

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

DÉBORA FERNANDES DE BRITO

A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DA LEGITIMIDADE ATIVA NAS  
AÇÕES COLETIVAS

UBERLÂNDIA

2017

DÉBORA FERNANDES DE BRITO

A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DA LEGITIMIDADE ATIVA NAS  
AÇÕES COLETIVAS

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Faculdade Professor Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Processual Civil

Orientador: Cristiano Gomes de Brito

UBERLÂNDIA

2017

A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DA LEGITIMIDADE ATIVA NAS  
AÇÕES COLETIVAS

Monografia apresentada ao curso de graduação  
em Direito da Faculdade de Direito Professor  
Jacy de Assis da Universidade Federal de  
Uberlândia como requisito parcial à obtenção do  
título de Bacharel em Direito

Área de concentração: Direito Processual Civil

Uberlândia, 28 de agosto de 2017.

Banca examinadora:

---

Prof. Cristiano Gomes de Brito  
(Orientador – UFU)

---

Prof. Magno Luiz Barbosa  
(Examinador – UFU)

Aos meus pais, avós e irmãos que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, à Deus, que me deu energia e benefícios para concluir todo esse trabalho.

Agradeço aos meus pais que me incentivaram todos os anos que estive na faculdade.

Aos meus irmãos que me apoiaram e indiretamente contribuíram para que esse trabalho se realizasse.

Enfim, agradeço, a todas as pessoas fizeram parte dessa etapa decisiva de minha vida.

## RESUMO

Este trabalho tem o intuito de compreender o instituto da representatividade adequada e de verificar a possibilidade de um controle judicial no direito brasileiro. Para tanto, far-se-á uma breve análise da história das ações coletivas e bem assim de seus fundamentos. Após serão apreciados os modelos de legitimidade coletiva ativa criados pela doutrina, para posteriormente analisar-se o princípio da representação adequada, demonstrando-se que o controle judicial da legitimação atende melhor às exigências constitucionais de um processo justo, do que o modelo puramente legalista.

Palavras-chaves: Processo Coletivo, legitimidade, representação adequada

## **ABSTRACT**

This work intends to understand the institute of adequate representation and to verify the possibility of judicial control in Brazilian law. For this purpose, a brief analysis of the history of collective actions and of its foundations will be made. After that, the models of active collective legitimacy created by the doctrine will be analyzed, and the principle of adequate representation will be analyzed, demonstrating that judicial control of legitimation serves better the constitutional requirements of a fair process, than the purely legalistic model.

Keywords: Collective process, legitimation, adequate representation

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>5</b>
<b>2. ANÁLISE HISTÓRICA DAS AÇÕES COLETIVAS .....</b>	<b>8</b>
<b>3. FUNDAMENTOS DA AÇÃO COLETIVA MODERNA .....</b>	<b>13</b>
<b>4. NATUREZA JURÍDICA DA LEGITIMAÇÃO AD CAUSAM NAS AÇÕES COLETIVAS .....</b>	<b>16</b>
4.1. INTERESSE PROCESSUAL E LEGITIMAÇÃO NAS AÇÕES COLETIVAS .....	18
4.2. REPRESENTAÇÃO ADEQUADA E LEGITIMIDADE ADEQUADA .....	22
4.3. DO DEVIDO PROCESSO LEGAL COLETIVO .....	27
<b>5. CONTROLE JUDICIAL DA ADEQUAÇÃO DO LEGITIMADO ATIVO.....</b>	<b>30</b>
<b>6. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>40</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>42</b>



## 1. INTRODUÇÃO

As ações coletivas acompanham a trajetória jurídica humana desde o período romano, representadas pelas ações populares, cuja legitimidade era atribuída ao cidadão para a defesa da coisa pública. Já em países de tradição anglo-saxã as ações das “classes” fazem parte da tradição jurídica há pelo menos oito séculos.

A trajetória histórica das ações coletivas não se manteve, porém, de maneira linear. No Brasil do início do século XX, sob a influência do iluminismo e do liberalismo foram abolidas do ordenamento pátrio todas as tutelas cíveis de interesses coletivos, cujo titular ou titulares não pudessem ser concretamente identificados.

Simultaneamente a este processo de purificação do sistema jurídico<sup>1</sup>, fundado em codificações fechadas, ocorreram profundas alterações socioeconômicas que tornaram as relações jurídicas mais céleres, molecurarizadas e massificadas.

Com o avanço tecnológico, o sistema positivo existente, de modelo individualista<sup>2</sup>, tornou-se ultrapassado e anacrônico, abalando a ideia de completude do sistema, frente a sua incapacidade de regular todas as situações jurídicas, em especial aquelas que envolviam direitos coletivos.

Em uma sociedade caracterizada pelo aglomeramento das relações jurídicas, imensuráveis danos coletivos, notadamente os de pequena monta, mas de grande relevância socioeconômica, ficariam descobertos do amparo judicial caso não houvesse ferramentas que permitissem o acesso à Justiça (art. 5º XXXV, CF).

O processo coletivo mostra-se, neste contexto, como um dos instrumentos de democracia participativa, assumindo papel de concretização de direitos fundamentais, na medida em que permite, através de diversos legitimados, proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Rompe-se assim, com o modelo tradicional do processo civil, fundamentalmente individualista, sendo mister a adequação de institutos processuais a nova sistemática coletiva. Dentre esses institutos, destaca-se o da legitimidade *ad*

---

<sup>1</sup> O Código Civil de 1916 pretendendo regular as relações jurídicas de direito civil, com exclusividade e completude, inadmitiu interferência de qualquer outro diploma. Dessa forma, retirou do sistema jurídico todos os temas que apresentassem características de direito público.

<sup>2</sup> O processo civil brasileiro tem como centro do sistema jurídico a ação individual para a qual é legitimado ativo, somente o titular do direito, conforme dicção do art. 18 do CPC (“ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”).

*causam* que necessita de uma nova base conceitual, decorrente da dificuldade de identificação, no caso concreto, do titular do direito coletivo discutido no processo.

Diante do cenário apresentado, o presente estudo tem por objetivo a pesquisa da legitimidade ativa para agir nas demandas coletivas. Pretende-se examinar o novo perfil desse instituto, consolidado na tendência de se permitir a fixação da legitimidade coletiva pelo magistrado.

Nessa perspectiva, conquanto os processos coletivos estejam ainda em desenvolvimento legislativo e doutrinário, a atuação dos legitimados se revela primordial para a tutela dos direitos supraindividuais, cuja representação deve ser, por sua natureza e relevância, adequada e efetiva.

O tema abordado se mostra pertinente na medida em que explora um modelo de legitimação, em tese, mais apropriado aos escopos constitucionais, ao mesmo tempo em que supera a forma atual de habilitação da parte autora em ações coletivas, doutrinariamente definida como *ope legis*.

Trata-se da ampliação do controle judicial da adequada representação, por meio da análise da representação dos legitimados no caso concreto, permitindo a fixação da legitimidade *ad causam* nas ações coletivas a partir da realidade social, fundada em todo o ordenamento jurídico e não apenas em uma norma.

Em outras palavras, cuida-se de proposta que se amolda ao momento atual do pensamento jurídico, caracterizado pelo reconhecimento da força normativa da Constituição e dos princípios.

A fim de otimizar a investigação neste trabalho realizada, não serão abordadas as demais condições da ação, ressalvado o interesse de agir, devido sua imbricação conceitual na presente temática.

Restringe-se também a pesquisa, à análise da legitimação no processo de conhecimento no âmbito do Direito Processual Civil, não sendo abordada nas demais espécies processuais (processo cautelar e de execução).

Como procedimentos técnicos, utiliza-se as pesquisas documental e bibliográfica, consolidadas no exame de documentos oficiais, *v.g.* diplomas legais, bem como da bibliografia já publicada que trate do tema abordado.

O presente trabalho desenvolve-se em quatro etapas: a primeira se destina a relacionar a evolução da dogmática jurídica e sua influência nas ações coletivas, sob uma ótica histórica; a segunda busca fixar os fundamentos da ação coletiva; a terceira busca definir e analisar a natureza jurídica da legitimação ativa nas ações coletivas

para na quarta etapa serem abordados os modelos principais da legitimação coletiva, um primeiro em abstrato pelo legislador (*ope legis*) e outro *in concreto* pelo juiz (*ope judicis*) avaliando-se e demonstrando-se ser o segundo o mais coerente como o ordenamento jurídico brasileiro.

No que se refere às considerações finais, apresentam-se os resultados da pesquisa por meio dos quais se busca sistematizar as principais ideias, bem como indicar o melhor modelo para a proteção dos direitos coletivos.

## 2. ANÁLISE HISTÓRICA DAS AÇÕES COLETIVAS

A estruturação do litígio na forma de ação coletiva não é um fenômeno contemporâneo. Estas ações existem, respeitadas as relevantes diferenças, há pelo menos oito séculos (LEAL, 1998).

A doutrina aponta dois braços históricos das ações coletivas. Um romano e outro anglo-saxão. O romano trata da ação popular em defesa da *res publicae*, na qual ao cidadão era atribuído o poder de agir em defesa da coisa pública em razão do forte vínculo natural que o ligava aos bens públicos, tendo ele o dever de defendê-la (DIDIER JÚNIOR, ZANETI JÚNIOR, 2010).

A Inglaterra é apontada como o berço dos litígios coletivos, antecedentes mais próximos das atuais class actions norte-americanas e das ações brasileiras disciplinadas no Código de Defesa do Consumidor, cuja história pode ser dividida, conforme propõe Stephen Yeasell *apud* Márcio Flávio Mafra Leal (1998), em três períodos: medieval (do século XII ao século XV), primitivo-moderno (séculos XVI e XVII) e moderno (a partir do século XVIII) (LEAL, 1998; MENDES, 2012; DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2010).

