gera uma situação de impunidade que estimula a perpetuação da agressão.

Além desses argumentos, pode-se levantar contra a pretensa exclusividade dos sindicatos para representarem coletivamente os trabalhadores a própria interpretação literal do art. 8º, III, da Constituição. Como esse dispositivo menciona não somente a defesa dos direitos e interesses “coletivos”, mas também dos “individuais da categoria”, deveria haver, em tese, a exclusividade sindical para defesa não somente daqueles direitos e interesses, mas também destes. Ou seja, dever-se-ia entender – o que é um absurdo, diga-se de passagem – que as entidades sindicais também gozariam de exclusividade para a defesa dos interesses e direitos individuais da categoria.

Toda essa relutância da justiça do trabalho em reconhecer a legitimidade ativa do trabalhador para propor ações de índole coletiva, como ocorre na ação anulatória de cláusula convencional¹⁴⁷, perderia força com o reconhecimento da legitimidade do indivíduo para a propositura de ações civis públicas. Isso porque, do mesmo modo que vêm sendo reconhecida a legitimidade do MPT e dos sindicatos para promover estas ações no âmbito das relações

147 O mesmo raciocínio aplicável às ações anulatórias de cláusulas convencionais pode ser estendido às ações de cumprimento, ressalvadas, no entanto, as peculiaridades de cada instituto. Em relação aos dissídios coletivos, a sistemática é um pouco diferente, porquanto este expediente processual se preocupa mais em criar direitos para os trabalhadores do que realmente efetivá-los.

laborais, tal oportunidade seria estendida ao trabalhador, em ocorrendo a abertura do sistema pretendida.

A propósito, as ações civis públicas são muito mais eficientes para tutela dos interesses e direitos coletivos trabalhistas do que os tradicionais instrumentos de tutela coletiva da justiça trabalhista. Começando por aquilo que talvez seja a maior vantagem, a extensão da coisa julgada nas ações civis públicas, como cediço, somente ocorre *in utilibus*, isto é, somente para beneficiar os direitos individuais dos trabalhadores, enquanto, numa ação anulatória de cláusula convencional, a extensão ocorre *pro et contra*, ou seja, independentemente do resultado da demanda.

Ademais, nos instrumentos tradicionais de tutela coletiva da justiça trabalhista, é irrelevante que tenha havido ou não suficiente instrução probatória durante o transcorrer do processo, para fins de formação ou não da coisa julgada. Difere, pois, das ações civis públicas, nas quais a imutabilidade dos efeitos do comando judicial depende de uma instrução adequada¹⁴⁸.

A possibilidade de aviação de uma ação civil pública trabalhista pelo trabalhador seria um instrumento importante de contrabalanceamento das forças em relação às classes econômicas, inclusive para combater cláusulas convencionais abusivas. Não se deve confundir, no entanto, a hipossuficiência econômica, ordinariamente presente no âmbito das relações de trabalho, com a hipossuficiência jurídica, nem sempre presente.

6.3 Meio ambiente do trabalho e ação popular trabalhista

Diante da relutância em se reconhecer a legitimidade do trabalhador para propor ações coletivas na seara trabalhista, mormente por conta da falta de previsão legal nesse sentido na lei de ação civil pública, este tópico tenta encontrar na ação popular um precedente importante para uma mudança de paradigma. Com a construção do conceito de meio ambiente do trabalho, cada vez mais recorrente, pode-se começar a vislumbrar a possibilidade de o

148 Não obstante as inúmeras vantagens de uma ação civil pública, os operadores do direito do trabalho, incluindo aqui o MPT, ainda insistem em demandar através de ações anulatórias. Estas últimas somente faziam sentido quando da edição da lei complementar n. 75/93, que tratou de prevê-la, época em que a utilização das ações civis públicas na seara trabalhista ainda era bastante modesta. Hoje, entretanto, em que a utilização destas já se massificou, seria o caso talvez de abandonar as anulatórias.

trabalhador cidadão ingressar com uma ação popular para buscar melhores condições de trabalho para a coletividade laboral em que se encontra inserido.

Segundo a professora da Universidade Federal do Pará Gisele Santos Fernandes Góes, o conceito de meio ambiente do trabalho relaciona-se com a “relação jurídica laboral”, na qual se tem o exercício de uma atividade profissional, de um lado, e de uma atividade econômica, de outro; relação para a qual se exigem condições mínimas de dignidade que assegurem a saúde física e psíquica do trabalhador¹⁴⁹. Raimundo Simão de Melo, por sua vez, afirma que o meio ambiente do trabalho “é o ramo que atua direta e imediatamente em face da vida humana”, fundamentando esse posicionamento no fato de que os acidentes de trabalho atingem diretamente a pessoa do trabalhador¹⁵⁰.

Costuma-se associar a ideia de meio ambiente do trabalho ao local onde se realiza a prestação de serviço, contentando-se, dessa forma, com mecanismos que assegurem condições adequadas de saúde, segurança e higiene ao trabalhador. Essa visão restritiva, no entanto, vem cedendo lugar para outra mais ampliativa, que prega que somente pode ser considerado saudável aquele ambiente que garanta a qualidade de vida ao prestador de serviço fora do seu local de trabalho. Exsurge daí, por exemplo, o direito a uma jornada de trabalho que não comprometa a rotina extralaboral do empregado, de modo a permitir-lhe ter um nível adequado de convívio familiar. Gisele Góes, elastecendo ainda mais o conceito de meio ambiente do trabalho saudável, afirma que este se vincula, para além de elementos físicos, a “critérios de remuneração, possibilidade de ascensão profissional, turnos de trabalho, organização etc”¹⁵¹.

O meio ambiente do trabalho encontra agasalho na carta constitucional e na legislação infraconstitucional. Na Constituição Federal, sem fazer referência expressa a essa modalidade de proteção ambiental, traz-se a regra geral de proteção ao meio ambiente, ao estabelecer que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” (CR, art. 225). A carta magna, no entanto, não fica apenas nas previsões genéricas, fixando de maneira expressa e específica, ao tratar das atribuições do Sistema único de Saúde, a competência deste sistema para “colaborar na

149 GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Meio Ambiente do Trabalho (MAT) e seus mecanismos de tutela: ênfase no dano moral coletivo**. In: Tutela Jurisdicional Coletiva. Coords. Fredie Didier Jr e José Henrique Mouta. (Coords). 1º série. Salvador: *JusPODIVM*, 2009, p.219.

150 MELO, Raimundo Simão. **Ação coletiva de tutela do meio ambiente do trabalho**. In: Ação coletiva na visão de Juízes e Procuradores do Trabalho. José Hortêncio Ribeiro Jr (org.) São Paulo: LTr, 2006, p. 180.

151 GÓES, Gisele Santos Fernandes, *op. cit.*, p.223.

proteção do meio ambiente, nele compreendido *o do trabalho*” (CR, 200, VIII, *grifo nosso*). No plano infraconstitucional, encontra-se a lei 6938/81, que, de maneira genérica, que se entende por meio ambiente “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida *em todas as suas formas*” (art. 3º, I, *grifo nosso*).

Percebe-se pelos dispositivos mencionados – sendo mais claro no art. 200, VIII, da CR - que não existe uma diferença ontológica entre o meio ambiente do trabalho e o ecológico. Não se pode, porém, negar a precedência lógica deste último, que serviu de amparo para, por meio de uma construção intelectual, chegar-se àquele. O fato é que a Constituição tratou da mesma maneira um e outro, não fazendo distinção entre eles, razão por que ambos merecem a mesma medida de proteção judicial¹⁵².

Diante da constatação de que o constituinte tratou de maneira equiparada o meio ambiente do trabalho e o ecológico, a indagação que emerge é se poderia o trabalhador, estando em pleno gozo de seus direitos como cidadão, propor uma ação popular contra ato lesivo do empregador que atentasse contra um ambiente de trabalho saudável. A resposta parece ser positiva, porquanto não cabe interpretar restritivamente a garantia fundamental da ação popular, fazendo uma distinção que norma constitucional não faz. Desse modo, a expressão “meio ambiente” prevista no art. 5º, inciso LXXIII, da CR, que trata dessa ação, deve ser entendida de modo amplo, abrangendo o do trabalho, sobretudo quando se tem em mente que este último também encontra previsão expressa no texto constitucional.

Tema importante que deve ser enfrentado quanto à análise da possibilidade de se ingressar com uma ação popular no âmbito da justiça especializada trabalhista consiste em verificar se não somente pessoas públicas, mas também privadas, podem figurar no polo passivo da demanda. O interesse decorre do fato de que, embora se possa ver por vezes o poder público como tomador de serviços pelo regime celetista, esta posição, na generalidade dos casos, é exercida por empresas privadas.

De início, repare que a Constituição Federal, ao contemplar a ação popular contra atos ilegais e lesivos, não faz qualquer referência quanto à natureza pública ou privada daqueles que os pratica. Não existe qualquer restrição expressa no tocante à restrição da legitimação

152 Pode-se dizer que a expressão “meio ambiente do trabalho” se enquadra num todo chamado “meio ambiente”. Assiste, pois, razão a Raimundo Simão de Melo quando este afirma que o meio ambiente se subdivide em ecológico, artificial, cultural e do trabalho. (MELO, Raimundo Simão. **Ação coletiva de tutela do meio ambiente do trabalho**. p.180).

passiva. Lei infraconstitucional, portanto, que se ponha a regulamentar o dispositivo constitucional que prevê essa ação constitucional, deve ser interpretado com cautela para não reduzir a eficácia deste importante instrumento, que tem status de garantia fundamental.

A lei 4717/65, por isso mesmo, ao tratar dos sujeitos passivos da ação popular, fez questão de prever expressamente que tanto as entidades públicas quanto às privadas podem ser réu nessas ações. Nesse sentido, de maneira clara, o legislador estabeleceu, no art. 6º desse diploma normativo, que “a ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas”, indicando um litisconsórcio entre os que praticaram o ato ilegal e lesivo e os que dele se beneficiaram. Dessa regra litisconsorcial, no entanto, não se pode extrair que a entidade privada somente possa comparecer em juízo no polo passivo ao lado do poder público, por falta de previsão expressa nesse sentido, embora não se possa olvidar que a legislação em questão fala recorrentemente em vícios atinentes aos atos administrativos praticados por agentes públicos (art. 2º).

