

RESUMO

A tutela dos direitos supraindividuais sofre novos desafios. Suas peculiaridades exigem adaptações nos institutos tradicionais do processo civil, como no da legitimação. Nos processos coletivos, esta é mais aberta, na medida em que é dado a um porta-voz falar em juízo em nome dos interesses de um grupo, categoria ou coletividade. Isso abre margem a possíveis abusos que podem representar empecilhos a uma tutela satisfatória desses direitos. Grande parte da doutrina aponta a proposta da ampliação do rol de legitimados das ações coletivas, incluindo a pessoa física, com concomitante controle *ope judicis* da representatividade adequada, como uma medida capaz de ampliar o acesso à justiça aos interesses transindividuais. O objetivo deste trabalho é expor esses argumentos doutrinários e analisar em que medida eles podem realmente concorrer para que o processo coletivo atinja, em sua plenitude, todos os seus fins.

Palavras-chave: processo coletivo; legitimidade; representatividade adequada; acesso à justiça.

ABSTRACT

The protection of collective rights suffers new challenges. Peculiarities require adjustments in traditional institutions of civil procedure, as in standing. In this collective process it is more open, as it is given to a spokesman to speak in court on behalf of the interests of a group, class or community. This opens opportunities to possible abuse that may pose obstacles to a satisfactory protection of these rights. Much of the teaching points of the proposed expansion of the collective actions legitimate list, including individual person, with concomitant *ope judicis* control of adequate representation, as a measure capable of extending justice access to the collective interests. The objective of this work is to expose these doctrinal arguments and analyze to what extent they may actually contribute to the collective process reaches in its fullness all its purposes.

Keywords collective suits; standing; adequacy of representation; access of justice.

* Mestre em Filosofia Política pela Universidade de São Paulo, Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Sorocaba. Advogada. Professora da Faculdade de Direito de Sorocaba. Professora da Graduação e da Pós-Graduação da ESAMC Sorocaba.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil, entre os países de *civil law*, foi um dos pioneiros na criação e implementação dos processos coletivos, como lembra a professora Ada Pellegrini Grinover.¹ Foram vários os diplomas criados a partir da reforma de 1977 da Lei da Ação Popular, esta última responsável pela legitimação do cidadão a defender em juízo os direitos difusos ligados ao patrimônio ambiental. Depois disso, veio a Lei 6.938/81 que conferiu a titularidade do Ministério Público para as ações ambientais de responsabilidade penal e civil. No entanto, foi com a criação da Lei 7347/85 (Lei da Ação Civil Pública), seguida das inovações trazidas pela Constituição de 1988, que houve a universalização da proteção coletiva dos interesses metaindividuais, permitindo que qualquer interesse difuso e coletivo fosse tutelado. Finalmente, veio o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), que garantiu a defesa dos chamados interesses individuais homogêneos e passou a constituir, juntamente com a Lei 7347/85, um microsistema de processos coletivos.

As criações legislativas brasileiras surgiram para satisfazer a necessidade de se garantir acesso à justiça a interesses transindividuais, isto é, a direitos “que pertencem a todos e, ao mesmo tempo, a ninguém.”² Essa necessidade já havia sido apontada por Mauro Cappelletti – um dos maiores estudiosos da questão do acesso à justiça – que, ao estudar o tema, havia identificado três pontos sensíveis. Entre eles, estava o da tutela dos interesses difusos, permitindo que os grandes conflitos de massa fossem levados aos tribunais.

Já se passaram mais de vinte anos da aplicação desse arcabouço jurídico e novos desafios trazem à tona a necessidade de repensá-lo. Problemas como desestrutura do judiciário “no desempenho da sua função política que lhe foi transferida pelo julgamento das demandas coletivas”³, excesso de processos, que geram julgamentos tardios e ineficazes, desequilíbrio entre as partes na relação processual, má condução e, muitas vezes, gerenciamento ineficiente do processo coletivo impedem que o processo realize sua principal finalidade, a saber, a efetividade. Esta consiste na possibilidade do processo ser um instrumento apto a alcançar “os melhores resultados, tendo em vista os recursos disponíveis (técnicas processuais) e os objetivos do sistema (escopos do processo).”⁴

A fim de colaborar com o aperfeiçoamento da tutela dos interesses supraindividuais no Brasil, a doutrina vem apresentando várias propostas. Uma delas consiste na ampliação do rol dos legitimados às ações coletivas em geral, incluindo entre eles a pessoa física, com concomitante avaliação *ope judicis* da “representatividade adequada”.

No intuito de estudar essa proposta, o presente artigo dividir-se-á em quatro partes, seguidas da conclusão. Na primeira delas, tratar-se-á do sistema brasileiro atual que regula a legitimidade nas ações coletivas. Na sequência, serão apresentados os principais argumentos contrários à legitimação da pessoa física às demandas coletivas. Depois, serão expostos os argumentos mais relevantes a favor da legitimação do indivíduo. Por fim, mostrar-se-ão as principais propostas da doutrina que conjugam inclusão da pessoa física ao rol de legitimados das ações coletivas e a necessidade de se controlar a sua atuação pelo juiz, no caso concreto.

Enfim, pretende-se mostrar que a proposta de legitimar o indivíduo às ações coletivas e munir o juiz de amplo poder de controlar sua atuação nas demandas pode ser uma via que colabore com o aprimoramento

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 11.

² COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: Carlos Alberto de Salles. (Org.). **As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro**: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, v. , p. 1.

³ Idem, p. 1.

⁴ Ibidem, p. 17.

do acesso à justiça dos interesses coletivos *lato sensu*.

2. LEGITIMIDADE ÀS AÇÕES COLETIVAS BRASILEIRAS – SISTEMA ATUAL

No ordenamento jurídico pátrio não há plena liberdade para se escolher quem figurará no pólo ativo das demandas coletivas. O legislador optou por preestabelecer os legitimados ativos.

No tocante à legitimação, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor integram-se. O rol de legitimados é praticamente o mesmo, tendo este último diploma acrescentado àquele apenas os órgãos da administração pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica.⁵

Conjugando os artigos 5º da lei 7347/85 (com a nova redação dada pela lei 11448/07) e 82 da lei 8078/90, são legitimados para propor a ação civil pública principal e a cautelar: a) o Ministério Público; b) a Defensoria Pública; c) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; d) a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e) a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil, e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; e) as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Como se pode ver, a legitimação é concedida a vários entes. Ao contrário da concepção tradicional – fundada no processo civil individualista –, a legitimação não é exclusiva, mas concorrente. Em outras palavras, qualquer legitimado pode propor a ação. Além disso, ela é disjuntiva, isto é, não há necessidade de participação de todos os

entes em conjunto no pólo ativo da ação. O litisconsórcio é possível, porém não obrigatório. Assim sendo, a atuação de um legitimado independe do concurso de outro.⁶

Posteriormente à Lei da Ação Civil Pública foram editadas outras normas para aperfeiçoar a tutela coletiva de direitos. Entre elas tem-se a Lei 7.853/89, que tratou da defesa das pessoas portadoras de deficiência; a Lei 7.913/89, que tratou da defesa dos investidores do mercado de valores mobiliários; posteriormente, a Lei 8.069/90, ou “Estatuto da Criança e do Adolescente”; a Lei 8.078/90, o “Código de Defesa do Consumidor”; e a Lei 8.492/92, denominada “Lei da Improbidade Administrativa”.