No período medieval, a possibilidade de um grupo ter seus direitos defendidos por três ou quatro pessoas, independentemente de autorizações ou procurações específicas era fundada no costume, fonte fundamental do sistema jurídico da *common law*. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (2012) relata que até o século XV não havia qualquer debate em torno da legitimação de alguns para defender o direito da coletividade, dos efeitos da coisa julgada ou de quaisquer outras questões processuais. O citado autor constata assim que no período medieval as ações de grupo eram empregadas e admitidas de modo quase inconsciente.

Neste ponto é esclarecedora a observação de Márcio Flávio Mafra Leal (1998):

[...] Na ação coletiva medieval, não se questionava a representação de direitos alheios, vez que o direito material era mais ou menos compartilhado indistintamente pela comunidade. Ou seja, o membro da comunidade que figurava como autor da ação não representava o direito de um conjunto de indivíduos, mas de uma coletividade.

Em uma época em que indivíduos e comunidade eram praticamente indistintos, o processo judicial medieval voltava-se para o mérito do litígio, tornando as partes e sua definição como algo não problemático ou secundário.

Grande parte da doutrina, porém, prefere localizar os primórdios da moderna ação coletiva no século XVII, como uma variante do *bill of peace*: uma autorização para o processamento coletivo de uma ação individual, concedida quando o autor requeria a apreciação do direito de todos os envolvidos na lide. Era um modo de tratar a questão uniformemente e de evitar a multiplicação de processos (LEAL, 1998).

Nesta fase, o desenvolvimento do *bill of peace*, como possibilidade de demanda coletiva, estava condicionado a existência de interesses comuns a um número elevado de pessoas que estariam vinculadas aos efeitos da coisa julgada. Todavia, a exigência de um interesse comum foi aos poucos se mostrando mais rigorosa, coincidindo historicamente com o incremento do individualismo e o surgimento das pessoas jurídicas (LEAL, 1998; MENDES, 2012).

A concepção do indivíduo autônomo em relação à comunidade em que está inserido, associada à ideia do direito subjetivo impõem a exigência de um título e uma teoria que justificasse a possibilidade de que o autor individual possa representar os demais indivíduos ausentes da relação processual.

Soma-se a tal fato a elaboração da Teoria das Corporações que estabeleceu regras para a existência jurídica de associações de pessoas, separando os interesses da corporação dos de seus membros, criando assim uma unidade jurídica apta a titularizar direitos e deveres.

Empreendeu-se assim uma busca teórica que permitisse a representação de um grupo informal por uma pessoa ou entidade. Surgiram então duas vertentes: uma que permitia a representação do autor coletivo pelo consentimento dos representados e outra que procurava identificar os interesses do autor com os interesses dos integrantes da classe, dispensando o consentimento (LEAL, 1998).

Importante frisar que o grupo homogêneo e coeso medieval dividiu-se em classes, conjuntos de indivíduos reunidos por interesses comuns, decorrentes de circunstâncias fáticas ou jurídicas, detentores da antipatia do Estado e das doutrinas liberais, que temendo o retrocesso ao regime feudal eram avessos a agrupamentos corporativos.

Com o iluminismo e suas teorias de valorização do indivíduo, da concepção do direito de ação como patrimônio individual e da regulamentação das associações, cujos interesses foram separados dos de seus membros, as ações coletivas foram perdendo espaço chegando ao desuso, até sua revitalização na versão americana no século XX (LEAL, 1998).

Assim, na tradição histórica anglo-americana o papel dos grupos intermediários foi decisivo para o desenvolvimento da ação coletiva e, contemporaneamente, os movimentos sociais das minorias étnicas, mulheres, consumidores e ambientalistas (LEAL, 1998).

No Brasil, a história das ações coletivas não compreende inicialmente a atuação de minorias, mas a revolução provocada por professores e profissionais do Direito<sup>3</sup> que conhecendo as experiências vivenciadas em outros países notaram o enorme vácuo legislativo e doutrinário sobre o assunto no ordenamento pátrio (MENDES, 2012; LEAL 1998, MANCUSO, 2012).

Alguns autores sustentam que as primeiras ações coletivas brasileiras surgiram timidamente a partir da lei da ação popular (Lei n. 4.717/1965), a qual legitimava qualquer cidadão para ação declaratória de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da Administração direta e indireta<sup>4</sup>. Outros fixam seu surgimento com a lei 1.134/1950 que legitimava as associações para a defesa coletiva de seus associados e com o Estatuto da Ordem dos Advogados, lei 4.215/1963, que legitimava a Ordem para a defesa dos interesses da classe judicial ou extrajudicialmente (MENDES, 2012).

Nas décadas de 70 e 80 do século XX, com a manifestação doutrinária de excelsos processualistas foi elaborada e aprovada a Lei 7.347/1985, Lei da Ação Civil Pública, a qual legitimava a atuação do Ministério Público, União, Estados, Municípios, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações (constituídas a mais de um ano) a proporem ação civil pública em defesa do meio ambiente, consumidor e ao patrimônio artístico, estético e histórico-cultural (MANCUSO, 2012).

Três anos depois com a promulgação da Constituição de 1988, a proteção jurisdicional dos interesses coletivos ganhou nítida relevância, estampada especialmente nos arts. 5º, XXI, LXXIII, LXIX, LXX, 8º, III e 129, III<sup>5</sup>, os quais

---

<sup>3</sup> Ada Pellegrini Grinover, Barbosa Moreira entre outros importantes autores.

<sup>4</sup> Art. 1º da Lei 4.717/65.

<sup>5</sup> Art. 5º, XXI: as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

Art. 5º, LXXIII qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Art.5º, LXIX conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público

mantiveram, elevaram ou criaram em patamar constitucional, as ações coletivas (DIDIER JÚNIOR, ZANETI JÚNIOR, 2010).

Após a Constituição de 1988, diversas leis esparsas foram sendo editadas, todas com o escopo da proteção de direitos coletivos *lato sensu*, tais como a Lei 7.797/1989 que criou o Fundo Nacional de Meio Ambiente, a Lei 7.853/1989 que dispôs sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiências, dentre outras, culminando com a publicação do Código de Defesa do Consumidor em 12.09.1990 (LEAL, 1998, MANCUSO, 2012 e MENDES, 2012).

O Código de Defesa do Consumidor representa o modelo estrutural para as ações coletivas do Brasil, por ser aplicável não só aos processos relacionados com a proteção do consumidor em juízo, mas em geral, para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (MENDES, 2012).

O processo de estruturação das ações coletivas no Brasil não foi marcado só por avanços havendo alguns retrocessos, tais como a edição da Medida Provisória 2.180-35, de 2001 que excluiu do objeto das citadas ações temas de interesse da União, tais como tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional, nos quais poderia ela figurar como ré.

Posteriormente, retornando-se aos avanços, outras leis foram editadas, tais como o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2.003), Estatuto da Cidade (Lei 1.0257/2.001), Estatuto do Torcedor (Lei 10.671/2.003) e mais recentemente o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2.015), todas esparsas, sendo ainda ausente no ordenamento pátrio um código que desse tratamento unitário às ações coletivas (MENDES, 2012).

Por tal razão, o Código de Processo Civil de 2015 sofre críticas da doutrina por não ter enfrentado e regulado premissas e institutos do processo coletivo, limitando-se apenas a citações esparsas, deixando de resolver questionamentos há muito

---

Art. 5º LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;  
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados

Art. 8º, III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas

Art. 129, III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

existente na doutrina e jurisprudência, tais como a disciplina da legitimação para agir e competência, limites objetivos e subjetivos na tutela coletiva, dentre outros.

Neste sentido são as críticas de Hugo Nigro Mazzilli (2016):

Ainda que as especificidades da tutela coletiva impusessem naturais dificuldades ao legislador, não seriam verdadeiro óbice à sua sistematização; ao contrário. Quisesse o legislador enfrenta-las com conhecimento e capacidade, como se começou a fazer em 1985 (LACP) e em 1990 (CDC), e uma disciplina cabal, agora mais experimentada e atualizada, melhor serviria à sociedade. Em vez de deixar o processo coletivo ao futuro de uma eventual e improvável codificação especial, ou ao sabor de dezenas de leis esparsas que se integram e combinam como colcha de retalhos (LACP, CDC, ECA, etc.), mais próprio teria sido dar disciplina atualizada à matéria, já que se fazia um novo estatuto adjetivo civil. Dizer que são matérias novas e, pois sujeitas a incertezas de variações jurisprudenciais, seria procurar inadequada resposta para fugir ao desafio. Nessas décadas de uso do processo coletivo, a ação coletiva já foi bem testada, muitas dúvidas originais já se resolveram na doutrina e na jurisprudência, e as soluções poderiam agora ter sido sistematizadas, posto ainda restasse natural espaço para construção doutrinária e jurisprudencial, o que em si não é um mal e sim condição normal para a dinâmica do Direito, destinado que é dispor sobre a vida social, que não é estática. Preferiu-se, porém, abortar todo o processo coletivo na nova codificação processual civil, embora contraditoriamente sem prescindir dele, pois a ele se faz a todo tempo remissão...

Ainda que relutante, o legislador brasileiro logo deverá elaborar e aprovar um código de processo coletivo para regulamentar de modo mais eficaz as ações coletivas, as quais representam a melhor solução para o problema da atomização de demandas que sobrecarregam o Poder Judiciário.



### 3. FUNDAMENTOS DA AÇÃO COLETIVA MODERNA

A doutrina aponta dois fundamentos para a existência das ações coletivas: um de natureza sociológica e outro de natureza política. A justificativa sociológica apresenta-se no princípio do acesso à justiça, ao passo que a política se sustenta na economia processual.

A razão sociológica pode ser identificada no aumento dos conflitos de massa, resultantes das lesões a direitos que, há muito atingem, coletividades, grupos ou certa quantidade de indivíduos. A diferença é que, na atualidade, tanto na esfera pública como privada, as relações de massa expandem-se continuamente, assim como o alcance dos problemas correlatos, fruto do crescimento da produção, dos meios de comunicação e do consumo (DIDIER JÚNIOR, ZANETI JÚNIOR, 2010).