Interpretar restritivamente a legitimação passiva das ações populares, para exigir sempre a presença do poder público, deixaria de fora da área de combate, por exemplo, diversos danos ambientais ecológicos, que, como sabido, são praticados ordinariamente por empresas privadas. Tal visão restritiva, a propósito, faz Ada Pellegrine Grinover criticar, injustamente, a eficiência da ação popular, pois, segundo ela, esse instrumento processual não tem condições de cuidar do amplo leque de direitos difusos, incluindo o meio ambiente, porque somente poderia ser utilizado contra atos praticados por agentes públicos, mostrando-se, por conseguinte, instrumento inábil a combater lesões ambientais levadas a cabo por ações privadas¹⁵³.

Outro aspecto que precisa ser abordado na questão da aplicação da ação popular ao campo trabalhista diz respeito aos tipos de pedidos que podem ser veiculados nesse instrumento processual. De acordo com o art. 11 da lei 4717/65, a ação popular se presta para “decretar a invalidade do ato impugnado” e “condenar” os responsáveis pela prática do ato lesivo e ilegal “ao pagamento de perdas e danos”. A partir dessas expressões legais, é bastante comum se defender que a ação popular se presta somente para dois tipos de tutela jurisdicional: a constitutiva negativa (ou desconstitutiva), para desfazer o ato ilícito; e a condenatória de obrigação de pagar quantia, para fins de reparação dos danos praticados.

153 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os processos Coletivos nos países do civil law e common law**: uma análise de direito comparado: novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.231.

Ficam de fora, por conseguinte, as puramente declaratórias e as que imponham uma obrigação de fazer ou não fazer. Trata-se, no entanto, de uma interpretação inadequada, porquanto, a prevalecer esse entendimento restritivo, a eficácia das ações populares será significativamente reduzida, uma vez que não poderá contar com mecanismos de tutela inibitória para evitar que o ato ilícito volte a repetir-se.

Rodolfo Camargo Mancuso, defendendo uma visão mais elástica desse dispositivo, entende que o comando condenatório previsto na legislação deve ser interpretado de modo a abranger não somente as cominações pecuniárias, mas também os comandos mandamentais¹⁵⁴. Na mesma linha, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar assevera que podem ser conjugados “pedidos que ensejem uma sentença desconstitutivo-mandamental”, pela qual, além de impor uma prestação pecuniária ao responsável pelo dano, impõe-lhe uma ordem de abstenção¹⁵⁵.

Uma terceira possível objeção precisa ainda ser rebatida, a de que a ação popular fora idealizada pelo constituinte e pelo legislador ordinário com o fim de proteger o interesse público e que eventual utilização com a finalidade de proteger o meio ambiente do trabalho poderia criar um desvirtuamento do instituto, uma vez que nas relações trabalhistas é comum a prevalência de interesses privados, tanto do tomador quanto do prestador de serviços. Cuidase, no entanto, de uma visão distorcida que atinge também a ação civil pública trabalhista. Segundo Raimundo Simão de Melo, “a ação civil pública, por se tratar de instrumento de defesa dos interesses da sociedade de caráter ideológico, ainda tem sido encarada por alguns operadores do Direito, em especial na esfera trabalhista, mediante visão preconceituosa”¹⁵⁶.

Tal visão, no entanto, é equivocada, na medida em que a proteção dos direitos trabalhistas influencia direta ou indiretamente a seara extralaboral. Como as relações trabalhistas estão no seio das relações econômicas, não se pode dizer que aquilo que acontece dentro das empresas não interessa à sociedade. Com efeito, a proteção da saúde do trabalhador desperta não somente o interesse deste, mas também do empregador, que terá à sua disposição mão de obra em condições de serviço por mais tempo, e à sociedade, que, em

154 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular:** proteção do erário, do patrimônio da moralidade administrativa e do meio ambiente. 3º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.69.

155 ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti. **O conteúdo eficaz da sentença em ação popular:** sobrevive uma ação de direito material? In: Tutela jurisdicional coletiva. Fredie Didier Jr e José Henrique Couto (coords). Salvador: *JuSPODIVM*, 2009, p.408.

156 MELO, Raimundo Simão. **Ação coletiva de tutela do meio ambiente do trabalho.** p.184.

consequência, terá um agente ativo na cadeia produtiva. Não por outra razão o meio ambiente do trabalho costuma ser classificado pela doutrina como um interesse difuso¹⁵⁷.

Vencidas essas pequenas objeções, pode-se afirmar, em conclusão diante do que foi explicitado, que o indivíduo trabalhador, em um contexto em que não lhe seja reconhecida a legitimidade ativa para as ações coletivas, como ocorre atualmente, pode-se valer, para contornar esse obstáculo, da ação popular constitucional. A justificativa para o manejo dessa ação ocorreria naqueles casos em que houvesse lesão ao meio ambiente do trabalho em decorrência de ato ilegal, situação equiparada pela constituição à lesão ao meio ambiente ecológico.

157 Não que o interesse difuso confunda com o interesse público, como já ressaltado neste trabalho, porém certo é que ambos se distanciam do que se pode chamar de interesses meramente privados.

7 MECANISMOS DE CONTROLE DA LEGITIMAÇÃO INDIVIDUAL NAS AÇÕES COLETIVAS

O reconhecimento da legitimação individual nas ações coletivas pode trazer a reboque vários problemas de ordem prática. Conflitos de interesses entre os membros do grupo, ou entre estes e o respectivo representante que veicula a demanda em juízo, e a possibilidade de colusão entre as partes constituem exemplos de preocupações recorrentes nas *class actions* norte americanas¹⁵⁸. São problemas que se aplicam perfeitamente a qualquer modelo em que se tenha o indivíduo como legitimado para ingressar em juízo em representação dos interesses de um grupo.

No Brasil, essas preocupações, aliadas à desconfiança que recai sobre o indivíduo, impediram que este pudesse ter ampla legitimidade ativa nas ações coletivas, não havendo, na doutrina, uma construção teórica para justificar a omissão legislativa. O tema é tratado como se fosse atinente às questões de política legislativa. Bastante honesta, nesse sentido, a explicação de Kazuo Watanabe, quando este atribui a limitação da legitimação individual tão somente ao “conteúdo político das demandas”, à “possibilidade de pressões”, à necessidade de “produção de provas adequadas” e à “necessidade de fortalecimento do autor da demanda coletiva”. Esse mesmo autor relata, ademais, como justificativa para essa limitação, a parca instrução e o forte individualismo do brasileiro; e vaticina, ato contínuo, que, minimizados esses obstáculos, tornar-se-á possível, no futuro, a “ampliação total, inclusive a cada indivíduo, da legitimação para agir em defesa, a título coletivo, dos interesses e direitos dos consumidores”¹⁵⁹.

Daniel Carnio Costa, nessa mesma linha, ao desaconselhar a ampliação da legitimidade ativa nas ações coletivas, faz referência às ações populares, nas quais essa prerrogativa jurídica já existe, afirmando que normalmente tais ações são utilizadas, sobretudo em épocas eleitoreiras, como instrumentos de pressão política ou de vingança. Diz que as ações populares são patrocinadas por políticos de oposição para atacar candidatos. E traz a

158 GIDI, Antônio. *A CLASS ACTION como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. p. 114.

159 WATANABE, Kazuo *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. p. 732.

conclusão de que esse desvirtuamento “bem demonstra qual seria a utilização da ação civil pública caso pudesse ser ajuizada pelo cidadão individualmente considerado”¹⁶⁰.

Todo esse temor em se reconhecer a legitimidade do indivíduo decorre, como se pode perceber, do caráter político das ações coletivas. São ações que incomodam os poderes constituídos, sobretudo no campo das chamadas políticas públicas, bem como as grandes classes econômicas, que se viriam vez por outra às voltas com ações buscando condenações de grande impacto. O raciocínio é simples: para o poder público e para as grandes empresas é muito mais conveniente ter um sistema de legitimação em que a participação das associações tem sido tímida e os órgãos públicos, incluindo a Defensoria Pública e o Ministério Público, não têm conseguido, em razão das limitações estruturais, dar uma resposta satisfatória à avalanche de lesões em massa.

Esse receio não é uma exclusividade do sistema brasileiro. No Chile, o radicalismo é ainda maior, na medida em que não somente é inadmissível a legitimidade do indivíduo, como também o uso das ações coletivas somente ocorre em regime de excepcionalidade, quando a tutela individual se mostra insuficiente para combater a agressão aos direitos. Além disso, sindicatos e partidos políticos, em razão do caráter eminentemente político que os caracteriza, são vistos como instituições de risco nesse país, razão por que não lhes é, igualmente, atribuída legitimidade ativa para o aviamento de ações coletivas. Quanto aos órgãos públicos, somente organismos especificados legalmente detêm essa legitimação. As justificativas apresentadas para todas essas restrições têm a ver com as possíveis ingerências que poderiam ser perpetradas na atividade econômica por meio das ações coletivas¹⁶¹.

Mesmo nos Estados Unidos, onde o sistema das *class actions* é conhecido de longa data, tem-se assistido a manobras dos representantes do capital e das grandes empresas com o fito de estrangular a eficiência dessas ações. Com apoio do partido Republicano, que é o representante desses grupos no parlamento norte-americano, eles conseguiram aprovar uma lei que federaliza a competência para julgar ações coletivas que ultrapassem o montante de 5

160 COSTA, Daniel Carnio. **Danos individuais e ações coletivas**. In: Biblioteca de Estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. Curitiba: Juruá, 2009, p.62.