Apesar dessas ampliações, em nenhuma dessas leis há previsão da legitimidade da pessoa física para as ações coletivas.

O único diploma que legitima o indivíduo a agir em juízo em nome de interesses supraindividuais é a Lei da Ação Popular (Lei 4717/65)⁷. Mesmo assim, não é qualquer pessoa física que pode fazê-lo, mas apenas o cidadão. O artigo 1º da lei exige que o autor seja cidadão, isto é, brasileiro no gozo de seus direitos políticos. E o seu § 3º acrescenta que a prova dessa condição deve ser feita por meio do título eleitoral.

O bem jurídico tutelado é o patrimônio público⁸ dos entes da Administração Pública direta e indireta, bem como de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações, para cuja criação ou custeio o tesouro público tenha concorrido com mais de cinquenta por cento do

⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.162.

⁷ Na realidade, em âmbito constitucional, a Ação Popular aparece pela primeira vez na Carta de 1934. Houve previsão deste instrumento em Constituições subsequentes. No entanto, sua regulamentação só se deu com a Lei 4717 de 1965, que ainda está em vigor. Para saber mais sobre a história da Ação Popular no Brasil, vide Ricardo de Barros Leonel. *Idem*, p.54 e seguintes.

⁸ O artigo 1º, § 1º, da Lei 4717/65 esclarece o que se entende por patrimônio público: “consideram-se patrimônio público para fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”.

⁵ Código de Defesa do Consumidor, artigo 82, inciso III.

patrimônio ou da receita anual, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

Segundo a Lei 4717/65, o objeto da ação é a anulação ou declaração de nulidade de atos que lesem o patrimônio público das pessoas acima citadas. Com a Constituição de 1988 houve ampliação desse rol. O artigo 5º, inciso LXXIII, da Carta estabeleceu a possibilidade de seu ajuizamento para anular ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural e à moralidade administrativa.

É importante ressaltar o caráter limitado⁹ da Ação Popular, pois não são quaisquer atos que podem ser atacados por esse instrumento, mas somente atos lesivos praticados pela Administração Pública. Desse modo, quando a lesão se dá por particular ou pessoa jurídica de direito privado, a Ação Popular não é o meio hábil à defesa do erário.

As limitações da lei não estão apenas no pólo ativo e no objeto, mas também no interesse que pode ser protegido por esse instrumento. O patrimônio público de que trata a lei é interesse público secundário e, portanto, direito difuso. Os outros interesses elencados no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição são também difusos. O rol é taxativo e não permite que outros direitos transindividuais sejam defendidos pela Ação Popular.

Assim, embora a lei 4717/65 preveja o cidadão como parte legítima para propor Ação Popular, esse meio de atuação restringe-se a defender em juízo bens jurídicos específicos contra atos determinados. Tem, portanto, caráter restritivo¹⁰.

Desse modo, pode-se concluir que a legitimidade ativa da pessoa física para as ações coletivas em geral encontra-se ausente em nosso ordenamento.

3. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À LEGITIMIDADE DA PESSOA FÍSICA PARA AS AÇÕES COLETIVAS

A legitimação da pessoa física para ajuizar ações coletivas em geral ainda divide a opinião da doutrina. Alguns autores entendem que as pessoas jurídicas ou órgãos estatais dispõem de melhores condições para a defesa dos direitos metaindividuais em juízo do que o indivíduo isolado.

No artigo “Formações Sociais e Interesses Coletivos Diante da Justiça Civil”, Cappelletti procura mostrar que, no caso de lesões a bens de natureza transindividual, o indivíduo lesado pessoalmente é o autor inadequado para defender em juízo toda a coletividade. Seja, como adverte Ada Pellegrini Grinover¹¹, pelo próprio desconhecimento de seus direitos, seja, segundo Cappelletti, pela falta de hábito de defender em juízo interesses não tradicionais. Neste sentido, Cappelletti:

Pessoas que procurariam um advogado para comprar uma casa ou obter o divórcio, dificilmente intentariam um processo contra uma empresa cuja fábrica esteja expelindo fumaça e poluindo a atmosfera (31). É difícil ‘mobilizar’(32) as pessoas no sentido de usarem o sistema judiciário para demandar direitos não-tradicionais.¹²

Além disso, advertem os autores, o indivíduo, que age isoladamente, está em condições de desvantagem frente ao autor das lesões que, em regra, é mais poderoso que ele¹³. É por isso que a ação em grupo é muito mais vantajosa e eficaz. Daí a necessidade de se legitimarem as associações ou “corpos

⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 116.

¹⁰ Idem, p.116.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A tutela dos interesses difusos**. *Revista de Processo*, n. 14-15, ano IV, abril-setembro de 1979, p. 33.

¹² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 24.

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A tutela dos interesses difusos**. *Revista de Processo*, n. 14-15, ano IV, abril-setembro de 1979, p. 34.

intermediários” para que possam defender em juízo os interesses coletivos.

Neste sentido, Cappelletti:

O consumidor isolado, sozinho, não age; se o faz, é um herói; no entanto, se é legitimado a agir não meramente para si, mas pelo grupo inteiro do qual é membro, tal herói será subtraído ao ridículo destino de Dom Quixote, em vã e patética luta contra o moinho de vento. Os heróis de hoje não são mais, pois sim, os cavaleiros errantes da Idade Média, prontos a lutar sozinhos contra o prepotente em favor do fraco e inocente; mas são, mais ainda, os Ralph Nader, são os Martin Luther King, são aqueles, isto sim, que sabem organizar seus planos de luta em grupo em defesa dos interesses difusos, coletivos metaindividuais, tornando a submeter as tradicionais estruturas individualísticas de tutela – entre as quais aquelas judiciais – às necessidades novas, típicas da moderna sociedade de massa.”¹⁴ Pessoas que procurariam um advogado para comprar uma casa ou obter o divórcio, dificilmente intentariam um processo contra uma empresa cuja fábrica esteja expelindo fumaça e poluindo a atmosfera (31). É difícil ‘mobilizar’(32) as pessoas no sentido de usarem o sistema judiciário para demandar direitos não-tradicionais.¹⁵

Ao tratar da defesa do meio ambiente em juízo, Álvaro Luis Valery Mirra aponta para a possível falta de interesse da pessoa física em defender em juízo direito difuso, como o do meio ambiente, em razão de inexistirem vantagens econômicas diretas em seu patrimônio. Ademais, a possibilidade de sucumbência desestimularia o indivíduo a se envolver em complicadas lides. É o que ensina o autor:

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro Cappelletti, **Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil**. *Revista de Processo*, n. 5, ano II, janeiro-março de 1977, p. 137.

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro Cappelletti; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 24.