Grande parte dos danos resultantes das citadas lesões são considerados, em termos econômicos, de pequena monta, se analisados separadamente, desestimulando o ajuizamento de ações individuais, cuja relação custo-benefício da tutela jurisdicional pretendida restará nula ou até mesmo negativa. A eventual falta ou deficiência dos instrumentos processuais adequados para os denominados danos de bagatela estimula a repetição e perpetuação de práticas ilegais e lesivas.

Segundo Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (2012), dentro da ideia de custo-benefício, a questão pode ser enfrentada sob suas vertentes. Em uma estão localizados os que dispõem de recursos para o pagamento das despesas processuais, mas estas representariam valor aproximadamente igual ou superior ao bem pretendido. Em outra, situam-se as pessoas desprovidas dos meios necessários para o pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios. Embora gozem de isenção legal no que diz respeito às verbas judiciárias, os gastos com tempo e dinheiro para encaminhamento do problema, seriam excessivos, na medida em que os dias e as horas são absorvidos na jornada de trabalho, indispensável para a própria subsistência e/ou da família.

Outro fator de desequilíbrio a favor daqueles, cujas condutas lesionam direitos coletivos está na correlação das forças na relação processual. Não raras vezes, o causador da lesão dispõe de mais recursos materiais e humanos, estando, em tese, melhor preparado para embate processual (ARAÚJO, 2013).

Há ainda o problema da falta de formação e informação jurídica, o que resultaria na dificuldade de identificação do bem juridicamente tutelado, ou seja, as vítimas sequer notam a lesão que sofreram (ARAÚJO, 2013).

Neste cenário, as ações coletivas se bem estruturadas, podem ser um efetivo instrumento para o aperfeiçoamento do acesso à Justiça, eliminando os entraves relacionados com os custos processuais e o desequilíbrio entre as partes. Isto, porque com a soma dos danos causados o próprio valor da causa, que individualmente seria mínimo, passa a ser relevante, chegando, por vezes a importâncias suficientes para despertar o interesse de bons profissionais para a causa, além de recursos necessários para a propositura da ação e produção de provas (MENDES, 2012; ARAÚJO, 2013).

Quanto às razões políticas, atinentes à economia processual, esta se traduz em uma ampliação da capacidade do sistema de resolver conflitos com igualdade dos recursos disponíveis, podendo favorecer a atuação do direito material promovendo a igualdade de oportunidades no acesso à justiça.

A economia processual está intimamente ligada à ideia de eficiência, a qual diz respeito à obtenção de um resultado com o menor custo possível (eficiência produtiva). Embora não possa ser encarada como um valor que se sobreponha a outros mais caros, como a distribuição da justiça, a economia processual é um objetivo desejável em todas as espécies de procedimentos, notadamente nos de natureza cível, nos quais vigora a verdade formal (ARAÚJO, 2013).

Este fundamento é mais visível nas ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos, cujas ações individuais poderiam ser propostas de maneira fragmentada e pulverizada, sendo propensa a prolação de decisões judiciais conflitantes. Por outro lado, a inexistência ou o funcionamento deficiente do processo coletivo dentro do ordenamento jurídico, nos dias atuais, dá causa à multiplicação desnecessária do número de ações distribuídas, agravando ainda mais a sobrecarga do Poder Judiciário.

Neste sentido importante a lição de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (2012):

Na verdade, são lides que guardam enorme semelhança, pois decorrem de questão comum de fato ou de direito, passando a ser decididas de modo mecânico pelos juízes através do que se convencionou chamar de sentenças-padrão ou repetitivas, vulgarizando-se a nobre função de julgar. É o que vem ocorrendo, *v.g.*, na Justiça Federal brasileira. Nas circunscrições do Rio de Janeiro e

de Niterói, por exemplo, as sentenças-padrão representam, no computo do total de sentenças cíveis de mérito, entre os anos de 1998 e 2001, respectivamente, 62,5% e 73%. A atividade judicial descaracteriza-se, com essa prática, por completo, passando a ser exercida e vista como mera repetição burocrática, desprovida de significado e importância.

Com a pulverização de ações, a causa também é fracionada e acaba não sendo, de fato, decidida por nenhum dos juízes de primeiro ou de segundo grau, na medida em que a lide estará sendo apreciada, simultaneamente, por centenas ou milhares de julgadores. Consequentemente, apenas o pronunciamento final dos tribunais superiores passa a ter relevância, sob o ponto de vista de solução do conflito. Tal fato, agrava ainda mais a insatisfação do cidadão com Estado-juiz considerado o longo decurso de tempo até o provimento final.

Assim, a ação coletiva e, em especial a voltada para a tutela dos interesses individuais homogêneos, que envolve valores individualmente significativos é mais eficiente que diversas ações individuais e, portanto, promove uma maior economia processual (ARAÚJO, 2013).

#### 4. NATUREZA JURÍDICA DA LEGITIMAÇÃO *AD CAUSAM* NAS AÇÕES COLETIVAS

Segundo Hermes Zaneti Júnior (2010), a legitimação é uma das pedras de toque da teoria dos processos coletivos, apontando que a razão pela qual se discute profundamente o tema está intimamente vinculada à necessidade de preservar um dos dogmas do iluminismo jurídico: a autonomia privada. Somente ao titular do direito caberia sua defesa em juízo, as raras exceções devem estar expressas em lei e se justificar face ao direito material tutelado.

A regra de ouro sobre a legitimação no Código de Processo Civil determina que o autor é o próprio titular do direito afirmado em juízo<sup>6</sup>. Assim, quando o titular do direito subjetivo se identifica com o autor, tem-se a legitimação ordinária; quando, porém, o direito subjetivo é defendido por terceiro alheio à relação de direito material afirmada, em nome próprio, tem-se a legitimação extraordinária (ZANETI JÚNIOR, 2010).

O essencial à figura da substituição processual (espécie de legitimação extraordinária) é que a parte legitimada não se afirma titular do direito material. A regra ordinária diz ao contrário que o próprio titular do direito subjetivo seja o legitimado.

Em relação às ações coletivas, a doutrina não é uníssona quanto à classificação da legitimação pertinente. Dentro desse contexto, basicamente há três correntes: a) legitimação autônoma para condução do processo, b) legitimação ordinária das formações sociais decorrente da ampla interpretação do artigo 6º do Código de Processo Civil de 1973, atual artigo 18 do Código de Processo Civil de 2015 e c) legitimação extraordinária por substituição processual.

A primeira classificação, legitimação autônoma, tem como principais propagadores Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. Eles entendem que a dicotomia clássica ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender o direito coletivo, o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito. A legitimação é autônoma, eis que a lei elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo (MENDES, 2012).

---

<sup>6</sup> Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.

De acordo com Hermes Zaneti Júnior (2010), a teoria da legitimação autônoma para a condução do processo foi criada com base na teoria do “direito de condução do processo” (*Prozessführungsrecht*) elaborada por Konrad Hellwing na tentativa de superar os óbices de lógica formal, decorrentes da formação do direito iluminista de ação, oponíveis à teoria da substituição processual. A doutrina do direito de conduzir o processo funda suas raízes na autorização, pelo direito objetivo, à condução do processo por um terceiro que não tenha relação com o direito material deduzido em juízo (pelo menos não uma relação direta que consubstancie necessariamente um interesse jurídico).

Destarte, a distinção entre legitimidade e o direito de conduzir o processo surge como necessária quando o direito material separa a sua titularidade do direito de conduzir o processo retirando este do titular daquele direito e atribuindo-o a um terceiro. Este tem, então, direito de conduzir o processo versando sobre o direito que não lhe diz respeito (ZANETI JÚNIOR, 2010).

Por sua vez, com inspiração na doutrina italiana e alemã, Kazuo Watanabe propugnou pela legitimação ordinária das entidades civis para a defesa de direitos metaindividuais, ligados, sempre aos fins associativos, fazendo assim uma leitura ampla do artigo 6º do Código de Processo Civil de 1973 e seu correspondente, atualmente artigo 18 do Código de Processo Civil de 2015.

Defendida também por Ada Pellegrini Grinover a teoria da legitimação ordinária leciona que não se trata de substituição processual, pois a atuação dos legitimados se dá em nome próprio, defendendo interesse público, *lato sensu*, do qual é titular como órgão do Estado, da própria sociedade como um todo. Não importa que existam, eventual e reflexamente, interesses patrimoniais de pessoas ou grupos, vez que a intervenção do legitimado não tem por finalidade a defesa desses eventuais direitos, mas antes sua atuação se dá porque o legislador, naquele momento, entendeu que aqueles direitos interessariam diretamente à própria sociedade, politicamente organizada, como verdadeiros direitos sociais (Mendes, 2012).

Na terceira classificação, o legitimado age em nome próprio pela específica legitimação que a ordem lhe conferiu, mas os interesses cuja proteção persegue por meio da ação pertencem a terceiros, sejam estes determinados, determináveis ou indeterminados.

Barbosa Moreira encabeçou a tese da substituição processual (legitimação extraordinária) em ações coletivas. Para o autor, esta substituição se daria

independentemente de expressa autorização legal, podendo ser depreendida do todo do ordenamento jurídico.

Admitindo a clássica lição de Arruda Alvim, Barbosa Moreira defendia que o sistema poderia aceitar a simples menção de legitimado diverso do titular de direito ou que a expressa autorização legal, mesmo não sendo reconhecida de forma taxativa, a substituição significaria a abertura para a legitimação extraordinária (ZANETI JÚNIOR, 2010).

A jurisprudência pátria tem majoritariamente entendido pela legitimação extraordinária por substituição processual<sup>7</sup>.

#### **4.1. Interesse Processual e Legitimação nas Ações Coletivas**

Na doutrina clássica individualista o interesse processual se reporta ao trinômio necessidade-utilidade-adequação do provimento solicitado ao Estado-Juiz, explicável a partir do fato de ser vedada a justiça de mão-própria, salvo poucas exceções como a defesa da posse (art. 1.210, §1º do Código Civil de 2002).

Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso (2012), na jurisdição singular o interesse de agir deve ser real, pessoal e atual, ou seja, não pode ser imaginário, observando-se que mesmo os históricos de ameaça (dano temido) devem reportar um justo temor de dano; deve ser concernente a quem dele se afirme titular, demonstrando a conexão entre o interesse e a legitimação, sendo esta última vista como a subjetivação do interesse, além de manter-se tanto ao tempo do ajuizamento da ação quanto na fase decisória, momento em que o juiz pode reconhecer a ausência de interesse de agir superveniente, extinguindo a ação sem resolução de mérito (art. 485, VI do Código de Processo Civil de 2015).

Aliás, referida afirmação é facilmente verificada no artigo 493 do Código de Processo Civil vigente o qual busca preservar a utilidade e a aderência do julgado às intercorrências dispondo que “se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá

---

<sup>7</sup> RE 208.790-SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 14.12.2000 RT 729/134

ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão”.

Trata-se assim o interesse de agir de instituto que traz uma vinculação direta e pessoal com o titular do direito pleiteado, mas que com ele não se confunde. Em razão dessa vinculação reconhece, a doutrina, a dificuldade em se separar o interesse processual da legitimidade para agir. Enquanto o interesse processual consubstancia-se na relação entre a necessidade e o bem da vida, apto a satisfazê-la, a legitimidade relaciona-se à necessidade de se descobrir concretamente quem pode mover a demanda e em face de quem ela pode ser movida (GUERRA, 2012).

Ainda que se reconheça a dificuldade em se dissociar legitimidade *ad causam* e o interesse de agir, a distinção se impõe, porque em determinadas situações é possível que se visualize claramente a existência da legitimidade destacada do interesse. Isto ocorre, por exemplo, quando o ordenamento jurídico autoriza, a satisfação do bem da vida por meio da atuação do Judiciário ainda que o titular originário não esteja presente na ação, como ocorre nos casos de legitimação extraordinária (GUERRA, 2012).

Nestes casos, há a presença de um interesse conexo da parte processual com o da parte material. Esse liame é ditado pela norma positiva, conforme se verifica no artigo 18 do Código de Processo Civil<sup>8</sup>, em só admitir a substituição processual quando o ordenamento jurídico positivo reconhecer ao terceiro uma condição especial para demandar direito alheio.

O contexto supradescrito é de plena aplicação no plano da jurisdição singular, onde se contrapõem posições intersubjetivas, manejadas pelos próprios sujeitos que se afirmam titular da situação de vantagem versus aqueles quem resistem a tal pretensão. Este quadro não se altera substancialmente na hipótese de cumulação objetiva (reunião de ações conexas, cumulação de pedido, reconvenção) ou subjetiva (figuras litisconsorciais, intervenções de terceiros).

Todavia, este regime não pode ser trasladado para a jurisdição coletiva, eis que nela o poder de agir não é exercido por quem se afirma titular do interesse metaindividual, mas por aquele sujeito, órgão ou instituição que o texto legal credencia como legítimo representante do grupo, classe ou categoria detentora do direito.

---

<sup>8</sup> Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.

A desconexão entre a titularidade da pretensão material e o poder de agir em Juízo, no âmbito dos conflitos metaindividuais, deve-se ao que Mancuso (2012) chama de dessubstantivação característica dos interesses de largo espectro social, levando a que os clássicos trinômios necessidade-utilidade-adequação da ação proposta e interesse de agir real-pessoal-atual, devam passar por uma releitura e alguma adaptação. Isto se dá porque no processo coletivo se discutem interesses absoluta ou relativamente indivisíveis de sujeitos absoluta ou relativamente indeterminados, e assim, o que se configuraria o interesse processual numa lide intersubjetiva pode não ter correspondência e aplicação no campo dos megaconflitos que afluem à jurisdição coletiva.

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

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

Rodolfo de Camargo Mancuso (2012, p. 122) analisando o assunto expõe a necessidade de se sistematizar um novo tipo de interesse processual, priorizando-se não mais seu caráter pessoal e direto, mas seu caráter relevante e legítimo. Assim leciona que:

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

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

Rompe-se, assim, a tradicional estrutura processual, fazendo com que as hipóteses de legitimidade e interesse, usualmente coincidentes, passem a ser exceções, na medida em que, no processo coletivo o poder de agir não é exercido por quem se afirma titular do interesse metaindividual, mas por quem o texto de regência



credencia como um adequado representante, seja de toda a sociedade, no caso dos interesses difusos, seja de um grupo, categoria ou classe, no caso dos direitos coletivos em sentido estrito ou ainda de um expressivo número de sujeitos, cujas posições estão uniformizadas, por conta de uma unitária situação legitimante.

Márcia Vitor de Magalhães e Guerra (2012) aponta que a jurisprudência muitas vezes não traz a distinção dos institutos com clareza e, não raro, confunde-os. Como exemplo aponta que:

(...) No julgamento do RESP n. 818725/SP, a 1ª Turma do STJ entendeu que, no caso em estudo, a ação popular, ajuizada com o objetivo de suspender o pagamento do estacionamento rotativo no Município de Tatuí/SP, por envolver relação de consumo, deveria ser extinta pela ausência de interesse de agir do autor (pela inadequação da via eleita), bem como por falta de legitimidade ativa, sob o fundamento de que o cidadão não é parte legítima a demandar coletivamente direitos do consumidor.

Por óbvio, não se pode buscar a defesa de direitos do consumidor por meio de ação popular, eis que tais direitos não são elencados no art. 1º da Lei 4717/1965, sendo, portanto, via inadequada para a pretendida tutela jurisdicional. Contudo não significa dizer que o cidadão não disponha de legitimidade, o que aliás é expressamente concedido pela Lei da Ação Popular.

Para a citada autora, o interesse processual, nas lides coletivas, é ínsito, presumido. Isso porque o legislador ao previamente elencar os entes legitimados a demandar ações coletivas, inculuiu-lhes, de forma implícita, um interesse processual.

E citando José Marcelo M. Vigilar fundamenta que:

Abstraindo-se a sistemática da legitimação para as demandas coletivas, se fosse possível a exigência da demonstração do interesse de cada um dos interessados, jamais haveria a apreciação do mérito, porque, além da dificuldade prática de se viabilizar essa tarefa, encontraríamos alguns titulares que poderiam alegar que, do seu ponto de vista, a defesa em juízo do interesse transindividual ofendido (como o meio ambiente) não faria a menor diferença. Esse fato comprometeria a própria presunção (*iure et de iure*) que o legislador cria, para que certos interesses/direitos sejam defendidos em juízo, quando não observadas as vedações existentes no direito material. O legislador, nesse sentido, acatou a ideia que a doutrina proclama: a legitimidade basta para concluir pela presença do interesse (...) se a parte é legítima para a demanda coletiva, o interesse fica presumido, ou seja, o legislador previamente reconheceu aos legitimados a condição de interlocutores dos interessados material.

Pertinentes neste ponto as observações de Rodolfo de Camargo Mancuso (2012), segundo o qual o interesse de agir do legitimado coletivo deve ser apreciado em cada caso concreto a fim de se evitar situações jurídico-processuais descobertas de fundamento legal. Debate o autor acerca da possibilidade de um ente da Administração, detentor do poder de polícia, valer-se de ação civil pública para a obtenção de providencias materiais alcançáveis mediante sua atuação direta (poder-dever) sem que houvesse a necessidade de intervenção do Judiciário.

Em outras palavras, trata-se de situação que envolve não apenas a garantia de acesso à justiça, mas também o princípio da separação dos poderes e o interesse de agir, na medida em que se verifica, no caso em análise, a desnecessidade de se movimentar o aparato jurisdicional, já sobrecarregado, porque o ente público dispõe de instrumentos próprios e hábeis a alcançar o mesmo resultado pretendido mediante a ação judicial. Além disso, não pode a atuação judicial operar “como um álibi para o administrador leniente, ou omissor, que prefere deixar o caso *sub judice*” (MANCUSO, 2012).

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

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

#### **4.2. Representação Adequada e legitimidade adequada**

A representação adequada é um princípio da tutela coletiva segundo o qual só estaria legitimado para a ação coletiva aquele que, após a verificação da legitimação pelo ordenamento jurídico, apresentar condições de adequadamente desenvolver a defesa em juízo dos direitos coletivos afirmados (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2010).

Instituto de origem norte-americana, a adequada representação, no modelo de litígio das *class actions*, é questão de extrema relevância porque garante o devido

processo legal e impede a formação de coisa julgada desfavorável à coletividade por atuação negligente ou conluio do legitimado coletivo.

Em um breve resumo, o devido processo legal, em sua ideia procedimental, coaduna-se a ideia de processo judicial centrado na figura do indivíduo, pois exige ou ao menos procura garantir a sua presença e a participação no processo, sem o que não poderá ser privado de seu direito ou bem da vida (art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal).

Para a compatibilização do devido processo legal com as ações coletivas é necessário o afastamento da presença e participação do indivíduo em juízo, com a sua conseqüente representação por um terceiro. Com efeito, o portador judicial dos interesses alheios não pode ser qualquer representante, mais sim um *representante adequado*.

Uma grande parcela da doutrina e jurisprudência<sup>9</sup> posicionam-se no sentido de que a representação adequada estaria ligada à questão da legitimação. Inclusive, ao se referirem à questão, alguns autores se utilizam das expressões “controle judicial da legitimação coletiva” e “legitimação conglobante”. Neste sentido, Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior (2010) afirmam que:

Nessa perspectiva, busca-se que esteja a classe/grupo/categoria bem representada nas demandas coletivas, quer dizer, representada por um legitimado ativo ou passivo que efetivamente exerça a situação jurídica coletiva em sua plenitude e guie o processo com os recursos financeiros adequados, boa técnica e probidade. A tendência atual, verificada inclusive nos anteprojetos de Código Processual Coletivo Brasileiro, é que esse princípio venha cada vez mais a ocupar espaço nos processos coletivos, superada uma primeira fase em que a legitimação era tão-somente ativa e fixada *ope legis* por controle pelo legislador).