161 Sobre esse caráter excepcional das ações coletivas em razão dos impactos que elas podem causar para o mercado, afirma Claudio Meneses Pacheco: “según esta opinión doctrinal, la excepcionalidad se basa en la necesidad de evitar dos principales riesgos: uno, que la utilización indiscriminada ocasione distorsiones en el campo económico; otro, que los tribunales ejerzcan una potestad de regulación económica para una determinada actividad, con influencia en el funcionamiento del mercado. (PACHECO, Claudio Meneses. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law. Os processos Coletivos nos países do civil law e common law**: uma análise de direito comparado: novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.184).

milhões de dólares e que envolvam pessoas lesadas em mais de um Estado. O propósito espúrio por detrás da manobra de atribuir a competência de julgamento a juízes federais é diminuir a possibilidade de acesso dessas ações ao judiciário, uma vez que tais magistrados são mais conservadores que os estaduais e estão em menor número. Consequentemente, com a alteração, a quantidade de ações coletivas tende a diminuir¹⁶².

Portanto, o fundamento para o não reconhecimento da legitimação diz respeito à desconfiança que pesa sobre o indivíduo, que teria à sua disposição uma ação de forte caráter político. Como bem assinala a professora Ada Pellegrini Grinover, a limitação da “legitimação privada[...] tem como fundamento o receito de que a abertura da legitimação possa levar a abusos”¹⁶³. Reconhece, no entanto, que a tendência nos países do *civil law* é para a formação de um sistema misto em que se contemple a legitimação não somente de órgãos públicos, mas também de associações e de pessoas físicas¹⁶⁴.

É evidente que a abertura do sistema, com o reconhecimento da legitimidade ampla do indivíduo no que toca as ações coletivas, pode incrementar o risco de ações temerárias, sobretudo quando se tem em vista que tais instrumentos processuais podem envolver grandes quantias de dinheiro. Com o fim de se evitar abusos, são idealizados instrumentos de controle, que visam a minimizar os efeitos deletérios de uma atuação temerária do portador dos interesses do grupo. Aplica-se aqui a máxima de que quanto maior a abertura, maior deve ser o controle.

Este capítulo, então, cuidará dos mecanismos de controle existentes, sobretudo no sistema norte-americano das *class actions*, o qual, diga-se de passagem, acaba fornecendo modelos para a maioria dos sistemas de tutela coletiva do mundo. Como o objetivo deste trabalho não é o detalhamento de cada um, com todas as suas implicações, a análise aqui será feita focando a compatibilidade e aplicabilidade com o modelo de tutela coletiva idealizado até então no Brasil.

162 GIDI, Antônio. *A CLASS ACTION como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. p. 63.

163 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os Processos Coletivos nos países de civil law e common law*. p. 237.

164 GRINOVER, Ada Pellegrini, *op. cit.*, p. 238.

7.1 Tipos de mecanismos de controle da legitimidade do indivíduo em ações coletivas

Não se pode olvidar que o sistema brasileiro já conhece importantes mecanismos de controle da legitimidade individual nas ações coletivas, principalmente por conta da sua experiência jurídica com as ações populares. Preocupados com o uso que os cidadãos iriam fazer com este instrumento tão poderoso, o legislador pátrio constituiu expedientes com o fim de minimizar os riscos de ações abusivas.

Basicamente dois mecanismos foram idealizados. O primeiro, e talvez o mais importante, foi a constituição do Ministério Público como fiscal da lei (art. 6º, §4º, da L. 4717/65). O segundo consistiu na previsão de medidas sancionatórias contra aqueles que promovem ações manifestamente temerárias, sendo a principal delas a imposição do pagamento do décuplo das custas (art. 13)¹⁶⁵.

Nas ações populares, o Ministério Público, conquanto não tenha legitimidade ativa para propô-las, tem um papel de destaque em razão de sua função de fiscal da lei. Pode assumir uma ação que tenha sido negligenciada pela parte autora, dando, conseqüentemente, prosseguimento ao feito (art. 9º) e, de outra parte, poder recorrer das decisões que reconheçam a carência de ação ou julguem improcedente o pedido do autor (art. 19, §2º).

Os demais indivíduos integrantes da coletividade atingida também podem exercer um papel de fiscalização, sendo lhes oportunizado, à semelhança do que ocorre em relação ao Ministério Público, assumir a ação que tenha sido negligenciada e apresentar recursos contra decisões de improcedência do pedido ou que declarem a carência de ação (art. 9º c/c art. 19, 2º).

Tais mecanismos de controle do indivíduo, idealizados no seio da ação popular, foram, no entanto, constituídos para situações que envolvam o interesse público em sentido amplo, basicamente por conta dos bens jurídicos que são tutelados por essa ação. Em havendo a expansão da legitimidade da pessoa física, com a implementação da possibilidade de sua atuação em defesa de interesses de cunho mais privados, como ocorre nos casos de interesses individuais homogêneos, esses mecanismos terão inexoravelmente que sofrer alguns ajustes. O mais evidente é a necessidade de se permitir, tanto ao membro do Ministério Público,

165 São mecanismos de controle que se repetem tanto na lei de ação civil pública, quanto no Código de Defesa do Consumidor, em ambas situações para controlar a atuação das associações.

quanto aos demais integrantes do grupo, a possibilidade de recorrer não somente da decisão de improcedência, mas também da de procedência. Contra a de procedência também porque, embora a decisão tenha sido favorável, é possível que não tenha atendido, em plenitude, os interesses dos demais membros do grupo.

Não é suficiente, nesse sentido, a atual sistemática de atuação do indivíduo nos processos coletivos prevista no Código de Defesa do Consumidor para os casos de interesses individuais homogêneos. No art. 94 desse diploma, prevê-se a publicação de um edital para que os indivíduos prejudicados possam atuar em litisconsórcio com os órgãos públicos e as associações legitimadas¹⁶⁶. Não obstante a possibilidade de sua atuação como litisconsorte, não há previsão expressa para que ele possa recorrer da decisão final, seja de improcedência, seja de procedência.

Com o reconhecimento da legitimidade individual, será natural que o indivíduo possa recorrer das decisões prolatadas naqueles processos em que tenha atuado, suplantando, neste ponto, a atual regência da lei consumerista brasileira. Para que haja, no entanto, maior controle de sua atuação pelos membros ausentes, é importante que também estes tenham essa legitimidade recursal. Trata-se de um importante instrumento de fiscalização que pode ser utilizado por aqueles que não atuarem no processo e se sentirem prejudicados com o resultado da demanda. Não há nada de novo nessa proposta, pois o Código de Processo Civil já admite a possibilidade de o terceiro prejudicado apresentar o seu recurso.

Os mecanismos de controle previstos nas ações populares, reproduzidos com pequenas variações na lei de ação civil pública e no Código de Defesa do Consumidor, são importantes experiências no controle da legitimação do indivíduo e não existe razão para que sejam abandonados por conta de eventual extensão da legitimidade. Ao contrário, tudo recomenda que sejam aplicados com muito mais seriedade diante de uma abertura tão abrupta, sobretudo no que tange à atuação do Ministério Público como fiscal da lei.

Esses tipos de controle não oferecem grandes dificuldades de implementação, uma vez que a legislação brasileira já os consagrou de longa data. Basta que sejam feitas modificações pontuais. Diferente situação ocorre quando se analisa a possibilidade de importação de mecanismos de controle presentes nas *class action*, tema que acaba suscitando certa

¹⁶⁶ A consequência prática de sua intervenção, em razão da possibilidade que teve de participar ativamente da condução do processo, é que ele sofrerá os efeitos da coisa julgada independentemente do resultado da demanda, ou seja, não poderá alegar a aplicação do regime da coisa julgada *in utilibus*.

divergência doutrinária. O enfrentamento da questão é deveras importante porque tais ações de classe fornecem parâmetros de controle para todos aqueles países do mundo que se propõem a estruturar decentemente um sistema de tutela coletiva.

7.1.1 Requisitos das class actions: aplicação da tipicidade e representatividade adequada ao direito brasileiro

No sistema norte-americano, para que uma *class action* seja certificada como coletiva, é necessário que o autor da ação, ao apresentar a demanda, demonstre que estão preenchidos os requisitos da *Rule 23*¹⁶⁷ (A). Os requisitos em questão são basicamente quatro: a existência de numerosidade excessiva e a impossibilidade de formação de litisconsórcio; a existência de questões comuns entre os membros do grupo; a existência de tipicidade entre o pedido individual formulado e as pretensões do grupo; e, por derradeiro, a existência de representatividade adequada¹⁶⁸.

O primeiro requisito decorre de uma visão deveras formalista do direito, revelando uma preferência pelo processo individual no lugar do coletivo. Trata-se de uma opção legislativa de duvidosa utilidade prática: se é possível resolver todos os litígios de uma só vez, por meio de um processo coletivo, por que ficar insistindo na multiplicação de demandas individuais ou mesmo na formação de um litisconsórcio para resolver o problema? A propósito, eventual imposição de um litisconsórcio ativo necessário no Brasil poderia apresentar graves problemas teóricos, porquanto representaria um obstáculo, às vezes intransponível, ao acesso à justiça, na medida em que condicionaria a possibilidade de uma pessoa estar em juízo à vontade de outra.

O segundo requisito, o da questão comum, exige que o demandante apresente questões de fato e de direito em comum com o restante do grupo. Trata-se de um requisito bastante ambíguo, de modo que se torna deveras difícil definir os seus precisos contornos. Antônio Gidi resume a questão, sem dar uma solução peremptória, afirmando que normalmente haverá

167 As *Rules* não podem ser consideradas norma legal no sentido estrito do termo. São, antes, regras federais de processo civil emitidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos, por delegação do poder legislativo. A *Rule 23*, nesse contexto, consiste no conjunto regras que disciplinam o uso das *class actions* no sistema norte-americano. (GIDI, Antônio. **A CLASS ACTION como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. pp.46-47).

168 GIDI, Antônio, *op. cit.*, p.67.

questão comum quando a lide puder ser resolvida de maneira uniforme para todo o grupo¹⁶⁹. De qualquer maneira, como bem anotado por esse mesmo autor, esse requisito já é aplicado implicitamente no Brasil quando da categorização dos interesses e direitos coletivos, pois “o direito brasileiro, por exemplo, fala em ‘circunstâncias de fato’, ‘relação jurídica-base’ ou ‘origem comum’ para indicar a necessidade de haver uma questão comum de fato ou de direito”¹⁷⁰.

