



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

FELIPE SILVA NOYA

REPRESENTATIVIDADE E ATUAÇÃO ADEQUADA NAS  
AÇÕES COLETIVAS

Salvador  
2012

FELIPE SILVA NOYA

REPRESENTATIVIDADE E ATUAÇÃO ADEQUADA  
NAS AÇÕES COLETIVAS

Dissertação apresentada como  
trabalho de conclusão de curso de  
Pós-Graduação *stricto sensu* –  
Mestrado – em Direito Público, da  
Faculdade de Direito da UFBA.

Orientador: Prof. Dr. Edilton  
Meiros

Salvador  
2012

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**FELIPE SILVA NOYA**

# **REPRESENTATIVIDADE E ATUAÇÃO ADEQUADA NAS AÇÕES COLETIVAS**

Dissertação aprovada, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, na  
Universidade Federal da Bahia - UFBA, pela seguinte banca examinadora:

Nome: Dr. Edilton Meireles

Instituição: Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Nome: Dr. Fredie Didier Junior

Instituição: Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Nome: Dra. Susana Henriques da Costa

Instituição: Universidade de São Paulo (USP)

Salvador, 13/07/ 2012.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Edilton Meireles por me incentivar durante o curso de mestrado e por orientar essa pesquisa.

Agradeço a Miguel Calmon, excelente professor, grande incentivador, amigo e orientador no tirocínio.

Agradeço a Carol Mascarenhas por tudo que me ensinou e pelo incentivo a continuar na vida acadêmica.

Agradeço a Antônio Gidi, exemplo de acadêmico, pelas críticas e comentários a minha pesquisa.

Por fim, agradeço a minha família e aos meus amigos pela paciência, pelo companheirismo e por aguentarem todas as minhas queixas.

“Tem gente que passa a vida inteira  
Travando a inútil luta com os galhos  
Sem saber que é lá no tronco  
Que está o coringa do baralho”.

Raul Seixas – As aventuras de Raul  
Seixas na cidade de Thor

## RESUMO

As ações coletivas exigiram, em atenção à cláusula geral do devido processo legal, a reformulação de garantias processuais constitucionais visando permitir a efetiva participação do agrupamento, grupo ou categoria na relação jurídica processual. Dentre as alterações promovidas está a elaboração do instituto da atuação coletiva adequada e da representatividade, objetos da presente pesquisa. Nesse sentido, a análise que se segue busca examinar não apenas a importância de uma boa delimitação da atuação deste porta-voz, mas também a sua natureza jurídica, seus elementos constitutivos, a possibilidade de ocorrer no polo passivo e, ainda, a legitimidade de um controle judicial desta adequabilidade. Assim, a reformulação do conceito do devido processo legal para um devido processo legal coletivo impõe uma participação dos grupos por intermédio de um representante que deve comportar atributos que o caracterizem como adequado, sendo exigido, em determinados casos, a representatividade, entendida como a identificação dos interesses do grupo com o do porta-voz. A sua escolha é feita, a princípio, pela própria legislação regulamentadora das ações coletivas - optou-se, no Brasil, pelo sistema *ope legis* -, mas é dever do magistrado, notadamente quando focalizado o devido processo legal em sua face substancial, e a natureza jurídica do instituto, o controle nos casos concretos da idoneidade do representante, sem o qual a sentença jamais poderá alcançar os membros do grupo. A adequabilidade, desta forma, é requisito essencial das ações coletivas em qualquer de seus polos e o julgador não pode se abster de efetuar o controle *in concreto*. Destarte, a *praxe* forense não só brasileira, mas também a internacional, levou à reunião de processualistas visando a unificação e harmonização da legislação referente às demandas coletivas de países com sistemas processuais semelhantes gerando a elaboração de códigos-modelo que consagram expressamente a ampliação dos poderes do magistrado, a possibilidade de atuação no polo passivo e dão indícios da real natureza da adequabilidade coletiva. Tais propostas, assim, acabam fornecendo uma perspectiva legislativa que se internalizada permitiriam uma regulamentação mais adequada do instituto, possibilitando o fim de diversas discussões doutrinárias, que podem induzir, inclusive, a equívocos no sistema de ações coletivas.

**Palavras-chave:** Ação coletiva; adequabilidade; representatividade.

## ABSTRACT

The collective actions required, in attention of the general clause of due process, the reformulation of constitutional procedural safeguards to allow the effective participation of the group or category in the procedural legal relationship. Among the changes introduced is the establishment of the institution of adequacy and representative objects of the present research. Therefore, the analysis that follows seeks to examine not only the importance of a good definition of the performance of this substitute, but its legal status, its constituent elements, the possibility of it occurs at the passive pole and also the legitimacy of a control by the court. Thus, the reformulation of the concept of due process for a due collective process imposes a direct participation replaced by a substitute which one must include the attributes that characterize as suitable, with the requirement in certain cases, the representation, understood as the identification between the interests of the group with the representative actor. Your choice is made, initially, by the collective actions regulatory legislation - was chosen, in Brazil, by operation of statute system - but it is the duty of the magistrate, especially when focused due process on its substantially face and its legal nature, the control in a particular case of the suitability of the substitute, without which the sentence can never reach the members of the group. A suitable replacement, so, it is essential to collective action in any of its poles and the judge can not refrain from making control in concrete. Thus, the forensic practice not only in Brazil, but also internationally, led to the meeting Processualists aimed at unification and harmonization of legislation concerning collective demands of countries with similar procedural, generating the development of model codes which provide, expressly, increased powers to the magistrate, the possibility of passive replacing and provides evidence of the real nature of the collective replacement. These proposals, therefore, end up providing a legislative perspective which internalized could mean better regulation would allow the institute, allowing the order of several doctrinal disputes, which can induce, including errors in the system of collective actions. These proposals, therefore, end up providing a legislative perspective which internalized could provide a suitable regulation, allowing the end of several doctrinal disputes, which can induce many errors in the system of collective actions.

**Keywords:** Collective action; adequacy; representation

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADin – Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Art. – artigo.

E.U.A. – Estados Unidos da América.

C.D.C. – Código de Defesa do Consumidor

C.F. – Constituição Federal da República.

C.L.T. – Consolidação das Leis Trabalhistas

C.P.C. – Código de Processo Penal.

I.B.D.P – Instituto Brasileiro de Direito Público

L.A.C.P. – Lei da Ação Civil Pública.

L.A.P. – Lei de Ação Popular.

Resp – Recurso Especial.

S.T.F. – Supremo Tribunal Federal.

S.T.J. – Superior Tribunal de Justiça.

T.R.F. – Tribunal Regional Federal.

U.E.R.J – Universidade Estadual do Rio de Janeiro

v.g. – *Verbi Gratia*



## SUMÁRIO

|              |   |            |
|--------------|---|------------|
| <b>1</b>     | <b>INTRODUÇÃO</b>   | <b>10</b>  |
| <b>2</b>     | <b>AÇÃO COLETIVA: OBJETO LITIGIOSO, SUJEIRO COLETIVO E COISA JULGADA</b>  | <b>14</b>  |
| 2.1          | A CONSAGRAÇÃO DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS E INDIVIDUAISHOMOGÊNEOS NO BRASIL   | 14         |
| <b>2.1.1</b> | <b>Os direitos transindividuais</b>   | <b>18</b>  |
| <b>2.1.2</b> | <b>Os direitos individuais homogêneos</b>   | <b>20</b>  |
| 2.2          | OBJETO LITIGIOSO E SUJEITO COLETIVO   | 22         |
| 2.3          | EXTENSÃO DA COISA JULGADA COLETIVA  | 27         |
| <b>2.3.1</b> | <b>Limites objetivos</b>  | <b>28</b>  |
| <b>2.3.2</b> | <b>Limites subjetivos</b>   | <b>32</b>  |
| 2.4          | A RELAÇÃO ENTRE A TUTELA INDIVIDUAL E TUTELA COLETIVA   | 37         |
| 2.5          | AS AÇÕES COLETIVAS FRENTE AO DEVIDO PROCESSO LEGAL  | 42         |
| <b>2.5.1</b> | <b>A dupla face do devido processo legal</b>  | <b>42</b>  |
| <b>2.5.2</b> | <b>Garantias correlatas</b>   | <b>48</b>  |
| <b>2.5.3</b> | <b>O devido processo legal coletivo</b>   | <b>52</b>  |
| <b>3</b>     | <b>REPRESENTATIVIDADE E ATUAÇÃO COLETIVA ADEQUADA</b>   | <b>56</b>  |
| 3.1          | AS TEORIAS DA REPRESENTAÇÃO COLETIVA  | 56         |
| <b>3.1.1</b> | <b>Teoria da Corporação de Fato</b>   | <b>58</b>  |
| <b>3.1.2</b> | <b>Teoria da Hipossuficiência</b>   | <b>60</b>  |
| <b>3.1.3</b> | <b>Teoria do Consentimento</b>  | <b>62</b>  |
| <b>3.1.4</b> | <b>Teoria do Interesse</b>  | <b>65</b>  |
| <b>3.1.5</b> | <b>Teoria Institucional</b>   | <b>67</b>  |
| 3.2          | REPRESENTATIVIDADE E ATUAÇÃO ADEQUADA   | 70         |
| <b>3.2.1</b> | <b>Representatividade</b>   | <b>74</b>  |
| <b>3.2.2</b> | <b>Atuação adequada</b>   | <b>81</b>  |
| 3.3          | INCURSÕES SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA ATUAÇÃO COLETIVA   | 87         |
| <b>3.3.1</b> | <b>Atuação coletiva como condição da ação: aplicação da doutrina de Liebman</b>   | <b>87</b>  |
| <b>3.3.2</b> | <b>Considerações sobre a necessária modificação da natureza jurídica da atuação coletiva</b>  | <b>97</b>  |
| <b>3.3.3</b> | <b>A atuação adequada como elemento essencial no conceito de processo coletivo: aplicação da teoria de Oskar Bulow e Elio Fazzalari</b>             | <b>101</b> |
| <b>3.3.4</b> | <b>A teoria dos Fatos Processuais, a tricotomia dos planos e a atuação coletiva adequada como elemento essencial da relação jurídica processual</b> |            |

|          |   |            |
|----------|---|------------|
|          | <b>de massa</b>   | <b>110</b> |
| 3.4      | CONSEQUÊNCIAS DA ATUAÇÃO INADEQUADA   | 114        |
| 3.5      | POR UMA ATUAÇÃO ADEQUADA: O CONTROLE JUDICIAL DAS AÇÕES COLETIVAS                                 | 117        |
| 3.5.1    | <b>Os poderes do magistrado na tutela coletiva</b>  | <b>118</b> |
| 3.5.2    | <b>O panorama português</b>   | <b>123</b> |
| 3.5.3    | <b>O controle judicial no Brasil</b>  | <b>128</b> |
| 3.6      | ATUAÇÃO COLETIVA PASSIVA  | 132        |
| 3.6.1    | <i>As defendant class actions</i>   | <b>132</b> |
| 3.6.2    | <b>Análise legislativa</b>  | <b>136</b> |
| 3.6.3    | <b>Análise doutrinária</b>  | <b>141</b> |
| 3.6.4    | <b>Análise Jurisprudencial</b>  | <b>147</b> |
| <b>4</b> | <b>CÓDIGOS MODELOS, ATUAÇÃO COLETIVA ADEQUADA E REPRESENTATIVIDADE: PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS</b> | <b>153</b> |
| <b>5</b> | <b>CONCLUSÃO</b>  | <b>162</b> |
|          | <b>REFERÊNCIAS</b>  | <b>165</b> |

## 1. INTRODUÇÃO

A progressiva complexidade da sociedade e a intensificação das relações de massa ensejaram a positivação e até mesmo a constitucionalização de direitos titularizados por grupos de indivíduos às vezes identificáveis, outras não.

A regulamentação e a tutela dos direitos transindividuais e de tratamento homogêneo, principalmente após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, passa a ser um dos próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, foram desenvolvidas as ações coletivas que configuram importante instrumento de defesa de três categorias de direitos: os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

A positivação de tais direitos exigiu a elaboração de estudos que foram sublinhados com grandes polêmicas que orientaram o desenvolvimento de teorias a fim de se legitimar a atuação mais célere e igualitária do Poder Judiciário em questões transindividuais e de tratamento homogêneo.

Muito se tem feito no sentido de delimitar o âmbito da atuação coletiva, notadamente no seio da dogmática e das justificativas sociopolíticas para a implementação de tais ações, havendo, de fato, um repertório doutrinário de baliza da *praxe forense*.

Por tal caminho foi exigida a reformulação no campo processual de institutos, cuja tradicional concepção estava ligada ao individualismo, de forma que, a própria concepção do devido processo legal e suas garantias correlatas sofreram flexibilizações, não para reduzir a participação no processo, mas antes para permitir que, mesmo indiretamente, por intermédio de um substituto, os titulares da relação material discutida possuíssem amplo poder de influência na lide.

Nesta esteira, a atuação coletiva surge com premente necessidade de ser bem estudada, principalmente ao se contrapor o processo coletivo à cláusula do devido processo Legal, a qual, por sua vez, exige das normas procedimentais um escopo social na consecução da justiça.

Assim, o estudo da atuação coletiva, a qual significa a possibilidade de levar, de forma

legítima, ao judiciário uma pretensão vinculada a direitos coletivos *lato sensu*, a fim de legitimar a tutela de tais direitos pelas partes litigantes, é imperativo para aferir a própria existência, validade ou eficácia da decisão e do próprio desenrolar procedimental.

Atenta a isto, a processualística brasileira vem construindo baremas para a regulamentação da legitimidade da atuação coletiva, tendo em vista as peculiaridades de tal tutela e suas repercussões na seara individual.

Importadas para o Brasil, as ações coletivas são modeladas, a fim de abarcar direitos, cuja proteção nos contornos da estrutura processual clássica/individual não se mostra efetiva, incluindo, desta forma, a tutela de direitos, princípios e garantias fundamentais, tal qual a igualdade, cidadania e dignidade.

Todavia, a busca pela efetividade de tais direitos, insuscetíveis de proteção individual por sua própria natureza, enseja estudos acerca do devido processo legal facilmente violado por processos coletivos cuja má regulamentação legal leva a um *déficit* de legitimidade.

Nessa esteira, uma análise das condições legais e constitucionais apresenta-se como imperativo social para aferir o próprio conceito, natureza jurídica e poderes tanto do substituto, quanto do órgão julgador, que passa a concentrar maiores poderes como consequência da reformulação procedimental necessária para adequação às peculiaridades do direito material tutelado.

Perfilhando tal caminho, o presente trabalho guarda relevância prática quando se afere às inúmeras consequências de uma delimitação insuficiente da atuação do substituto coletivo em especial frente às garantias processuais constitucionais elencadas pela Constituição Federal.

Por outro lado, quando legitimamente entendida e circunscrita, pode configurar como um meio efetivo de combinar celeridade e segurança jurídica, garantindo a isonomia no tratamento e um meio adequado de se tutelar judicialmente os direitos de massa.

Desta forma, ao condensar inúmeras ações em um único processo, notadamente nas que versam sobre direitos individuais homogêneos, busca-se não apenas a homogeneização das decisões judiciais sobre casos semelhantes, quiçá idênticos, garantindo, além da concretização da igualdade e da segurança jurídica, uma maior aceitabilidade do *decisum*, corolária do próprio tratamento isonômico a uma mesma classe, ou grupo, de litigantes.

Ademais, enquanto a concentração de demandas implica diminuição de processos nos órgãos judiciais, permitindo celeridade no julgamento das causas, as ações coletivas implicam a redução de atos processuais que acabam procrastinando o procedimento, configurando-se, assim, em meio duplo de concretização do princípio da celeridade.

Note-se, ainda, que a coletivização da demanda, seja no polo ativo, seja no polo passivo, é meio eficaz para a realização do acesso à justiça, porquanto, além de reduzir os custos processuais, consubstancia-se em verdadeiro veículo para a concentração de litigantes em um polo, evitando-se os perniciosos litisconsórcios multitudinários, do que se auferem a relevância social da presente pesquisa.

Todavia, em que pesem as vantagens da tutela coletiva, que, *per se*, garantem grande relevância social e prática em seu estudo, imperativa torna-se a delimitação da atuação do porta-voz coletivo, sob pena de indevidamente torneada caracterizar, ao revés, grave violação a garantias processuais constitucionalmente deferidas.

Percebe-se, por fim, que uma tutela lídima dos direitos transindividuais e de tratamento homogêneo é requisito de um Estado Democrático de Direito, tornando-se fulcral, destarte, a elaboração de arcabouços teóricos de harmonização da *praxe forense* aos princípios e postulados que sustentam o sistema processual constitucional, evitando-se um descompasso entre fundamentos, objetivos e balizas da *carta magna* e a atuação no poder judiciário, em que resulta a proeminente importância teórica da pesquisa aqui proposta.

Atentos a tais fatores, iniciamos a pesquisa através da delimitação do conceito das ações coletivas e de seus principais institutos, após o que os contrapomos aos preceitos do devido processo legal, a fim de harmonizá-los e demonstrar os fatores que levam à necessária circunscrição dos limites da atuação na seara coletiva.

Passa-se, então, à análise da natureza jurídica e suas consequências para finalizar a pesquisa através de considerações acerca de pontos especialmente controvertidos e de grande relevância atual.

Ao fim da pesquisa, tecemos um breve estudo dos Códigos Modelos de Processo Coletivo, elencando as principais orientações no tratamento da atuação coletiva adequada.

Todavia, antes de adentrar na pesquisa, cabe fazer uma observação terminológica.

Ver-se-á que a doutrina diverge de forma substancial acerca da natureza jurídica da atuação coletiva, mas, de certa forma harmônica, conceitua-a como representatividade, qualificando-a de adequada para o regular prosseguimento da demanda em massa.

Para o desenvolvimento desta pesquisa, tornou-se preferível a utilização da nomenclatura atuação coletiva, em um primeiro momento, por diferenciá-la da representatividade, elemento que nem sempre será utilizado na aferição da idoneidade do substituto.

Por outro lado, a discussão sobre a natureza jurídica do instituto ganha, nessa pesquisa, nova amplitude, optando-se por distanciar-se, já nominalmente, de uma expressão que possa induzir a conclusões distintas da ora alcançada.

Assim, optou-se pela não utilização do termo representante ou substituto coletivo, uma vez que existem no ordenamento jurídico brasileiro as figuras da representação processual e da substituição processual, ambas incluídas na legitimação *ad causam* e, portanto, tratada no plano de validade da relação jurídica processual.

Aproxima-se, assim, da noção esboçada por Antonio Gidi, o qual usa o termo representação no sentido de porta-voz, “o autor na ação coletiva é um porta-voz dos interesses do grupo, sendo seu portador em juízo”<sup>1</sup>.

Desta forma, se por hora ou outra utilizarmos as expressões que tentamos evitar, é apenas para evitar repetições, mas, o seu significado é sempre o mesmo.

---

<sup>1</sup> GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, v. 108, São Paulo, p.61-70, out./dez., 2002, p. 62.

## 2 AÇÃO COLETIVA: OBJETO LITIGIOSO, SUJEITO COLETIVO E COISA JULGADA

### 2.1 A CONSAGRAÇÃO DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NO BRASIL

Vê-se no decorrer da história que, os direitos fundamentais de primeira dimensão, os ditos direitos de defesa<sup>2</sup>, tornaram-se insuficientes para as expectativas sociais, notadamente no período pós-guerra.