Considerava-se improvável que o cidadão se sentisse estimulado a envolver-se sozinho em complexas batalhas judiciais para a defesa de direito ou interesse coletivo que, apesar de ser acima de tudo seu próprio, não teria, no mais das vezes, repercussão positiva direta e imediata em sua esfera pessoal e patrimonial. E sem a perspectiva de obtenção de uma vantagem pessoal concreta na demanda, notadamente, de ordem econômica, dificilmente alguma pessoa aceitaria assumir o risco de ser condenada ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios da parte contrária, na eventualidade de derrota no processo, e muito menos de ter de ressarcir o seu oponente por prejuízos sofridos, se sua iniciativa fosse caracterizada como litigância de má-fé.¹⁶

A legitimação de pessoas jurídicas privadas e públicas ou de órgão públicos preestabelecida pela lei é, segundo José Carlos Baptista Puoli, uma espécie de “filtro” que evitaria a propositura de demandas temerárias. O uso indiscriminado desse instrumento pelas pessoas físicas poderia gerar “inúmeras repercussões perniciosas que, mesmo nos casos de improcedência, jamais poderão ser reparadas”.¹⁷ Segundo o autor, a exigência da chamada “representatividade adequada”¹⁸ do indivíduo não seria suficiente para barrar demandas abusivamente ajuizadas, já que o mero “currículo” do autor não basta para resolver o problema¹⁹.

¹⁶ MIRRA, Álvaro Luis Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 131.

¹⁷ PUOLI, José Carlos Baptista. *Comentários à lei de ação civil pública –art. 1º*. In: COSTA, Susana Henriques (coord.) *Comentários à lei da ação civil pública e lei da ação popular. Comentários à lei da ação civil pública e lei da ação popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 333.

¹⁸ A denominada representatividade adequada é uma espécie de critério para avaliar se a pessoa que se apresenta como defensora na demanda coletiva do interesse transindividual é um representante idôneo da coletividade, classe ou categoria substituída em juízo.

¹⁹ José Carlos Baptista Puoli. *Comentários à lei de ação civil pública –art. 1º*. In: COSTA, Susana Henriques

De acordo com José Carlos Baptista Puoli nem a condenação por litigância de má-fé, hoje prevista no artigo 17 da Lei 7347/85, nem os filtros normais do sistema processual atual bastarão para o controle da atuação da pessoa física nas demandas coletivas. Quanto à primeira, poderia haver acordo entre os possíveis interessados na demanda para que fosse escolhido como autor alguém que não tivesse com o que responder, “de forma a inviabilizar a responsabilização por demandas temerárias”²⁰. Quanto ao segundo, é o entendimento do autor:

Por outro lado, os filtros normais do sistema processual (indeferimento de petição inicial, entre outros) também não serão suficientes para este controle. É que o ideário que hoje impera em tema de tutela coletiva, deixa claro que tais institutos praticamente não são utilizados nesta seara, em nome de uma extremada cautela que se tem no uso de qualquer instituto processual clássico que possa ir contra a tutela de “tão nobres” interesses.²¹

A experiência negativa havida com a ação popular foi apontada como causa da ausência de legitimação do indivíduo para as ações coletivas em geral no ordenamento brasileiro. É o que afirma Kazuo Watanabe:

Algumas experiências vividas no campo da ação popular, que tem sido utilizada, com alguma frequência, como instrumento político de pressão e até de vindita, serviram também para o perfilhamento da opção legislativa mencionada.²²

Ademais, adverte o autor que outra razão para a não previsão da pessoa física entre os legitimados a moverem a Ação Civil

(coord.) **Comentários à lei da ação civil pública e lei da ação popular**, p. 333.

²⁰ Idem, p. 333.

²¹ Ibidem, p. 334.

²² WATANABE, kazuo. Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, São Paulo: Editora Forense Universitária, 2004, p.815.

Pública, à época da criação do Código de Defesa do Consumidor, foi a ausência de maturidade do povo brasileiro para utilizar tão nobre instrumento. Nesse sentido, Kazuo Watanabe:

Por certo, após a perfeita assimilação pelo povo brasileiro do verdadeiro ideal colimado pelo Código, o que somente ocorrerá com a educação mais aperfeiçoada e mais abrangente, e principalmente com a diminuição do individualismo que nos marca profundamente, estaremos aptos, no futuro, à ampliação total, inclusive a cada indivíduo, da legitimação para agir para a tutela, a título coletivo, dos interesses e direitos dos consumidores.²³

Por fim, o argumento favorável à não legitimação do indivíduo para a Ação Civil Pública é apresentado por Ricardo de Barros Leonel:

Em que pese a validade da atuação tanto de entes públicos como privados, ou mesmo do cidadão na defesa de interesses supra-individuais, a perfeição do modelo de legitimação não é identificada somente em um, e tampouco em outro pólo da equação. A concessão de legitimidade para agir a órgãos públicos apresenta maior probabilidade de êxito na implementação da tutela coletiva, em virtude da melhor estruturação destes para a promoção da respectiva defesa em juízo, e ainda da possibilidade de adoção do princípio da indisponibilidade da ação, o que é inviável com relação ao particular legitimado.²⁴

4. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À LEGITIMAÇÃO DA PESSOA FÍSICA PARA AS AÇÕES COLETIVAS EM GERAL

²³ Idem, p.815.

²⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.155-156.

As ações coletivas surgem, no direito brasileiro, como uma resposta à necessidade de se garantir a tutela judiciária de interesses que não são meramente individuais.

A legitimação das pessoas físicas para propô-las apresenta-se como um passo importante rumo à ampliação do acesso à justiça aos direitos transindividuais.

Há autores que encontram na Constituição de 1988 fundamentos para sustentar a legitimidade do indivíduo para ações coletivas. Baseando-se no artigo 5º, inciso XXXV, da Lei Maior, que estabelece o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes afirma que o constituinte garante a todos indistintamente o direito de ir a juízo pedir tutela²⁵. Em nenhum momento a Lei Maior exclui o indivíduo ou outro ente desse direito, nem mesmo afasta os direitos metaindividuais da possibilidade de receberem proteção jurisdicional em caso de lesão²⁶. Desse modo, não caberia ao legislador infraconstitucional “impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir a pretensão”²⁷.

É nesse mesmo sentido que vai o argumento de Sérgio Monte Alegre. Ao citar o artigo 129, § 1º, da Constituição Federal, que dispõe: “a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”, ele afirma: “da legitimação ativa cuidou a Constituição. E o fez esgotadamente. Legitimados são o Ministério Público, e terceiros quaisquer que sejam, pessoas físicas e jurídicas.”²⁸

²⁵ CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. O anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.23.

²⁶ “Ressalte-se que o dispositivo constitucional acoberta a proteção jurisdicional diante de ‘lesão ou ameaça a direito’, sem qualquer qualificação restritiva, razão pela qual devem ser considerados sob o manto da inafastabilidade os direitos ou interesses individuais e coletivos” Idem, p. 23

²⁷ Ibidem, p. 23.