Para a doutrina majoritária, a representação adequada faz as vezes, no exame da legitimidade extraordinária, do elemento da pertinência subjetiva quando se trata de legitimidade ordinária. Trata-se do elemento nuclear dessa modalidade de legitimidade processual.

É pertinente reconhecer legitimidade extraordinária a algum sujeito sempre que este se apresentar como adequado representante dos interesses alheios, da mesma

---

<sup>9</sup> Como exemplo pode-se citar Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior, Rodolfo de Camargo Mancuso e o Egrégio Supremo Tribunal Federal.

forma que se reconhece legitimidade ordinária ao sujeito que se apresente como titular do direito próprio.

Assim, em nosso ordenamento jurídico, a verificação da representação adequada está para o controle de legitimidade extraordinária, assim como a verificação da titularidade do direito material está para o controle da legitimidade ordinária.

Inspirada nos aspectos da representatividade adequada do sistema norte-americano, a doutrina adaptou ao ordenamento jurídico brasileiro os aspectos que devem ser analisados quando da avaliação da representação adequada, sendo o principal a ausência de conflitos de interesses.

O juízo deve verificar *in concreto* a existência de conflitos internos. Com efeito, as ações coletivas são, por excelência, uma fonte de inúmeros conflitos, que podem se manifestar de quatro formas diferentes: a) entre os membros do grupo, b) entre os membros do grupo e o candidato a representante, c) entre os membros e o advogado do grupo e d) entre o advogado e o representante do grupo.

Tais conflitos podem envolver uma série de questões como por exemplo a conveniência da propositura da ação, a espécie de provimento jurisdicional pleiteado (condenatório ou mandamental) e a possibilidade de celebração e os termos de eventual acordo.

O conflito entre o representante e os membros do grupo pode afetar a representação adequada, na medida em que os interesses antagônicos não serão tutelados da melhor forma no processo ou, em algumas hipóteses, sequer serão tutelados (MENDES, 2013).

No entanto, conforme adverte Antônio Gidi *apud* Rodrigo Mendes de Araújo (2013), nem todo conflito existente entre o representante e o grupo compromete a adequação da representação, tendo em vista que alguns deles são praticamente irrelevantes ou apenas hipotéticos. Não se exigindo sequer um consenso a respeito da conveniência na propositura da ação ou a forma como ela será conduzida, etc. Na verdade, o conflito relevante sob o ponto de vista jurídico é aquele que se revela real e atual.

Deve-se ainda considerar neste ponto a característica conflituosidade interna dos interesses metaindividuais, em especial dos direitos difusos. Sobre tal característica, é a lição de Mancuso (2012):

(...) a marcante conflituosidade deriva basicamente da circunstância de que todas essas pretensões metaindividuais não têm por base um vínculo jurídico definido, mas derivam de situações de fato, contingentes, por vezes até ocasionais. Não se cuidando de direitos violados ou ameaçados, mas de interesses (conquanto relevantes), tem-se que nesse nível, todas as posições, por mais contrastantes, parecem sustentáveis. É que nesses casos de interesses difusos não há um parâmetro jurídico que permita um julgamento axiológico preliminar sobre a posição “certa” e a “errada”. Exemplo sugestivo ocorreu no Rio de Janeiro, quando da construção do chamado “sambódromo”, o qual gerou conflitos metaindividuais entre os interesses ligados à indústria do turismo versus os interesses dos cidadãos e associações, contrários à construção de um local permanente para os desfiles das escolas de samba.

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

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

Neste sentido são as palavras de Antônio Gidi *apud* Márcia Vitor de Magalhães e Guerra (2012):

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

Essa também é a conclusão de Antônio do Passo Cabral *apud* Márcia Vitor de Magalhães e Guerra (2012):

Uma demanda proposta por um legitimado coletivo como o MP, que afirme fatos de maneira idêntica para todos os membros da comunidade, pode acabar, ainda que por razões de efetividade do processo, descuidar de fatos particulares, que diferenciariam os danos

sofridos por cada indivíduo. Pode ocultar ainda dissidências dentro da classe, vozes e opiniões diversas que, se tivessem acessado o Judiciário individualmente, poderiam inclusive ter formulado outras alegações de fato e de direito ou adotado estratégia processual diversa.

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

Quanto às defensorias públicas, estas conforme entendimento já fixado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>10</sup> tem legitimidade para propor ação coletiva em favor das pessoas, em tese, necessitadas. Neste ponto, importante o ensinamento de Hugo Nigro Mazzili (2016):

Em suma, nosso entendimento é o de que a Defensoria Pública pode propor ações civis públicas ou coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos de pessoas que se encontrem na condição de necessitados – com insuficiência de recursos para custear a defesa individual - , mesmo que, com isso, em matéria de interesses difusos (que compreendem grupos indetermináveis de lesados), possam ser indiretamente beneficiadas terceiras pessoas que não se encontrem em condição de deficiência econômica. Aliás, nem mesmo haveria como separar os integrantes do grupo difuso atingido, para que só os necessitados fossem alcançados pela ação da Defensoria Pública.

Por sua vez, a relação entre o advogado e membros do grupo é aquela que apresenta os conflitos de maior seriedade, concentrando-se em aspectos relacionados à espécie de tutela buscada pelo grupo e termos de eventual acordo.

Em vista do incontestável esforço do advogado na demanda, dos altos riscos assumidos, seu trabalho tem que ser compensado de forma justa. Isto porque o muitas vezes o pagamento está vinculado ao que a vítima do dano perceber de indenização (GUERRA, 2012).

O problema é verificado quando as indenizações são ínfimas ou quanto aos termos dos acordos celebrados. Isto porque, na ânsia de resolver o caso de forma mais rápida possível, minimizando os seus custos e os riscos de um julgamento desfavorável ao grupo, o advogado tende a celebrar acordos não tão favoráveis aos

---

<sup>10</sup> RGRE n. 733.433-MG, STF Pleno, Relator Min. Dias Toffli, Dje 06.11.2015, informativo STF 806.

interesses dos membros substituídos, abrindo mão de parcelas significativas de dinheiro que lhes seriam destinadas (MENDES, 2013; GUERRA, 2012).

No Brasil, o controle da atuação do advogado, do mesmo modo, deve ser observado, a exemplo do que se adota, resguardadas as devidas proporções, ao plano processual penal. Nessa esteira, cabe ao magistrado verificar se a comunidade, que se faz presente no processo por meio do representante, desfrutar de uma defesa adequada, realizada por meio de um advogado técnico, atuante e diligente que a ela não cause prejuízos (GUERRA, 2012).

Desse modo, pela importância das ações coletivas no cenário jurídico-social e diante da função pública que os advogados exercem, aliado à falta de um sistema de responsabilização em caso de má atuação, é que se mostra imperioso que o magistrado também se lance ao controle da atuação dos advogados nas causas. Controle que se caracterizaria em paralelo ao próprio controle da atuação dos representantes, englobando o processo de fixação da legitimação coletiva.

#### **4.3. Do Devido Processo Legal Coletivo**

O princípio do devido processo legal encontra previsão em diversas constituições de países ocidentais, sendo a sua origem atribuída a Magna Carta de João Sem Terra datada de 1215 na Inglaterra.

Segundo Araújo (2013) “embora não houvesse menção expressa à expressão *due process of law*, nela havia a referência à *law of the land*. A expressão *due process of law* só foi aparecer expressamente mais de um século depois, mais precisamente em 1354, em uma lei inglesa denominada, editada durante o reinado de Eduardo III”.

No Brasil, o devido processo legal também encontra guarida constitucional. O artigo 5º, inciso LIV, prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Trata-se de uma garantia fundamental do cidadão, que não pode sequer ser objeto de emenda constitucional, ou seja, trata-se de cláusula pétrea.

A doutrina reconhece a importância do princípio do devido processo legal, afirmando ser ele um princípio fundamental do processo civil, de cuja previsão constitucional decorreriam todas as consequências processuais que assegurariam aos litigantes um processo e uma sentença justa. Assim, todos os demais princípios

processuais, tais como publicidade, contraditório, ampla defesa, seriam espécies do gênero devido processo legal (MANCUSO, 2012; MARINONI, 2004; LEAL, 1998).

Neste sentido a sábia lição de Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2008):

Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.

Compreende-se modernamente, na cláusula do devido processo legal, o direito do procedimento adequado: não só deve o procedimento ser conduzido sob o pálio do contraditório, como também há de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida.

O princípio do devido processo legal apresenta duas feições, sendo uma procedimental e outra substancial. No sentido substancial, o devido processo legal intimamente ligado à ideia de legalidade, ao passo que no sentido procedimental o referido princípio se volta à justiça das regras processuais, visando garantir um tratamento justo aos litigantes no processo.

É de se observar que os desdobramentos do devido processo legal, tais como a garantia de um juízo imparcial, princípio da publicidade, oportunidade de apresentar defesa e provas ao juiz, coadunam-se com um esquema de processo judicial bastante centrado na figura do indivíduo, pois exige, ou ao menos procura garantir a sua presença e participação no processo.

Em relação às ações coletivas, alguns desdobramentos representam obstáculos à utilização das ações coletivas, em especial a garantia da presença e participação dos indivíduos substituídos no processo coletivo.

Rodrigo Camargo Mancuso (2012) sugere uma melhor compreensão do princípio do devido processo legal considerando as especificidades do processo coletivo, o que faz necessária algumas concessões:

No plano da jurisdição coletiva, o devido processo legal não pode ser visto com a mesma rigidez e ortodoxia, a começar por conta das finalidades de largo espectro social que aí são perseguidas, como o meio ambiente e as relações de consumo, as ordens econômicas e



urbanísticas, o patrimônio cultural, objeto da ação civil pública da Lei 7.347/85. Em tais casos a utilidade prática (pedido mediato) do provimento jurisdicional não aproveita diretamente ao autor da ação (que não se apresenta como titular do direito judicializado), mas reverte em prol de uma coletividade, de um segmento social. [...] não se pode, nesse ambiente diferenciado, raciocinar como nos conflitos intersubjetivos (Tício *versus* Caio), dos quais resultam um ganhador e um perdedor, mas se cuida de megaconflitos que, bem manejados judicialmente, trazem proveito para a comunidade ou para o segmento envolvido, caso contrário, todos são prejudicados.