Já com a revolução industrial, a precariedade das condições laborais fomentou a irrisignação de classes trabalhistas o que ensejou a consagração de direitos sociais<sup>3</sup>.

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>4</sup> afirma que o impacto da industrialização no âmbito social gerou amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, obrigando ao Estado uma participação ativa na consecução da justiça social.

Todavia, os direitos de segunda dimensão, aqueles que classicamente impunham uma prestação do Estado, a fim de se promover a melhoria social, restavam ainda em um âmbito pessoal sendo titularizados por pessoas determinadas, o que legitimava apenas o sistema de tutela jurisdicional individual.

Agregados às baixas condições sociais do trabalhador, os movimentos dos chamados grupos intermediários, notadamente na tradição histórica anglo-saxônica, demonstraram-se fulcrais para a consagração de meios efetivos para a tutela de comunidades e grupos sem adequada representatividade política ou jurídica<sup>5</sup>.

A atuação dos grupos intermediários, juntamente com sua acepção, é demonstrada por Ada

---

<sup>2</sup> Conforme apontado por Ingo Wolfgang Sarlet (**A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 54), os direitos de primeira dimensão surgiram do “pensamento **liberal-burguês** do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mas especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho ‘negativo’, uma vez que são dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo neste sentido, ‘direitos de resistência ou de oposição perante o Estado’”.

<sup>3</sup> A nota distintiva dos direitos sociais, incluídos na segunda dimensão dos direitos fundamentais, está em seu caráter positivo, prestacional que enseja a intervenção estatal para a consecução do bem-estar social. Não se trata aqui de uma liberdade perante o Estado, mas por meio do Estado (Idem, 55-56).

<sup>4</sup> Idem, p. 55.

<sup>5</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**: história, teoria e prática. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 183

Pellegrini Grinover, para a qual

os grupos espontâneos, os "corpos intermediários", surgem inevitavelmente com novas tarefas, cada vez mais importantes. É também nesse ponto é necessário rever as posições do liberalismo clássico, afastando a profunda aversão de Revolução Francesa contra qualquer modalidade de *corps intermédiaires*, aversão essa justificada pelo fato de que, sob o *ancien régime*, as formações sociais intermediárias haviam embasado o feudalismo.

Já no século passado, principalmente com o reforço do movimento sindical operário, a desconfiança para com os grupos intermediários foi-se atenuando, verificando-se a união dos indivíduos, através dos sindicatos, para enfrentar o poder industrial. Mas é somente em épocas recentes que novos "corpos intermediários" começam a surgir e a proliferar: novos grupos, novas categorias, novas classes de indivíduos, conscientes de sua comunhão de interesses, de suas necessidades e de sua fraqueza individual, unem-se contra as tiranias da nossa época, que não é mais exclusivamente a tirania dos governantes: a opressão das maiorias, os interesses dos grandes grupos econômicos, a indiferença dos poluidores, a inércia, a incompetência ou a corrupção dos burocratas. E se multiplicam as associações para a defesa dos direitos civis, as associações de consumidores, de defesa da ecologia, de amigos de bairros, de pequenos investidores. Claro é que tais grupos intermediários podem, por sua vez, transformar-se em centros de poder e de opressão, para os associados e para os terceiros. Podem, inclusive, influir de maneira determinante sobre a escolha de prioridades econômicas e sociais do País. Por isso, o mesmo movimento que visa a reconhecer aos grupos intermediários capacidade de direito material e processual, preocupa-se em colocar limites à sua ação, em lima "articulada, flexível, pluralista combinação de forças - de pesos e de contrapesos, de poderes e de controles"<sup>6</sup>.

Não obstante, a imensa importância dos direitos sociais, foram os chamados direitos fundamentais de terceira dimensão, os quais legitimaram a tutela jurisdicional transindividual, eis que trouxeram "como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa"<sup>7</sup>.

Note-se que, tais direitos são conseqüências das chamadas sociedades de massa, cuja progressiva complexidade ensejou, nas palavras de Mauro Cappelletti,

que também as situações de vida, que o Direito deve regular, são tornadas sempre mais complexas, enquanto, por sua vez, a tutela jurisdicional – a "Justiça" – será invocada não mais somente contra violações de caráter individual, mas sempre mais freqüente contra violações de caráter

<sup>6</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista Forense**, v. 268, Rio de Janeiro, p. 67-78, out./dez., 1979, p. 69.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 57.



essencialmente coletivo, enquanto envolvem grupos, classes e coletividade. Trata-se, em outras palavras, de “violação de massa”<sup>8</sup>.

Assim, imperativa a constatação de que a demora no processo legislativo, para a consagração de direitos de massa, notadamente daqueles grupos sem representatividade política, não podia e não devia implicar ausência de prestação jurisdicional, surgindo, desta forma, a necessidade de uma tutela na *praxis*, embora ausente a positivação de tais direitos<sup>9</sup>.

A carência legislativa, assim, não foi óbice, como não poderia sê-lo, para a efetiva tutela por via judicial dos anseios sociais.

Ressalte-se que, a positivação de tais direitos mostra-se ainda de forma incipiente, demonstrando-se mais largamente consagrada em ordenamentos internacionais, não encontrando grande reconhecimento na seara do direito constitucional<sup>10</sup>.

Todavia, no Brasil, conforme assevera Marcio Flávio Mafra Leal<sup>11</sup>, devido à falta de consciência política da população, somada à repressão vivida no período ditatorial e a ausência de organização da sociedade civil, os conflitos meta-individuais foram foco, não de movimentos sociais, mas de verdadeira revolução de professores e profissionais de Direito, os quais, inspirados na doutrina estrangeira, notadamente na italiana, passaram a reivindicar um tratamento processual transindividual.

De fato, a representação de constitucionalidade consagrada na Constituição de 1946, atualmente a ação direta de inconstitucionalidade e a ação de constitucionalidade, e a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65)<sup>12</sup> - ainda que visassem a defesa exclusivamente de interesses públicos – configuraram as primeiras ações coletivas, com o regime que lhes é próprio,

---

<sup>8</sup>CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, v. 5, São Paulo, p.128-159, jan./mar., 1977, p. 130.

<sup>9</sup>[os] interesses difusos (...) não demonstram aptidão para serem completamente tutelados em sede legislativa que, a princípio, seria a indicada, vistos que esses interesses implicam em verdadeiras *escolhas políticas*. É que, de ordinário, não haveria tempo material para que a tutela a esse nível se concretizasse de modo útil e eficaz. (MANCUSO, Rodolfo Camargo de. **Interesses difusos** – conceito e legitimação para agir. 3.ed. rev. e at. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 84).

<sup>10</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 57.

<sup>11</sup>LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 184.

<sup>12</sup>Não obstante, encontramos já na Constituição de 1824 a indicação de ação popular quando em seu artigo 157 afirmava que “por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de ano, e dia pelo próprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei”.

conforme assevera Márcio Flávio Mafra Leal, positivadas no Brasil <sup>13</sup>, mas não foram providenciais para as correntes doutrinárias que surgiam no país.

Todavia, foi somente com a promulgação, no Brasil, da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública – LACP), sob a vigência da Constituição Federal de 1967<sup>14</sup>, que se iniciou a efetiva proteção dos direitos transindividuais.

Com a Constituição Federal de 1988, houve considerável alteração na tutela dos direitos de massa, principalmente ao referir-se à atuação do Ministério Público na promoção da ação civil pública para a proteção de **outros direitos coletivos e difusos**.

Tal expressão tomou conotação amplíssima na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a qual, mediante voto do Min. Marco Aurélio no Recurso Extraordinário nº. 195.056, determinou a natureza *numerus apertus* dos aludidos direitos, assim

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Senhor Presidente, faço uma outra leitura do disposto no inciso III do artigo 129 da Constituição Federal:

Art. 129. São Funções institucionais do Ministério Público:

[...]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;

Essa cláusula final, sob a minha óptica, revela que o preceito não é taxativo, não é *numerus clausus*. Além da proteção ao patrimônio público, social e, também ao meio ambiente, podemos ter outros interesses alcançados, desde que difusos e coletivos.

Fulcrado na própria Constituição, o Poder Legislativo editou normas visando a positivação de uma gama de direitos materiais não expressamente referidos seja pela Carta Magna, seja pela LACP, a fim de consagrar expressamente a natureza coletiva *lato sensu* de tais direitos. Como aponta Hugo Nigro Mazzilli:

Num primeiro momento a partir da vigência da LACP, a legislação gradativamente foi alargando a abrangência da defesa judicial de interesses transindividuais. Primeiro, a própria Constituição cometeu ao Ministério Público a defesa “do meio ambiente e de outros interesses difusos e

<sup>13</sup>Idem, p. 184.

<sup>14</sup>A constituição de 1967 se referia timidamente a direitos inerentes a coletividade, inserindo, em seu artigo 153, § 31, a Ação Popular como instrumento de defesa do patrimônio das entidades públicas (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**. Comentários por artigo (Lei nº 7.347, de 24/7/85). 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.6).

*coletivos*” (art. 129, III). A seguir o CDC passou a inserir uma norma de extensão no art. 1º, IV da LACP, por meio do qual os legitimados à ação civil pública vieram a torna-se autorizados a defender em juízo qualquer interesse difuso ou coletivo. Além disso, diversas outras leis passaram a conter normas de proteção a interesses difusos e coletivos, como aqueles ligados à pessoa portadora de deficiência, aos investidores no mercado de valores imobiliários, à criança e ao adolescente, à defesa da ordem econômica e da economia popular, ou ligados à defesa da ordem urbanística<sup>15</sup>.

Percebe-se que, não apenas os ditos direitos difusos e coletivos mereceram atenção legislativa, mas, a partir da promulgação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) integrou-se, no sistema positivo, previsão para a tutela dos direitos individuais homogêneos<sup>16</sup>.

Ademais, foi também com o CDC (Lei 8.078/90) que houve a efetiva definição legal dos conceitos dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos os quais configuram um dos elementos objetivos da demanda coletiva.

Nesse sentido, torna-se imperiosa a análise desses direitos, uma vez que influenciarão, de forma decisiva, no elemento subjetivo da lide, é dizer: o sujeito coletivo estará indissociavelmente vinculado à situação jurídica coletiva<sup>17</sup> afirmada no processo, motivo pelo qual a titularidade da relação jurídica, bem como a extensão dos efeitos da decisão, parte, invariavelmente, deste estudo.

### 2.1.1 Os direitos transindividuais

O artigo 81 do CDC<sup>18</sup> traz a conceituação legal dos direitos em comento. De fato, o diploma

<sup>15</sup>MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 121-122.

<sup>16</sup>Idem, p. 123.

<sup>17</sup> Sobre a noção da situação jurídica coletiva, Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior afirmam que “É preciso desenvolver dogmaticamente a categoria das situações jurídicas coletivas passivas: deveres e estado de **sujeição coletivos**. As propostas de Código Modelo para processos coletivos, embora tenham previsto as ações coletivas passivas, apenas cuidaram dos “direitos coletivos”. Não há definição das situações jurídicas passivas coletivas, cujo conceito deverá ser extraído dos artigos que conceituam os “direitos”, aplicados em sentido inverso: deveres e estados de sujeição de sujeitos indivisíveis e deveres e estados de sujeição individuais homogêneos (indivisíveis para fins de tutela, mas individualizáveis em sede de execução ou cumprimento). [...] Há situações jurídicas coletivas ativas e passivas. Essas situações relacionam-se entre si e com as situações individuais (DIDIER JUNIOR, Fredie, ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. V.4. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 422).

<sup>18</sup>Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

legal positiva duas espécies de direitos transindividuais, quais sejam, os difusos e os coletivos.

A primeira das espécies, os difusos, exige a indivisibilidade do direito e a indeterminabilidade de indivíduos ligados por circunstância de fato (art. 81, I do CDC), enquanto a segunda, os ditos coletivos, pressupõe também a indivisibilidade, mas ao contrário da outra, figura titularizada por grupo, categoria ou classe ligada entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (art. 81, II do CDC).

Em que pese a pedra de toque entre ambas seja a mesma – a indivisibilidade – elas não se confundem, porquanto, enquanto uma exige para sua configuração a impossibilidade de se determinar seus titulares, a outra requer a determinabilidade como ponto fulcral para sua identificação.

Além disso, os titulares dos direitos difusos devem estar ligados por circunstâncias fáticas, enquanto o liame entre o grupo atingido pela pretensão coletiva *stricto sensu* deve ter cunho jurídico, sem o qual restará descaracterizada. Como leciona Antônio Gidi:

O direito coletivo é definido pela lei em termos semelhantes aos direitos difusos. O direito coletivo também é definido como transindividual e indivisível. Todavia, difere-se dos direitos difusos pelo fato de que, ao invés do grupo, constituído por pessoas indefinidas, estar vinculado apenas por circunstâncias factuais (morar na mesma vizinhança, comprar o mesmo produto, assistir ao mesmo programa de televisão etc.), os membros do grupo, no caso dos direitos coletivos, estão ligados entre si, ou à parte contrária, por uma relação legal prévia (tradução nossa<sup>19</sup>).

Tais direitos, conforme apontados por Teresa Arruda Alvim, por suas próprias características, demandam tratamento igualitário, eis que o resultado alcançado atingirá, invariavelmente, a todo o grupo,

assim, os direitos difusos e coletivos seriam aqueles que, por que têm como

---

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

<sup>19</sup>A *collective right is defined by statute in terms similar to a diffuse right. A collective right is also defined as transindividual and indivisible. However, it differs from a diffuse right in that, instead of the group being constituted of indefinite persons linked only by factual circumstances (living in the same neighborhood, buying the same product, watching the same television program, etc), the members of the group in the case of a collective right are linked to each other, or to the opposing party, by a prior common legal relationship* (GIDI, Antonio. Class Actions in Brazil - A Model for Civil Law Countries. **American Journal of Comparative Law**. Vol. 51, 2003, p. 356).

titulares uma coletividade, indeterminada no primeiro caso e determinável no segundo, só são defensáveis pela via coletiva. Isto porque se fosse possível a via da defesa individual, como todos seriam atingidos pela decisão, pois o direito é do indivíduo que está em juízo, mas não é só dele, se estaria diante de um caso de litisconsórcio multitudinário, uma vez que todos aqueles que seriam atingidos pela decisão ( todos os titulares do direito, que é indivisível) teriam de fazer parte do processo, certamente citados por edital<sup>20</sup>.

Neste sentido, José Carlos Barbosa Moreira<sup>21</sup> classifica tais direitos como essencialmente coletivos, uma vez que comportam duas características, uma subjetiva (indeterminação ou determinabilidade dos titulares) e outra objetiva (indivisibilidade do objeto), que impossibilitariam seu deslinde de forma cindida. Como observou Barbosa Moreira,

não se está focalizando, nessa perspectiva, o problema isolado de cada pessoa, e sim algo que necessariamente assume dimensão coletiva e incindível, do que resulta uma conseqüência muito importante, que tem, inclusive, reflexos notáveis sobre a disciplina processual a ser adotada. Em que consiste esta conseqüência? Consiste em que é impossível satisfazer o direito ou o interesse de um dos membros da coletividade sem ao mesmo tempo satisfazer o direito ou interesse de um dos membros da coletividade e vice-versa: não é possível rejeitar a proteção sem que essa rejeição afete necessariamente a coletividade como tal<sup>22</sup>.

Em contraposição aos ditos direitos essencialmente coletivos, José Carlos Barbosa Moreira identifica aqueles acidentalmente coletivos, e que estão definidos no inciso III do art. 81 do CDC como individuais homogêneos, cuja tutela em massa advém do contexto social no qual o fenômeno se apresenta.

### 2.1.2 Os direitos individuais homogêneos

O inciso III do art. 81 do CDC limita-se a definir os direitos individuais homogêneos como aqueles direitos de origem comum, não especificando a natureza de tal fonte (fática ou jurídica), de forma que para Antônio Gidi:

<sup>20</sup>ALVIM, Teresa Arruda. Apontamentos sobre as ações coletivas. **Revista de Processo**, v. 75, São Paulo, p. 273-283, jul./set., 1994, p. 274.

<sup>21</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na constituição federal de 1988. **Revista de Processo**, v. 61, São Paulo, p.187-200, jan./mar., 1991, p. 188.

<sup>22</sup>Idem.

A lei não fornece, e provavelmente não poderia fornecer, uma definição clara dos direitos individuais homogêneos. A lei estipula meramente que eles são direitos de origem comum, sem explicar o que seria esta “origem comum”. Origem comum, todavia, está relacionada à noção mais ampla, porém mais precisa de “questões comuns de fato ou de direito”. É crucial para o conceito de “origem comum” que os direitos individuais tenham causa de pedir igual ou semelhante. É isto que define os direitos individuais como “homogêneos” e permite tratamento e julgamento uniforme. Os direitos ou pretensões continuam, porém, sendo meramente a coleção de direitos pessoais individuais separados (*droits subjectives*), titularizados individualmente por cada membro da classe (tradução nossa)<sup>23</sup>.

Note-se, porém, que essa origem comum não se limita a um mesmo fenômeno, a um único evento, cujo resultado seja a lesão em massa a direitos individuais. Permite-se, assim, uma ampliação em sua concepção, de forma que, ainda quando dispersos no tempo e no espaço, diversos fatos podem ser considerados “origem comum” desde que relacionados tão intimamente que configurem legalmente como apenas um, ou como semelhantes<sup>24</sup>.

A princípio, tais direitos se mostram como aqueles tradicionalmente considerados no sistema do *civil law*, claramente individualizáveis e divisíveis<sup>25</sup>. Em verdade, tal instituto representaria uma reformulação no tratamento procedimental, a fim de se alcançar unitarismo nas decisões, julgando direitos individuais de múltiplos indivíduos em uma única ação<sup>26</sup>.

Assim, percebe-se que, embora individuais, o modo como se apresentam induze, e às vezes até obriga, um tratamento homogêneo, seja de um ponto de vista procedimental (celeridade e economia), seja do ponto de vista material (igualdade entre os diversos titulares dos direitos violados), o que leva à afirmação feita por José Carlos Barbosa Moreira de que

é claro que nada impede que os conflitos de interesses relacionados com

---

<sup>23</sup>*The statute does not, and probably could not provide a clear definition of individual homogeneous rights. It merely states that they are rights of common origin, without explaining what “common origin” is. Common origin, however, is correlated to the broader but more precise notion of “common questions of law or fact”. It is crucial to this concept of “common origin” that the individual rights have the same or similar cause of action. This is what defines the individual rights as “homogeneous” and permits uniform treatment and judgment. The rights o claims continue, however, to be merely a collection of separate individual personal rights (droits subjectifs) individually held by each class member (GIDI, Antonio. *Class Actions in Brazil - A Model for Civil Law Countries*. **American Journal of Comparative Law**. Vol. 51, 2003, p. 358).*

<sup>24</sup>Idem.