²⁸ MONTE ALEGRE, Sérgio. **Ação civil pública, constituição federal e legitimidade para agir**. Revista

É na Constituição que Demien Guedes se baseia também. A fim de dar uma resposta ao problema da lentidão da prestação jurisdicional, a Emenda Constitucional 45/2004 incluiu entre as garantias individuais o direito à razoável duração do processo.²⁹ De acordo com ele, a possibilidade de o indivíduo demandar em juízo pela proteção de interesses transindividuais seria uma forma de desafogar o judiciário e de garantir uma resposta mais célere contra as lesões a esses direitos. Nesse sentido, afirma o autor:

Admitindo-se a utilização de um único processo para veicular a pretensão de um número indeterminado ou indeterminável de cidadãos, evita-se a repetição de demandas com origem comum, reduzindo a pressão sobre os tribunais.³⁰

Os problemas concretos gerados pela atuação quase exclusiva de entidades estatais na defesa dos direitos coletivos *lato sensu* são apontados como razões para a superação da predominância desses entes nessa área. Algumas pesquisas relatam que a grande maioria das ações civis públicas são ajuizadas pelo Ministério Público. Em São Paulo, no ano de 2001, o *Parquet* foi responsável por 92,85% das ações em curso.³¹ No estado do Rio de Janeiro, a média é de cem ações civis públicas movidas pelo Ministério Público para

Trimestral de Direito Público, n. 14, ano 1996, p. 75. Ademais, o STF já entendeu que a substituição processual não tem contornos constitucionais, o que não impede o legislador ordinário de prever novos casos em que outras pessoas possam demandar em nome próprio, na defesa de direito alheio. “Substituição processual – Natureza da matéria. De início, a substituição processual não tem contornos constitucionais. Pouco importa, na espécie, que se tenha feito referência a normas estritamente legais como a regulamentar o inc. III do art. 8º, da Carta da República. O preceito nele incluído não veda a possibilidade de o legislador ordinário incluir no cenário jurídico outras hipóteses em que possível demandar em nome próprio na defesa de direito alheio

²⁹ Constituição Federal, artigo 5º, inciso LXXVIII.

³⁰ GUEDES, Demian. **A legitimação individual para a ação civil pública**. *Revista de Processo*, n. 140, ano 31, outubro 2006, p. 280.

³¹ Idem, p. 289.

pouco mais de dez promovidas por associações.³²

O lado negativo disso é a participação exígua da sociedade na “gestão das coisas públicas.”³³ Na época da criação da Lei 7347/85, argumentava-se que o povo brasileiro, “por seu caráter individualista e contrário ao associativismo, precisava de um representante, e, com o tempo, maturidade e melhor educação, estaria apto a figurar como autor de ações coletivas, principalmente por meio de organizações não-governamentais”.³⁴ No entanto, vários anos se passaram e o que se vê é a substituição da ação da cidadania e não uma orientação ou apoio para a emancipação da sociedade perante o Estado no exercício de seus interesses. É o que ensina Sérgio Monte Alegre:

O Ministério Público não recebeu da Constituição a tarefa de substituir a ação da cidadania e sim a de ajudá-la a caminhar. Tutela, curatela e pátrio poder, este último ainda exercido por “bom pai de família”, somente servem a incapazes, enquanto o são e na estreita medida das suas necessidades. O que, obviamente, não é o caso de quem há muito se elevou da condição de súdito à de cidadão. Que o Ministério Público auxilie, ampare, concorra. Porém, substituir, não.³⁵

A inclusão da pessoa física no rol de legitimados à Ação Civil Pública seria um passo importante para enfraquecer a cultura de dependência do cidadão perante o Estado. Segundo Carlos Alberto Bittar, ela teria um sentido educativo, pois estimularia a propositura de Ações Cíveis Públicas pelos indivíduos e faria com que o cidadão se

sentisse “mais responsável pelo meio que o cerca, zelando pelo patrimônio ecológico e policiando os atos dos demais”.³⁶

O fato de o Ministério Público encarregar-se quase que exclusivamente de propor ações coletivas pode trazer sobrecarga de trabalho à instituição, o que prejudica a defesa de interesses coletivos realmente importantes para a sociedade. Nesse sentido, ensina Demian Guedes:

Tamanha sobrecarga do Ministério Público é danosa para o próprio *Parquet*, que se vê assoberbado de requerimentos para o ajuizamento de demandas simples e periféricas, sem poder se concentrar na defesa de interesses mais relevantes, nos quais a sua estrutura técnica de investigação se afigura essencial.³⁷

A legitimação das associações para as ações coletivas, não foi, como pensavam alguns doutrinadores, um canal de abertura democrática eficaz para a participação da sociedade na defesa de direitos que dizem respeito à coletividade ou a grupos de pessoas. Na realidade, diante de uma lesão a interesses metaindividuais, as associações preferem recorrer ao Ministério Público, “seja em razão da escassez de recursos para a contratação de advogados, seja em razão da crença de que o Estado deve tutelar os interesses por eles representados”.³⁸

Além disso, legitimar apenas as associações e não os indivíduos seria uma maneira escamoteada de dificultar o acesso à justiça das pessoas para a defesa dos interesses transindividuais. Embora a pessoa física, por meio de uma associação, isto, é de forma semidireta, possa defender em juízo esses direitos, ela terá sempre o ônus de associar-se. Essa obrigação não só é contrária à norma constitucional que dispõe que “ninguém será compelido a associar-se ou a permanecer

³² FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.139.

³³ Idem, p. 139.

³⁴ Ibidem, p. 139.

³⁵ MONTE ALEGRE, Sérgio. **Ação civil pública, constituição federal e legitimidade para agir**. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 14, ano 1996, p. 75.

³⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Tutela do meio ambiente: a legitimação ativa do cidadão brasileiro**. *Revista dos Tribunais*, ano 82 – dezembro de 1993 – vol. 698, p. 14.

³⁷ GUEDES, Demian. **A legitimação individual para a ação civil pública**. *Revista de Processo*, n. 140, ano 31, outubro 2006, p. 291.

³⁸ Idem, p. 291.

associado”,³⁹ bem como se traduz em gravame, “que constitui, entre outros esforços, o de convencer os demais a juntarem-se”⁴⁰ àquele indivíduo, quando, nem sempre, estão dispostos a isso.

Também cabe lembrar, como o fez Carlos Alberto Bittar Filho⁴¹, que não raro inexistem, no local da lesão a direitos coletivos *lato sensu*, associações formalmente constituídas para defendê-los ou membro do Ministério Público para fazê-lo. Nesses casos, afirma Eurico Ferraresi:

Quando a presença do promotor ou das associações não se faz sentir, retirar da pessoa física a possibilidade de propor uma demanda coletiva significará a ausência de prestação jurisdicional em sede de direitos supraindividuais.⁴²

A Administração Pública, seja diretamente, seja por meio de autarquias, agências, órgãos etc, não é opção segura para tutelar em juízo interesses difusos e coletivos. Isso se dá em razão de possível “confusão entre interesses da coletividade e meros interesses das pessoas jurídicas de direito público (interesse público primário e secundário).⁴³ Como exemplo, pode-se citar o caso de uma reforma executada pela prefeitura de determinado Município que descaracteriza um bem que é patrimônio histórico. Seria inimaginável e um contra-senso o poder público municipal discutir em juízo sua própria atitude.