Dentre as diversas concessões necessárias à compatibilização do princípio do devido processo legal com o processo coletivo, a mais importante reside no afastamento da presença e participação do indivíduo em juízo, como a sua consequente representação por um terceiro.

Com efeito, o portador judicial dos interesses alheios não ser qualquer representante, mas sim um representante adequado, o que significa dizer que ele deve ter determinadas características e qualidades que o credenciem a ser o porta-voz dos interesses do grupo. Referidas características e qualidades variam nos diversos ordenamentos jurídicos, sendo que, no ordenamento jurídico pátrio, optou-se por uma solução mais legalista, selecionando-se previamente os adequados representantes, com base em uma escolha política do legislador. Contudo, como será demonstrado adiante, tal solução não retira do juiz a tarefa de analisar, no caso concreto, a idoneidade dos porta-vozes previamente escolhidos pelo legislador.

## 5. CONTROLE JUDICIAL DA ADEQUAÇÃO DO LEGITIMADO ATIVO

O exame da representatividade adequada pressupõe a compreensão do papel do juiz e da lei na determinação das legitimidades para o processo coletivo. Se de um lado há o sistema no qual o exame em concreto prevalece (*ope judicis*), tal qual ocorre nas *class actions* norte-americanas, de outro é também possível direcionar apenas ou preponderantemente à lei a prévia determinação da legitimidade nas ações coletivas (*ope legis*).

No que concerne à representatividade adequada, o modelo brasileiro é bastante diverso do modelo norte-americano. No estudo das *class action* norte americanas, o requisito da representação adequada é um dos mais importantes, tendo em vista que ela é imprescindível para que a sentença produza efeitos, vinculando todos os componentes da classe, independentemente do resultado do processo e da participação individual daqueles no processo. Assim, apesar de haver disposição na Constituição norte-americana de que ninguém será privado de seus bens e direitos sem o devido processo legal, a Suprema Corte reconhece que o julgamento dessas ações é exceção à referida regra, desde que, mesmo não tendo participado do processo, os indivíduos tenham sido representados adequadamente. Somente no caso de não ter havido uma adequada representação, será possível falar em violação ao devido processo legal (DINAMARCO, 2016).

O legislador pátrio se descuidou da questão relativa à adequada representação dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, resumindo-se a atribuir legitimidade a determinados entes. Assim, diante desta lacuna, concebeu-se a ideia de que ao conferir a legitimidade a determinados entes, o legislador pátrio já teria feito um prévio juízo *iure et iure* de que eles seriam adequados representantes, considerados sua idoneidade e seriedade.

Neste cenário, a partir de uma leitura fria da norma, para configurar no polo ativo de uma lide coletiva, bastaria que o ente se fizesse presente entre os legitimados previstos no rol do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública ou do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor.

Válidas as palavras de Rodrigo Mendes de Araújo (2013) citando a lição de Eduardo Cândia:

Eduardo Cândia entende que a representação adequada seria um princípio do direito processual civil coletivo, cujos critérios de aferição variam em cada ordenamento jurídico. Ele sugere a existência de duas formas de se conceber a representação adequada na jurisdição coletiva, ambas suficientes ao atingimento do princípio do devido processo legal.

Numa primeira forma, o legislador elencaria nominal e taxativamente os legitimados, com a presunção de sua adequação. Não se possibilitaria uma investigação efetiva e concreta da atuação do legitimado, mas, em contrapartida, o resultado da ação só vincularia os indivíduos quando o resultado lhes fosse favorável. Existiria, nas palavras do autor, uma representação adequada *in re ipsa*.

Numa segunda forma, o legislador abriria, de modo amplo, a titularidade da ação coletiva, possibilitando, inclusive, que indivíduos a proponham, com efeitos vinculantes a todos os membros da classe. Em contrapartida, o legitimado deveria comprovar, em cada caso, que vai de modo vigoroso e adequado, defender os interesses de toda a classe.

Segundo o referido autor, o legislador brasileiro teria feito uma opção pela primeira forma de conceber a representação adequada, o que, no seu entendimento, não concederia espaço para se defender, *de lege lata*, o controle judicial da representação adequada nas ações coletivas brasileiras.

Ao comentar a legitimidade para ação nas demandas de proteção ao consumidor, Arruda Alvim (1995) conclui que inexistente pertinência, em se indagar ou discutir, no plano do direito posto, sobre a adequação de representação ou legitimidade dos elencados no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, pois o legislador estabeleceu os legitimados em lei, sem possibilidade de alteração pelo juiz. Ou seja, o legislador entendeu que esses legitimados são adequados e inadmite que isso possa ser discutido no plano de aplicação da lei.

Ocorre, no entanto, que este juízo de valor realizado pelo legislador pátrio, que resultou na decisão política de outorgar legitimidade a determinados entes, não se confunde com o juízo realizado pelo magistrado ao aferir a representação adequada dos legitimados. A primeira se desenvolve no plano abstrato e a segunda *in concreto* no processo judicial, tratando-se, pois, de tarefas distintas.

Posicionamentos a respeito da impossibilidade de controle judicial da representação adequada, como o acima exposto, não são unânimes. A busca do aperfeiçoamento da tutela dos direitos transindividuais através de uma análise apurada da representação do autor coletivo indica que o modelo brasileiro atual não mais se sustenta em face das exigências de uma verdadeira representação dos interesses metaindividuais tutelados em juízo.

Isto porque, a presunção de adequada representação pela lei esbarra nas situações concretas, que serão mais numerosas e diversificadas do que as hipóteses tipificadas nas normas, de modo que a lei não consegue, apenas com a prefixação de requisitos alcançar aos legitimados ativos a representatividade adequada, indispensável para que haja respeito ao devido processo legal.

Considerações sobre os modelos encaminham ao apontamento de que o mais apropriado ao ordenamento brasileiro é o controle *ope judicis* da representatividade adequada.

No citado modelo de controle, cujo sistema de tutela jurisdicional dos interesses de direitos coletivos norte-americano é referência, o juiz desempenha papel altamente relevante, visto que a ele é atribuída uma “gama significativa de poderes, seja para o exame das condições de admissibilidade da demanda e da adequada representação ostentada pelos demandantes, seja para o controle dos pressupostos para seu desenvolvimento e sua instrução”. A aferição da idoneidade da representação é feita a qualquer tempo e não há parâmetros legais para tal aferição, havendo tão-somente o critério da representação adequada (ZAVASKI, 2006).

Kazuo Watanabe (2008) refere que, mesmo estando previstas em lei as condições necessárias para a legitimação nas ações coletivas, “no caso concreto caberá ao juiz verificar se estão presentes os requisitos exigidos pelo legislador”, de modo que, para haver representatividade adequada no modelo de controle *ope legis*, “embora mais facilitada, é ao juiz que incumbe, caso a caso, fazer o escrutínio desse pré-requisito”.

Com efeito, o representante adequado é a figura central nos processos coletivos, pois é através da sua atuação que os direitos dos membros ausentes são tutelados em juízo. O representante adequado deve ter a aptidão de defender com seriedade e eficiência os direitos da coletividade, em harmonia e sintonia com as expectativas do grupo representado.

Rodrigo Mendes de Araújo (2013) esclarece que a necessidade de um representante adequado não é uma exigência exclusiva da legislação norte-americana, mas de todas e qualquer legislação sobre o tema, inclusive a brasileira.

Conforme já destacado, o legislador brasileiro optou por uma solução mais legalista, selecionando previamente os adequados representantes em *numerus clausus*. Esta escolha, por certo, foi feita com base numa suposta capacidade e idoneidade dos entes para a adequada defesa dos direitos coletivos *lato sensu*, de

modo que fosse devidamente observado o princípio do devido processo legal. O legislador pátrio ainda ofereceu três salvaguardas principais à coletividade e aos indivíduos.

A primeira delas foi dirigida às ações coletivas para a tutela dos direitos difusos e coletivos *strictu sensu*. Nesta modalidade de ação, só se produz coisa julgada caso tenha sido produzido material probatório suficiente para a solução da lide. Vale dizer, inspirado na lei que trata das ações populares, o legislador pátrio estabeleceu, através do artigo 103, incisos I e II do Código de Defesa do Consumidor, um regime de coisa julgada *secundum eventum probationis* (MENDES, 2013).

Assim, em caso de improcedência do pedido por insuficiência de provas, qualquer dos legitimados, inclusive o que propôs a primeira ação poderá reajuizá-la desde que munido de nova prova.

A segunda salvaguarda refere-se ao regime *secundum eventum litis* da coisa julgada resultante da ação coletiva para a tutela dos direitos individuais homogêneos. Por força do art. 103, III combinado com o §2º do citado artigo do Código de Defesa do Consumidor, o resultado da referida ação só se presta a beneficiar as pretensões individuais das vítimas e nunca para prejudica-las.

Arruda Alvim et al (1995) apontam o motivo pelo qual não foi adotado o regime de coisa jurídica *secundum eventum probationis* nas ações coletivas para a tutela dos direitos individuais homogêneos:

isto assim é porque nas duas primeiras hipóteses inexistente colaboração possível, ou ao menos, um convite para que os interessados, propriamente ditos, possam atuar. Consequentemente, é possível e plausível que venha a surgir nova prova, porque a cognição dos legitimados do art. 82 é ou pode ser, por certo, compreensivelmente limitada, pela circunstância de maior distanciamento dos fatos e, pois, das possíveis provas a esses referentes.

A terceira salvaguarda diz respeito à atuação do Ministério Público. Quando não propõe a ação, o membro do *Parquet* intervém na ação como fiscal da lei, em conformidade com o disposto no artigo 5º, §1º da Lei da Ação Civil Pública, combinado com o artigo 92 do Código de Defesa do Consumidor. Além disto, em caso de desistência infundada ou abandono da ação, o Ministério Público deve assumir o seu polo ativo, à luz do disposto no artigo 5º, §3º da Lei da Ação Civil Pública.