O terceiro requisito, o da tipicidade, exige, por sua vez, que aquele que se apresente em juízo como porta-voz tenha sofrido pessoalmente o dano e que, por conseguinte, tenha os mesmos interesses do grupo¹⁷¹. Tal requisito remonta, em sua origem, à teoria do interesse, já explanada neste trabalho, segundo a qual se presume que aquele que tenha sofrido diretamente o ilícito, ao defender os seus interesses, estaria, reflexamente, a proteger os interesses de todo o grupo. Cuida-se de visão bastante cortejada no direito norte-americano, que pode apresentar, em algumas situações, obstáculo intransponível de acesso à justiça, como ocorreu no caso do Sierra Club, organização que foi obrigada pela Suprema Corte a demonstrar que um dos seus filiados tinha sofrido diretamente o dano.

No atinente a esse ponto, vale ressaltar que o sistema brasileiro apresenta a grande vantagem de dispensar a demonstração do requisito da tipicidade quando da propositura de ações coletivas, eliminando de plano o que poderia representar um sério obstáculo ao acesso à justiça. De fato, no Brasil, o indivíduo, ao propor uma ação popular não precisa demonstrar ter sofrido um prejuízo direto decorrente do ato contra o qual se insurge, e, semelhantemente, uma associação não precisa, ao propor uma ação coletiva, demonstrar que um de seus associados tenha sido efetivamente lesado em seus direitos; tampouco tem o Ministério Público que demonstrar um interesse direto na causa, bastando, para justificar a ação, a sua missão constitucional de protetor dos interesses sociais.

A convivência com a ausência do requisito da tipicidade nunca foi, portanto, um problema para o sistema brasileiro, sendo considerada antes uma vantagem em relação às ações de classe norte-americanas. A questão, todavia, ganha novos contornos quando se passa a considerar a possibilidade de que indivíduos possam aviar ações coletivas visando à proteção dos direitos individuais homogêneos, pois nessas situações os interesses dos

169 GIDI, Antônio. *A CLASS ACTION como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. p. 81.

170 GIDI, Antônio, *op. cit.*, p.81.

171 GIDI, Antônio, *op. cit.*, p. 88.

membros do grupo, justamente por se tratar de uma categoria de direitos coletivos marcadamente individualista, podem entrar mais facilmente em conflito.

Com efeito, a preocupação com o controle da atuação do representante do grupo em juízo deve ser mais incisiva no caso dos direitos individuais homogêneos, principalmente em razão da artificialidade do vínculo que une os respectivos titulares. Trata-se, em realidade, como já por demais demonstrado neste trabalho, de interesses individuais que, por serem originários de um mesmo fato, são tratados de maneira conjunta por uma questão de conveniência. Ocorre que a suposta homogeneidade de interesses pode não se revelar verdadeira na prática processual, pois o representante do grupo pode fazer prevalecer as suas questões particulares em detrimento das questões comuns do grupo.

Outro agravante é a potencialidade que as ações que tratam de direitos individuais homogêneos têm para cuidar de questões que versam sobre grandes indenizações. Em razão das vultosas quantias envolvidas nessas demandas, aumenta-se o risco de conflito de interesses, sobretudo, entre os do grupo e os do respectivo representante, agravando a possibilidade de colusão entre as partes do processo, por exemplo. Não por acaso o procedimento de notificação e o direito de autoexclusão (*opt out*), que são importantes instrumentos de proteção dos membros ausentes, estão previstos no sistema norte-americano somente para aquelas ações cujo conteúdo da tutela almejada seja predominantemente indenizatório, ou seja, apenas para as *class actions for damages*, as quais, diga-se de passagem, correspondem, grosso modo, às ações coletivas brasileiras que visam à tutela dos direitos individuais homogêneos.

Em face de eventual ampliação da legitimação, a exigência de demonstração do requisito da tipicidade poderia consistir num importante instrumento de controle quando da tutela coletiva desses direitos individuais. Parece não fazer sentido que um indivíduo possa avariar uma ação civil pública consumerista indenizatória sem que tenha sofrido qualquer tipo de dano em sua esfera patrimonial ou extrapatrimonial. Veja que não se trata de uma ampliação indiscriminada do requisito em questão para, do ponto de vista objetivo, abranger os direitos difusos e coletivos em sentido estrito, e, do subjetivo, atingir às associações e o Ministério Público, o que poderia, como já mencionado, trazer consequências deveras indesejáveis. O que se propõe, ao revés, é a demonstração da tipicidade, com especificação do prejuízo sofrido, somente para aquelas situações em que houvesse a seguinte situação: o indivíduo comparecendo a juízo para a defesa de direitos individuais homogêneos.

Parece não haver dúvidas de que a incorporação do requisito da tipicidade no ordenamento processual civil brasileiro, apenas para o caso específico apontado, dar-se-ia a partir da roupagem de uma das condições da ação, qual seja: o *interesse de agir*. O indivíduo, para ter o seu o seu interesse reconhecido na demanda, deverá demonstrar, à luz uma relação jurídica de direito material, ter sido um dos lesados pela prática do ato contra o qual se insurge para defender os seus interesses e o do grupo. É preciso reconhecer que essa solução representa uma inevitável aproximação do processo coletivo com o individual, porém tal passo para trás seria necessário para existência do próprio sistema de tutela coletiva, pois a ausência do requisito em tela facilitaria demasiadamente a possibilidade de processos fraudulentos, notadamente em razão do incremento de risco de colusão das partes do processo.

O quarto requisito, já ventilado e defendido neste trabalho em vários momentos, relaciona-se à necessidade de que o portador judicial demonstre ser um representante adequado do grupo. É um importante e tradicional requisito nas *class actions* norte-americanas, o qual tem a ver, à semelhança dos demais requisitos, com a preocupação de se minimizar os riscos na representação judicial dos interesses dos membros ausentes. Vincula-se ao princípio constitucional do devido processo legal, na sua faceta que garante às partes do processo o direito de serem efetivamente ouvidas em juízo e de terem os seus argumentos considerados; em havendo inadequação da representação, é como se aquele que não participou direta e efetivamente do processo não tivesse tido a oportunidade de apresentar as suas queixas¹⁷².

Flávia Hellmeister Clito Fornaciari se arrisca a apresentar um conceito de representatividade adequada, defendendo tratar-se de “uma qualidade apresentada pelo representante”, consistente na “possibilidade da defesa eficiente e tenaz dos interesses envolvidos, seja no âmbito social, administrativo ou judicial”¹⁷³. Para ela, o conceito de representação adequada seria antes um conceito de direito material do que de direito processual, justificando esse posicionamento a partir da ideia de que referida representação

172 No sentido de que se trata de uma decorrência do princípio do devido processo legal, encontra-se Antônio Gidi, para quem “é essencial para que haja o respeito ao devido processo legal em relação aos membros ausentes, e, conseqüentemente, indispensável para que eles possam ser vinculados pela coisa julgada produzida na ação coletiva. Afinal, se os membros ausentes serão vinculados pelo resultado de uma ação conduzida por uma pessoa que se declara representante dos seus interesses, conceitos básicos de justiça impõem que essa representação seja adequada”. (GIDI, Antônio. **A CLASS ACTION como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. p. 99)

173 FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **Representatividade adequada nos processos coletivos**. p. 50.

existe antes mesmo da instauração do processo judicial, sendo uma característica intrínseca do representante, que teria condições de falar em nome do grupo mesmo fora do processo¹⁷⁴.

Embora seja imperioso concordar com a autora quanto ao fato de a representação adequada ser um conceito de direito material, uma vez que é existente mesmo antes do começo do processo judicial, não se pode olvidar que somente com a instauração deste último é que mencionada representação passa a apresentar interesse jurídico para o estudo da tutela coletiva. Com efeito, mesmo que a representatividade adequada seja uma característica imanente à pessoa do representante, apenas a atuação deste em juízo poderá dar ensejo à produção de efeitos que atingirão toda a comunidade de representados, dado o mecanismo de extensão da coisa julgada presente na regência das ações coletivas.

Considerando, portanto, estritamente a perspectiva processual da representatividade adequada, questão de suma importância consiste em saber qual seria a sua natureza jurídica dentro do processo. Como a própria Flávia Fornaciari sugere, tal instituto, ao ser importado do sistema norte-americano, deveria ser encarado como uma das condições da ação, uma vez que se refere à aferição da legitimidade do autor da ação¹⁷⁵. Considerá-lo como uma condição da ação – ou como um requisito para o reconhecimento de uma das condições da ação, a saber, a legitimidade das partes – tem a grande vantagem de possibilitar a aferição de sua existência pelo magistrado durante todo o curso do processo, inclusive no momento da sentença, por tratar-se de matéria de ordem pública.

Em que pese seja um importante mecanismo de controle dos representantes do grupo, o atual sistema brasileiro de tutela coletiva não dá margem, com já ressaltado alhures, para que o magistrado possa aferir a representatividade adequada no caso concreto, porquanto se entende que os legitimados previstos taxativamente na lei gozam de presunção absoluta de serem considerados representantes adequados¹⁷⁶. Essa realidade acaba gerando distorções

174FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **Representatividade adequada nos processos coletivos**. p. 50-51.

175 FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito, *op. cit.*, p. 49.

176 A representatividade adequada constava do projeto elaborado por Ada Pellegrine Grinover, Kazuo Watanabe e outros, porém foi retirada pelo Ministério Público paulista, no projeto substitutivo apresentado por este. Rogério Bastos Arantes sugere que essa retirada tenha se dado justamente por conta do receio dos poderes que os magistrados passariam a ter no controle das demandas. Arantes ressalta que a contemplação da representatividade adequada corresponderia a uma faca de dois gumes. “É difícil imaginar o que teria acontecido com o judiciário brasileiro se a ideia original tivesse vingado. De um lado, pode-se imaginar que os juízes ingressariam na era da tutela judicial de direitos difusos em posição de destaque e, quem sabe, incentivados a tomar uma postura mais ativa na implementação da justiça. De outro, é possível imaginar o inverso: atribuir tal poder à magistratura permitiria que juízes conservadores viessem diminuir o ritmo ou mesmo impedir a entrada das demandas coletivas no judiciário”, afirma o autor. (ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e Política no Brasil**. Tese de doutorado (Doutorado em Ciências Políticas). USP. São Paulo: s.n, 2000 p.46).

quando um juiz se depara, na prática, com portadores inadequados. Levado às últimas consequências, cria-se uma situação em que, como bem lembrado por Antônio Gidi, o magistrado, ainda que constate a atuação precária de um dos legitimados legais, está obrigado “a aceitar a situação passivamente e a proferir sentença contrária aos legítimos interesses do grupo”¹⁷⁷.