Um dos principais empecilhos à legitimidade do indivíduo para as ações coletivas era o medo de que com ela se

repetisse a experiência negativa havida com a Ação Popular. Alguns autores afirmavam que o brasileiro é individualista e que por isso haveria desvio da genuína finalidade da Ação Civil Pública para fins políticos. Eurico Ferraresi chama a atenção para o fato de ser irrelevante a razão que leva o autor da ação coletiva a propô-la. O que importa é que atos lesivos a bens transindividuais cheguem ao conhecimento do judiciário para sua devida tutela. Se isso se deu por motivo altruísta ou não, não faz diferença. Nesse sentido, o autor:

Não se pode ser ingênuo e imaginar que apenas iniciativas altruístas legitimariam as ações coletivas. Exige-se, sim, que se descreva um fato ilegal ou lesivo ao interesse público. E isso já é mais que suficiente para reconhecer a importância da legitimidade popular.⁴⁴

Susana Henriques da Costa também afirma ser utópico o argumento que defende a necessidade de que ações populares, isto é, ações movidas por cidadãos na defesa de interesses públicos, devam fundar-se em intenções altruístas.

Pensar, todavia, que o cidadão irá dispor-se a litigar contra terceiras pessoas e, eventualmente, contra o Poder Público, por motivos meramente altruístas é uma utopia. Na grande maioria dos casos, haverá um móvel individual por trás da sua conduta. Essa constatação, entretanto, não é negativa, muito menos serve de motivo para o descrédito da ação popular. Trata-se de uma forma legítima de, por meio de interesses individuais, tutelar-se o interesse público.⁴⁵

³⁹ Constituição Federal, artigo 5º, inciso XX.

⁴⁰ MONTE ALEGRE, Sérgio. **Ação civil pública, constituição federal e legitimidade para agir.** *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 14, ano 1996., p. 74..

⁴¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Tutela do meio ambiente: a legitimação ativa do cidadão brasileiro.** *Revista dos Tribunais*, ano 82 – dezembro de 1993 – vol. 698, p. 15.

⁴² FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.137.

⁴³ GUEDES, Demian. **A legitimação individual para a ação civil pública.** *Revista de Processo*, n. 140, ano 31, outubro 2006, p. 293.

⁴⁴ FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.137.

⁴⁵ COSTA, Susana Henriques. **O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa.** São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.112.

Embora alguns estudiosos entendam que o indivíduo não tem interesse em demandar em juízo na defesa de interesses difusos, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes procura mostrar o contrário. Para o autor, a natureza “coletiva” desses direitos implica problemas que têm dimensão social, mas que, não raro, mexem com direitos individuais que podem ser protegidos singularmente. Daí o interesse do indivíduo de se envolver em demandas que abrangem direitos metaindividuais. É o que ensina o autor:

Questões relacionadas ao meio ambiente podem fornecer exemplos incontestados da existência de uma faixa cinzenta entre o público e o individual (...)

O proprietário de um imóvel situado numa praia até então paradisíaca nada poderia fazer em face de indústria poluidora recém instalada, salvo aguardar a consumação dos prejuízos, para que, depois, fosse a juízo pleitear a indenização em razão dos danos causados? (...)

A impossibilidade lógica de fracionamento do objeto enseja inclusive a dificuldade de diferenciação entre tutela coletiva e individual, demandando, dessa forma, solução comum, ainda que a iniciativa tenha sido individual. E, assim sendo, o melhor talvez fosse, não a denegação pura e simples da admissibilidade de ações propostas por cidadãos (...), mas a ampliação definitiva do rol dos legitimados. As ações receberiam, então, sempre tratamento coletivo compatível com os interesses em conflito.⁴⁶

A experiência americana é mais um indício de que as pessoas físicas têm interesse em ajuizar demandas coletivas. Nos Estados Unidos da América, o indivíduo tem legitimidade para isso e, na prática, essas

⁴⁶ CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. O anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.24-25.

ações são frequentes. É claro que tal faculdade vem acompanhada de controle. Para evitar abuso, o juiz verifica, no caso concreto, se o autor da ação é ente legítimo para defender em juízo o direito que pretende, isto é, cabe ao juiz aferir a chamada representatividade adequada do autor.

A ausência de norma análoga a essa existente no direito brasileiro foi apontada por Kazuo Watanabe como uma das possíveis razões da não legitimação do indivíduo no nosso ordenamento jurídico. É o que afirma o autor ao tratar dos legitimados a propor Ação Civil Pública, no Código de Defesa do Consumidor:

Todavia, não se chegou a legitimar a pessoa física às ações coletivas, talvez pela insegurança gerada pela falta de norma expressa sobre a aferição, pelo juiz, da ‘representatividade adequada’.⁴⁷

Preocupados em garantir participação mais democrática da sociedade na tutela dos interesses difusos e, ao mesmo tempo, evitar possíveis abusos, os elaboradores do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos legitimaram a pessoa física para as ações coletivas, com exigência de representatividade adequada. Para aferir se o autor é representante legítimo, foram estipulados critérios objetivos, tais como a credibilidade do legitimado e sua atuação em outras demandas coletivas.⁴⁸

Essa parece ser a solução que melhor atende aos princípios democráticos e que recrudescer a tutela jurisdicional coletiva, já que, nas palavras de Eurico Ferraresi, “o problema não está na legitimidade atribuída ao indivíduo; talvez o que mereça destaque é o controle sobre essa legitimidade”.⁴⁹

⁴⁷ WATANABE, Kazuo. Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2004, p.788.

⁴⁸ Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, artigo 20, incisos I e II. Versão janeiro 2007.

⁴⁹ FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos**

Por fim, é importante lembrar que o acréscimo da pessoa física como legitimada às ações coletivas em geral, em nosso ordenamento, não é nenhuma extravagância. Pelo contrário, a Argentina e o Uruguai adotam-na, assim como Portugal e o Quebec. Na realidade, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos tomou por base o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, que, em seu artigo 3º, estabelece a legitimidade da pessoa física para as ações coletivas. Assim sendo, é possível concluir que há uma tendência atual para legitimar o indivíduo na defesa dos interesses transindividuais.

5. PROPOSTAS PARA A LEGITIMAÇÃO DA PESSOA FÍSICA ÀS AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL

A autora Susana Henriques da Costa procura mostrar que um dos papéis dos estudiosos do direito processual coletivo é apontar caminhos que aperfeiçoem o sistema brasileiro de tutela coletiva, a fim de garantir proteção adequada aos interesses transindividuais⁵⁰.

Nesse sentido, uma das principais propostas da doutrina é a ampliação do rol dos legitimados das ações coletivas, a fim de incluir o indivíduo. Esta proposta vem acompanhada de uma segunda: a necessidade de controle judicial da atuação da pessoa natural, no caso concreto. Cada uma delas requer estudos longos e minuciosos, que não cabem neste trabalho sucinto. É por isso que vamos nos ater à orientação da inclusão da pessoa física à lista dos legitimados das ações coletivas e à concomitante necessidade de se conferir poderes ao juiz de verificar a

representatividade adequada do indivíduo, no processo coletivo.