<sup>25</sup> Criticando tal entendimento, Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior informam que “pelo que podemos perceber até aqui, a tutela desses direitos não se restringe aos direitos individuais das vítimas. Vai além, tutelando a coletividade mesmo quando os titulares dos direitos individuais não se habilitem em número compatível com a gravidade do dano, com a reversão ao FDD. Assim, não se pode continuar afirmando serem esses direitos estruturalmente direitos individuais, sua função é notavelmente mais ampla”. (DIDIER JUNIOR, Fredie, ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. V.4. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 82-83).

<sup>26</sup>Idem, p. 357.

cada uma das pessoas prejudicadas possam ser objeto de apreciação isolada, individual, em princípio nada obsta a isso; mas, por vezes, acontece que o fenômeno tem dimensões diferentes quando olhado pelo prisma individual e quando olhado do prisma global. [...] Por vezes, contudo, essa solução não é satisfatória, porque o vulto do prejuízo individual não se torna bastante para a ida a Juízo de cada um dos prejudicados isoladamente<sup>27</sup>.

Nesta seara, é importante ressaltar que a análise judicial individualizada dos direitos individuais homogêneos, ou acidentalmente coletivos, não implica necessariamente tutela isonômica, porquanto, tais ações, notadamente por resguardarem direitos divisíveis, podem implicar resultados diferenciados para cada uma das vítimas<sup>28</sup>.

Dessa forma, no sistema brasileiro, a ação coletiva, cujo objeto sejam direitos individuais homogêneos, limita-se à declaração da obrigação da parte contrária, devendo, os prejudicados, após a decisão coletiva, provocar o judiciário para que este estabeleça a participação efetiva do requerente no grupo envolvido na ação coletiva, bem como delimitar a extensão do dano a ser reparado<sup>29</sup>.

Assim delineados os direitos transindividuais e os individuais homogêneos servem como um dos elementos determinantes para a identificação do objeto litigioso e do próprio sujeito coletivo da ação de massa.

## 2.2 OBJETO LITIGIOSO E SUJEITO COLETIVO

A necessidade de fixação dos elementos objetivos da demanda (causa de pedir e pedido) nas ações coletivas ganha grande relevo na delimitação da atuação adequada coletiva. Não é por outro motivo que Kazuo Watanabe afirma, categoricamente, que “o que importa para os fins da tutela jurisdicional é o que o autor da demanda coletiva traz para o processo. Vale dizer, o seu objeto litigioso”<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na constituição federal de 1988. *Revista de Processo*, v. 61, São Paulo, p.187-200, jan./mar., 1991, p. 188-189.

<sup>28</sup>Idem, p. 189.

<sup>29</sup>GIDI, Antonio. Class Actions in Brazil - *A Model for Civil Law Countries. American Journal of Comparative Law*. Vol. 51, 2003, p. 359.

<sup>30</sup> WATANABE, Kazuo. Do objeto litigioso das ações coletivas. In MILARÉ, Édís (Coord.). *A Ação Civil Pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010, p. 508.

Da mesma forma que nas ações individuais, a causa de pedir na demanda de massa é formada pelos fatos narrados e pelos fundamentos jurídicos da pretensão do grupo autor da demanda. Ambos os elementos formam os fatos jurídicos – elementos fáticos descritos jurisdicionalizados pela incidência da norma.

É evidente, assim, que as questões fáticas consubstanciarão a alegada ofensa a um dos direitos coletivos *lato sensu*, os quais, por sua vez, concretizarão os fundamentos jurídicos para a delimitação do pedido.

Já o pedido será visto sobre dois ângulos. O primeiro, o processual, representa o próprio provimento jurisdicional pleiteado, é dizer, uma condenação, a constituição de uma situação jurídica, ou sua declaração, acautelamento da pretensão ou a sua satisfação. Já pelo segundo prisma o pedido, sob uma ótica material, será o próprio bem da vida perseguido<sup>31</sup>.

Para Fredie Didier Junior, ao analisar o regramento da litispendência no Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América<sup>32</sup>, o conteúdo do processo coletivo será a situação jurídica controvertida, sendo está que irá determinar a existência ou não de litispendência entre eventuais ações de massa propostas por diferentes porta-vozes do grupo.

Atento a tal premissa, Fredie Didier Junior<sup>33</sup> leciona que como a situação jurídica controvertida é distinta quando estamos diante de uma ação que verse sobre direito difuso e, outra que possua como objeto, **os** direitos individuais homogêneos, não haveria litispendência entre as demandas, mas antes uma relação de preliminariedade, uma vez que, apoiado na doutrina de Antônio Gidi, compreende que a procedência da ação coletiva em defesa de direito difuso torna desnecessária a outra devido à extensão *in utilibus* da coisa julgada coletiva para o plano individual.

Essa situação geraria uma conexão entre as ações com a consequente reunião dos processos, **eis** que, como apreende a questão<sup>34</sup>, a situação jurídica ativa (ou passiva) coletiva decorreria do mesmo fato jurídico, ou seja, da judicialização de um fato da vida por uma norma de direito coletivo *lato sensu*.

---

<sup>31</sup> NEVES, Daniel Assumpção Amorim. **Manual de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Forense, 2010.

<sup>32</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Comentários ao art. 30. In GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.) **Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos: um diálogo Ibero-americano**. Salvador, Juspodivm, 2009, p. 372.

<sup>33</sup> Idem, p. 376.

<sup>34</sup> Idem, p. 377.



Assim, o objeto controvertido da demanda poderia ser considerado as diversas situações jurídicas apresentadas na demanda, sendo desnecessário, para a análise de eventual litispendência ou conexão a análise do pedido em si, ou seja, do bem jurídico requerido na ação, “há litispendência, não obstante os pedidos serem diversos”<sup>35</sup>.

Embora a identidade da demanda seja aferida com base na situação jurídica ativa (ou passiva), o pedido, inclusive em sentido material, como se verá, terá grande utilidade na qualificação da atuação processual do porta-voz coletivo, uma vez que, é através desse elemento que o juiz poderá analisar a sua *ascertanability*, conceito analisado no tópico da adequabilidade.

Assim entendida, a causa de pedir e o pedido nas ações coletivas ganham extrema relevância na identificação dos elementos necessários para a análise judicial da atuação adequada, uma vez que, é através desses termos que será possível identificar se estaríamos diante de uma autêntica demanda coletiva de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos<sup>36</sup>.

Note-se, por outro lado, que uma mesma situação fática pode gerar violação a um direito difuso e, concomitantemente, uma lesão a direito individual homogêneo. Para se corroborar tal hipótese basta pensar em uma empresa que polui um rio o qual, por sua vez, passa por dentro de propriedades privadas.

A lesão ao rio pode significar lesão a direito difuso, uma vez que poluído há um dano ao meio ambiente que afetará uma comunidade indefinida de indivíduos, já que a extensão do dano gerado (quantidade de pessoas afetadas) será impossível de ser determinada.

Por outro lado, aqueles indivíduos que demonstrarem terem sofrido um dano, também deverão ser ressarcidos e, havendo um grupo, tal circunstância poderá significar a origem comum, coletivizando, assim, a demanda.

---

<sup>35</sup> Idem, p. 377. Todavia, parece-nos que o que é dispensável nessa análise é apenas o pedido em sentido material, o próprio bem da vida objeto do processo, mas não o pedido em sentido processual que, se diferente, poderia gerar no máximo conexão, mas não litispendência. Assim corretos, embora não precisos, estariam tanto Fredie Didier Junior (Comentários ao art. 30. *In* GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.) **Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos: um diálogo Ibero-americano.** Salvador, Juspodivm, 2009) quanto Antonio Gidi (**Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.** São Paulo: Saraiva, 1995, p.16), isto porque o primeiro desconsidera o pedido para a identidade da demanda e o segundo o considera necessário, mas nenhum separa, nessa análise, a face material (desnecessária para a definição) da face processual (necessária para o exame proposto).

<sup>36</sup> WATANABE, Kazuo. Do objeto litigioso das ações coletivas. *In* MILARÉ, Édís (Coord.). **A Ação Civil Pública após 25 anos.** São Paulo: RT, 2010, p. 507-508.

Vale indicar, aqui, que embora por uma perspectiva individual, os direitos difusos possuam titularidade não identificável e os direitos individuais homogêneos e os coletivos *stricto sensu* possuam-na identificável, ao se tratar de seu aspecto coletivo todos esses direitos possuem um titular certo e diferenciado daqueles.

Nesse sentido, Antonio Gidi afirma que “há apenas um titular – e muito bem determinado: uma comunidade no caso dos direitos difusos, uma coletividade no caso dos direitos coletivos ou um conjunto de vítimas indivisivelmente considerado no caso dos direitos individuais homogêneos”<sup>37</sup>.

Percebe-se, assim, que em cada caso há a possibilidade de se identificar um titular que será representado por um porta-voz coletivo, o qual, para ser enquadrado como tal, deve possuir determinadas características que o qualifique como adequado e demonstrar uma atuação idônea durante o processo. **Esse porta-voz, portanto, será considerado o sujeito coletivo dos direitos em massa.**

Parece ser esse também o entendimento de Owen Fiss ao separar o grupo de seus membros quando afirma que

Eles [os grupos] existem independentemente da ação judicial, não sendo simplesmente construções legais. Totalmente desvinculados da ação judicial, os indivíduos podem definir-se a si próprios em termos de sua pertinência ao grupo e esse pode ter suas próprias políticas, lutas pelo poder e conflitos. Em segundo lugar, o grupo não é simplesmente uma agregação ou conjunto de indivíduos identificáveis. [...] O grupo existe, tem uma finalidade, pode ser prejudicado, mesmo que todos os indivíduos ainda não o estejam sendo e que cada membro individualmente considerado não esteja ameaçado pela organização”<sup>38</sup>.

Complementando tal ideia, conclui Owen Fiss<sup>39</sup> que “*the right of representation is a collective, rather than an individual right, because it belongs to a group of person classed together by virtue of their shared interests*”<sup>40</sup>.

Vale indicar, outrossim, que Owen Fiss compreende que o porta-voz possui uma relação de instrumentalidade com o grupo representado, é dizer, será o instrumento do qual se valerá o

<sup>37</sup> GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 23

<sup>38</sup> FISS, Owen. **Um novo processo civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: RT, p. 51.

<sup>39</sup> Como se verá mais abaixo, Owen Fiss defende que a garantia constitucional de participação no processo se concretiza não no direito do indivíduo participar da demanda, mas antes de ter seus interesses devidamente representados.

<sup>40</sup> FISS, Owen. *The Allure of Individualism. Faculty Scholarship Series. Paper 1332*. Disponível em: [http://digitalcommons.edu/fss\\_paper/1332](http://digitalcommons.edu/fss_paper/1332). Acesso em: 27 mai 2012, p. 972.

grupo para a representação adequada de seus interesses perante o Poder Judiciário.

É com base nessa desvinculação e da percepção de instrumentalidade do porta-voz que o autor alterca a legitimidade da atuação coletiva ser levada a cabo por indivíduos não pertencentes ao grupo vitimado, instituições e/ou entes públicos, sendo, pelo que defende, preferível a atuação desses porta-vozes sem relação com o dano sofrido, uma vez que “podem introduzir suas próprias inclinações, mas são, no geral, capacitados para apresentar um quadro mais completo do direito ou dos fatos do que aquele que seria apresentado pela vítima individual”<sup>41</sup>.

Da mesma forma, Antonio Gidi<sup>42</sup>, ao analisar a *adequacy of representation* sublinha que “nas *class actions*, considera-se que os membros do grupo sejam ouvidos e estejam presentes em juízo através da figura do representante, que funciona como uma espécie de “porta-voz” dos interesses do grupo”.

Esse porta-voz, assim, agiria como representante do próprio grupo e o estudo da legitimação *ad causam*, nas ações coletivas, seria questão posterior à adequabilidade, uma vez que “muito embora o requisito da adequação seja comumente associado a um dever que o representante deva cumprir, na verdade trata-se de um requisito que deve ser satisfeito pelo processo coletivo como um todo”<sup>43</sup>.

Também José Carlos Barbosa Moreira<sup>44</sup> indica a possibilidade de considerar a existência de um interesse geral que permitiria a separação do grupo de seus membros e a identificação de um “sujeito coletivo”:

será talvez possível contornar o óbice do art. 6º do Código de Processo Civil, desde que se reconheça que, em determinados casos, o que se põe em jogo é algo distinto da mera soma dos interesses individuais: um interesse *geral* da coletividade, qualitativamente diverso e capaz de merecer tutela como tal. Desse interesse pode uma associação fazer-se titular, *ela mesma*, não como simples representante dos respectivos membros, nem como intérprete, em nome próprio, das pretensões paralelas de cada um deles. A associação se legitimaria, pois, em caráter *ordinário*, de acordo com os princípios comuns, quando se mobilizasse para postular em juízo a proteção daquele interesse geral.

<sup>41</sup> FISS, Owen. **Um novo processo civil**: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: RT, p. 52.

<sup>42</sup> GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007, p.100.

<sup>43</sup> Idem, p. 101.

<sup>44</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Legitimação para agir. **Temas de direito processual civil**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 35.

A percepção de um sujeito coletivo advém, destarte, do próprio direito de massa, mas a sua legitimidade para atuação na relação jurídica processual resta vinculada, inexoravelmente, ao objeto litigioso da demanda.

Assim, a causa de pedir e o pedido servem como requisito para a identificação dos elementos necessários para a adequação do substituto coletivo (sujeito coletivo da relação processual), uma vez que, como visto, os mesmos fatos podem ser jurisdicalizados, *v.g.*, por um direito difuso e/ou um direito individual homogêneo o que demandará uma análise diferenciada da questão como se verá em tópicos posteriores.

Essa noção de objeto litigioso e de sujeito coletivo traz implicação na própria extensão da coisa julgada coletiva, até mesmo porque, como se verá, o regime especial de sua formação, em alguns casos, pode significar uma delimitação da própria adequação da parte processual, elemento essencial para sua caracterização como sujeito coletivo (porta-voz coletivo adequado).

### 2.3 EXTENSÃO DA COISA JULGADA COLETIVA

Interessantes contornos ganha a coisa julgada nas demandas coletivas por implicar a vinculação de uma massa indeterminada, ou determinável, de sujeitos que não participarão diretamente do desenrolar procedimental.

A imutabilidade da decisão proferida, seja de forma endoprocessual (coisa julgada formal) ou extraprocessual (coisa julgada material)<sup>45</sup>, recebe regramento próprio nos diplomas legais que regulam as ações que veiculem pretensões de massa.

Em que pese a relevância da coisa julgada formal das ações coletivas, principalmente devido a seus efeitos práticos é a coisa julgada material que suscita maior relevo quando se discute os efeitos das decisões proferidas nas demanda de massa.

---

<sup>45</sup>“Quando se alude à indiscutibilidade da sentença judicial fora do processo, portanto em relação a outros feitos judiciais, o campo é da *coisa julgada material*, que aqui realmente importa e constitui, verdadeiramente, o âmbito de relevância da coisa julgada. Já a indiscutibilidade da decisão judicial verificada dentro do processo remete à noção de *coisa julgada formal*. A coisa julgada formal, como se nota, é *endoprocessual*, e se vincula à impossibilidade de rediscutir o tema decidido dentro da relação jurídica processual em que a sentença é prolatada. Já a coisa julgada material é *extraprocessual*, ou seja, seus efeitos repercutem fora do processo” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5.ed. São Paulo: RT, 2006, p. 627-628.).

O art. 467 do CPC determina que: “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”, de forma que a legislação pátria impõe, como pressuposto da coisa julgada material (impossibilidade de rediscussão da causa), a própria coisa julgada formal (imutabilidade da decisão devido à preclusão).

Este condicionamento da coisa julgada material à coisa julgada formal já era apontada tanto por Chiovenda quanto por Liebman, os quais não a consideravam como efeito da sentença, mas sim como uma particularidade adquirida com a impossibilidade de sua impugnação<sup>46</sup>.

Não obstante, tal conceito ser retirado do Código de Processo Civil, o regramento da coisa julgada nos processos coletivos é formulado principalmente pelo CDC em conjunto com a Lei de Ação Civil Pública e a Lei da Ação Popular, formando um microsistema processual das ações coletivas.

Dessa forma, é a superposição destes diplomas que nos levará a estabelecer a circunscrição da *res judicata* coletiva.

### 2.3.1 Limites objetivos

A decisão judicial, conforme se infere do art. 458 do CPC, possui como requisitos essenciais o relatório, a fundamentação e o dispositivo, este último conceituado como “a parte da decisão em que o órgão jurisdicional estabelece um preceito, uma afirmação imperativa, concluindo a análise acerca de um (ou mais de um) pedido que lhe foi dirigido”<sup>47</sup>.

Esse dispositivo traz, em si, uma norma jurídica concreta que regulará o caso concreto e solucionará a lide estabelecida. Como aduz José Carlos Barbosa Moreira:

O art. 468 reproduz, sem as deformações do art. 287, *caput*, a fórmula carneltuttiana: “A sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”. Apenas a lide é julgada; e, como a lide se submete à apreciação do órgão judicial por meio do pedido, não podendo ele decidi-la senão “nos limites que foi proposta (art. 128), segue-se que a área sujeita à autoridade da coisa julgada não pode jamais

<sup>46</sup>ALVIM, Teresa Arruda. **Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo: RT, 1977.

<sup>47</sup>DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. V. 2, Salvador: Juspodivm, 2008, p. 274-275.

exceder os contornos do *petitum*”<sup>48</sup>.

Atento a isto, percebe-se que os limites objetivos da coisa julgada estão vinculados à pretensão ventilada no bojo da ação, guardando, assim, íntima relação com a parte dispositiva da demanda abrangendo, destarte, a causa de pedir e o pedido. Atento a isto, Rodolfo Camargo Mancuso afirma que:

Neste sentido, a formulação proposta por Mitidiero, forte em Ovídio Batista da Silva, Pontes de Miranda e Karl Heinz Schwab: “Os limites objetivos da coisa julgada, assim como colocados, jamais poderão ir além do objeto litigioso do processo, sendo vedado seu alcance a questões que ainda não se encontrem resolvidas e que não possuam pertinência com o mérito examinado ou, ainda, que por si só se constituam suficientes a suportar nova ação de direito material”. Ou ainda, na leitura que Egas Moniz de Aragão faz do art. 468 do vigente CPC: “A pretensão e a resistência (tanto a que se manifestou quanto a que poderia ter sido manifestada) ficam sujeitas à coisa julgada, que, em suma, abrange toda a controvérsia entre as partes, a *res in iudicio deducta*. Se a lide for trazida por inteiro ao processo, toda ela ficará coberta pela eficácia da coisa julgada; se for parcialmente trazida ao processo a eficácia de coisa julgada afetará somente essa parte”<sup>49</sup>.

Conquanto a escolha legislativa de impor os limites à coisa julgada restrita à parte dispositiva, Paulo Roberto Oliveira Lima<sup>50</sup> defende o alargamento da eficácia objetiva da coisa julgada, a fim de que esta abarque todas as questões previamente decididas no processo, sendo sua única condicionante que tais questões possuam relação concreta e indissociável para o deslinde do litígio.

Aliás, tal proposta aparece já com Giuseppe Chiovenda<sup>51</sup>, o qual afirmou a necessidade de se remontar aos motivos do julgador para que se identificasse a ação com base na própria causa de pedir, objetivando, assim, fixar os limites da coisa julgada.