A justificativa que normalmente se suscita para justificar essa postura do legislador brasileiro é a de que a extensão da coisa julgada nas ações coletivas não se opera para prejudicar os membros ausentes, mas apenas para beneficiá-los. Isso porque, havendo sentença de improcedência no processo coletivo, não há óbice para que os indivíduos possam buscar a realização de suas pretensões por meio dos respectivos processos individuais. Ou seja, se não há a possibilidade de prejuízo para aqueles que não participaram do processo, por que manter rígidos mecanismos de controle da atuação do representante? Trata-se, no entanto, de um raciocínio que vem sendo cada vez mais criticado pela doutrina.

O argumento de que a ação coletiva somente pode trazer benefícios para os membros ausentes é falacioso. Supondo uma atuação temerária do representante legal do grupo que implique a prolação de uma sentença de improcedência do pedido, tem-se como consequência jurídica que os demais legitimados coletivos não mais poderão valer-se da via coletiva, porque haverá em tal caso preclusão¹⁷⁸. Acontece que a mera impossibilidade de se recorrer a esse caminho processual já representa, de per si, um significativo prejuízo para os membros do grupo. Isso se torna mais claro quando se leva em conta àquelas clássicas situações para as quais ações coletivas foram idealizadas, em que pequenas lesões são praticadas em massa, tornando inviável, em termos de custo-benefício, o manejo de ações individuais e, de outro, lucrativa a reiteração das práticas lesivas pelos agentes econômicos; neste caso, somente uma ação coletiva é capaz de combater, com efetividade, a prática ilícita, de modo que, em

177 GIDI, Antônio. **A CLASS ACTION como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. p.129.

178 A palavra “preclusão” talvez não seja a mais adequada para designar aquela situação prática em que os demais legitimados coletivos se veem na contingência de não poderem mais utilizar as ações coletivas para tutelar os direitos coletivos em razão de uma sentença anterior de improcedência, uma vez que referida palavra é utilizada com frequência no Processo Civil individual para se referir à perda de uma faculdade/poder processual dentro de um mesmo processo. O que parece ocorrer nesses casos – e aqui mais uma vez assiste razão a Gidi – é a formação da coisa julgada coletiva, porquanto se cria um obstáculo a que outras ações coletivas com o mesmo objeto sejam avariadas. É, portanto, equivocado afirmar que a coisa julgada nessas ações – seja do a *ultra partes* ou a *erga omnes* – somente se opera quando há suficiência e provas e procedência do pedido formulado. O que ocorrerá neste último caso – que não ocorrerá no caso de improcedência – é a extensão, *erga omnes* ou *ultra partes*, da coisa julgada coletiva para atingir, beneficentemente, os membros ausentes. Enfim, para espantar qualquer dúvida, havendo suficiência de provas, haverá inexoravelmente formação de coisa julgada: tão somente naqueles casos em que o processo for extinto por insuficiência de provas é que não haverá imutabilidade dos efeitos da decisão, de modo que uma nova ação coletiva poderá ser reproposta. (GIDI, Antônio. **A coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. p.73).

havendo preclusão da via coletiva, certamente haverá uma consagração da impunidade. Precisa para descrever essa situação a indagação apresentada pelo professor Cássio Scarpinella Bueno: “de que adianta o acesso à justiça restar franqueado ao indivíduo diante do insucesso de ação coletiva se esta, precisamente, era o único meio hábil para que sua afirmação de direito fosse, eficazmente, levada ao Estado-juiz?”¹⁷⁹.

A própria concepção de sentença benéfica pode apresentar problemas. Colocando em pauta uma situação em que o representante dos lesados tenha conseguido obter um acordo de um milhão, homologado judicialmente, quando poderia ter obtido um de dois, em razão da dimensão do dano praticado, tal título executivo judicial seria benéfico para grupo? E se tiver tido colusão das partes para evitar que o magistrado impusesse uma condenação no patamar realmente devido? Tal situação efetivamente vinculará, na prática, os membros ausentes, conquanto transpareça ser mais um prejuízo travestido de benefício do que qualquer outra coisa.

Os prejuízos de uma decisão de improcedência decorrente de uma má gestão do processo pelo representante do grupo também podem vir de maneira indireta. De fato, uma decisão de improcedência em sede coletiva, conquanto não produza carga eficaz vinculante em relação a eventuais demandas individuais, acabará influenciando negativamente o julgamento destas últimas. A decisão adotada na ação coletiva funciona como um precedente judicial para que os demais magistrados passem a fundamentar, nas ações individuais, as suas decisões a partir dela¹⁸⁰.

A afirmação de que não há a necessidade de mecanismos de controle porque inexistente prejuízo para os membros ausentes constitui também uma violação ao princípio da boa-fé processual. Segundo Fredie Didier JR, o aludido princípio consiste em uma norma de conduta – um fato, portanto – que impõe a todos aqueles que participam do processo o dever com boa-fé e lealdade¹⁸¹. Não se confunde, pois, com a intenção das partes, se elas agem de boa ou de má-fé, sendo antes um requisito aferível objetivamente. Remonta à ideia de boa-fé objetiva, já

179 BUENO, Cássio Scarpinella. **As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras**: pontos para uma reflexão conjunta. Disponível em: www.scarpinellabueno.com.br. Acessado em: 25/09/2012. p.47.

180 O risco de prejuízo apresentado como indireto aqui passará a ser direto em sendo aprovado o procedimento de incidente de resolução de demandas repetitivas. Isso porque, em sendo eventualmente escolhida uma ação coletiva como caso representativo da controvérsia, haverá necessária vinculação dos magistrados nos respectivos feitos individuais. A improcedência do pedido coletivo implicará inexoravelmente a improcedência dos pedidos individuais.

181 DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 2009, p46.

deveras consagrada no campo do Direito Civil, e guarda relação com a violação num dever de confiança: espera-se uma conduta e pratica-se outra.

Com efeito, há uma violação evidente ao princípio da boa-fé processual quando um representante do grupo comparece em juízo para representar adequadamente os interesses dos representados e acaba agindo negligente ou fraudulentamente. Isso porque a essência da representação é a confiança que aqueles que não comparecem em juízo depositam no representante, a qual faz crer que este agirá de maneira leal e de boa-fé. E, conseqüentemente, quando há uma atuação desleal ou de má-fé, quebra-se essa confiança, instaurando-se uma evidente contradição de conduta. Não importa se o representante, do ponto de vista subjetivo, tenha tencionado malevolamente agir dessa maneira; basta que não tenha cumprido a contento os seus deveres de representação.

Pertinente nesse ponto a observação feita por Antônio Gidi no sentido de que a expressão “representação inadequada” consiste numa contradição em termos. Toda representação, justamente por conta dos deveres de confiança que lhe são intrínsecos, pressupõe a sua adequação, sendo que esta qualificação se inclui no conceito daquele termo. Em havendo uma atuação que não seja adequada, não há que se falar em representação¹⁸². O máximo que pode ter acontecido é a defesa de interesses pessoais daquele que atuou no processo.

Portanto, ainda que se tenha por verdadeiro que a decisão judicial não tem aptidão para prejudicar os membros ausentes, certo é que a ausência de controle na atuação do representante funcionaria como uma carta em branco para que este praticasse toda a sorte de atos violadores do princípio da boa-fé processual. Trata-se de uma situação inadmissível: se no processo individual, em que estão em jogo basicamente os interesses das partes, impõe-se sempre a observância dessa cláusula geral, o que se falar do processo coletivo, em que estão em cena interesses de terceiros.

Não obstante a omissão legislativa, narra Cássio Scarpinella que os magistrados brasileiros, para contornarem os efeitos de uma representatividade adequada, acabam extinguindo o processo por ausência de legitimidade das partes. Ao fazer essa constatação, o

182 GIDI, Antônio. *A CLASS ACTION como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. p.135.

referido professor, percucientemente, pergunta: “será que o exame da representatividade adequada entre nós é feito, veladamente, sob o manto da extinção da ação?”¹⁸³.

Vale observar que essas discussões doutrinárias acerca da necessidade de se considerar a representatividade adequada do representante no caso concreto tomam como referência o atual modelo de legitimidade legal, que, de um lado, não prevê a necessidade de demonstração desse requisito, e, de outro, permite às associações o aviamento de ações coletivas. Essa combinação legislativa se mostra perigosa quando se tem em vista que inúmeras associações são desaparelhadas e não têm a mínima condição para falar no processo em nome do grupo. Diante desse contexto, não se pode ignorar que a ampliação da legitimação da legitimação privada, para reconhecer legitimidade do indivíduo, pode otimizar, por motivos óbvios, esses riscos, razão por que aqui se impende reconhecer com mais veemência o controle da adequação da representação¹⁸⁴.