Mauro Cappelletti lembra que a legitimação extraordinária necessária à tutela dos direitos coletivos não está isenta de possíveis abusos. Os porta-vozes do interesse transindividual em juízo, sejam eles pessoas físicas ou associações, podem perpetrar abusos, “operando mais por interesses egoísticos ou até chantagistas que por interesses válidos e reais da coletividade.”⁵¹ Dessa constatação, o autor não conclui pela necessidade de limitar às associações a legitimidade de agir nas ações coletivas. Ao contrário disso, ele afirma:

É por isso que o grande movimento, inclinado a reconhecer às sociedades intermediárias sua própria capacidade de ação jurídica – tanto no campo do Direito Substancial como no Direito Processual – deveria acompanhar-se por um contextual movimento de freio, de limite, de controle: nos *relator actions*, por exemplo, pelo *attorney general*, nas *class actions*, pelo juiz.⁵²

A lição de Cappelletti pode ser transportada para a questão que se discute aqui: legitimar ou não o indivíduo às ações coletivas. Ela indica que o caminho rumo ao aperfeiçoamento da tutela coletiva de direitos não está em restringir a legitimidade de agir, diante da constatação de possíveis abusos. Se assim fosse, tanto as associações, quanto as pessoas de direito público, já legitimadas pela lei, deveriam ser excluídas. O que se deve fazer é ampliar o rol de legitimados e garantir um bom controle de sua atuação⁵³.

coletivos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.137.

⁵⁰ COSTA, Susana Henriques. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Org.). **As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe.** 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, v. p. 1 e p. 2.

⁵¹ “Sindicatos, partidos políticos, sociedades comerciais, nacionais e multinacionais, corporações profissionais, podem transformar-se, por sua vez, em temível centro de poderes e de opressão, pelos sócios e por terceiros; mesmo ao nível dos reagrupamentos inferiores são notados abusos, por exemplo, por certas associações de consumidores.” CAPPELLETTI, Mauro. **Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil.** *Revista de Processo*, n. 5, ano II, janeiro-março de 1977, p. 148 -149

⁵² Idem, p. 148 -149.

⁵³ Esta é a posição de Demian Guedes: “o medo do abuso não deve servir à pura e simples negativa de

É por isso que as tendências atuais da doutrina apontam para a ampliação do rol dos legitimados das ações coletivas, incluindo o indivíduo, com consagração do controle de sua atuação, pela atividade do juiz. É o caso da proposta do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, com trecho transcrito abaixo:⁵⁴

Art. 3º. Legitimação ativa. São legitimados concorrentemente à ação coletiva:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstância de fato;

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos;

(...)

Art. 2º. Requisitos da ação coletiva – São requisitos da demanda coletiva:

I – a adequada representatividade do legitimado;

(...)

direitos. Deve servir à regulamentação detalhada do seu exercício, jamais à solução simplista de vedar ou restringir a participação do cidadão na tutela de interesses da coletividade. Enfim, a legitimação da pessoa física para a ação civil pública deve ser compreendida à luz do acesso à justiça, não meramente à luz de exemplos de burla ou desvio.” GUEDES, Demian. **A legitimação individual para a ação civil pública**. *Revista de Processo*, n. 140, ano 31, outubro 2006, p. 289.

⁵⁴ “O Código Modelo de Processo Coletivo é um projeto do Instituto Ibero-americano de Direito Processual. Foi elaborado por uma comissão composta pelos seguintes juristas: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Anibal Quiroga Leon, Antonio Gidi, Enrique M. Falcon, José Luiz Vásquez Sotelo, Kazuo Watanabe, Ramiro Bejarano Guzmán, Roberto Berzonze e Sergio Artavia. DIDIER, Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita (coordenação). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005 p.98.

§2º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como:

Credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado;

Seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;

Sua conduta em outros processos coletivos;

A coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;

O tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.⁵⁵

Esse mesmo caminho é recomendado no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado por Ada Pellegrini Grinover. A última versão de janeiro de 2007 consagrou a legitimidade do indivíduo para as ações coletivas e previu o controle da sua representatividade pelo juiz, no caso concreto.⁵⁶

É conveniente lembrar que o sistema processual coletivo apresenta dificuldades que não aparecem no sistema do direito processual tradicional ou individualista. Em razão da inviabilidade da presença física de todos os interessados na ação coletiva⁵⁷ ou da

⁵⁵ Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 426.

⁵⁶ Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Janeiro de 2007. Ministério da Justiça – Última versão incorporando sugestões da Casa Civil, Secretaria de Assuntos Legislativos, PGFN e dos Ministérios Públicos de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e São Paulo. Idem, p. 453.

⁵⁷ “Barbosa Moreira observa que na legitimação para agir em tema de interesses difusos fica excluída, por intuitivas razões, a hipótese de exigir-se a presença em juízo de todos os co-interessados, como litisconsortes ativos necessários”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual, p. 48. In: MANCUSO, Rodolfo de Camargo Mancuso. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 210.

impossibilidade de obtenção de consenso absoluto do grupo para demandar em juízo, é preciso escolher alguém que fale em nome do todo. Então, torna-se necessário saber se aquele que se apresenta como defensor em juízo do interesse transindividual é um representante idôneo da coletividade, classe ou categoria, o que se convencionou denominar “representatividade adequada”.

A fim de guiar o juiz na avaliação da representatividade adequada da pessoa física nas ações coletivas, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos estipulou parâmetros: credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; sua conduta em outros processos coletivos; a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; e o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.⁵⁸ Por tratar-se de um rol exemplificativo, tais elementos objetivos não excluem outros critérios que possam ser importantes para verificar se o representante é idôneo para bem defender os interesses coletivos em juízo.

Assim sendo, na avaliação da idoneidade da pessoa física que pretende defender interesses difusos, o anteprojeto exige do juiz apenas a análise dos requisitos expostos no artigo 20, inciso I, letras “a”, “b” e “c”, que dizem respeito a seu histórico e à sua credibilidade individual. No entanto, quando se tratar da veiculação de interesses coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos por pessoas naturais, é necessário que, além de possuir os créditos acima, o indivíduo seja membro do grupo, categoria ou classe, para ser admitido como legítimo representante.

Cabe ao juiz gerenciar o processo, avaliando tanto se existe um representante

adequado quanto se há relevância social da demanda coletiva. Esta última é um requisito geral, pois deve ser exigido pelo juiz de todos os legitimados, não só do indivíduo. Para que fique caracterizada a relevância social, deve o juiz analisar a natureza do bem jurídico, as características da lesão ou o elevado número de pessoas atingidas. Quanto aos interesses individuais homogêneos, deve o juiz avaliar também a utilidade da tutela coletiva, que se revela quando houver predominância de questões comuns sobre as individuais. Daí, sim, o magistrado estará em condições de admitir ou não a demanda coletiva⁵⁹.