Também Ada Pellegrini Grinover<sup>52</sup> reconhece a importância da motivação para a formação da coisa julgada, mas afirma expressamente que seus efeitos objetivos são estabelecidos, em suma, “a partir do *objeto do processo*, isto é, da pretensão deduzida pelo autor – abrangente

<sup>48</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil. **Temas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 91.

<sup>49</sup>MANCUSO, Rodolfo Camargo de. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. São Paulo: RT, 2006, p. 233-234.

<sup>50</sup>LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuições à teoria da coisa julgada**. São Paulo: RT, 1997, p. 135.

<sup>51</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 410.

<sup>52</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. Considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n. 16. Porto Alegre, Mar./Abr., 2002

do pedido e à luz da *causa de pedir* – e apreciada pela sentença”<sup>53</sup>.

Destarte, os limites objetivos da coisa julgada se resumem à decisão referente à pretensão na parte dispositiva da sentença, regra esta que a Lei da Ação Civil Pública (LACP), em seu art. 16<sup>54</sup>, através de norma peculiar referente às ações coletivas, parece não se compatibilizar.

Assim, imperativo, para que se tenha unicidade no ordenamento jurídico, que se afaste a vigência deste artigo que estabelece verdadeira confusão entre os institutos da coisa julgada e da competência, fato este já apontado por Hugro Nigro Mazzilli, o qual aduz que

o legislador não soube distinguir *competência de coisa julgada*. A imutabilidade *erga omnes* dos efeitos de uma sentença transitada em julgado nada tem a ver com a competência do juiz que profere a sentença. [...] A imutabilidade não será maior ou menor em decorrência da regra de competência que permitiu o juiz decidisse a lide; a imutabilidade será mais ampla ou mais restrita de acordo, sim, com a natureza do direito controvertido e com o grupo cujas relações se destine regular.

[...] Sobre estar tecnicamente incorreta, a alteração legislativa trazida ao art. 16 da LACP pela Lei n. 9494/97 é ainda inócua, pois o CDC não foi modificado neste particular, e a disciplina dos arts. 93 e 103 é de aplicação integrada e subsidiária nas ações civis públicas de que cuida a Lei n. 7.347/85 (art. 21 desta). Acresce que, no tocante à defesa do patrimônio público, o sistema do art. 18 da Lei de Ação Popular continua subsistindo na forma original, de maneira que, também em matéria de ação popular, seria absurdo sustentar que o *decisum* só é imutável nos limites territoriais da comarca do juiz prolator<sup>55</sup>.

Ademais, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery<sup>56</sup> apontam a inconstitucionalidade da alteração, uma vez que fere o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, além de desrespeitar os pressupostos para a edição da medida provisória, posteriormente convertida na lei, que modificou o dispositivo em comento, por inexistir, no caso, o requisito da urgência e da relevância.

Além do quanto exposto, há clara violação ao próprio fundamento do instituto da ação coletiva, porquanto implique na quebra da segurança jurídica buscada e no óbice ao

<sup>53</sup>Idem. Coisa Julgada. Limites Objetivos. Objeto do Processo. Pedido e Causa de Pedir. **Revista Forense**, v. 353, Rio de Janeiro, p. 239-242, jan./fev., 2001, p. 241.

<sup>54</sup>Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

<sup>55</sup>MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 250.

<sup>56</sup>NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 4.ed. São Paulo: RT, 1999, p. 1540-1541.

tratamento isonômico, consubstanciando potencial divisibilidade de direitos que por sua própria natureza são indivisíveis.

Com essa percepção, o regramento processual trazido pelo art. 103 do CDC deve ser aplicado em todos os casos, não se permitindo a restrição dos efeitos da sentença vinculando-a a competência do órgão prolator, uma vez que, conforme assevera Francisco Barros Dias:

Embora o art. 103, *caput*, do CDC (Lei 8.078/90), mencione que a coisa julgada ali tratada se refere às “ações coletivas de que trata este código”, na realidade devemos entender que há uma abrangência bem maior desse diploma legal.

É certo que houve veto ao art. 89 do referido Código, porém há de se reconhecer que subsistiu o art. 117 que acrescentou o art. 21 à Lei 7.347/85, que cuida da Ação Civil Pública e nesse texto legal está afirmado em seu art. 1º, IV, que o mesmo se destina a proteger “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, por força, também, da inovação trazida pelo art. 110, do CDC<sup>57</sup>

Não obstante tal posicionamento, o Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo pela aplicabilidade do art. 16 da LACP, alterado pelo art. 2º da Lei 9494/97, conforme decisão exarada em Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 640.695-RS, o qual tramitou na 1ª turma, tendo como relator o Ministro José Delgado, *in verbis*,

Impossibilidade de ajuizamento de ação de execução em outros Estados da Federação com base na sentença prolatada pelo Juízo Federal do Paraná nos autos da Ação Civil Pública 93.0013933-9 pleiteando a restituição de valores recolhidos a título de empréstimo compulsório cobrado sobre a aquisição de álcool e gasolina no período de jul/87 a out/88, em razão de que em seu dispositivo se encontra expressa a delimitação territorial adrede mencionada. A abrangência da ação de execução se restringe a pessoas domiciliadas no Estado do Paraná, caso contrário geraria violação do art. 2º - A da Lei 9.494/97, *litteris*: ‘A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator<sup>58</sup>.

É de se notar, assim, que embora a doutrina<sup>59</sup> traçasse contornos para uma sistematicidade no

<sup>57</sup>DIAS, Francisco Barros. Coisa julgada e execução no processo coletivo. **Revista de Processo**, v. 78, São Paulo, p.50-63, abr/jun., 1975, p. 50-51.

<sup>58</sup>No mesmo sentido o Recurso Especial nº 625.996-SC, também da 1ª Turma, tendo como relator o Ministro Teori Zavascki, o qual decidiu que “[...] na hipótese dos autos, o comando sentencial da ação civil pública restringiu sua eficácia subjetiva aos contribuintes domiciliados no Estado do Paraná, sendo inviável, sob pena de ofensa ao princípio da coisa julgada, a sua extensão a contribuintes domiciliados em Santa Catarina, como é o caso dos autores, que não possuem, portanto, título executivo”.

<sup>59</sup>Pela constitucionalidade do instituto, temos também parte da doutrina, v.g José dos Santos Carvalho Filho



regramento da coisa julgada coletiva, a *praxi* do STJ vinha se utilizando de norma claramente incoerente com o sistema processual coletivo, cujo intuito foi restringir a eficácia deste instrumento, desvirtuando sua marca essencial – a coisa julgada *erga omnes*<sup>60</sup>.

Felizmente, em outubro de 2011, o Superior Tribunal de Justiça por meio de recurso especial submetido à sistemática de recursos repetitivos, manteve decisão na qual se estendia a eficácia do *decisum* para todo o território nacional, permitindo, assim, o afastamento da regra do art. 16 da Lei. 7.347/85<sup>61</sup> e harmonizando a legislação ao instituto das ações coletivas.

Salutar, por fim, afirmar que a decisão exarada no bojo da ação coletiva pode alcançar contornos de qualquer das cinco espécies definidas por Pontes de Miranda<sup>62</sup>, a depender apenas da preponderância de seu efeito. Dessa forma, o juízo coletivo poderá ter qualidade declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva, lembrando-se, sempre, que nenhuma decisão será integralmente pura, mas antes trará o predomínio de um desses elementos<sup>63</sup>.

Ultrapassadas as questões acerca dos limites objetivos, resta perquirir acerca da incidência subjetiva da decisão coletiva.

### 2.3.2 Limites subjetivos

O regramento processual da coisa julgada coletiva impõe certos limites subjetivos consubstanciados na restrição àqueles que se submeterão ao resultado da lide.

---

(**Ação civil pública.** Comentários por artigo (Lei nº 7.347, de 24/7/85). 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 417-178) para o qual a norma esculpida no art. 16 da LACP não guarda qualquer inconstitucionalidade.

<sup>60</sup>ALMEIDA, João Batista. **Aspectos controvertidos sobre a ação civil pública.** São Paulo: RT, 2001, p. 167.

<sup>61</sup>REsp 1243887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011.

<sup>62</sup>MIRANDA. Pontes de. **Tratado das ações.** 2.ed.T.I, São Paulo: RT, 1972

<sup>63</sup>As sentenças, assim como as ações, podem ser declarativas, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas. A força, que têm, é que as classifica. A ação da condenação tem sentença com eficácia de coisa julgada material *mais* o efeito executivo, que a ação declarativa não tem. Em certas ações constitutivas, como a de nulidade de casamento, há efeito de coisa julgada material e até de execução, efeito correspondente ao elemento condenatório. Vai longe o tempo em que ADOLF WALCH (1885) distinguiu três categorias de sentenças (declarativas, constitutivas e condenatórias). Os elementos executivo e mandamental são irredutíveis. Por outro lado, a falta da distinção entre força e efeito (duas classes de eficácia) levou a apriorismos inaceitáveis. Alguns processualistas fazem esforço desesperado por superar as dificuldades, tentando “dilatam” o conceito de coisa julgada material. A ação só se pode classificar, quanto à qualidade, pela preponderância do elemento declarativo, constitutivo, condenatório, mandamental ou executivo. Nenhuma, que se conheça, é sempre pura, isto é, com um só elemento (MIRANDA. Pontes de. **Tratado das ações.** 2.ed.T.I, São Paulo: RT, 1972. p.161)

De fato, como bem assevera Luís Roberto Barroso o tratamento legislativo despendido às ações coletivas que versem sobre direitos difusos e coletivos se assemelham, embora possuam traços distintivos, enquanto aqueles que se refiram às ações que versem sobre direitos individuais homogêneos possuem contornos diferentes, assim

Relativamente às decisões versando sobre direitos difusos e coletivos, há um primeiro traço comum e digno de nota: se o pedido for julgado improcedente por falta de provas, qualquer legitimado poderá propor outra ação, valendo-se de nova prova. Quanto aos efeitos subjetivos da coisa julgada, eles se produzirão, no caso de direitos difusos, em relação a todos (*erga omnes*), tendo em vista a indivisibilidade de seu objeto e a pluralidade indeterminada de titulares. Em se tratando de direitos coletivos, os efeitos atingirão apenas os integrantes do grupo, categoria ou classe de pessoas que estejam ligados entre si ou com a outra parte por uma relação jurídica base<sup>64</sup>.

Deve-se destacar, assim, que as peculiaridades dos direitos transindividuais geraram a elaboração de institutos capazes de viabilizar a proteção adequada das pretensões coletivas em sentido amplo, de forma que se consagrou, na própria legislação, o regime de formação da coisa julgada *secundum eventum probationis*<sup>65</sup>, impossibilitando nova demanda coletiva em relação aos representantes legitimados, salvo quando improcedente por insuficiência de provas.

Porém, há um traço distintivo de suma importância que se refere à extensão *erga omnes*, nas ações que ventilem direitos difusos, e a extensão *ultra partes* nas demandas coletivas em sentido restrito, uma vez que a circunscrição *ultra partes* não possui vinculação necessária com o ator processual, mas antes se liga aos próprios beneficiados.

Interessante citar a decisão exarada no Recurso em Mandado de Segurança nº 24.196-ES do Superior Tribunal de Justiça, cujo relator foi o Min. Felix Fischer, no qual foi destacado que

o aspecto subjetivo da litispendência nas ações coletivas deve ser visto sob a ótica dos beneficiários atingidos pelos efeitos da decisão, e não pelo simples exame das partes que figuram no pólo ativo da demanda.

Destaco, do v. acórdão recorrido, os seguintes trechos nos quais se transcreve lições doutrinárias que corroboram o entendimento:

<sup>64</sup>BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *Class Action* norte-americana. **Revista de Processo**, v. 130, São Paulo, p.131-153, dez., 2006, p. 146.

<sup>65</sup>DIDIER JUNIOR, Fredie. Cognição, construção de procedimento e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. **Revista diálogo jurídico**. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 04 abr. 2011.

O Professor Kazuo Watanabe, analisando a matéria, afirma que 'ingressando a associação em juízo, é como se os próprios associados estivessem a agir.' (A tutela dos interesses difusos, Editora Max Limonad, 1984).

(...) No mesmo sentido, encontram-se os ensinamentos do Professor Antônio Gidi, na sua obra *Coisa Julgada e Litispêndência em Ações Coletivas*, editora Saraiva, página 219, senão vejamos:

'Em que pese o fato de as pessoas não serem empiricamente as mesmas, entendemos que, para efeito de legitimidade, litispêndência, efeitos da sentença e sua imutabilidade (autoridade da coisa julgada), juridicamente, trata-se da mesma parte. Por outro giro, as partes são consideradas as mesmas pelo direito positivo, muito embora, empiricamente, no mundo naturalístico, não o sejam.

Para José Ignácio Botelho Mesquita<sup>66</sup>, os vocábulos *erga omnes* e *ultra partes* constantes na legislação consumerista são utilizados como sinônimos, eis que tanto um quanto o outro só pode se referir aos demais legitimados, porquanto terceiros, que não aqueles com legitimação *ad causam*, jamais poderiam pretender discutir ou modificar a sentença coletiva, de forma que

A expressão *erga omnes* tem aqui um alcance muito mais limitado do que dá a entender. Terceiros que poderiam ser beneficiados ou prejudicados pela *conclusão* da sentença dada entre as partes são apenas os demais legitimados concorrentes arrolados no art. 82. Outras pessoas, como por exemplo quaisquer dos membros da coletividade titular do direito em causa, nunca poderiam pretender discutir ou modificar a sentença dada entre as partes, porque não têm legitimidade para tanto.

[...] Nessa norma, a expressão *ultra partes* só pode ter o mesmo alcance que tem a expressão *erga omnes* do inciso anterior do mesmo artigo. Com efeito, além das demais entidades concorrentemente legitimadas, não há ninguém que tenha legitimação para discutir ou pretender modificar a conclusão da sentença dada entre as partes numa ação fundada em interesse ou direito coletivo<sup>67</sup>.

Não obstante tal posição, José Rogério Cruz e Tucci<sup>68</sup> afirma a prevalência doutrinária no sentido de que as expressões trazem significação ampla a fim de abarcar os sujeitos da situação material discutida.

Em verdade, a leitura do § 1º do artigo 103 do CDC que afirma expressamente a impossibilidade da coisa julgada, em ambos os casos, afetar os direitos individuais, parece, *a priori*, corroborar a tese esboçada por José Ignácio Botelho Mesquita, mas tal doutrina contrapõe-se à construção sistemática das ações coletivas.

<sup>66</sup>MESQUITA, José Ignácio Botelho. A coisa julgada no Código do Consumidor. **Revista Forense**, v. 326, Rio de Janeiro, p. 80-84, abr./jun., 1994, p. 82-83.

<sup>67</sup>Idem, p. 83-84

<sup>68</sup>TUCCI, José Rogério Cruz e. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada. **Revista de Processo**, v. 143, São Paulo, p.42-64, jan. 2007, p. 55.

Explica-se tomando como premissa a própria noção da ação coletiva e dos direitos por ela tutelados, de forma que, embora os indivíduos não possam *per se* buscar a tutela em massa, esses se encontram vinculados ao teor da decisão coletiva relativamente ao direito meta-individual ventilado na citada demanda. Assim, a expressão *erga omnes* abrangeria toda uma massa indefinida de sujeitos afetados, como uma coletividade, pela situação material.

Em relação aos direitos coletivos em sentido estrito, esta vinculação se dá apenas para aqueles representados pelo legitimado coletivo, de forma que a decisão não afetaria terceiros estranhos a este grupo.

A distinção entre a natureza da eficácia, como bem lembra Ronaldo Lima dos Santos<sup>69</sup>, vem do próprio direito tutelado, pois a existência de uma relação jurídica base, no caso das ações coletivas em sentido estrito, permite a identificação da coletividade atingida, ao passo que os direitos difusos, por seus traços característicos de indeterminabilidade, não possibilitam esta delimitação.

Já a divisibilidade dos direitos individuais homogêneos, conforme se infere do inciso III do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, incentivou a adoção expressa do regime de formação da coisa julgada *secundum eventum litis*<sup>70</sup>, cujos problemas na *praxe* forense não passam despercebidos por José Carlos Barbosa Moreira, o qual afirma que tal solução

apresenta uma falha já denunciada em sede doutrinária. Suponhamos que no primeiro processo, instaurado por Tício, se julgue improcedente o pedido: os demais co-legitimados permanecem livres de propor suas ações, mas *para Tício* formou-se a coisa julgada sobre a declaração da validade do ato impugnado. Suponhamos, agora, que em processo posterior, instaurado por outro co-legitimado, se venha a julgar procedente o pedido, anulando-se (ou declarando-se nulo) o ato: a admitir-se que o resultado deste segundo processo se estenda a *todos* os membros da coletividade – *inclusive, portanto, a Tício* – ter-se-á inevitavelmente, em relação a este, um conflito de coisas julgadas contraditórias. É evidentissimamente inconcebível, não só do ponto-de-vista lógico, mas também do ponto de vista prático, que em face

<sup>69</sup>SANTOS, Ronaldo Lima dos. Amplitude da coisa julgada nas ações coletivas. **Revista de Processo**, v. 142, São Paulo, p.42-58, dez. 2006, p. 45-48

<sup>70</sup>“Rigorosamente, a coisa julgada nas ações coletivas do direito brasileiro não é *secundum eventum litis*. Seria, assim, se ela se formasse nos casos de procedência do pedido, e não nos de improcedência. Mas não é exatamente isto o que acontece. A coisa julgada sempre se formará, independentemente do resultado de o resultado da demanda ser pela procedência ou pela improcedência. A coisa julgada nas ações coletivas se forma *pro et contra*. O que diferirá, de acordo com o evento da lide, não é a formação ou não da coisa julgada, mas o rol de pessoas por ela atingida. Enfim, o que é *secundum eventum litis* não é a formação da coisa julgada, mas a sua extensão “*erga omnes*” ou “*ultra partes*” à esfera jurídica individual de terceiros prejudicados pela conduta considerada ilícita na ação coletiva (é o que se chama de extensão *in utilibus* da coisa julgada)” (GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva. 1995, p. 73).

de Tício o mesmo ato *prevaleça e deixe de prevalecer*<sup>71</sup>

Todavia, o CDC complementa o regramento da coisa julgada das ações que versem sobre direitos individuais homogêneos de forma que o § 2º do art. 103 do diploma legal acaba por sanar, em definitivo, tal problema.

Neste sentir, a sentença concessiva do pedido beneficiaria a todos os titulares dos direitos individuais homogêneos (efeito *erga omnes*), enquanto a improcedência do pedido obstaculizaria nova discussão apenas para os legitimados coletivos, impossibilitando-os de ingressar com nova ação de massa, mas permitindo que todos os indivíduos titulares do direito discutido que não intervirem na demanda coletiva, figurando, portanto, como terceiros nesta, possam ajuizar pedidos individuais<sup>72</sup>.

É do próprio § 2º do art. 103 do CDC que se infere uma exceção ao efeito *erga omnes* nas ações coletivas de direitos individuais homogêneos, concretizada na hipótese do indivíduo, titular do direito discutido, intervir na demanda coletiva como assistente litisconsorcial, sendo que, assim agindo, ficará submetido à coisa julgada, uma vez que ingressará como verdadeiro litisconsorte<sup>73</sup>.