Existem dois critérios de aferição da representatividade adequada: o objetivo e o subjetivo. O primeiro é aquele em que o legislador já estabelece previamente na lei as condições que o porta-voz do grupo deverá apresentar. O exemplo clássico aqui é a exigência de que as associações sejam pré-constituídas há pelo menos um ano e tenham em suas finalidades estatutárias previsões que guardem relação com a proteção dos direitos coletivos a que se propõem proteger¹⁸⁵. O inconveniente desse critério consiste em que é absolutamente impossível prever na lei todas as características necessárias à uma atuação adequada no processo, pois, como cedoço, a realidade social, é bastante dinâmica. O segundo critério, o subjetivo, de outra parte, leva em conta aspectos pessoais daquele do representante e é realizado, via de regra, no caso concreto pelo magistrado. As características normalmente apontadas como interessantes para um boa representação são “credibilidade, capacidade, prestígio, experiência do legitimado, histórico na proteção judicial ou extrajudicial dos

183 BUENO, Cássio Scarpinella. **As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras**. p.43.

184 Para corroborar esse posicionamento, vale a pena citar aqui mais uma vez Ada Pellegrine Grinover: “A chamada ‘representatividade adequada’ (*adequacy of representation*) constitui outro instrumento de controle para evitar os possíveis abusos cometidos no ajuizamento de processos coletivos. Oriundo do direito norte-americano, esse pré-requisito – que diz respeito à seriedade, credibilidade, capacidade técnica e até econômica do legitimado à ação coletiva – é particularmente importante nos ordenamentos que escolhem a extensão a terceiros da coisa julgada, sem temperamentos; mas é também útil para outros sistemas, sobretudo quando legitimam à ação a pessoa física e as associações e quando preveem a ação coletiva passiva (*defendant class action*). (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os Processos Coletivos nos países de civil law e common law**. p. 238).

185 Sob esse ponto de vista, poder-se-ia até dizer que o legislador brasileiro adotou a representatividade adequada objetiva. Porém, o paradigma norte-americano entende por representatividade adequada apenas a aferição de quesitos subjetivos.

interesses do grupo, conduta em outros processos, coincidência entre interesses, tempo de instituição da associação, representatividade do indivíduo frente ao grupo”¹⁸⁶.

7.1.2 Procedimentos das *class actions*: notificação, *opt out* e *opt in*

Nas *class actions*, a ação não nasce coletiva, pois há a necessidade de que o autor ideológico apresente o seu pedido individual e, somente após, requeira que a ação seja transformada em coletiva pelo magistrado. Abre-se então, com o requerimento, a fase inicial da certificação, em que o juiz verifica a existência e os limites do grupo que está sendo representado, a presença concomitante dos quatro requisitos analisados no tópico anterior e, por fim, a correspondência entre a situação fática narrada e um dos três arquétipos de ação previstos na *Rule 23 (B)*¹⁸⁷. Somente depois de verificar a presença dos requisitos e o enquadramento em uma das hipóteses de cabimento é que o magistrado decide pela certificação ou não da ação como coletiva. Em caso de negativa judicial na certificação, com a consequente inviabilidade da via coletiva, o autor deverá optar entre prosseguir com o processo como demanda individual ou extingui-lo¹⁸⁸.

Essa fase inicial de certificação não encontra correspondência nas ações coletivas brasileiras, pois nestas o autor já escolhe de antemão se deseja entrar com a ação individual ou com a coletiva. Em outras palavras, não há a possibilidade de, no curso processual, haver a transformação de uma demanda individual em coletiva ou vice-versa. De fato, uma ação civil pública nasce, desenvolve-se e morre como ação coletiva, não havendo qualquer necessidade de requerimento para que seja considerada como tal. O magistrado, contudo, não perde totalmente o controle sobre a ação: em verificando não se tratar de hipótese de ação coletiva, pode facilmente extinguir o feito a partir da apreciação de uma das condições da ação, notadamente por falta de interesse de agir por inadequação da via eleita. Sendo extinto o processo por carência de ação, nada impede que a parte repropõe a ação na forma

186 FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **Representatividade adequada nos processos coletivos**. p. 49.

187 O objetivo deste trabalho não é estudar as minúcias de cada tipo de ação previsto na regra 23. É suficiente por ora a informação de que a *Rule 23 (b)(1)* e a *(b)(2)* se prestam para a tutela coletiva de pretensões predominantemente mandamentais e declaratórias e a *(b)(3)*, para as predominantemente indenizatórias. De maior relevância para o direito brasileiro, por representar a origem das ações coletivas sobre direitos individuais homogêneos, estas últimas correspondem às famigeradas *class actions for damages* (GIDI, Antônio. **A CLASS ACTION como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. p. 141)

188 GIDI, Antônio, *op. cit.*, p. 192.

individual. Os efeitos práticos do sistema brasileiro são bastante semelhantes àqueles das ações de classe norte-americanas. A questão parece ser de política legislativa.

Havendo certificação positiva numa *class action*, o magistrado deverá providenciar a notificação dos membros ausentes para informá-los sobre a existência e o conteúdo da demanda. Um dos objetivos dessa comunicação judicial é dar publicidade à demanda, sobretudo para aqueles cujos interesses estão sendo representados, para que estes possam acompanhar de perto ou mesmo auxiliar o representante do grupo. Outro, talvez mais importante, é oportunizar àqueles que assim desejarem o direito de autoexclusão (*opt out*).

Conforme os escólios de Antônio Gidi, no que diz respeito às ações de classe norte-americanas, “processo coletivo objetiva a emissão de uma coisa julgada *erga omnes* e a sentença atingirá os membros que forem adequadamente notificados”, mas, para que essa extensão da imutabilidade dos efeitos do comando judicial possa efetivamente ocorrer, é necessário que o membro do grupo seja “adequadamente notificado”¹⁸⁹. A lógica é a de que, se não houve a devida ciência do membro ausente para que este pudesse exercer o seu direito, seja de fiscalização, seja de autoexclusão, não poderia ele ser vinculado pela decisão judicial coletiva. Por isso, naquele ordenamento, a notificação assume um papel tão importante, pois, em não sendo feita, ou pelo menos sendo mal feita, abre-se a oportunidade para que aqueles que não participaram diretamente do julgamento possam alegar este fato para se furtarem à incidência de uma decisão judicial que lhes tenha sido desfavorável.

Obviamente nem sempre será possível notificar todos os membros do grupo para que estes possam exercer os seus direitos. Basta imaginar uma situação em que seja distribuído em um amplo mercado consumidor um produto de determinada marca que tenha causado danos a milhares consumidores que o tenham adquirido. Para contornar essas situações, o sistema americano trabalha com a regra segundo a qual aqueles membros que forem facilmente identificáveis devem ser notificados pessoalmente, ao passo que, para os que não são, exige-se apenas que a notificação seja “a melhor notificação possível dentro das circunstâncias”¹⁹⁰.

Bastante interessante é a notificação por amostragem. Gidi sugere que, mesmo naquelas hipóteses em que todos os membros do grupo sejam facilmente identificáveis, a notificação deva ser feita a um número limitado de pessoas, se os custos para cientificar todo

189 GIDI, Antônio. *A CLASS ACTION como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. p. 218

190 GIDI, Antônio, *op. cit.*, p. 222.

o grupo for demasiadamente elevado, suplantando inclusive o valor indenizatório que se persegue na ação judicial¹⁹¹.

Como assinalado, o objetivo precípua da notificação é proporcionar ao membro ausente a possibilidade de aceitação ou não da representação judicial proposta. Ao ser notificado, ele pode obviamente optar por não se incluir na demanda coletiva, não se submetendo aos seus efeitos, e perseguir individualmente o seu pleito. Para que possa exercer esse direito, contemplou-se o critério *opt out*, que faculta ao interessado a possibilidade de pedir para não mais fazer parte do grupo delimitado judicialmente e, desse modo, não sofrer os efeitos da imutabilidade do julgado. Tal critério, segundo a ponderação de Kazuo Watanabe, “sofre sérias *críticas* em muitos países por permitir que pessoas não participantes da demanda sejam atingidas pela coisa julgada desfavorável”¹⁹².

Justamente por essas críticas feitas ao critério do *opt out*, tem-se, nos países do *Civil law*, a tendência de se optar pelo critério do *opt in*, em que o membro ausente tem que manifestar, expressa ou tacitamente, a sua intenção aceitar representação e, por conseguinte, submeter-se aos efeitos da decisão. A grande crítica feita a esse sistema consiste justamente no esvaziamento do processo coletivo¹⁹³. Historicamente, como era de se esperar, poucos acabam tomando a iniciativa de se incluírem na demanda, sobretudo diante da dificuldade evidente de se promover a ciência efetiva de todo o grupo.

Alguns países do *Civil law* optaram por um sistema misto de combinação dos critérios do *opt in* com o *opt out*, que consiste em adotar o primeiro como regra para as ações coletivas e o segundo, como exceção, reservando, dessa forma, o último para aquelas demandas em que as lesões perpetradas foram tão baixas que dificilmente alguém tomaria a iniciativa de pedir para entrar no processo¹⁹⁴. Tal combinação é muito interessante na medida em que permite a distinção de tratamento conforme a dimensão do dano sofrido pelos membros do grupo, dispensando um sistema mais garantista, o do *opt in*, àquelas situações em que os prejuízos sofridos tenham sido elevados, e um menos, o do *opt out*, aos casos de pequenas lesões. Para que esse sistema funcione bem, entretanto, é necessário se permitir ao magistrado maior carga de discricionariedade para definir, no caso concreto, qual critério adotar.

191 GIDI, Antônio. *A CLASS ACTION como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. p.220-222.

192 WATANABE, Kazuo. *Os processos Coletivos nos países do civil law e common law: uma análise de direito comparado: novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.304.

193 WATANABE, Kazuo, *op. cit.*, p.304.

194 WATANABE, Kazuo, *op. cit.*, p. 304-305.

Questão que deve ser enfrentada consiste em saber se a notificação, o *opt out* e o *opt in* seriam compatíveis com o sistema de coisa julgada coletiva adotado no Brasil, que é *secundum eventum litis, in utilibus*. Ada Pellegrine Grinover deixa entrever que, por serem ambos os modelos mecanismos de proteção dos membros ausentes, tendo a mesma finalidade, seriam excludentes¹⁹⁵. Gidi, por sua vez, é expresso em defender a incompatibilidade, quando afirma que “não faz qualquer sentido permitir aos membros se excluírem do (ou se incluírem) no grupo, uma vez que eles não serão mesmo atingidos pela coisa julgada desfavorável”¹⁹⁶.