Sem dúvida, a intervenção obrigatória do Ministério Público e a assunção do polo ativo em caso de abandono ou desistência infundadas da ação conferem uma

maior proteção aos indivíduos, pois o Ministério Público acaba desempenhando um papel de fiscal da idoneidade da ação coletiva, conferindo um menor espaço para lides temerárias ou colusivas.

Todavia, ainda são comuns os ajuizamentos de ações coletivas por entidades que não revelam qualquer comprometimento real com a defesa de interesses metaindividuais ou, mesmo, idoneidade técnica e financeira para conduzir com êxito a demanda coletiva. Nas palavras de Venturi (2007):

Na maioria das vezes, tudo o que tais entidades [associações civis] exibem são estatutos sociais que, invariavelmente lhes atribuem o objetivo de proteção de uma infinita gama de interesses, referentes às mais diversas matérias, sem demonstrarem, no entanto, que já atuaram judicial ou mesmo extrajudicialmente, na defesa dos seus titulares, ou que tenham capacidade de conduzir uma ação coletiva.

O receio de conluio entre autor e réu em detrimento dos representados se apresenta também como um problema a ser enfrentado na prática forense, especialmente quanto às associações. Essa questão foi destacada por Marcio Flávio Mafra Leal (1998), ao constatar que no

No direito brasileiro, a regra é tão flexível em relação a essas entidades, que basta se inserir no estatuto social a finalidade de defesa do consumidor e do ambiente para que esteja ela apta a litigar coletivamente, visto que é possível, ainda que excepcionalmente, descartar o requisito da pré-constituição mínima de um ano (art. 82, §1º do Código de Defesa do Consumidor). Basta isso. Não se exige um trabalho efetivo e representativo desses interesses, como publicações ou serviços jurídicos ou de atendimento ao público, nem mesmo um número mínimo de associados.

Porém, ainda que atuando como fiscal da lei, pouca ingerência terá o membro do Ministério Público se, ao constatar a inadequação do representante no caso concreto, não puder alertar o juiz sobre esse fato e requerer a extinção do processo sem julgamento de mérito ou a adoção de outra providência suficiente a corrigir a inadequação do representante, devendo obrigatoriamente se substituir ao autor coletivo e assumir o controle do litígio, ainda que não esteja preparado para fazê-lo e ainda que considere o momento inadequado. Em qualquer das circunstâncias, restaria prejudicada a idoneidade e adequação da representatividade, em prejuízo aos membros ausentes.

Conforme alerta Antônio Gidi *apud* Rodrigo Mendes de Araújo (2013) “não há qualquer contradição entre o Ministério Público estar em melhores condições de controlar a adequação do representante e o juiz estar encarregado de decidir a questão”. Pelo contrário, “o argumento de que a participação do Ministério Público é necessária para fiscalização de seu andamento somente reforça a necessidade do controle judicial da representação adequada”, tendo em vista que o *Parquet* “não tem poder decisório e não pode controlar a adequação do representante”.

Ademais, como a imposição de um controle judicial da adequação do legitimado coletivo advém da aplicação da clausula do devido processo legal à tutela jurisdicional coletiva, mesmo o Ministério Público não poderia ser considerado um legitimado universal, havendo também em relação à sua atuação a necessidade de controle jurisdicional de legitimidade.

Mancuso (2012) reconhece a necessidade de um juiz ativo nas demandas coletivas, porquanto a eficácia do julgado apresenta-se potencializada, projetando-se *ultra partes* ou mesmo *erga omnes*. Nessa situação, deve o juiz redobrar os cuidados com o quesito da relevância social do interesse e sua adequada representação nos autos para que o Judiciário possa contribuir com a prevenção do desvirtuamento da ação coletiva, que de outro modo poderia servir como instrumento em favor de interesses subalternos ou mesmo escusos. Para tanto, tal poder de manejo pode ir além da possibilidade de averiguar a pertinência temática das associações, dos entes da administração indireta, da fundação privada, embora em nosso sistema a legitimação ativa para a ação civil pública esteja fixada *ope legis*.

Buscando, assim, dar concretude ao devido processo legal nas demandas coletivas e, por consequência, evitar o manuseio aventureiro de algumas ações coletivas, que certamente comprometem a afirmação e a efetividade do sistema de tutela coletiva brasileira, vieram à tona não só propostas de alterações legislativas, como também de interpretação conforme a Constituição Federal do instituto da legitimação coletiva, no sentido de instituir como requisito de admissibilidade da ação coletiva a aferição *ope judicis* da adequada representação.

Ada Pelegrini Grinover (2002), em seu novo posicionamento, admite a possibilidade de o juiz controlar a legitimação *in concreto* de modo a possibilitar a inadmissibilidade da ação coletiva, quando a representação do legitimado se demonstre inadequada, pois embora não afirme expressamente, nosso ordenamento não é avesso ao controle. Segundo a autora seguro indício da possibilidade de se

adotar essa posição “são os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, bem como a postura da jurisprudência brasileira em tema de legitimação do Ministério Público às ações em defesa dos chamados direitos individuais homogêneos”.

De acordo com o art. 82, §1º do Código de Defesa do Consumidor, o juiz pode dispensar a associação do requisito da pré-constituição há pelo menos um ano desde que haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. Essa análise atribuída ao juiz no caso concreto, para o reconhecimento da legitimação, está muito próxima do exame da representação adequada, podendo-se afirmar que pode o juiz negar a referida legitimação quando entender não presentes os requisitos da adequação.

Por outro lado, “a jurisprudência brasileira tem se firmado na posição do reconhecimento da legitimação do Ministério Público para as ações em defesa dos direitos individuais homogêneos, somente na hipótese de o juiz reconhecer a relevância social dos referidos interesses”, o que realizado caso a caso, “implica a análise de algo muito próximo à representatividade adequada, dependendo do objeto da demanda ou da quantidade de pessoas envolvidas na causa” (GRINOVER, 2002).

Os doutrinadores representantes desse posicionamento, concluem que o modelo de controle da legitimação pelo juiz pode ser adotado no Brasil, por ausência de norma impeditiva, ainda mais em face do teor do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo a qual “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior (2010), partem da seguinte premissa para justificar o controle da legitimação nas ações coletivas:

Não é razoável imaginar que uma entidade, pela simples circunstância de estar autorizada em tese para a condução de processo coletivo, possa propor qualquer demanda coletiva. Sem a averiguação pelo juiz de todos os critérios da representatividade adequada, a partir do conteúdo da demanda coletiva, ou seja, da situação jurídica litigiosa deduzida em juízo, não há como considerar que o legitimado coletivo reúne atributos que o tornem representante adequado para a melhor condução de determinado processo coletivo.

Para os referidos autores, o controle judicial da legitimação e da representação adequada deve ocorrer em duas fases: a) “verifica-se se há autorização legal para que determinado ente possa substituir os titulares coletivos do direito afirmado e



conduzir o processo coletivo” e b) o juiz faz o controle no caso concreto da adequação da legitimidade para aferir, sempre motivadamente, se estão presentes os elementos que asseguram a representatividade adequada dos direitos em tela.

Rodrigo Mendes de Araújo (2013) cita a opinião mais enfática de Antônio Gidi o qual afirma que “apesar de não estar expressamente previsto em lei, o juiz brasileiro não somente pode, como tem o dever de avaliar a adequada representação dos interesses do grupo em juízo”. Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública devem ser interpretados à luz da Constituição e do devido processo legal, pouco importando que a lei infraconstitucional não preveja expressamente que o juiz deva controlar a adequação do representante, pois trata, além de uma questão processual, mas também constitucional.

A cláusula do devido processo legal poderia ser invocada inclusive contra as normas processuais infraconstitucionais, que criam empecilhos arbitrários ao pleno exercício da jurisdição, compelindo a concretização da lei processual de forma razoável, justa e nos contornos estatuídos pelas normas constitucionais.

Ora, se a Constituição brasileira prevê que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV), para que alguém seja privado do seu direito e atingido pela coisa julgada, deverá receber citação e ser ouvido em juízo, tendo ampla oportunidade para apresentar defesa, o que, no processo coletivo, em atenção ao devido processo legal, é feito somente através de um representante adequado. Por essa razão, no direito brasileiro não se pode admitir representante inadequado. Ou o representante é adequado ou não haverá representação legítima.

É o que defende Mauro Cappelletti (2008), o qual afirma que o devido processo legal tradicional, de natureza individual, deve se estabelecer um devido processo legal social, ou como denominado pela doutrina, um devido processo legal coletivo. Por meio desse novo devido processo legal, os direitos de ser citado, de ser ouvido e de apresentar defesa em juízo são substituídos por um direito de ser citado, de ser ouvido e defendido por meio de um representante. Não por meio de qualquer representante, mas de um representante adequado.

Cássio Scarpinela Bueno (1996) há muito já defendia que

O processo coletivo brasileiro é iluminado e traçado a partir do mesmo vetor do devido processo legal que norteia o sistema americano, de

modo que não se pode buscar resolver o problema da legitimidade para agir meramente no campo da lei. Embora a lei possa indicar soluções, ela não é capaz de dar a solução mais apropriada e mais correta possível para todos os casos. Por essa razão, o aplicador da lei deve ter a faculdade de, caso a caso, valorar as situações e verificar se o espírito daquele disposto legal está em sintonia à cláusula do devido processo legal.

Na análise *in concreto* do caso apresentado ao juiz pode ser que não haja qualquer óbice de que a lei, tal qual escrita, seja aplicada, porém, pode ocorrer também que o juiz entenda que, naquele caso concreto, os vetores do devido processo legal não estão sendo adequadamente cumpridos. Nestes casos, deve ele recusar, motivadamente, o prosseguimento da ação, ao menos, enquanto veículo de tutela coletiva. Com isso, pretende-se valorizar a circunstância de que a fórmula presumida da representação adequada criada para o sistema das ações coletivas brasileiras não se sustenta diante de um enfoque constitucional sério e pautado no princípio do devido processo legal.