Outra exceção, e de salutar importância, é aquela lembrada por Ronaldo Lima dos Santos o qual afirma que

mesmo na hipótese de sentença favorável há uma exceção à regra do beneficiamento do interesse individual: trata-se da situação em que o indivíduo possuía uma ação individual e, ao tomar ciência da propositura da demanda coletiva com o mesmo objeto, não requereu a suspensão da respectiva ação individual no prazo de trinta dias, a contar da ciência dos

<sup>71</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. **Temas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 122-123.

<sup>72</sup>TUCCI, José Rogério Cruz e. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada. **Revista de Processo**, v. 143, São Paulo, p.42-64, jan. 2007, p. 56-57 e GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 93-94.ad

<sup>73</sup>Em posição contrária, e ao que parece insustentável, Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Intervenção de terceiros**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 34-35) pugna pela inexistência de formação de litisconsórcio nas hipóteses de intervenção litisconsorcial, uma vez que, embora afirme que a legitimidade para a intervenção do terceiro seja originada da titularidade de situação jurídica conexa ou dependente da *res in judicium deducta*, o interventor não provocaria “julgamento *principaliter* sobre qualquer relação jurídica *sua*” (Idem, p. 35). Em que pese tal doutrina, mas adequado o ensinamento de Fredie Didier Junior (DIDIER JUNIOR, Fredie. **Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 14. ed., Salvador: Juspodivm, 2012, p. 369) para o qual o cabimento da assistência litisconsorcial está lastreado na existência de interesse jurídico, consubstanciado na possibilidade da decisão afetar relação jurídica da qual o terceiro seja parte, como (co) titular, de forma que o terceiro mantém relação jurídica com a parte adversária daquela a quem pretende assistir, de forma que sua intervenção lhe confere tratamento processual, na demanda, da mesma intensidade daquele despendido ao assistido.

autos do ajuizamento da ação coletiva (art. 104 da Lei 8.078/90). Assim, em não havendo a suspensão do processo individual, eventual sentença coletiva favorável não beneficiará o autor da demanda individual, que ficará à mercê da decisão a ser proferida no processo em que figura como parte<sup>74</sup>.

Assim, é a partir da extensão da coisa julgada, tanto em sua face subjetiva, quanto objetiva, que se verifica não só a importância de se delinear com clareza teórica a atuação coletiva como também a própria influência das demandas coletivas em relação às demandas individuais, cujo entrelace é essencial para a contraposição e conformação das ações coletivas à cláusula do devido processo legal.

#### 2.4 A RELAÇÃO ENTRE A TUTELA INDIVIDUAL E TUTELA COLETIVA

A ação coletiva visa um tratamento molecularizado das demandas que transcendem o âmbito individual, mas que nem por isso deixam de afetar essa esfera.

Por tal motivo, o sistema processual das ações coletivas foi construído tendo como escopo a tutela dos direitos meta-individuais ou de tratamento coletivo, mas sem olvidar dos direitos titularizados por indivíduos claramente identificados o que exigiu construção legislativa complexa para resguardar tais direitos.

Com tal fundamento foram positivadas as normas dos parágrafos do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor cujas disposições inclinam-se para a afirmação de que as tutelas de massa somente beneficiarão os indivíduos envolvidos na relação material, mas não poderão por elas serem prejudicados, ensejando, destarte, a criação, como visto acima, dos regimes de formação da coisa julgada *secundum eventum probationis* e *secundum eventum litis*.

Tal estrutura, como bem assevera Rodolfo Camargo Mancuso<sup>75</sup>, deve-se ao fato de que nas demandas de massa há a judicialização do objeto litigioso em sua face metaindividual, abstraindo-se os direitos individuais somente afetados quando a decisão for a estes favoráveis.

---

<sup>74</sup>SANTOS, Ronaldo Lima dos. Amplitude da coisa julgada nas ações coletivas. **Revista de Processo**, v. 142, São Paulo, p.42-58, dez. 2006, p. 51.

<sup>75</sup>MANCUSO, Rodolfo Camargo de. A concomitância de ações coletivas, entre si, e em face das ações individuais, **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 54, São Paulo, p. 45-93, dez. 2000, p. 83-84.

Assim, Ada Pellegrini Grinover<sup>76</sup> enfatiza o âmbito de discussão que resta para a esfera individual com a procedência da ação coletiva de forma que

confere-se tratamento legislativo ao transporte da coisa julgada do processo coletivo para beneficiar as pretensões individuais, de modo que a existência do dano geral e do dever de ressarcir, reconhecidos pela sentença do processo de massa, se tornam indiscutíveis em relação às ações pessoais, que versarão exclusivamente sobre o dano individualmente sofrido e sobre o nexo etiológico (art. 103, § 3º [CDC])<sup>77</sup>

Interessante, também, a análise do § 2º do artigo 103 do CDC que, como já dito acima, figura como exceção ao transporte *in utilibus* da coisa julgada, consubstanciada da intervenção como litisconsorte do indivíduo na demanda coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos.

Em relação a esta intervenção, como bem salienta Rodolfo Camargo Mancuso<sup>78</sup>, não se permite a formulação de pretensões individuais, sob pena de se descaracterizar o instituto das ações coletivas de forma que o indivíduo será litisconsorte do representante coletivo, mas restará restrito à discussão originária da demanda de massa, eis que

a se entender de outro modo, franqueando-se livremente o acesso dos indivíduos à instância coletiva, esta acabaria por se descaracterizar como tal, ao final desfigurada numa indefinida *mélange* de interesse metaindividual com interesses particulares litisconsorciados<sup>79</sup>.

Outro dispositivo de relevante interesse é o artigo 104 do Código Consumerista que afasta a litispendência entre ações coletivas e individuais.

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho<sup>80</sup>, ao que parece acertadamente, pugna pela expansão das referências feitas neste artigo de forma a abarcar todas também as ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos.

Mesma abrangência da norma é defendida por Eduardo Arruda Alvim<sup>81</sup> que não aceita a

---

<sup>76</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado Social, Político e jurídico da tutela dos interesses difusos. **Revista de Processo**, n. 97. São Paulo, jan./mar., 2000, p. 13.

<sup>77</sup>Idem.

<sup>78</sup>MANCUSO, Rodolfo Camargo de. A concomitância de ações coletivas, entre si, e em face das ações individuais, **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 54, São Paulo, p. 45-93, dez. 2000, p. 84

<sup>79</sup>Idem.

<sup>80</sup>ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Ações Coletivas - A Tutela Jurisdicional dos Direitos Individuais Homogêneos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 43.

<sup>81</sup>ALVIM, Eduardo Arruda. Coisa julgada e litispendência no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo

litispendência entre demandas coletivas e individuais em nenhuma das espécies de tutela em massa, uma vez que

entre as ações versando direitos difusos, coletivos e mesmo individuais homogêneos, de um lado, e as ações individuais de outro, sob este ângulo litispendência não poderia haver, pois os pedidos são distintos, assim como as partes, se bem que nas ações por primeiro referidas estão contidos pedidos individuais, recebendo, porém, tratamento genérico<sup>82</sup>.

De fato, figura evidente a inexistência de identidade entre as demandas coletivas e as individuais pela desarmonia entre as partes, a causas de pedir e o pedido.

É certo, todavia, que problemas podem surgir, *a priori*, quando postas em análise as ações que versem sobre direitos individuais homogêneos, mas tal dificuldade se esvai quando se nota que tais demandas não se limitam à soma das lides individuais, mas antes veiculam apenas questões prejudiciais a estas, concretizadas na pretensão genérica vindicada coletivamente<sup>83</sup>.

Destarte, o artigo 104 do CDC veio corretamente impedir grave lesão a direitos individuais, a qual ocorreria nos casos de pseudolitispendência, que acarretariam no afastamento da tutela jurisdicional, eis que

em síntese, a ação coletiva não substitui a ação individual, não esgota o seu objeto, nem possibilita, por si só, a resolução da mesma lide ou a obtenção total dos mesmos resultados ou efeitos que podem ser obtidos mediante a ação individual, inclusive na hipótese de ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos, em virtude da necessidade da posterior liquidação, que é uma ação de conhecimento<sup>84</sup>.

Em que pese a voz, ao que parece uníssona, da doutrina brasileira a fim de afastar a litispendência entre ação coletiva em tutela de direitos individuais homogêneos e as correspondentes ações individuais, conforme aduz Luiz Paulo da Silva Araújo Filho<sup>85</sup>, surgem teorias que defendem a reunião dos processos coletivos sobre direitos individuais

---

(coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: RT, 2007. p. 186.

<sup>82</sup>Idem, p. 186.

<sup>83</sup>ARAÚJO FILHO. Luiz Paulo da Silva. **Ações Coletivas - A Tutela Jurisdicional dos Direitos Individuais Homogêneos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 43.

<sup>84</sup>MATTOS, Luiz Norton Baptista de. A litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor e os anteprojetos do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: RT, 2007. p. 197.

<sup>85</sup>ARAÚJO FILHO. Luiz Paulo da Silva. **Ações Coletivas - A Tutela Jurisdicional dos Direitos Individuais Homogêneos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.



homogêneos e ações individuais<sup>86</sup>.

Todavia, o *simultaneus processus* é rechaçado por Luiz Paulo da Silva Araújo Filho<sup>87</sup> por entender que

se a tutela coletiva visa a permitir, na consagrada expressão de Kazuo Watanabe, a proteção jurisdicional em forma molecular, ultrapassando-se as demandas fragmentárias, não parece adequado querer jungir em *simultaneus processus* a ação molecular e as demandas fragmentárias. A unificação dos processos, para serem julgados simultaneamente (art. 105 do CPC), no caso das ações coletivas para defesa de interesses individuais homogêneos, contravém ao próprio sistema estabelecido por lei. A ação coletiva exige a desconsideração da situação pessoal dos interessados para ser proferida uma sentença genérica, que apenas reconhece a obrigação do réu. Todas as questões individuais, relativas à efetiva existência do direito pessoal, ficam relegadas para o processo de liquidação de sentença, o qual, neste caso, tem um objeto bem mais amplo do que habitualmente podem ter os processos de liquidação. O sistema foi assim criado para permitir o rápido e concentrado julgamento da responsabilidade do réu, o que facilitará, sem dúvida, a perseguição posterior dos direitos individuais. Esse desiderato, todavia, não se satisfaz com a inludível complicação da obrigatória reunião das ações individualmente propostas para simultâneo processo e julgamento. A ação coletiva, molecular, se veria comprometida e embaraçada pelas ações individuais propostas, tendo de aguardar centenas ou milhares de processos com questões menores que, ela mesma, *ex vi legis*, não pode enfrentar. A **ideia** realmente nos parece preocupante, porque é absolutamente avessa ao sentido da tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos<sup>88</sup>

Neste ponto, há de se destacar que, na prática, devido à possibilidade de se acumular numerosas ações individuais rompendo, assim, a celeridade buscada pela demanda coletiva, haveria, de fato, o desvirtuamento do instituto de tutela em massa, o que parece ser um obstáculo intransponível.

Assim, como já se pode inferir, há a possibilidade de concomitância entre ações individuais e ações coletivas, estas últimas podendo ou não beneficiar o indivíduo participante das primeiras de acordo com a conduta processual nela tomada.

Reza o próprio artigo 104 do CDC que somente haverá o benefício quando for requerida a suspensão do processo individual em 30 dias, a contar da ciência do ajuizamento da demanda

<sup>86</sup>“Conquanto seja descaracterizada a litispendência, a doutrina tem falado, todavia, com relação às ações coletivas referentes a interesses individuais homogêneos e às ações individuais correlatas, em reunião de processos, seja por vislumbrar a continência, seja em razão da conexão, consoante o art. 105 do Código de Processo Civil. Essa reunião, no entanto, ao nosso ver é descabida, por não atender às próprias finalidades da ação coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos” (ARAÚJO FILHO. Luiz Paulo da Silva. **Ações Coletivas** - A Tutela Jurisdicional dos Direitos Individuais Homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 43).

<sup>87</sup>Idem.

<sup>88</sup>Idem.

coletiva.

É de se analisar, destarte, se a norma do artigo 265, IV, do Código de Processo Civil<sup>89</sup> pode ser utilizada pelo magistrado, objetivando, desta forma, a suspensão do processo particular, a fim de que o indivíduo seja afetado pela coisa julgada coletiva, sem que este requeira.

Note-se que, salvo pelo inciso II do artigo 265 do CPC (convenção das partes), as hipóteses de suspensão do processo possuem caráter público e são normas cogentes, mas que nem por isso possuem o condão de suplantar a inafastabilidade da jurisdição.

Dessa forma, admitindo-se a imperatividade da suspensão do processo individual, ainda que inexistente o requerimento do indivíduo, haveria clara afronta à retro citada garantia, porquanto exigiria a vinculação do direito individual à tutela coletiva, que, como já visto, não se confundem.

Infelizmente, o Superior Tribunal de Justiça, em sistema de recurso repetitivo<sup>90</sup>, entendeu pela possibilidade de suspensão de ofício das ações individuais frente ao ajuizamento de ação coletiva, julgado este veementemente criticado por nós em outra ocasião<sup>91</sup>.

Assim, em que pesem as restrições impostas à vinculação da demanda coletiva às demandas individuais, é de salutar relevância a compreensão de que aquela afeta esferas jurídicas dos membros do grupo que podem não participar diretamente do processo, mas que continuarão submetidos à decisão o que poderia importar, a princípio, lesão ao devido processo legal consagrado expressamente na Constituição como garantia fundamental.

---

<sup>89</sup>Art. 265. Suspende-se o processo:

[...] IV - quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente;

b) não puder ser proferida senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo;

c) tiver por pressuposto o julgamento de questão de estado, requerido como declaração incidente;

<sup>90</sup>REsp 1110549/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009

<sup>91</sup>NOYA, Felipe Silva. O Resp 1.110.549 à luz do devido processo legal: O acesso à justiça individual frente às ações coletivas. **Revista de Processo**. V. 197, São Paulo, p. 373-412, jul., 2011. Concordando parcialmente com as críticas formuladas, José Maria Tesheiner *in Ação Coletiva e suspensão das ações individuais* - Em sequência a um artigo de Felipe Silva Noya. Disponível em [www.processoscoletivos.net](http://www.processoscoletivos.net). Acesso em 03.03.2012.

## 2.5 AS AÇÕES COLETIVAS FRENTE AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

### 2.5.1 A dupla face do devido processo legal

O precedente mais remoto do devido processo legal, conforme leciona Ruitember Nunes Pereira<sup>92</sup>, é encontrado na idade média já no regime feudal alemão durante a dinastia de Conrado II.

O Decreto editado pelo imperador em maio de 1037 previa que nenhum homem poderia ser privado de seu feudo “[...] senão pelas leis do império (*laws of empire*) e pelo julgamento de seus pares (*judgement of his peers*)”.

Em sentido semelhante, o devido processo legal, embora consubstanciado em garantias formais despidas de conteúdo material, também foi consagrado na *Carta Magna*, elaborada sob o reinado de João Sem-Terra, sendo fruto da insurgência dos nobres ingleses devido à tensão sociopolítica existente na região<sup>93</sup>.

Em tal fase o devido processo legal limitava-se a garantias formais sem conteúdo material e alheio ao sentido de justiça, de forma que, conforme assevera Paula Sarno Braga,

assegurava-se, pois, que nenhum “homem livre” seria privado de seus bens jurídicos maiores – vida, propriedade, liberdade –, sem que antes tivesse sido atendidas exigências formais, quais sejam, o julgamento por seus pares (*judgement of his peers*) e o respeito à lei da terra (*law of the land*). Isso significava que os direitos naturais do homem somente poderiam sofrer limitações com respeito aos procedimentos e ao direito comumente aceito e sedimentado nos precedentes judiciais<sup>94</sup>.

Essa face formal da cláusula do devido processo legal foi aceita e perdurou entre os séculos influenciando as Cartas Coloniais da América do Norte e, posteriormente, a própria Constituição dos Estados Unidos, notadamente através das emendas 5<sup>a</sup> e 14<sup>a</sup><sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup>PEREIRA, Ruitember Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. 1.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>93</sup>BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 156.

<sup>94</sup>Idem, ibidem, p. 160.

<sup>95</sup>CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido Processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 29.

De fato, esta garantia se deu inicialmente, conforme afirma Carlos Roberto Siqueira Castro<sup>96</sup>, no âmbito penal, figurando como verdadeiro requisito de validade da jurisdição nesta instância, mas acabou por se espalhar nas esferas civis e, mais recentemente, na administrativa.

Embora restrita ao âmbito formal, o Princípio do Devido Processo Legal já era reconhecido através de garantias explícitas e implícitas no estatuto constitucional norte-americano, as quais tomavam como escopo a equalização da relação processual principalmente através dos instrumentos de participação que concretizavam a ampla defesa e o contraditório. Atento a isto, Humberto Theodoro Júnior assevera que

como parte das garantias fundamentais, o *due process of law* pressupõe que ninguém pode ser afetado em sua esfera jurídica sem ter sido ouvido e vencido em juízo, em procedimento que, ainda, respeite sua dignidade pessoal. Na verdade, o princípio do *contraditório*, sem o que não se pode admitir o processo como democrático, não é senão um simples aspecto do direito fundamental e genérico da igualdade de todos perante a lei, que, no campo da justiça, se traduz na igualdade das partes no processo<sup>97</sup>.

Assim, originariamente o devido processo legal não legitimava o questionamento dos atos do Poder Público, incluindo-se aqui a própria lei, de forma que os primeiros julgados norte-americanos lhe deram aplicação sob um enfoque estritamente processual-formal<sup>98</sup>.

Deste modo formulada, a cláusula do devido processo legal, em sua face formal (*procedural due process*), “nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível”<sup>99</sup>.

Embora os Estados Unidos da América originariamente circunscrevessem a cláusula do devido processo legal a uma natureza meramente processual, em 1803 no precedente *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte introduziu o que mais tarde viria dar lastro ao *substantive due process*, ou seja, a face material do devido processo legal.

Em tal julgado, a Suprema Corte afirmou que

é enfaticamente atribuição e dever do órgão judicial dizer o que é o direito. Aqueles que aplicam a regra nos casos concretos devem, necessariamente,

<sup>96</sup> Idem, Ibidem, p. 29.

<sup>97</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela, no direito processual Civil. **Revista Forense**, v. 310, Rio de Janeiro, p. 19-28, abr./jun., 1990, p.21.

<sup>98</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Op. cit. p. 41-42.

<sup>99</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8.ed. ver. ampl. E atual. São Paulo: RT, 2004, p. 70.

esclarecer e interpretar esta regra. Se duas leis entram em conflito entre si, a corte deve decidir a operabilidade de cada uma.

Então se a lei estiver em oposição à Constituição: se ambas, lei e constituição, são aplicadas em um caso concreto, então a corte deve também decidir o caso de acordo com a lei, indiferentemente à Constituição, ou de acordo com a Constituição, sem levar em consideração a lei: a Corte deve determinar qual dessas normas conflitantes governa o caso. Esta é a verdadeira essência da função judicial.

[...]

Aqueles, destarte, que subvertem o princípio de que a constituição deve ser considerada, na justiça, como uma lei suprema, ficam reduzidos à necessidade de manter a justiça de olhos fechados para a Constituição, e ver apenas a lei.