O poder de controle do juiz da representatividade adequada não preclui: ao magistrado que decidir pela representatividade adequada do indivíduo é dado reconsiderar sua decisão ao longo do processo, desde que haja fundamentos para isso. Se o porta-voz conduzir o processo de modo fraudulento, atuar com desídia, má-fé ou contrariar os interesses que estão em jogo, poderá perder o status de representante. A revisão quanto à condição de idoneidade do representante pode ocorrer inclusive em graus superiores de jurisdição. É o que dispõe o § 2º do artigo 20 do anteprojeto:

§ 2º No caso dos incisos I e II deste artigo, o juiz poderá voltar a analisar a existência do requisito da representatividade adequada em qualquer tempo e grau de jurisdição (...)⁶⁰

⁵⁸ Artigo 20, incisos I e II, §1 e § 2, do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Janeiro de 2007. Ministério da Justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 456.

⁵⁹ Neste trabalho, adota-se a posição de que tanto a adequada representatividade do legitimado quanto a relevância social da tutela coletiva, exigidas no anteprojeto, configuram requisitos específicos de cabimento da demanda coletiva, “verdadeiros pressupostos específicos de exame do mérito da causa, ao lado das condições da ação e dos pressupostos processuais, e não elementos integrantes da legitimação para agir.” MIRRA, Álvaro Luiz Valéry. *Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 128.

⁶⁰ Artigo 20, § 2º, do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Janeiro de 2007. Ministério da Justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; WATANABE, Kazuo

De acordo com o anteprojeto, portanto, a legitimidade da pessoa física não é automática, isto é, não basta que o indivíduo conste do rol de legitimados, para que seja de fato um autor legítimo. Caso a inidoneidade do porta-voz dos direitos metaindividuais fique manifesta no início do processo ou se ela revelar-se ao longo dele, o juiz não deverá decidir pela extinção do feito. Antes disso, ele “notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação”.⁶¹ No mesmo sentido vai o § 8º, artigo 20, do anteprojeto, ao estabelecer: “havendo vício de legitimação, desistência infundada ou abandono da ação, o juiz aplicará o disposto no § 3º deste artigo.”

A proposta de legitimação do indivíduo, tal como desenhada no Anteprojeto, inova, portanto, tanto na ampliação do rol de legitimados quanto no controle que o juiz pode fazer da atuação da pessoa física ao longo da demanda.

Quanto à primeira, o Anteprojeto propõe um sistema mais participativo na defesa de direitos transindividuais. O que se adota hoje é o modelo da participação semidireta, que prevê como legitimadas as entidades ou instituições sociais secundárias (Ministério Público, Defensoria, associações etc). De acordo com Álvaro Valéry Mirra⁶², o que se pretende é uma construção mais democrática para o sistema de defesa dos interesses metaindividuais, estimulando a participação direta do indivíduo na defesa do que é público. Essa intenção fica evidente no § 3º, artigo 17, do Anteprojeto⁶³, quando se estabelece a possibilidade de o juiz fixar gratificação financeira à pessoa física, quando sua atuação mostrar-se decisiva ou muito importante para a tutela satisfatória do interesse transindividual. É o que estabelece o parágrafo a seguir transcrito:

(coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 457.

⁶¹ Artigo 20, § 3º, do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Janeiro de 2007. Ministério da Justiça. *Idem.*, p. 457.

⁶² Álvaro Valéry Mirra. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado. *Ibidem.*, p. 128.

⁶³ *Ibidem.*, p. 456.

§ 3º Se o legitimado for pessoa física, entidade sindical ou de fiscalização do exercício das profissões, associação civil ou fundação de direito privado, o juiz. Sem prejuízo da verba da sucumbência, poderá fixar gratificação financeira, a cargo do Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos, quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da demanda coletiva, observados na fixação os critérios de razoabilidade e modicidade.⁶⁴

No que concerne o papel do juiz no Anteprojeto, há grande inovação frente ao sistema atual. Grande parte da doutrina entende que, no modelo vigente, o juiz não tem poderes para avaliar a adequação do representante, no caso concreto e ao longo da demanda. Para essa corrente⁶⁵, é da competência do legislador avaliar e determinar quem são os representantes idôneos para a defesa dos interesses metaindividuais em juízo. Essa tarefa teria sido realizada, no Brasil, quando da estipulação dos legitimados para as ações coletivas no microsistema de tutela coletiva. Daí ser dito que o sistema atual da avaliação da representatividade adequada é *ope legis*.

Segundo Susana Henriques, para os adeptos dessa interpretação, “há uma identificação entre os conceitos de legitimidade e representatividade adequada.”⁶⁶ Assim sendo, todo aquele que constar no rol de legitimados⁶⁷ da lei é presumidamente um representante adequado da classe ou grupo.

⁶⁴ Artigo 17, § 3º, do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Janeiro de 2007. Ministério da Justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 456.

⁶⁵ Participam deste entendimento Nelson Nery, Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes, entre outros.

⁶⁶ *Idem.*, p. 14.

⁶⁷ No caso das associações e das entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, mesmo sem personalidade jurídica, é necessário também preencher requisitos estabelecidos, em abstrato, na norma jurídica (artigo 82 do CDC cc 5º Lei da Ação Civil Pública) para serem presumidamente representantes adequados.

Essa presunção é *iuris et de iure*, ou seja, absoluta.

Para essa corrente, não cabe ao magistrado declarar inidôneo o autor da demanda coletiva, afastando-o de sua condição de substituto processual, por ter ele demonstrado má condução do processo, má-fé ou interesse incompatível com o do grupo que substitui em juízo. No sistema criado pelas Leis 7347/85 e 8078/90, o juízo de valor do magistrado sobre a legitimidade do autor da ação coletiva é muito limitado. Ele restringe-se, segundo Susana Henriques, a averiguar “o nexó entre as finalidades do legitimado e o interesse que se pretende tutelar,”⁶⁸ como no caso de o juiz verificar a presença ou ausência de identidade entre os fins institucionais de certa associação e os direitos coletivos que ela pretende defender em juízo.

Ao contrário desse papel passivo do juiz nas demandas coletivas, o Anteprojeto propõe um juiz proativo, com poderes amplos de avaliação da conduta dos legitimados ativos na demanda coletiva, incluindo o da pessoa física. Trata-se, portanto, de um sistema *ope judicis* da verificação da representatividade adequada.

Por fim, a inclusão do indivíduo entre os legitimados às ações coletivas em geral é uma proposta *de lege ferenda*. Para que a pessoa física possa defender direitos metaindividuais em juízo em nome próprio seria necessário incluí-la no atual rol de legitimados ou estabelecer, como queriam os idealizadores do Código Modelo de Processos, um novo diploma que autorize isso.

6. Conclusão

A questão do acesso à justiça nos processos coletivos adquire feição própria em razão das peculiaridades dos conflitos em massa. O modo de ser do processo individual obedece a esquemas rígidos de legitimação,

⁶⁸ COSTA, Susana Henriques. **O controle judicial da representatividade adequada**: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: Carlos Alberto de Salles. (Org.). **As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe**. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 15. Vide artigo 82, incisos III e IV, da lei 8078/90.

enquanto que o modo de ser do processo coletivo exige esquemas abertos de legitimação, prevendo a titularidade da ação por parte do denominado “representante adequado”.⁶⁹

A necessidade de se legitimar um portavoz que defenda em juízo os interesses metaindividuais traz à tona a questão de se saber se ele reúne as condições necessárias para garantir uma defesa satisfatória dos interesses do grupo ou categoria que substitui em juízo.