Esses autores, ao se posicionarem pela incompatibilidade entre a coisa julgada *in utilibus* e os mecanismos de autoinclusão e autoexclusão, partem, como se pode facilmente perceber, da premissa de que de uma decisão prolatada em uma ação coletiva somente podem ser provenientes benefícios para os membros ausentes do grupo. Viu-se, entretanto, quando da análise da representatividade adequada, que este argumento é equivocado, na medida em que podem advir sim prejuízos para aqueles que não participaram do processo. É preciso reconhecer, contudo, que as preocupações com os ausentes nos países que adotam o regime da coisa julgada *secundum eventum litis* são deveras minimizadas em relação aos países que trabalham com a coisa julgada *pro et contra*, como ocorre nos Estados Unidos.

Uma solução plausível para o caso brasileiro seria a adoção de mecanismos de exclusão e inclusão apenas para os casos de legitimação individual, pois se trata de uma situação, como já frisado, de maior risco para os interesses dos ausentes, mantendo-se, para os demais legitimados, a atual regência, que somente trabalha com a ideia de coisa julgada *in utilibus*. Com isso, o sistema se tornaria mais garantista na busca da proteção dos membros ausentes.

Para a hipótese mencionada, o critério combinado do *opt out* e do *opt in* parece mais adequado. Mas não como vem sendo adotado pelos demais países do *civil law*, que colocam o a inclusão como a regra e a exclusão como a exceção. No caso brasileiro, onde reconhecidamente há um déficit de participação democrática do indivíduo, a adoção do *opt in* como regra tornaria inevitavelmente inócua a sua tão sonhada legitimação individual.

195 Nesse sentido afirma: “Completamente diversa é a opção dos países ibero-americanos. Levando em consideração a falta de informação e de conscientização a respeito de seus direitos de grandes parcelas da população, a dificuldade de comunicação, a distância e a precariedade dos meios de transporte, a dificuldade de acesso à justiça, as barreiras para a contratação de um advogado, esses países (com exceção da Colômbia e de Portugal) descartam seja o *opt in*, seja o *opt out*, seguindo a linha completamente diferente da supra traçada: a linha da coisa julgada *secundum eventum litis*, só para beneficiar, mas não para prejudicar os membros do grupo. (GRINOVER, Ada Pelegrini. **Os processos Coletivos nos países do civil law e common law**. p.243).

196 GIDI, Antônio. **A CLASS ACTION como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. p. 306.

Interessante seria, por estas bandas, a adoção do *opt out* como regra, reservando o *opt in* para casos excepcionais, quando os danos praticados contra o grupo fossem de grande monta e indicassem essa solução como mais adequada. A decisão sobre qual critério adotar caberia ao magistrado no caso concreto, que, sem dúvidas, possui a melhor condição de avaliação, por estar próximo dos fatos, mas ele deveria ser previamente alertado pela lei de que sempre que possível deve optar pelo *opt out*.

CONCLUSÃO

A omissão legislativa na Lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, no ponto em que não reconhecem a legitimidade ativa do indivíduo para as ações coletivas que preveem, consiste numa significativa adaptação do sistema das *class actions* à realidade brasileira. O fato é que o legislador brasileiro, diante dos evidentes problemas sociais presentes no Brasil, ao fazer o transplante do instituto, embebeu-se em um conservadorismo sem medidas, estabelecendo um sistema de legitimação que de maneira nenhuma pode ser considerado amplo, pois que os principais destinatários da tutela coletiva, os indivíduos, foram excluídos do rol taxativo de legitimados, e, além disso, estabeleceu um sistema de extensão da coisa julgada que, em tese, somente beneficia os membros ausentes. A preocupação subjacente tem a ver com o receio dos efeitos negativos que uma má representação pode gerar para os interesses do grupo.

Tal sistemática legislativa, no entanto, como era de se esperar, gera importantes problemas práticos relacionados invariavelmente com a questão do acesso à justiça. O mais grave consiste em tornar o indivíduo, sobretudo naquelas situações em que a lesão experimentada somente pode ser contornada por meio de um provimento judicial coletivo, refém da iniciativa dos demais legitimados. Realidade que se mostra problemática quando se tem em vista que lesões em massa, pela própria característica da vida moderna, estão sendo praticadas a todo instante, o que impossibilita uma atuação eficiente dos órgãos públicos e das associações, mormente em razão de suas limitações estruturais. Ademais, mencionada subserviência dos interesses do indivíduo à iniciativa dos demais legitimados faz que a interpretação acerca de um direito coletivo aduzida em juízo se contraponha não raras vezes aos próprios interesses do grupo, fato que se explica pela intrínseca conflituosidade caracterizadora desses direitos.

Os problemas indicados poderiam ser resolvidos com a ampliação da legitimação nas ações coletivas, para reconhecer a legitimidade ativa do indivíduo, o que garantiria a este maior autonomia em relação aos demais legitimados. Não parece razoável o argumento daqueles que alegam, lembrando as ações populares, o déficit de participação da pessoa física mesmo naquelas hipóteses em que a legitimidade defendida já é reconhecida. As ações populares não fornecem um parâmetro seguro para tirar conclusões dessa natureza, uma vez que pelo seu próprio objeto, atinente à proteção do patrimônio público em sentido amplo, acaba exigindo que o cidadão atue em juízo, na generalidade do casos, de maneira

desinteressada, pelo simples cumprimento de um dever cívico, o que, é preciso reconhecer, ainda vai levar algum tempo para se tornar uma realidade no Brasil. Não se confunde essa sistemática com aquela adotada nas *class actions*, nas quais, em sentido diametralmente oposto à lógica das ações populares, exige-se do indivíduo a demonstração de um interesse, explorando o egoísmo do indivíduo em benefício de todo o grupo.

O interesse, que nasce sempre no indivíduo, por referir-se a um juízo de valor que este exerce sobre determinado bem, extraído dele uma utilidade para suprir uma necessidade, constitui a base para a construção de um sistema de legitimação coletiva com a possibilidade da legitimidade individual. Conforme apregoa a teoria do interesse, parte-se da premissa de que existe um interesse comum entre o representante e o próprio grupo representado, de modo que, ao defender arduamente os seus interesses em juízo, os interesses do grupo, a reboque, também estariam sendo protegidos. Minimizam-se, demais disso, os riscos de uma má representação, porquanto se pressupõe que dificilmente o indivíduo iria negligenciar os seus próprios interesses.

A propósito, o interesse também está na base de formação dos próprios direitos coletivos. Não segundo uma perspectiva tradicional, que tende a considerar direito, no sentido estrito do termo, somente aqueles interesses que receberam do ordenamento jurídico proteção jurídica, pois tal visão se mostra insuficiente para explicar o fenômeno de tutela coletiva, uma vez que existem inúmeros direitos, notadamente difusos, que ainda não receberam amparo do sistema normativo. Mas antes por uma perspectiva intersubjetiva, que se vale do conceito de consenso para explicar essa transformação de interesses em direitos. Nesta última linha teórica, considera-se direito coletivo o resultado do consenso obtido dentro de um conflito de interesses por meio de um procedimento discursivo (que pode ser judicial ou não), no qual se garanta aos interessados oportunidades aos interessados de apresentarem os seus argumentos em condições de igualdade. O critério do consenso, com efeito, mostra-se mais adequado para explicar aquelas situações fáticas que ainda não alcançaram a benesse legislativa da proteção jurídica, pois, para caracterização de um direito, contenta-se com o reconhecimento obtido da outra parte.

O foco do direito processual, à luz dessa criação intersubjetiva, muda, transferindo-se das posições estanques dos interesses dos indivíduos para o resultado pretendido. Daí falar-se em objetivação do processo coletivo, no sentido de que não importa mais quem está pedindo, mas o que está sendo pedido. Lendo essa máxima pela lente da sistemática discursiva, poder-

se-ia dizer facilmente que não importa a validade dos argumentos das partes (as quais, inclusive, ficam suspensas), mas o consenso obtido ao final do procedimento discursivo. A preocupação não consiste mais em verificar aprioristicamente se a parte tem um interesse juridicamente tutelado, mas sim em garantir que elas possam apresentar os seus argumentos.

Torna-se irrelevante para o processo quem é o portador judicial dos interesses do grupo, se o Ministério Público, a Defensoria Pública, uma associação ou mesmo o indivíduo. A questão da legitimação ativa se torna, nesse sentido, um elemento secundário. Bastante consentânea com essa realidade é a proposta do professor Vicente de Paula Maciel Jr, para quem as ações coletivas devem ser enxergadas como ações temáticas. Isso significa dizer, na prática, que proposta uma ação coletiva, deve-se fixar um tema (exemplo: importação de pneus usados causam danos ao meio ambiente?) e a partir dele procurar densificar o discurso, garantido à maior quantidade de interessados a oportunidade de se manifestarem, apresentando os seus argumentos.

Tal oportunidade se reflete também na capacidade de iniciativa, pois, do contrário, muitos discursos importantes deixariam de ser travados, contribuindo para a manutenção do *status quo*. A análise dos sistemas norte-americano e português de tutela coletiva, em contraponto com o brasileiro, permite concluir que um sistema adequado não é aquele que prioriza a legitimação pública em detrimento da privada, ou vice-versa, mas antes aquele que garante um sistema amplo de legitimidade. Tanto assim que, percucientemente, o professor Oquendo, percebendo as lacunas existentes no sistema norte-americano e no brasileiro, sugeriu, dentre outras coisas, a criação de uma figura equivalente ao Ministério Público nos Estados Unidos e a contemplação da legitimidade do indivíduo no Brasil. Esse raciocínio é absolutamente preciso, pois uma realidade complexa exige um sistema de legitimidade igualmente complexo.

As soluções até então buscadas para solucionar a deficiência da legitimação individual nas ações coletivas não resolvem o problema. O incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no projeto do novo CPC, embora preveja a possibilidade de produção de efeitos coletivos a partir de uma demanda individual, pode revelar várias deficiências de efetividade quando de sua implementação. Esse novo instituto ainda se vincula bastante ao processo individual, ao tratar as demandas episodicamente, gerando, por exemplo, uma profusão de títulos executivos judiciais, os quais teriam que ser executados um a um, sem a possibilidade de execução coletiva, o que não resolve a contento as típicas situações em

que pequenos danos são praticados em massa. A propósito, o incidente pode mostrar-se ainda como um instrumento para que magistrados possam burlar o regime de extensão da coisa julgada *secundum eventum litis*, pois, ao escolher-se uma demanda coletiva como causa piloto, o pronunciamento do tribunal, ao fixar a tese, vinculará todas as demandas individuais que estejam sujeitas à sua jurisdição, independentemente do resultado favorável ou desfavorável do incidente.