Esta doutrina iria subverter o verdadeiro fundamento das constituições escritas.

[...]

Poderia ser esta a intenção daqueles que deram este poder, por assim dizer, de forma que a Constituição não deveria ser analisada? Este é um caso nascido sob a Constituição que deveria ser decidido sem o exame do instrumento sob o qual ele nasce?

Isto é muito extravagante para ser mantido (tradução nossa)<sup>100</sup>.

A consequência de tal precedente - abertura do controle judicial das leis e dos demais atos do Poder Público<sup>101</sup> – espalhou-se para outros países dando início à chamada face material do devido processo legal (*substantive due process*).

---

<sup>100</sup>“It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each.

So if a law be in opposition to the constitution: if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law: the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.

[...]

Those then who controvert the principle that the constitution is to be considered, in court, as a paramount law, are reduced to the necessity of maintaining that courts must close their eyes on the constitution, and see only the law.

This doctrine would subvert the very foundation of all written constitutions.

[...]

The judicial power of the United States is extended to all cases arising under the constitution.

Could it be the intention of those who gave this power, to say that, in using it, the constitution should not be looked into? That a case arising under the constitution should be decided without examining the instrument under which it arises?

This is too extravagant to be maintained”. Disponível em <<http://www.lectlaw.com/files/case14.htm>>

<sup>101</sup>Nesse sentido, Lawrence Tribe (*American constitutional law*. 2.ed, New York: the Foundation Press, 1988, p. 760-768) afirma que a cláusula do devido processo legal é entendido nos Estados Unidos como forma restritiva e extensiva a toda intervenção estatal no âmbito individual.

Não obstante a ampliação da concepção do devido processo legal a fim de abarcar o poder de revisão de atos normativos, a Suprema Corte norte-americana a manteve ligada à ideologia jusnaturalista, apoiando-se, para tanto, em direitos e princípios inerentes à comunidade e que legitimariam a atuação do Poder Judiciário.

Assim, em 1908, no julgamento do precedente *Twining v. State*, a corte máxima dos Estados Unidos, através do *Justice Moody*, afirmou que

esta corte nunca se propôs a definir com precisão a expressão “devido processo legal”... Foi suficiente dizer que havia certos princípios imutáveis de justiça inerentes à **ideia** de governo livre, dos quais nenhum membro da União poderia ignorar.

As mesmas palavras foram utilizadas para a “Lei da Terra” de cada Estado, da qual deriva sua autoridade originária do poder inerente e reservado ao Estado, manifestado nos limites destes princípios fundamentais de liberdade e justiça, os quais permanecem na base de todas as nossas instituições civis e políticas.

O limite de todo o controle do qual o Estado goza nos procedimentos desta corte, tanto nos casos cíveis quanto nos penais, é objeto apenas da qualificação de que este procedimento não deve trabalhar a fim de negar os direitos fundamentais ou conflitar com cláusulas específicas e aplicáveis da Constituição Federal (tradução nossa)<sup>102</sup>.

No Brasil, conforme assevera Adhemar Ferreira Maciel<sup>103</sup>, a Constituição Federal de 1988 foi a pioneira na utilização da referida cláusula quando, inspirada nas emendas nº 5 e 14 da Constituição norte-americana, consagrou, em seu artigo 5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Notável que na segunda metade do século XX, conforme assevera José Joaquim Calmon de Passos<sup>104</sup>, houve a constitucionalização do processo, alargando o conceito do devido processo legal para o do devido processo constitucional, uma vez que

---

<sup>102</sup> *This court has never attempted to define with precision the words 'due process of law.' . . . It is sufficient to say that there are certain immutable principles of justice which inhere in the very idea of free government which no member of the Union may disregard.*

*The same words refer to that law of the land in each State, which derives its authority from the inherent and reserved powers of the State, exerted within the limits of those fundamental principles of liberty and justice which lie at the base of all our civil and political institutions.*

*The limit of the full control which the State has in the proceedings of its courts, both in civil and criminal cases, is subject only to the qualification that such procedure must not work a denial of fundamental rights or conflict with specific and applicable provisions of the Federal Constitution.* Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/211/78/case.html>>

<sup>103</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. O devido processo legal e a constituição brasileira de 1988. **Revista de Processo**, v. 85, São Paulo, p.175-180, jan./mar. 1997, p. 175.

<sup>104</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon.. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista Forense**, v. 351, Rio de Janeiro, p. 107-116, jul./set., 2000, p. 110.

compreendido o direito como algo não *dado* aos homens pela natureza, mas por eles *produzido*, revelou-se fundamental entender-se o processo de sua produção, que se percebeu ter matrizes políticas, devendo, portanto, para legitimar-se, adequar-se a quanto *estabelecido constitucionalmente para sua produção*, em qualquer de seus níveis. Disso resultou, por exemplo, e para mencionar apenas uma das mais significativas **conseqüências** no âmbito do processo, erigir-se o direito de ação, cuja autonomia fora teorizada no século XIX, à categoria de direito fundamental, cujo objeto passou a ser o dever do Estado-juiz de prestar sua atividade jurisdicional com vistas a produzir o direito aplicável ao caso concreto, fazendo-o não de modo arbitrário ou pretensamente racional, sim com obediência irrestrita a quanto disposto como *devido processo constitucional*<sup>105</sup>.

Mas o **que** encerraria, ainda que de modo genérico, o conceito de devido processo legal?

A Suprema Corte norte-americana, no precedente *Solesbee v. Balkcom*, em voto do *Mr. Justice Frankfurter*, vinculou o devido processo legal a princípios morais tão enraizados na sociedade que os tornam seu próprio fundamento<sup>106</sup>.

A jurisprudência brasileira, todavia, afastando-se de preceitos jusnaturalistas, conforme se verifica no voto do Min. Celso de Mello no âmbito da ADI-MC 1407, parte de premissas mais concretas de forma a conceituar a cláusula do devido processo legal não apenas como restrição de caráter procedimental à atuação do Poder Público, mas antes como verdadeiro poder de tutelar os direitos da sociedade contra atos legislativos desprovidos de razoabilidade<sup>107</sup>.

Assim, surgiu também na doutrina aqueles que defendem a vinculação do devido processo legal, notadamente em sua faceta material, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade de forma que

na verdade, a ideia central dos princípios da proporcionalidade/razoabilidade – cujos sentidos são convergentes – é, em suma, a proibição dos excessos no exercício do Poder Estatal. Os atos estatais devem ser: i) *substancialmente*

<sup>105</sup> Idem, ibidem, p. 110.

<sup>106</sup> *It is now the settled doctrine of this Court that the Due Process Clause embodies a system of rights based on moral principles so deeply embedded in the traditions and feelings of our people as to be deemed fundamental to a civilized society as conceived by our whole history. Due Process is that which comports with the deepest notions of what is fair and right and just.* Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/339/9/case.html>>.

<sup>107</sup> “É preciso salientar, neste ponto, que a cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter procedimental à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão substantiva, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário.

A essência do *substantive due process of law* reside, pois, na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade”. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 10603-8, Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>.

*adequados* para alcançar o resultado pretendido, considerando-se que os meios escolhidos devem ser aptos a conduzir ao fim almejado; ii) *realmente necessários* para obter tal fim, aferindo-se se não haveria outros meios menos gravosos para o cidadão; iii) e enfim, *estritamente proporcionais*, ou seja, ponderados os valores em jogo, não se pode malferir aquele de maior valia; as vantagens com a prática do ato estatal devem superar as desvantagens.

[...] Como se pode notar, é essencial para o estudo do princípio do devido processo legal substancial essa sua identificação com o princípio da proporcionalidade/razoabilidade, vez que permite a melhor compreensão do seu significado e alcance<sup>108</sup>

Desta forma, em que pese a dificuldade de se estabelecer um conceito sólido, a doutrina<sup>109</sup> o põe como verdadeira amálgama de princípios, consubstanciando uma síntese de garantias fundamentais sempre aplicada em sua inteireza, embora seus corolários possam ser ponderados.

Com tal compreensão Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>110</sup> afirma categoricamente que é pacífico o entendimento do Devido Processo Legal como um supraprincípio, ou princípio-base, que vai incidir sobre todos os procedimentos guiando as demais normas.

Já Fredie Didier Junior<sup>111</sup>, com maior precisão, afirma que o devido processo legal é uma cláusula geral processual o que significa dizer que possui hipótese fática vaga e efeitos indeterminados cabendo ao órgão julgador a sua especificação através de um desenvolvimento judicial do direito.

Essa delimitação é constantemente realizada não só pelos tribunais, mas também pela doutrina que apresenta alguns princípios e garantias originadas desta cláusula geral cujo estudo mostra-se pertinente às ações coletivas, até mesmo porque com a adoção das particularidades do direito tutelado, o procedimento coletivizado exige uma alteração paradigmática nesses princípios auferidos da cláusula geral do devido processo legal, moldando-o para um devido processo legal coletivo.

---

<sup>108</sup>BRAGA, Paula Sarno. Op. cit. p. 192.

<sup>109</sup>Idem, ibidem, p. 181.

<sup>110</sup>NEVES, Daniel Assumpção Amorim. **Manual de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Forense, 2010, p. 58.

<sup>111</sup>DIDIER JUNIOR, Fredier. **Cláusulas Gerais Processuais**, Disponível em: [http://www.oab.org.br/ena/pdf/FredieDidierJr\\_ClausulasGeraisProcessuais.pdf](http://www.oab.org.br/ena/pdf/FredieDidierJr_ClausulasGeraisProcessuais.pdf), acesso em 05 de novembro de 2011.



## 2.5.2 Garantias correlatas

A cláusula do devido processo legal, entendida em si mesma como um conglomerado de princípios, regras e garantias, figura como princípio fundamental do processo e acaba por lastrear todos os demais.

Nelson Nery Junior<sup>112</sup> chega ao extremo de afirmar que bastaria a consagração expressa da referida cláusula, nos termos do art. 5º da CF, para que se inferissem todas as normas processuais cujo escopo fosse a própria justiça. Seria, “por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies”<sup>113</sup>.

Entendemos, no entanto, que se é verdade que da natureza de cláusula geral do devido processo legal permitir-se-ia a retirada de todos os demais princípios processuais, também entendemos que a especificação de alguns deles pelo legislador, constitucional ou infraconstitucional, não se mostra de todo despiendo, uma vez que consolida positivamente, como cláusula petrea, alguns de seus subprincípios evitando discussões procrastinatórias no feito e até mesmo o retrocesso (efeito *cliquet*) em casos de alterações constitucionais<sup>114</sup>.

Todavia, embora o legislador possa arrolar o mínimo de garantias extraídas já *a priori* da referida cláusula geral, diversas outras normas são obtidas do instituto analisado, de forma que a doutrina<sup>115</sup> põe como principais garantias correlatas não apenas a isonomia e o juiz natural, mas acrescem a estes o contraditório, a ampla defesa, a publicidade dos atos

<sup>112</sup> NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit. p. 60

<sup>113</sup> Idem, Ibidem, p. 60.

<sup>114</sup> “Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (direitos dos trabalhadores, à assistência, à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A proibição do retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos.[...]”

A violação do núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social.

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura a simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou formulados em termos gerais ou de garantir em abstracto um status quo social, mas de proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no seu núcleo essencial” (CANOTILHO, J. J. Gomes . **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 338-339). No mesmo sentido Edilton Meireles *in* **Princípio do não-retrocesso social no direito do trabalho**. Revista Evocativa. Disponível em: <http://www.evocati.com.br>, Acesso em: 05.03.2012.

<sup>115</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. O princípio do devido processo legal revisado. **Revista Forense**, v. 380, Rio de Janeiro, p. 219-236, jul./ago., 2005.

processuais, a vedação das provas ilícitas e a motivação dos atos judiciais.

Embora as garantias acima arroladas guardem imensa relevância, a presente pesquisa ficará restrita a tratar mais minuciosamente daquelas que, a princípio, poderiam consubstanciar certo óbice à atuação coletiva, de forma que o foco será dado ao direito à participação processual (contraditório e ampla defesa) cuja repercussão se faz de assaz importância para o deslinde desta pesquisa<sup>116</sup>.

Conforme opina Eduardo Juan Couture<sup>117</sup>, a obrigatoriedade de ouvir a outra parte é fórmula que resume o princípio da igualdade, de forma que o contraditório seria ícone da igualdade formal.

Nesse sentido, o aludido princípio limitaria a atuação do julgador, quando apresentada petição ou formulada nova pretensão, salvo situações excepcionais, à prévia oitiva da parte contrária<sup>118</sup>.

Também é Eduardo Juan Couture<sup>119</sup> que adverte que tal regra não deve ser tomada em bases aritméticas, mas antes deve ser entendida como uma “razoável igualdade de possibilidades no exercício da ação e da defesa” (tradução nossa).

Atento a isto, Francesco Carnelutti<sup>120</sup> pugna pela atenção a ser dada não apenas na possibilidade do contraditório, mas também em sua própria efetividade relaxando as amarras da igualdade formal, e permitindo o caminho à isonomia material, de forma que:

O contraditório implica uma relação de forças e isto nem sempre está de acordo com a justiça. Vários institutos processuais, da assistência jurídica gratuita às providências cautelares, do litisconsórcio ao Ministério Público e à intervenção assessória, devem ser considerados a luz deste princípio (tradução nossa<sup>121</sup>).

---

<sup>116</sup>Por outro lado a questão da (im)parcialidade do magistrado (elemento intrínseco ao juiz natural), notadamente devido à circunscrição de seus poderes, será analisado, por questões didáticas no capítulo referente ao controle judicial da substituição coletiva, mas nem por isso entendemos estar vinculado ao devido processo legal.

<sup>117</sup>COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3.ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978, p. 183.

<sup>118</sup> Idem, ibidem, p. 183.

<sup>119</sup> Idem, ibidem, p.185.

<sup>120</sup>CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*. V. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971, p.113.

<sup>121</sup>“El contradictorio implica una relación de fuerzas y esto no siempre va de acuerdo con la justicia. Vários institutos procesales, del patrocinio gratuito a las providencias cautelares, del litisconsórcio al ministerio público y a la intervención accesoria, deben ser considerados a la luz de este principio”. Idem, ibidem, p. 113.

Mais atualmente, Luiz Guilherme Marinoni<sup>122</sup> fixou concepção ampliativa do contraditório não o restringindo, de forma incondicional, aos limites traçados pela legislação, partindo, para tanto, da premissa de que a regra legal pode trazer restrições indevidas ao direito de impugnação da pretensão do autor, o que ensejaria a análise do controle de constitucionalidade da lei. Vincula-se, assim, o contraditório ao *substantive due process of law*.

Todavia, o princípio do contraditório não deve restar reduzido a este caráter formal, também chamado de bilateralidade da audiência, mas deve se estender ao poder de influência das partes. Há a obrigatoriedade não apenas de permitir que a parte seja ouvida, mas, sobretudo, de que possa influenciar na decisão final<sup>123</sup>.

Deve-se lembrar, no entanto, que o direito fundamental ao contraditório não impõe a obrigatoriedade da presença do Réu como essencial para o desenrolar legítimo do processo. “O que é indispensável é que se coloque o réu na condição de poder defender-se”<sup>124</sup>, o que encerraria o âmago da garantia.

Já a ampla defesa, embora comumente tratada em conjunto com o contraditório, inclusive em sede legislativa, com ele não se confunde.

Assim, a amplitude da defesa deve ser extensa, permitindo-se a produção de provas, por qualquer meio, idôneas ao convencimento do magistrado, de modo que a limitação aos recursos probatórios deve ser feita de forma excepcional, seja por via legislativa ou judicial, mas sempre preservando a possibilidade de influência.

Destarte, a título exemplificativo das limitações à ampla defesa, permite-se a vedação à produção de prova pericial do bojo do rito do mandado de segurança, em nome do escopo precípua de tal procedimento especial, mas, em contrapartida, sendo esta necessária, viabiliza-se a tutela pelas vias ordinárias o que acarreta óbice intransponível à formação de coisa julgada material sobre o objeto principal no *mandamus* quando este for considerado inadequado para a tutela pretendida – protege-se, assim, nada mais do que a ampla defesa.

Salutar, deste modo, que a ampla defesa é instituto mais amplo do que o contraditório, sendo

---

<sup>122</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: RT, 2006, p. 308.

<sup>123</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 14. ed., Salvador: Juspodivm, 2012, p.57.

<sup>124</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**. V.I, 7.ed., rev. e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 300.

este inserido naquela como um dos meios de sua concretização, uma vez que, como bem salientou Delosmar Mendonça Junior<sup>125</sup>, “o contraditório é o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, esta se realiza através do contraditório”.

Não obstante a essencialidade, no processo, do contraditório para a aferição do respeito à ampla defesa, outros preceitos são igualmente importantes. Neste sentido, o próprio duplo grau de jurisdição não aceita limitações sem lastros fundamentantes legítimos, como ocorre, por exemplo, na necessidade de recolhimento de multas aos cofres públicos<sup>126</sup>, ou o próprio recolhimento ao cárcere que, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal<sup>127</sup>, violaria o devido processo legal por configurar lesão à garantia do duplo grau de jurisdição, aqui posto como corolário da ampla defesa.

Deve ser recordado, outrossim, que tanto a ampla defesa quanto o contraditório não estão restritos a garantias de titularidade do demandado, configurando, em verdade, direito fundamental de todos os litigantes que deverão participar do processo que culminará em decisão vinculante a eles, podendo influir em seu deslinde.

Em relação ao autor, o contraditório se faz visível não só nos casos de reconvenção, pedido contraposto e resposta a recursos interpostos pela parte contrária, mas ainda na própria réplica onde terá a oportunidade de manifestar-se sobre a defesa deduzida pelo Réu.

Assim, a ampla defesa deve ser entendida como garantia extensiva a todas as partes e que encerra em seu bojo não apenas questões probatórias e de influência (contraditório), mas também a própria possibilidade de levar a juízo a pretensão que o indivíduo entender violada (garantia de defesa judicial do direito violado) e de participar do processo cujo ato final (decisão) irar afetá-lo.

Em verdade, a depender do grau de lesão da ampla defesa, entendida desta forma ampla, não

---

<sup>125</sup>MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. **Princípio da ampla defesa e da efetividade no processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, p.55.

<sup>126</sup>Neste teor, verificar o Recurso Extraordinário nº 170145 – SP, cujo relator foi o Min. Menezes Direito cuja decisão exarada em 15.04.2008 foi emendada com o seguinte teor: Mandado de segurança. Recurso administrativo. Recolhimento da multa. Prejudicialidade com o julgamento do recurso em razão da medida liminar. Direito de ampla defesa. 1. Não se considera prejudicado o mandado de segurança em razão do julgamento do recurso administrativo por força da medida liminar se o direito pleiteado necessita de definição jurisdicional considerando a disciplina da Constituição Federal. 2. O recolhimento da multa aos cofres da unidade federada como condição de recorribilidade atinge o direito de ampla defesa do contribuinte, garantido pelo constituinte dos oitenta. 3. Recurso extraordinário desprovido (grifo nosso). Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>.

<sup>127</sup>Habeas Corpus nº HC 88420. Rel.: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 17.4.07. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>

se pode sequer defender a existência de instauração da relação jurídica, uma vez que para tal é necessário, como se verá alhures, a existência do sujeito.