Por óbvio, a proteção também não se concretiza apenas com regras de direito material, pois o processo civil também se constitui em mecanismos de proteção dos direitos fundamentais. Por ser instrumento de proteção é evidente que o processo civil não pode deixar de se estruturar de maneira idônea à efetiva tutela dos direitos. Sendo assim, se a técnica processual é imprescindível para a tutela efetiva dos direitos, não se pode supor que, diante da omissão do legislador, o juiz nada possa fazer, deixando de tutelar direitos somente porque o legislador deixou de editar uma norma processual mais explícita.

Assim, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni (2004):

O cidadão não tem simples direito a um determinado comportamento judicial que seja capaz de conformar regra processual com as necessidades do direito material e dos casos concretos, pelo contrário, é o juiz que tem o dever de interpretar a legislação processual à luz da Constituição Federal.

No processo coletivo, tal entendimento tem repercussão clara no controle da legitimidade do substituto processual pelo juiz, pois a legitimidade para propor ações coletivas é não só a forma de proteger os direitos metaindividuais, como também o instrumento capaz de tornar efetivo o direito fundamental ao devido processo legal.

Ademais, por ser o devido processo legal um direito fundamental constitucional, na forma do art. 5º, §1º da Constituição da República, tem ele aplicação imediata, sendo relevante a lição de Luiz Guilherme Marinoni (2004):

Ao se afirmar que a norma relativa a um direito fundamental possui aplicabilidade imediata, deseja-se evidenciar a sua força normativa, não podendo supor que tal direito fundamental somente possa se expressar conformidade com a lei, e que assim seja dela dependente.

Assim, havendo omissão ou insuficiência da lei, a norma do art. 5º, §1º da Constituição Federal, seria suficiente para demonstrar a tese de que o juiz não só deve interpretar a lei processual em conformidade com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, como ainda deve concretizá-lo, por meio da via interpretativa.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a evolução industrial e tecnológica a sociedade contemporânea se viu em meio a conflitos atomizados, cujas soluções não são suficientemente fornecidas pela tutela jurisdicional buscada nas ações individuais.

A grande preocupação da doutrina passa a ser a busca por um instrumento que pudesse proporcionar acesso à justiça ao mesmo tempo que viabilizasse a entrega da efetiva tutela ao maior número possível de lesados individuais. Surgem assim com grande peso as ações coletivas.

Originadas de experiências estrangeiras, as ações coletivas foram trazidas ao ordenamento pátrio por manifestações doutrinárias de autores de renome tais como Ada Pellegrini Grinover, Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe, dentre outros, em meados da década de 1970. As manifestações destes excelsos processualistas resultaram na elaboração e aprovação da Lei da Ação Civil Pública

Mais tarde, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual deu previu e garantiu direitos coletivos e suas garantias elevando-os ao patamar de direitos fundamentais, as ações coletivas assumiram um papel de destaque na tutela de direitos transindividuais.

Entre avanços e retrocessos que o microssistema dos direitos coletivos sofreu ao longo dos tempos, as ações coletivas mantiveram sua relevância por razões sociológicas e políticas, verificadas na economia processual e acesso à justiça, em especial aos danos de bagatela.

O Código de Processo Civil de 2015 sofre inúmeras críticas da doutrina, por ter deixado de regulamentar de modo eficiente questões essenciais à tutela coletiva, como por exemplo, questões relativas ao controle da legitimidade ativa, competência, coisa julgada, muito embora faça por repetidas vezes referência à ação coletiva.

Dentro desse novo paradigma, o Direito Processual Civil, consubstancia-se num importante instrumento de efetivação dos direitos coletivos, devendo seus institutos serem reestruturados com uma nova base conceitual, de modo a se adequarem à tutela desses novos direitos que surgem do desenvolvimento da sociedade de massa.

Considerando o fenômeno do afastamento do titular do direito material do titular do direito de ação, a legitimação para agir, representa um dos institutos cuja

conceituação, fundada na visão tradicional do processo civil, a qual está vinculada à titularidade do direito material, demanda atualização constitucional.

A doutrina pátria ainda diverge quanto à natureza da legitimação nas ações coletivas, se ordinária, extraordinária ou autônoma para a condução do processo, optando a parte majoritária e a jurisprudência pela segunda classificação.

Embora o Brasil, tenha adotado o modelo da legitimação em que os representantes agem *ex lege* e são inequívocas e taxativamente indicados os legitimados coletivos, a possibilidade de averiguação pelo juiz da representação adequada é tendência atual no ordenamento jurídico pátrio.

As garantias do devido processo legal permanecem essenciais nas demandas coletivas, assim como o acesso à justiça, o contraditório, segurança jurídica, efetividade da tutela coletiva e, fundamentalmente, do justo processo. Essa compreensão conduz à adequada representação, que tem fundamento no Direito Constitucional e permite uma aproximação suficiente do juiz à realidade dos fatos para proferir uma decisão justa, que tenha sido obtida em processo que observou os direitos fundamentais processuais.

Neste contexto, a teoria da legitimação extraordinária por substituição processual é a que melhor representa a adequada tutela dos direitos coletivos *latu sensu*. Com efeito, a apreciação do ordenamento jurídico a partir da Constituição Federal de 1988 permite afirmar que o substituto processual não é somente aquele definido pela lei, mas também pelo magistrado que determina, no caso concreto, por meio do controle da legitimação adequada.

O controle da legitimidade ativa pelo magistrado, se torna possível a partir de três argumentos principais: a) o sistema da coisa julgada coletiva, b) a intervenção do Ministério Público como fiscal da lei e c) garantia do devido processo legal procedimental.

O representante na ação coletiva deve ser adequado a fim de garantir o contraditório, a ampla defesa do grupo ou categoria envolvido, defendendo seus interesses com qualidade, sendo obrigatória a participação do Ministério Público, eis que conforme o sistema de coisa julgada o resultado da ação coletiva será aplicado com efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, afetando todo o grupo.

Assim, em casos nos quais a representação não se mostre adequada poderá outro legitimado ativo promover ação rescisória ou mesmo os indivíduos afetados afastarem a coisa julgada, a fim de que promovam suas ações individuais.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Rodrigo Mendes. **A Representação Adequada nas Ações Coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2013.

ALVIM, Arruda et al. **Código do Consumidor Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, 2 ed., v. 8.

ANNONI, Danielle. **O Direito Humano de Acesso à Justiça no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos. **A Insurreição da Aldeia Global Contra o Processo Civil Clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor**. 1995.  
Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8688/A\\_Insurreição\\_da\\_Aldeia\\_Global.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8688/A_Insurreição_da_Aldeia_Global.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 14 set. 2013.

BUENO, Cássio Scarpinela. **As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão**. Revista Processo, n. 82, abr-jun. 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologia e sociedade**. Tradução Professor Doutor Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil**. Revista de Processo, n. 5, jan/mar 1977. Disponível em: <<http://www.processocivil.net/novastendencias/cappelletti.pdf>> . Acesso em 30 nov. 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 5 ed. Salvador: jusPodovm, 2010. v. 4.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v.1.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPRES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

FUX, Luiz ; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Maria Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ações coletivas Ibero-Americanas: novas questões sobre a legitimação e coisa julgada**. Revista Forense. Rio de Janeiro, 2002.

\_\_\_\_\_, et al. **Teoria Geral do Processo**. 24 ed. Malheiros Editores, 2008.

GUERRA, Márcia Vitor de Magalhães e. **Substituição Processual Conglobante: novas observações sobre a substituição processual nos processos coletivos e a necessidade de controle judicial da legitimação adequada e da adequada representação.** Vitória, 2012. Disponível em: <  
<http://www.ccje.ufes.br/direito/posstrictosensumestrado/Links/dissertacaomarciaguerra.pdf>> Acesso em 03.12.12.

HOLANDA, Marcelo. **Ações coletivas: legitimidade e controle judicial da adequação do autor coletivo.** São Paulo: Paka-Tatu (Marcelo Cunha Holanda), 2012.

LEAL, Márcio Flávio Mafrá. **Ações Coletivas: história, teoria e prática.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria geral das ações coletivas.** 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional.** 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. In: **Temas de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, 1977.

\_\_\_\_\_. **O Futuro da Justiça: alguns mitos.** Disponível em:  
 <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista17/revista17%20%20JOS%C3%89%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA0001.pdf>> Acesso em: 30 nov 2015.

\_\_\_\_\_. **As Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988.** Revista de Processo. v. 61. Jan 1991. Disponível em:<  
[http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/34226437/BARBOSA\\_MOREIRA\\_Jose\\_C.\\_Acoes\\_coletivas\\_na\\_Constituicao\\_Federal\\_de\\_1988.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1480541868&Signature=3bbs2uv4Ulj7j](http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/34226437/BARBOSA_MOREIRA_Jose_C._Acoes_coletivas_na_Constituicao_Federal_de_1988.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1480541868&Signature=3bbs2uv4Ulj7j)

6DFPpydQ9hKiUw%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DAs\_acoes\_coletivas\_na\_Constituicao\_Feder.pdf>. Acesso em: 30 nov 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: 2010.

SILVA DINAMARCO, Pedro da. **Ação Civil Pública**. São Paulo, Saraiva, 2001.

SPALDING, Alessandra Mendes. **Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas**. Curitiba: Juruá, 2006.

VENTURE, Elton. **Processo Civil Coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2006, n. 139.

\_\_\_\_\_. et Al. **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

\_\_\_\_\_. et al. **Os Processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. Processo civil de interesse público: introdução. In: **Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social**. Carlos Alberto de Salles (org.). São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 17, n. 67, jul./set. 1992.

\_\_\_\_\_. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: **A tutela dos interesses difusos**. Ada Pellegrini Grinover (coord.). São Paulo: Max Limonad, 1984.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **A Legitimação Conglobante nas Ações Coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico**. In: Revista Videre. Dourados: v. 2, n. 3, jan./jun. 2010.

ZAVASKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 2005. 295 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/4574>>. Acesso em: 14 set. 2013.