A legitimação individual nas ações coletivas pode ser um importante instrumento para contornar as injustiças institucionalizadas pelo direito nas relações de trabalho. A possibilidade de um trabalhador aviar uma ação coletiva em nome de todo o grupo de funcionários de uma empresa evita não somente a incidência da prescrição trabalhista durante a vigência do pacto laboral, como também permite uma tutela específica mais eficiente dos direitos trabalhistas. A abertura pretendida no sistema de legitimação coletiva é fundamental para se criar uma sensação de vigilância sobre os atos dos tomadores de serviço, realidade que ainda é um sonho, tendo em vista as dificuldades de atuação dos órgãos de fiscalização em todos os ambientes de trabalho.

Por fim, não se pode olvidar que a atuação do indivíduo como representante judicial otimiza os riscos para os membros ausentes do grupo. Ele pode, por exemplo, fazer prevalecer seus interesses pessoais em detrimento dos interesses comuns da coletividade na qual se insere. Diante dessa realidade, a ampliação da legitimação deve vir acompanhada de mecanismos de controle. A primeira sugestão, considerando a sistemática das *class actions*, é o acolhimento do requisito da tipicidade, que consiste na exigência de que o representante tenha sofrido diretamente o prejuízo, demonstrando ter interesse direto na demanda, mas somente para os casos em que estivessem em cena direitos individuais homogêneos. A segunda é a exigência de que o porta voz do grupo seja um representante adequado, o que implica na aferição de sua credibilidade para estar em juízo. A terceira é a adoção do procedimento de notificação, com o fim de dar maior publicidade da demanda aos membros do grupo. A quarta é a aplicação combinada dos critérios do *opt out* e *opt in*, considerando o primeiro como a regra e o último como exceção.

Este trabalho pretende contribuir com as discussões sob os novos rumos da tutela coletiva no Brasil, principalmente porque se sabe que é uma questão de tempo para sobrevenha um Código de Processo Civil Coletivo. Trata-se de uma oportunidade ímpar para revisão dos tradicionais institutos.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Antoni Rodrigues Cavalcanti. **O conteúdo eficaz da sentença em ação popular:** sobrevive uma ação de direito material? In: Tutela jurisdicional coletiva. Fredie Didier Jr e José Henrique Couto (coords). Salvador: *JuSPODIVM*, 2009.

ANDREWS, Christina W. **Emancipação e legitimidade:** uma introdução à obra de Jürgen Habermas. São Paulo: Unifesp, 2011.

ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e Política no Brasil.** Tese de doutorado (Doutorado em Ciências Políticas). USP. São Paulo: s.n, 2000.

BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza. **O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil:** apontamentos iniciais. In: O novo Processo Civil Brasileiro (Direito em perspectiva): (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Luis Fux (coord). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BRASIL. PROJETO DE LEI DE REFORMA DO CPC. **Relatório levado a efeito pelo Deputado Federal Sérgio Barradas.** Altera as disposições do Projeto de Lei do Senado N° 166, de 2010. Disponível em: <http://sergiobc.com.br/>. Acessado em: 29/09/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. ACO 876 MC-AgR/BA. Agravo Regimental na Ação Cível Originária. EMENTA Agravo regimental. Medida liminar indeferida. Ação civil originária. **Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional.** Agravante: Ministério Público Federal e outros. Agravado: União. Julgamento em 19/12/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ACO+876%29&base=baseAcordados>. Acessado em: 19/06/2012.

_____. DECRETO PRESIDENCIAL 6949/09. **Promulga a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo facultativo.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acessado em: 20/05/2012.

BURGO, Vitor. **Em busca da legitimação perdida:** a exclusão da pessoa física do rol de legitimados do PL 5.139/2009. In: em defesa de um novo sistema de processos coletivos. São Paulo: Saraiva, 2010.

CABRAL, Antônio do Passo. **O novo Procedimento-Modelo (Musterverfahren) alemão:** uma alternativa às ações coletivas. In: O novo processo civil brasileiro (direito em perspectiva): (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Coord. Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CÂMARA, Hamilton Quirino. **Falência do Incorporador Imobiliário:** o caso Encol. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **As ações coletivas e o combate às terceirizações ilícitas.** In: Ação Coletiva na visão de Juízes e Procuradores do Trabalho. José Hortêncio Ribeiro Jr (org.) São Paulo: LTr, 2006.

CORREIO WEB. **MPU contrata terceirizados e ignora 6 mil aprovados no último**

certame. Disponível

em: http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2012/05/28/internas_economia,304480/mpu-contrata-terceirizados-e-ignora-6-mil-aprovados-no-ultimo-certame.shtml

Acessado em: 28/05/2012).

COSTA, Daniel Carnio. **Danos individuais e ações coletivas.** In: Biblioteca de Estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. Curitiba: Juruá, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho.** 4º Ed. São Paulo: LTr, 2011.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil:** Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 11º Ed. Salvador: *PODIVM*, v. 1.

_____. **Curso de Direito Processual Civil:** processo coletivo. 4º Ed. Salvador: *JusPODIVM*, 2009.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Sierra Club v. Morton**, 405 U.S 727 (1972). Julgado em 19/05/1971. Disponível em:

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=405&invol=727>. Acessado em: 19/06/2012.

FAVA, Marcos Neves. **Ação Civil Pública Trabalhista:** teoria geral. São Paulo: LTr, 2005.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Acesso à Justiça e ações pseudoindividuais:** legitimidade ativa do indivíduo nas ações coletivas. Revista de Processo, ano 37, v. 203, jan/2012.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **Representatividade Adequada nos processos coletivos.** Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24092010-133201/es.php>. Acessado em: 19 jun. 2012.

GIDI, Antônio. **A coisa julgada e litispendência em ações coletivas.** São Paulo: Saraiva, 1995.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Meio Ambiente do Trabalho (MAT) e seus mecanismos de tutela:** ênfase no dano moral coletivo. In: Tutela Jurisdicional Coletiva. Coords. Fredie Didier Jr e José Henrique Mouta. (Coords). 1º série. Salvador: *JusPODIVM*, 2009.

_____. **A CLASS ACTION como instrumento de tutela coletiva dos direitos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Mandado de Segurança Coletivo:** Legitimação, Objeto e Coisa Julgada. Revista de Processo: Repositório de Jurisprudência autorizado pelo Superior Tribunal de Justiça. N. 11.

_____. **Os processos Coletivos nos países do *civil law* e *common law***: uma análise de direito comparado: novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e Agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**: história, teoria e prática. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 9ª Ed. São Paulo: LTr, 2011.

LEITE, Marcelo Daltro. **Ação Individual e a Ação Coletiva**: O Fenômeno da Unitariedade e a Legitimidade de Agir. Revista EMERJ, v.11, nº 41, 2008.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 2º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LINS, Ana Cristina Bandeira. **Ações Coletivas**: Análise crítica. Disponível em: [www.sbdp.org.br/arquivos/.../Ações _ coletivas . pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/.../Ações_coletivas.pdf). Acessado em: 15/09/2012.

MACIEL JR. **Teoria das ações coletivas**: ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir . 6º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Ação Popular**: proteção do erário, do patrimônio da moralidade administrativa e do meio ambiente. 3º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MAZZEI, Rodrigo Reis. **Tutela Coletiva em Portugal: uma breve resenha**. Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais, n. 07, jul./dez.2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 16º Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELO, Raimundo Simão. **Ação coletiva de tutela do meio ambiente do trabalho**. In: Ação coletiva na visão de Juizes e Procuradores do Trabalho. José Hortêncio Ribeiro Jr (org.) São Paulo: LTr, 2006.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **O acesso à justiça e as condições da ação**. Revista de Processo, ano 34, n. 174, ago/2009.

_____. **O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos e a legitimidade da Defensoria Pública para as Ações Coletivas**. In: Direito Processual Coletivo e o

Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária.** Revista dos Tribunais, ano 58, v.404, jun/1969.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.** 4ª Ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OQUENDO, Angel R. **Upping the ante: Collective Litigation in Latin America.** Westlaw. Columbia journal of Transnational Law, L.248, 2009.

PACHECO, Claudio Meneses. **Os processos coletivos nos países de *civil law* e *common law*. Os processos Coletivos nos países do *civil law* e *common law*: uma análise de direito comparado: novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil.** 4º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RESSE-SCHÄFER, Walter. **Compreender Habermas.** Tradução de Vilmar Schneider. 3º Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2010.

SCHIAVI, Mauro. **Ação anulatória de normas convencionais e as associações sem caráter sindical.** Disponível em: www.lacier.com.br/artigos/01.doc. Acessado em: 04/09/2012.

SILVA, Homero Batista Mateus. **Ações coletivas interrompem a prescrição das pretensões individuais trabalhistas?** In: Ação Coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho. José Hortêncio Ribeiro Jr (org.) São Paulo: LTr, 2006.

SOUSA, José Augusto Garcia. **A Nova Lei 11.448/07, os Escopos Extrajurídicos do Processo e a Velha Legitimidade da Defensoria Pública para Ações Coletivas.** In: SOUSA, José Augusto Garcia (coord.). A defensoria Pública e os Processos Coletivos. 2 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

WATANABE, Kazuo. **Demandas Coletivas e os problemas emergentes da práxis forence.** Revista de Processo: Repositório de Jurisprudência autorizado pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ano 17, N. 11.

_____. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. **Os processos Coletivos nos países do *civil law* e *common law*: uma análise de direito comparado: novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ZANETI JR, Hermes. **A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico.** Revista *Videre*, Dourados/MS, ano 2, n. 03, jan/jun.2010. Disponível em:

http://www.periodicos.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/viewFile/884/pdf_26. Acessado em: 19/06/2012.

ZAVASKI, Teori Albino. **Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 3º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ZUFELATO, Camilo. **Coisa Julgada Coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2011.