Tal percepção levada a cabo parcialmente por Elio Fazzalari<sup>128</sup> tem grande repercussão na exata compreensão da natureza jurídica da atuação coletiva.

### 2.5.3 O devido processo legal coletivo

A partir da concepção do devido processo legal e de suas garantias correlatas, o sistema processual individualista parece impor óbice a um sistema de tutela coletiva devido à inexistência de uma participação “física” dos coletivamente substituídos.

Ademais, as peculiaridades das demandas de massa impõem uma atuação pró-ativa do magistrado que nem sempre é visto com bons olhos pela doutrina, a qual, por sua vez, tende a restringir, por medo de eventuais arbitrariedades, os poderes do juiz, apegando-se, para tanto, no culto ao legalismo e formalismo.

Afastando-se desta limitação, Mauro Cappelletti<sup>129</sup> já altercava a modificação dos moldes individualistas acreditando que as alterações no sistema procedimental que focava exclusivamente o interesse material, principalmente para a fixação da legitimação para a atuação em juízo, e a iniciativa particular, concretizavam a mais profunda “evolução do Direito judiciário na época contemporânea”<sup>130</sup>.

Mesma percepção já possuía José Carlos Barbosa Moreira<sup>131</sup> quando, ao defender a ação popular, apontou a necessidade da socialização, palavra criticada pelo autor por imprimir, em certas ocasiões, sentido diverso daquele ao qual almejava, do processo, libertando este de amarras individualistas de forma a tratá-lo com as peculiaridades que os “novos direitos” trouxeram ao campo processual.

Assim, não basta a elaboração de procedimentos formais adequados para a proteção de

---

<sup>128</sup>FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direitos Processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

<sup>129</sup>CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, v. 5, São Paulo, p.128-159, jan./mar., 1977, p. 130-132.

<sup>130</sup>Idem, ibidem, p. 132.

<sup>131</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na constituição federal de 1988. **Revista de Processo**, v. 61, São Paulo, p.187-200, jan./mar., 1991, p. 199-200.

direitos meta-individuais, mas são necessárias, sobretudo, profundas alterações substanciais nos sistemas procedimentais<sup>132</sup>. Mesma lição é trazida por Mauro Cappelletti:

Eis, portanto, porque mesmo os milenares princípios de defesa e de contraditório se revelam insuficientes diante das mutantes exigências da sociedade contemporânea. Tal insuficiência, por outro lado, não significa abandono, mas superação. É necessário superar sistemas de um garantismo processual de caráter meramente individualístico, um garantismo justamente – mesmo se por acaso muito incondicionalmente – criticado na refletida palestra de Vittorio Denti. Em segundo lugar, deve nascer um novo e mais adequado tipo de garantismo que eu gostaria de definir como “social” ou “coletivo”, conceito não somente para a salvaguarda dos indivíduos em um processo individualístico, mas também para a salvaguarda dos múltiplos e extremamente importantes novos grupos e “corpos intermediários” que também reclamam acesso à justiça para a tutela de seus interesses. Somente deste modo, enfim, será integralmente atuado o preceito constitucional, que quer não apenas o respeito do direito de defesa e, portanto, do contraditório (art. 24, § 2º da Constituição italiana), mas que, também, uma efetiva tutela dos direitos e interesses legítimos (art. 24, § 1º, em confronto com o art. 3º) e, portanto, também dos direitos e dos interesses que a própria Constituição ou outras leis atribuem às “formações sociais” nas quais o homem “desenvolve sua personalidade” (art. 2º).

Para resumir em poucas palavras aquilo que deveria ser um longo discurso, direito que a lição comparativa poderia traduzir-se, por esse motivo, na fórmula: *adequada representatividade*<sup>133</sup>.

Rodolfo Camargo Mancuso<sup>134</sup> giza que os direitos de ser ouvido, de ser citado e o de apresentar defesa são substituídos pelo direito de ser ouvido, citado e defendido através de um *representante*, o que impõe uma *representatividade adequada*<sup>135</sup>, a qual, por seu turno, nos leva à análise, mais abaixo, dos poderes procedimentais do magistrado e sua imparcialidade quando examina a legitimidade desta atuação.

Note-se que a adequabilidade não pode estar restrita ao plano teórico, o que enseja não apenas

<sup>132</sup>SALLES, Carlos Alberto de. *Políticas públicas y la legitimidad para la defensa de intereses difusos y colectivos*. In GIDI, Antônio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos: hacia un código modelo para iberoamerica*. México: Editora Porrúa, 2003, p. 120.

<sup>133</sup>CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit. p. 154-155.

<sup>134</sup>MANCUSO, Rodolfo Camargo de. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. São Paulo: RT, 2006, p. 282.

<sup>135</sup>“Esse instituto, desconhecido do processo individual, alicerça no processo coletivo a legitimação, exigindo que o portador em juízo dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos apresente as necessárias condições de seriedade e idoneidade, até porque o legitimado é o sujeito do contraditório, do qual não participam diretamente os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas.

Embora a legislação atual não mencione expressamente a representatividade adequada, ela inquestionavelmente por der vislumbrada em normas que dizem respeito à legitimação das associações. No Código projetado, a representatividade adequada está acoplada aos requisitos objetivos que acompanham as normas sobre legitimação e deverá ser aferida pelo juiz quando o legitimado for pessoa física e nas ações coletivas passivas”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual coletivo*. In JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JUNIOR, Fredie Souza (coord.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 33).

a análise da idoneidade do porta-voz, trabalho a que as teorias da atuação coletiva se debruçam, mas antes impõe a elaboração de outros instrumentos processuais que obstaculizem a inidoneidade *in concreto*.

Os sistemas especiais de formação da coisa julgada, trazidos nos diplomas processuais brasileiros, prestam-se ao controle da idoneidade em concreto, de forma que se em abstrato alguém, v.g. o Ministério Público, guarda idoneidade por força de lei para demandar a tutela de direitos coletivos, esta atuação pode não se mostrar tão eficaz na prática.

Veja-se, por exemplo, os casos nos quais o *Parquet* não consiga produzir provas suficientes para o convencimento do magistrado, o que acarretaria a aplicação do julgamento segundo os eventos probatórios.

Dessa forma, a coisa julgada *secundum eventum probationis* é meio eficaz para garantir, na prática, que a eventual atuação inadequada não cause prejuízo aos substituídos, sem a qual os indivíduos que deveriam estar albergados pelos efeitos da decisão coletiva, não podem por esta serem afetados sob pena de se violar o devido processo legal coletivo.

Por outro lado, correto parece a crítica levantada por Marcio Flávio Mafra Leal<sup>136</sup>, segundo o qual o sistema de formação da coisa julgada *secundum eventum litis* se mostra desproporcional, uma vez que a improcedência não significa, *ipso facto*, inadequação da atuação<sup>137</sup>.

As demandas coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos são ações que visam a tutela de direitos individuais que, por terem origem comum, merecem tratamento isonômico, legitimando, assim, a proteção em massa.

Essa característica, embora não desvirtue a natureza individual<sup>138</sup> dos direitos objetos da ação

---

<sup>136</sup> “Do ponto de vista teórico é insustentável, pois o adequado representante deixa de sê-lo pelo fato de ter perdido a ação [...]. Pode-se argumentar ainda pela manutenção da ressalva como um elemento ainda de política protecionista, ou de uma visão social do processo. Mas dentro dessa mesma visão social, há um interesse público na estabilização de relações litigiosas. Não é concebível que o ‘adequado representante’, ao lado do Ministério Público fiscal da lei a monitorar seus passos em diversas instâncias, além da avaliação permanente do juiz sobre sua adequada representatividade [...] na longa estrada processual brasileira não bastem para salvaguardar legítimos direitos individuais em jogo” (LEAL, Márcio Flávio Mafra. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – aspectos políticos, econômicos e jurídicos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: RT, 2007.

<sup>137</sup> Mesmo entendimento é esboçado já com Antônio Gidi em “**A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007, p. 112”.

<sup>138</sup> Conforme aponta Antônio Gidi, a princípio, os direitos individuais homogêneos se mostram como aqueles

coletiva<sup>139</sup>, não justifica uma ofensa flagrante à sua eficácia, até mesmo porque a legitimidade do alcance da coisa julgada está baseada na adequação da atuação que, de qualquer sorte, não é vista exclusivamente na procedência da ação<sup>140</sup>.

Enfim, para que seja admitido o sistema de tutela coletiva é necessária uma gama de institutos que, ao tempo em que busquem a defesa adequada da massa, não se olvidem da tutela dos direitos subjetivos individualmente titularizados.

Em arremate, a superação do modelo individualista pelo formato coletivo do procedimento deve ser precedida de uma construção idônea, a qual deve levar em especial consideração, embora não ponha de lado outros fatores acima citados, a legitimidade para a atuação coletiva, o que perpassa a análise das teorias fundamentantes da atuação adequada

---

tradicionalmente considerados no sistema do *civil law*, claramente individualizáveis e divisíveis. Em verdade, tal instituto representaria uma reformulação no tratamento procedimental, a fim de se alcançar unitarismo nas decisões, relacionando direitos individuais de múltiplos indivíduos em uma única ação (Class Actions in Brazil - *A Model for Civil Law Countries. American Journal of Comparative Law*. Vol. 51, 2003, p. 357).

<sup>139</sup> Para Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior (in DIDIER JUNIOR, Fredie, ZANETI JUNIOR, Herme. **Curso de direito processual civil: processo coletivo. v.4.** 3.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 82-83), “Pelo que pudemos perceber até aqui, a tutela desses direitos não se restringe aos direitos individuais das vítimas. Vai além, tutelando a coletividade mesmo quando os titulares dos direitos individuais não se habilitarem em número compatível com a gravidade do dano, com a reversão dos valores ao FDD. Assim, não se pode continuar afirmando serem esses direitos estruturalmente direitos individuais, sua função é notadamente mais ampla. Ao contrário do que se afirma com foro de obviedade não se trata de direitos acidentalmente coletivos, mas de direitos coletivizados pelo ordenamento para fins de obter a tutela jurisdicional constitucionalmente adequada e integral.

<sup>140</sup> Parece, aqui, correta a doutrina de Owen Fiss, pela qual o que se protege constitucionalmente é o direito de representação adequada dos interesses e não o de participação direta no processo (em FISS, Owen. *The Allure of Individualism. Faculty Scholarship Series. Paper 1332*. Disponível em: [http://digitalcommons.edu/fss\\_paper/1332](http://digitalcommons.edu/fss_paper/1332). Acesso em: 27 mai 2012)



### 3 ATUAÇÃO COLETIVA E REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA

#### 3.1 AS TEORIAS DA REPRESENTAÇÃO COLETIVA

Os dogmas das ciências jurídicas processuais que defendiam um sistema individualista dos procedimentos civis encerravam clara incompatibilidade com o sistema das demandas coletivas.

Atento a isto, Antônio Gidi<sup>141</sup> apontou a necessidade de se abandonar as concepções tradicionais que exigiam um interesse pessoal e direto no resultado do litígio.

Uma dessas modificações demandada pela aceitação das ações coletivas é aquela referente à atuação coletiva, de forma que foram propostas soluções cujos exemplos são arrolados por Antônio Gidi<sup>142</sup>, assim,

propõe-se, por exemplo, a legitimação concorrente e disjuntiva de qualquer membro da comunidade ou coletividade lesada; a legitimação de pessoas jurídicas de direito privado (associações, entes despersonalizados) voltadas institucionalmente à defesa de tais interesses; a legitimação de órgãos do Poder Público (como o Ministério Público ou como o *ombudsman* dos países escandinavos) etc.

Essas soluções, porém, como bem salienta José Carlos Barbosa Moreira<sup>143</sup> não são excludentes, *a priori*, entre si, mas antes admitem combinações que possam suprir eventuais defeitos existentes na adoção de uma das hipóteses de forma “pura”.

Mesma combinação é defendida por Antônio Gidi<sup>144</sup>, o qual assevera que

limitar a seleção da representação do grupo a apenas uma das três alternativas pode ser mais prejudicial do que benéfica à integridade do sistema, aos membros ausentes e aos demandados. Uma combinação das três

---

<sup>141</sup> GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: um modelo para países de derecho civil*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 69.

<sup>142</sup> Idem, Legitimidade para agir em ações coletivas. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, São Paulo, p.52-66, abr./jun., 1995, p. 53

<sup>143</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 199.

<sup>144</sup> GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: um modelo para países de derecho civil*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 71-72.

opções, capacitando indivíduos, assim como as entidades públicas e privadas, para terem legitimação coletiva, ressalta tanto os aspectos positivos de cada enfoque quanto mitiga os problemas e riscos inerentes dos outros. As leis brasileiras sobre ações coletivas têm adotado um modelo pluralista, dando legitimação a uma ampla e diversa lista de entidades. Todavia, não há um modelo ideal. Outras jurisdições, ao decidir sobre a legitimação nas ações coletivas, devem considerar as peculiaridades e necessidades de sua sociedade (tradução nossa<sup>145</sup>).

A construção apontada adota uma legitimação concorrente, uma vez que aquela atribuída a um dos entes não exclui a do outro; exclusiva, aqui entendida como sinônimo de taxativa e; disjuntiva, “no sentido de não ser complexa, vez que qualquer uma das entidades colegitimadas poderá propor, sozinha, a ação coletiva sem necessidade de formação de litisconsórcio ou de autorização por parte dos demais co-legitimados”<sup>146</sup>.

Os problemas de tais características não passaram despercebidos por José Carlos Barbosa Moreira<sup>147</sup>, o qual, ao analisar o instituto da ação popular, aponta como risco não apenas a possibilidade de colusão entre um dos colegitimados e a autoridade responsável pelo ato irregular, mas também a eventual hipótese de desistência da ação ou sua extinção por negligência do porta-voz coletivo.

Não obstante tais possibilidades, a própria legislação cuidou de dar integridade ao sistema elaborando meios de intervenção não apenas do Ministério Público, notadamente como *custus legis*, mas, sobretudo, dos demais colegitimados<sup>148</sup>.

Dessa forma, é o próprio José Carlos Barbosa Moreira<sup>149</sup> que afirma a compatibilidade da solução de legitimação concorrente e disjuntiva com a sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, *in verbis*:

Seja como for, em termo genéricos, não parece difícil demonstrar que a

---

<sup>145</sup>*Limítar la selección de la representación del grupo a sólo una de las tres alternativas puede ser más perjudicial que benéfico a la integridad del sistema, a los miembros ausentes y a los demandados. Una combinación de las tres opciones, capacitando individuos, así como a entidades públicas y privadas para tener legitimación colectiva, promueve los aspectos positivos de cada enfoque en tanto que mitiga los problemas inherentes y riesgos de los otros. Las leyes brasileñas sobre acciones colectivas han adoptado un modelo pluralista, dando legitimación a una amplia y diversa lista de entidades. Sin embargos, no hay un modelo ideal. Otras jurisdicciones, al decir sobre la legitimación en las acciones colectivas, deben considerar las peculiaridades y necesidades de su sociedad.*

<sup>146</sup>GIDI, Antônio. Legitimidade para agir em ações coletivas. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 14, São Paulo, p.52-66, abr./jun., 1995, p. 55.

<sup>147</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. **Temas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 118.

<sup>148</sup>Idem *Ibidem*, p. 118.

<sup>149</sup>Idem. Legitimação para agir. **Temas de direito processual civil**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 201.

solução da *legitimatío* concorrente e “disjuntiva” se harmoniza com a sistemática do direito brasileiro. Não constitui fenômeno pouco familiar a esta, com efeito, reclamar uma pessoa em juízo a satisfação de interesse que seja, ao mesmo tempo, “próprio” e “alheio”. Tratando das obrigações indivisíveis, estatui o Código Civil, art. 892, 1ª parte, que “se a pluralidade for de credores, poderá cada um destes exigir a dívida inteira”. Como a indivisibilidade é, precisamente, uma das características essenciais da estrutura dos “interesses difusos” [...], basta, para resolver o problema, operação hermenêutica simples que desprenda da acepção rigorosamente técnica as palavras “credores” e “dívida”<sup>150</sup>

Vale apontar, outrossim, que a reformulação do devido processo legal e a busca pelo substituto adequado para a tutela coletiva dos direitos transindividuais e individuais homogêneos não se restringiu à elaboração de um modelo representativo, mas antes incluiu a análise da legitimidade desta atuação<sup>151</sup>.

A busca pela legitimidade deu origem a diversas teorias que, embora tragam premissas diferentes, podem, e devem, ser conjugadas, como fez o Brasil, para formar um sistema processual de atuação coletiva adequada.

É o que se passa a analisar.

### 3.1.1 Teoria da Corporação de Fato

A idade moderna desenvolveu a ideia de personalidade jurídica como a aptidão para desempenhar um papel na sociedade como sujeito de direitos e obrigações<sup>152</sup>.

Dessa forma, de acordo com lição de Orlando Gomes<sup>153</sup>, essa aptidão para agir juridicamente foi conferida não apenas à pessoa física, mas também à pessoa jurídica, de forma que, como aponta Marcio Flávio Mafra Leal, “o surgimento da *corporation* moderna e das teorias que lhe respaldam, sugere que todas as espécies de grupo que almejam o reconhecimento de um

<sup>150</sup> Idem, *ibidem*, p. 201. Embora o autor se refira ao Código Civil de 1916, o Código Civil de 2002 traz disposição semelhante ao tratar da solidariedade ativa apontando, em seu art. 267, que “cada um dos credores solidários tem direito a exigir do devedor o cumprimento da prestação por inteiro”.

<sup>151</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 53.

<sup>152</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 142.

<sup>153</sup> Idem, *ibidem*, o. 142.

direito deveriam assumir (ou tentar assumir) a forma de pessoa jurídica”<sup>154</sup>.

Tal construção, portanto, exigia a formação de uma corporação com os fins de representação judicial da classe integrante da associação, ainda que a esta formação não fosse concedida verdadeira personalidade jurídica. Exigia-se, assim, apenas o agrupamento corporativista que resultava no reconhecimento institucional da classe representada, além de significar seu consentimento para a atuação coletiva judicial.

Esse agrupamento despersonalizado não visa o reconhecimento da personalidade jurídica, tendo como único objetivo a própria legitimação para agir, consoante ensinamento de Márcio Flávio Mafra Leal<sup>155</sup>, uma vez que

seus membros não possuem, em tese, qualquer interesse em comum para além do fato de compartilharem um mesmo direito enquanto coletividade política social. Frequentemente, muitos desses componentes do grupo nem mesmo se conhecem, tornando-se uma *classe* por força do direito material que lhe é atribuído.

Esse escopo encontra respaldo legal no artigo 12 do Código de Processo Civil que permite a representação judicial das pessoas jurídicas despersonalizadas pelo seu administrador, legitimação esta defendida por Rodolfo Camargo Mancuso o qual afirma que:

Em que pese valiosas opiniões que alertam para a inconveniência ou já para a impossibilidade jurídica de outorga de legitimação a grupos sociais não personificados, que se propõem à tutela de interesses difusos, já tivemos ocasião de lembrar “que a exigência da personificação jurídica do grupo, se é adequada às ações individuais (onde “justa parte” é o *titular da pretensão*), deve ser vista com certos temperamentos quando se trate de ações objetivando a tutela de interesses superindividuais, pela natureza mesma desses interesses. Uma larga margem do fenômeno coletivo ficará desprovida de tutela se os seus portadores, para serem aceitas na Justiça como tal, tiverem que, prévia e necessariamente, se aglutinarem em pessoas jurídicas perfeitamente instituídas e reconhecidas pelo Estado”<sup>156</sup>.