As dificuldades concretas que aparecem com a aplicação dessa estrutura de legitimação coletiva, criada pelas leis 7347/85 e 8078/90, merecem ser pensadas sob uma perspectiva constitucional. A Constituição de 1988 traça princípios norteadores a todo sistema jurídico brasileiro, que a ela deve se submeter. Entre os princípios, há o da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal).

No entanto, não são raros os casos em que se nega tutela aos direitos coletivos, sob o fundamento de ilegitimidade de parte. “Os julgados orientam-se principalmente no sentido de tolher a demanda supra-individual. Proposta a ação popular pelo cidadão, dizem que o caso seria de ação civil pública”.⁷⁰ Ajuizada ação civil pública, exige-se a ação popular.

⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. . São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 12.

⁷⁰ Eurico Ferraresi cita importante julgado do TJSP que mostra essa situação. Nas palavras do autor: “o Tribunal julgou o autor carecedor da ação por ilegitimidade de parte. Esses os termos finais do dispositivo: ‘Por conseguinte, como proposta foi ação popular e o objeto da lide prende-se ao contido no artigo 1º da Lei 7347/85, cabível a ação civil pública e não a ação popular, para coartar as ilegalidades do ato. Faltando, pois, legitimidade da autora, dá-se provimento parcial ao apelo para extinguir o feito sem exame do mérito.” FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. . São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 138.

A legitimação da pessoa física a todas as ações coletivas seria uma proposta hábil a pôr fim a esses dilemas e a ampliar o acesso à justiça, pois “estar-se-ia de uma certa forma reconhecendo de uma vez por todas a analogia entre a ação civil pública e a ação popular para que num futuro não muito distante tenhamos um procedimento único para a tutela jurisdicional coletiva.”⁷¹

A avaliação *ope judicis* da representatividade adequada, tal como proposta pelo Anteprojeto, alicerça, no processo coletivo, a legitimação, principalmente a da pessoa física. Com poderes para avaliar a condição do porta-voz dos interesses supraindividuais e sua atuação ao longo da demanda, o juiz poderá detectar eventual inadequação do representante, proporcionando oportunidade e prazo para que ele seja substituído por outro mais adequado. Isso evita abusos e afasta pessoas que de má-fé poderiam conduzir inadequadamente uma demanda coletiva. Conseqüentemente, o medo do uso meramente político ou egoísta da demanda coletiva não será mais apto a fundamentar a exclusão do indivíduo do rol de legitimados, pois haverá instrumento apto a evitá-lo.

Em suma, somente um juiz proativo e munido de poderes amplos de avaliação da adequação do representante, porta-voz em juízo dos interesses coletivos, poderá garantir ampla tutela a esses direitos, sem que tenha, em alguns casos, que se conformar em decidir contrariamente aos reais interesses do grupo, categoria ou coletividade.⁷² Em outras palavras, a proposta da ampliação do rol de legitimados, incluindo o indivíduo, com concomitante avaliação *ope judicis* da representatividade adequada, tem por fim

fortalecer o acesso à justiça dos interesses transindividuais e auxiliar o processo coletivo a alcançar sua principal finalidade: a efetividade⁷³

⁷¹ Idem, p. 138.

⁷² Gidi ensina que, nos casos de ações coletivas em que a incompetência do representante repercute “na forma como o processo é conduzido ou na fundamentação jurídica da pretensão coletiva do grupo”, resta ao juiz julgar improcedente a pretensão. Nesse caso, a ação não pode ser reproposta e os interesses transindividuais ficarão sem tutela. É nesse sentido que o juiz acaba por decidir contrariamente aos reais interesses do grupo ou da coletividade. GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 129-130.

⁷³ “A efetividade do processo relaciona-se a aptidão desse instrumento de alcançar os melhores resultados, tendo em vista os recursos disponíveis (técnicas processuais) e os objetivos do sistema (escopos do processo).” COSTA, Susana Henriques. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: Carlos Alberto de Salles. (Org.). **As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro**: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 17.

REFERÊNCIAS

- ARRUDA FERNANDES, Sérgio Ricardo de. **Breves considerações sobre as ações coletivas contempladas no código de defesa do consumidor.** *Revista de Processo*, n.71, ano 18, julho-setembro de 1993, p. 138-153.
- ARRUDA, Alvim. **Ação Civil Pública.** *Revista de Processo*, n.87, ano 22, julho-setembro de 1997, p. 149-165.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Tutela do meio ambiente: a legitimação ativa do cidadão brasileiro.** *Revista dos Tribunais*, ano 82 – dezembro de 1993 – vol. 698, p. 12-16.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta.** *Revista de Processo*, n. 82, ano 21, abril-junho de 1996, p. 92-151.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988.
- _____. **Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil.** *Revista de Processo*, n. 5, ano II, janeiro-março de 1977, p. 129-158.
- CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. **O anteprojeto de código-modelo de processos coletivos para os países ibero-americanos e a legislação brasileira.** *Revista de Processo*, n. 117, ano 29, setembro-outubro de 2004, p. 109-127.
- CORREIA DIAS, Licínia Rossi. **Ação civil pública: tutela constitucional dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.** *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 60, ano 15, jul-set./2007, p. 161-176.
- COSTA, Susana Henriques (coord.) **Comentários à lei da ação civil pública e lei da ação popular.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- COSTA, Susana Henriques (coord.) **O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- _____. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: Carlos Alberto de Salles. (Org.). **As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe.** 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, v. , p. 953-978.
- DIDIER JR, Fredie. **O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas.** In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita (coordenação). **Processo Civil Coletivo.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Araújo. **Teoria geral do processo.** São Paulo: Malheiros, 2008.
- GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. **A representação adequada nas ações coletivas brasileira: uma proposta.** *Revista de Processo*, n. 108, ano 27, outubro-dezembro de 2002, p. 61-70.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluisio; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos.** *Revista de Processo*, n. 14-15, ano IV, abril-setembro de 1979, p. 25-44.
- _____. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos.** Série Estudos Jurídicos n. 1. São Paulo: Max Limonad, 1984.
- _____. et alii. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** São Paulo: Editora Forense Universitária, 2004.
- GUEDES, Demian. **A legitimação individual para a ação civil pública.** *Revista de Processo*, n. 140, ano 31, outubro 2006, p. 279-29.

- LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- _____. **Contribuição esperada do Ministério Público e da Defensoria Pública na prevenção da atomização judicial dos mega-conflitos**. Repro n. 164, ano 33, outubro de 2008, p.152-169.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MIRRA, Álvaro Luis Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- MONTE ALEGRE, Sérgio. **Ação civil pública, constituição federal e legitimidade para agir**. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 14, ano 1996, p. 67-77.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A legitimação para a defesa dos “interesses difusos” no direito brasileiro**. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1984.
- MULLENIX, Linda S.. New trends in standing and res judicata in collective suits – general report – common law. **Direito Processual Comparado – XIII World Congress of Procedural Law**, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 500-533.
- NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- WATANABE, Kazuo et alii. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2004.