De importante relevo é a lembrança de que também o CDC e a Lei de Ação Civil Pública não põem como requisito para a representação coletiva a personalidade jurídica da classe, grupamento ou grupo (da própria coletividade), exigindo apenas a constituição da associação nos termos da lei civil por mais de um ano além de sua finalidade social incluir essa

<sup>154</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra. Op. cit. p. 54.

<sup>155</sup> Idem, Ibidem, p. 56-57.

<sup>156</sup> MANCUSO, Rodolfo Camargo de. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. Lei 7.347/85. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 145.

faculdade<sup>157</sup>.

Não obstante o quanto apontado, o Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende da ementa do acórdão exarado no Resp. nº 711264, parece exigir a personalidade jurídica para que se dê legitimidade, ao menos para os sindicatos, sem o qual não haveria de se falar em adequabilidade.

Problemas maiores encontram os grupos efêmeros e ocasionais<sup>158</sup> onde há certa resistência ao reconhecimento da adequabilidade de seus porta-vozes, embora, no Brasil, o requisito de prévia constituição possa ser dispensado no caso concreto<sup>159</sup>, como se infere da própria legislação infraconstitucional<sup>160</sup>.

### 3.1.2 Teoria da Hipossuficiência

Para essa teoria, o vocábulo hipossuficiência se afasta do conceito de incapacidade,

<sup>157</sup>Doutrina contrária é encontrada em José Carlos Barbosa Moreira (Legitimação para agir. **Temas de direito processual civil**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 202), “da solução *b* (legitimação de pessoas jurídicas ou entes não personificados) há pouco que dizer, *de iure condito*, no direito brasileiro. Fiel ao princípio tradicional da obrigatória coincidência entre os sujeitos da relação jurídico-material convertida e os sujeitos do processo ordenado à respectiva definição, ele vê com naturalidade o ingresso em juízo de pessoas jurídicas e até de certos entes não dotados de personalidade, sempre que se trate de direitos ou obrigações de que *eles* mesmos sejam titulares. Mostra, porém, escassa inclinação a abrir-lhes tal possibilidade na defesa dos interesses dos respectivos participantes. Os poucos exemplos que se poderiam apontar referem-se, em todo caso, a interesses que não merecem a qualificação de “difusos”.

<sup>158</sup>LEAL, Márcio Flávio Mafra. Op. cit. p. 57.

<sup>159</sup>Nesse sentido veja-se a ementa do Recurso Especial nº 706449-PR cujo relator foi o Min. Fernando Gonçalves, acórdão publicado em 09.06.2008: AÇÃO COLETIVA. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. REQUISITOS TEMPORAL. DISPENSA. POSSIBILIDADE. DIREITO INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. INTERESSE DE AGIR. EXISTÊNCIA.

1 - É dispensável o requisito temporal da associação (pré-constituição há mais de um ano) quando presente o interesse social evidenciado pela dimensão do dano e pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

2 - O §3º do art. 103 do CDC é norma de direito material, no sentido de que a indenização decorrente da violação de direitos difusos, destinada ao fundo especial previsto no art. 13 c/c o art. 16 da Lei nº 7.347/85 não impede eventual postulação ao ressarcimento individual (homogêneo) devido às vítimas e seus sucessores atingidos. Esse dispositivo não retira da associação o interesse (necessidade/utilidade) de ajuizar a ação coletiva própria, em face de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, buscando a proteção do meio ambiente e a prestação de assistência médico-hospitalar.

3 - Recurso especial não conhecido (grifo nosso).

<sup>160</sup>Art. 5º, § 4º da LACP – “O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)” – e § 1º do art. 82 do CDC - “O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”.

aproximando-se da noção de vulnerabilidade.

Essa vulnerabilidade, por sua vez, como aponta Márcio Flávio Mafra Leal<sup>161</sup>, relaciona-se à inidoneidade dos substitutos para litigarem em busca de um determinado direito material, de forma que a busca pelo representante adequado serviria para a veiculação desses direitos de forma coletiva. “A defesa individual, por constatação empírico-social, presumivelmente, não seria levada a efeito em níveis aceitáveis”<sup>162</sup>.

Na ação cujo objeto veicule direitos individuais homogêneos, a representação justificar-se-ia quando constatada, ainda que de forma presumida, a superioridade econômica ou jurídica do substituto em razão dos substituídos ou nos casos em que o valor a ser ressarcido, quando o dano individualmente considerado fosse mínimo, não instigasse o particular a ingressar em juízo<sup>163</sup>.

A questão do dano mínimo já havia sido apontada por José Carlos Barbosa Moreira como fundamento para o tratamento procedimental de direitos acidentalmente coletivos, tendo a teoria da hipossuficiência, intimamente associada à vulnerabilidade, sido consagrada como fundamento para a tutela dos consumidores, conforme se infere do próprio Código de Defesa do Consumidor, *ex vi* art.4º do diploma legal citado.

Os problemas desta teoria não são esquecidos pela doutrina<sup>164</sup>, a qual aponta que:

A Teoria da Hipossuficiência apresenta vários problemas. O primeiro deles refere-se à impertinência de seus fundamentos para sustentar o esquema representativo das ACDDs [ações coletivas de direitos difusos], pois, como visto, a questão não é da vulnerabilidade do membro da comunidade, mas de legitimação para a ação.<sup>165</sup>

O segundo problema diz respeito à identificação dos argumentos da Teoria da Hipossuficiência com aqueles produzidos pela doutrina do acesso à justiça que fundamenta as ações coletivas no plano político e sociológico, mas não apresenta uma *ratio* jurídica que autorize a supressão do direito de propor e de não propor ação para a proteção de seu direito, sendo este indivíduo capaz e o direito indisponível.

[...] Portanto, a Teoria da Hipossuficiência é capaz de demonstrar uma

---

<sup>161</sup>LEAL, Márcio Flávio Mafra. Op. cit. p. 57.

<sup>162</sup>Idem, ibidem, p. 58

<sup>163</sup>Idem, ibidem, p. 58

<sup>164</sup>Idem, Ibidem, p. 59.

<sup>165</sup>A crítica aqui esboçada por Márcio Flávio Mafra Leal (idem, ibidem) parte do pressuposto de que a Teoria da Hipossuficiência não é providencial para as ações coletivas de direitos difusos, porquanto nestes casos não há a aferição da vulnerabilidade dos representados, principalmente por estes serem, em verdade, uma massa não identificada, restando o âmbito de discussão naquele que deve substituir adequadamente a comunidade.

debilidade social e/ou jurídica dos membros de uma classe (v.g. consumidores). Porém, este fato, por si só, não pode ser aceito como razão bastante para retirar a autonomia desses indivíduos em disporem de seus bens e em proporem ações quando lhes aprouver.

Malgrado as críticas acima esboçadas, o sistema brasileiro de ações coletivas, notadamente no âmbito consumerista, estabeleceu diversos institutos processuais que compatibilizam a teoria legitimante adotada com o devido processual legal coletivo, o qual, por seu turno, como já apontado, torna imperativa a garantia do acesso à justiça pela via individual, se este for o desejo do particular.

### 3.1.3 Teoria do Consentimento

A teoria do consentimento utiliza como elemento legitimante da atuação coletiva o consentimento dos titulares do direito discutido, de modo que se exige a consulta direta àqueles que serão vinculados pela sentença<sup>166</sup>.

Tal construção ganha relevo na ação coletiva cujo objeto esteja restrito a direito individual homogêneo ou coletivo em sentido estrito, desde que no último caso, os integrantes da classe sejam previamente identificados. É que nas demandas que versem sobre direitos difusos a indeterminabilidade de titulares do direito discutido inviabiliza o elemento legitimante central dessa construção, qual seja, o consentimento<sup>167</sup>.

Na jurisprudência dos tribunais pátrios foi fixada orientação no sentido de que o consentimento, ou a autorização, dos membros do grupo não é elemento necessário para se legitimar a atuação dos entes legitimados à tutela dos direitos coletivos.

O Supremo Tribunal Federal, v.g. Recurso Extraordinário nº 210.029, fixou entendimento de que a expressa autorização dos representados pelo sindicato é elemento dispensável para a propositura da demanda coletiva, considerando, para tanto, que tal legitimação é ampla e caracterizaria verdadeira hipótese de substituição processual. O acórdão exarado no

---

<sup>166</sup> Idem, Ibidem, p. 63.

<sup>167</sup>“Trata-se de outra Teoria pertinente às ACDI’s [ações coletivas de direitos individuais]. Como diz o próprio nome, a Teoria requer o *consentimento* dos representados. A exigência do consentimento do membro da classe em ter seu direito individual representado por um terceiro adquiriu força no século XVIII e seguintes, diante dos efeitos do individualismo liberal e teve uma influência decisiva sobre alguns aspectos da moderna ACDI” (LEAL, Márcio Flávio Mafra. Op. cit., p. 60).

juízo do recurso indicado teve a seguinte ementa:

EMENTA: PROCESSO CIVIL. SINDICATO. ART. 8º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O artigo 8º, III da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido.

Esse entendimento levou inclusive à edição da súmula nº 629 a qual determina que “a impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”.

Mesma jurisprudência foi delineada pelo Superior Tribunal de Justiça que afasta a necessidade de prévia autorização, por entender que esta só é exigida nos casos em que o sindicato pleiteie direito do sindicalizado na condição de representante, tratando-se, assim, de verdadeira ação individual. Nesse sentido:

"PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEGITIMIDADE ATIVA - SINDICATO.

1. Nas ações civis públicas pode o sindicato funcionar como substituto processual ou como representante de seus sindicalizados.
2. Como substituto processual não precisa de autorização, mas o interesse defendido deve ser não só do sindicalizado, mas também da própria entidade, se conectado for o interesse dela com o daquele.
3. Na hipótese de representação, há necessidade de autorização do sindicalizado, porque o interesse defendido é unicamente seu, sem conexão alguma com o interesse da entidade.
4. A autorização, seguindo posição jurisprudencial majoritária, pode ser considerada como formalizada pela juntada da ata de reunião do sindicato, onde constem os nomes dos presentes.
5. Recurso especial conhecido e provido." (Recurso Especial nº 228.507/RR, 2.ª Turma, Rel.ª para o acórdão Min.ª ELIANA CALMON, DJ de 05/05/2004.)

Analisando a Constituição Federal parece que a legitimação, tanto das entidades associativas quanto dos entes sindicais, não está limitada à autorização dos substituídos.



É fato que o inciso XXI do art. 5º da CF<sup>168</sup> exige a autorização expressa, mas esse mesmo dispositivo faz referência à representação, instituto processual incompatível com as demandas coletivas onde haveria, para a parte considerável da doutrina e para a jurisprudência, como será visto, verdadeira substituição processual e, portanto, legitimação extraordinária<sup>169</sup>.

Aliás, as demais disposições constitucionais que versam sobre ações coletivas, v.g. mandado de segurança coletivo, art. 5º, LXX, e ações ajuizadas por sindicato, art. 8º, III, não determinam como item legitimante o consentimento de forma que exigi-lo apenas das entidades associativas, com fulcro no inciso XXI do art. 5º da Carta Magna, seria conturbar o tratamento da atuação para as ações coletivas.

Note-se, ainda, que, infraconstitucionalmente, a LACP e o CDC não trazem a exigência acima esboçada, tendo o último diploma a dispensado expressamente como se infere do inciso IV de seu art. 82.

Perfilhando o mesmo caminho, o art. 21 da nova Lei do Mandado de Segurança (Lei. 12.016/09) dispensa expressamente a autorização especial para o ajuizamento do mandado de segurança coletivo em relação aos entes associativos, aqui incluídos os sindicatos.

Também em sede jurisprudencial, a autorização dos substituídos não é elemento necessário, conforme se depreende de decisão do Superior Tribunal de Justiça, exarada no Agravo Regimental 1024997-SC, na qual restou consignada a igualdade de requisitos para a atuação processual do sindicato e das associações, *in verbis*:

---

<sup>168</sup> XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.

<sup>169</sup> Nesse sentido verificar decisão exarada na Apelação Civil nº 2000.01.00.012917-3/RR, publicada em 15/04/2008 e-DJF1 p.18, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, cuja ementa elaborada foi: "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL NÃO RECONHECIDA. ENTIDADE ASSOCIATIVA. LEGITIMIDADE PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO COLETIVA. HIPÓTESE DE REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. EXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DOS ASSOCIADOS. ART. 5º, XXI, CF/88. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO PARA PARTE DO PEDIDO. EXTINÇÃO PARCIAL DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. FUNÇÃO COMISSIONADA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. ART. 39, §1º, DA CF. LEI Nº 8.852/94. PARCELA NÃO INTEGRANTE DOS VENCIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO. 1. Não há que se falar em inépcia da inicial se a referida peça, embora não prime pela qualidade técnica, atende aos requisitos processuais, propiciando a compreensão do pedido e o julgamento da lide.

2. O ajuizamento de ação ordinária por associação de classe para a defesa de interesses individuais de seus associados não configura hipótese de substituição processual, sendo de se aplicar, à espécie, unicamente, o artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, que regula a representação processual e exige autorização individual dos associados ou autorização genericamente concedida através de **Assembleia** Geral para a propositura do feito, a qual deve abranger todo o objeto da pretensão. Não havendo autorização para propositura de ação versando sobre parte do pedido, extingue-se parcialmente o feito, de ofício, por ausência de legitimidade ativa.

[...] (grifo nosso).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA PROMOVIDA POR ENTIDADE DE CLASSE NA QUALIDADE DE SUBSTITUTO PROCESSUAL. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGENEO. AUTORIZAÇÃO. DESNECESSIDADE. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL.

1. Os sindicatos e associações, na qualidade de substitutos processuais, estão legitimados para ajuizar ações visando à defesa dos direitos de seus filiados, independentemente de autorização.
2. Desse modo, ainda que não tenha autorizado, expressamente, o sindicato de sua categoria para lhe representar na ação de conhecimento, o servidor tem legitimidade para propor execução individual oriunda de ações coletivas.
3. Agravo regimental desprovido.

Dessa forma, percebe-se que a teoria do consentimento, notadamente por inviabilizar em determinados casos a efetiva tutela coletiva, não logrou guarida no ordenamento jurídico brasileiro.

### 3.1.4 Teoria do Interesse

Visando a superação da necessidade do consentimento, foi desenvolvida na Inglaterra, em meados do século XIX, a Teoria do Interesse a qual trouxe um elemento legitimador diferenciado. “Esse elemento teórico seria a *identificação* do interesse do grupo com o interesse do autor, de forma que seja ‘inconcebível’ que o representado não aprove a representação de seu direito deduzido em juízo. Este é o cerne da Teoria dos Interesses”<sup>170</sup>.

Márcio Flávio Mafra Leal<sup>171</sup> aponta alguns elementos teóricos que serviriam de lastro para a referida teoria, dentre os quais o interesse não restrito à própria propriedade do representante, mas antes estendido à questão discutida na ação coletiva, ganha relevo.

Também o interesse deve estar vinculado à própria definição do grupo, de modo que “o interesse não só produz o liame entre representante-representado, como determina a própria existência do grupo ou classe, agregado em torno desse elemento comum, que se torna

<sup>170</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra. Op. cit. p. 63.

<sup>171</sup> Idem, Ibidem, p. 67-68.

concreto por meio do pedido formulado em juízo”<sup>172</sup>.

No sistema processual brasileiro, o liame entre os interesses do substituto coletivo e dos substituídos é consagrado na exigência de que o ente associativo possua como finalidade institucional a promoção daqueles direitos tutelados na demanda de massa e é tão privilegiado pela jurisprudência que o Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental nº 786463, entendeu que o benefício auferido pela ação coletiva se estende a todos aqueles titulares dos direitos, não se restringindo, portanto, aos seus associados.

Também o Supremo Tribunal Federal, sob o manto da pertinência temática, vem exigindo a harmonia dos interesses entre litigante coletivo e o agrupamento.

A pertinência temática, entendida como a repercussão da decisão no interesse do próprio demandante, foi consignada expressamente pelo Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADI. nº 2747-6, ao examinar a constitucionalidade de ato normativo atacado pelo Governador de Minas Gerais.

Dessa forma, na ADIn – ação classicamente coletiva – foi declarado que:

Entrementes surge, no caso, outro dado a ser analisado pelo Plenário e que, sob a minha óptica, leva ao não-conhecimento da ação. Está-se diante da impugnação pelo Estado de Minas Gerais de diploma que envolve as demais unidades federadas. Tem-se assentado que, assim sendo, indispensável é a demonstração da necessidade e da utilidade do pedido formulado, presentes os interesses do Estado requerente.

[...] O convênio mostrou-se neutro em relação ao Estado de Minas Gerais, motivo pelo qual não se pode assentar, no campo do interesse, o atendimento ao pressuposto que legitima um Estado a atacar, no âmbito do controle concentrado, diploma emanado ou de Estado diverso, ou da União.

No âmbito associativo, a pertinência temática está vinculada ao interesse dos substituídos cujo ente com legitimidade coletiva visa defender, escopo este consagrado como finalidade institucional<sup>173</sup>.

O próprio Ministério Público, embora sua legitimação esteja mais intimamente vinculada à teoria abaixo esboçada, não escapa da exigência de harmonia entre seus interesses e dos substituídos. Todavia, o interesse, para a tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, do órgão ministerial é amplamente consagrado na Constituição Federal, *ex vi* art. 129, de forma que sua

<sup>172</sup> Idem, Ibidem, p. 68.

<sup>173</sup> Nesse sentido verificar a ADIn nº 15-2, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, publicado em 31 de agosto de 2007.

legitimação, por este elemento, mostra-se prescindível de análise, eis que presumível.

Todavia, havendo a tutela de interesses individuais homogêneos ou de coletivos *stricto sensu*, parece-nos que os órgãos públicos, inclusive o MP, devem demonstrar que há interesse do grupo ou da categoria a ser tutelada, até mesmo porque este interesse serviria para identificar a extensão do grupo a ser vinculado pela coisa julgada. Ou seja, sendo as questões discutidas relativas a essas espécies de direito, ao *Parquet* seria necessário demonstrar não que o seu interesse estivesse vinculado ao do grupo, mas antes que a pretensão da demanda fosse coincidente.

Também a Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/09), em seu artigo 21, consagra a teoria do interesse ao exigir que os partidos políticos, para a defesa de direitos coletivos *lato sensu*, atuem na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, além de pôr como necessário que o objeto da ação apresentada pelo sindicato ou ente associativo seja pertinente às suas finalidades.

Pelo exposto, nota-se a ampla consagração do interesse como fator legitimante para as ações coletivas no Brasil, ganhando grande relevo, como se verá na questão da representatividade do porta-voz em relação ao grupo.

### 3.1.5 Teoria Institucional

A consagração do Estado Social e a própria positivação dos direitos difusos levou à elaboração da Teoria Institucional ou Objetivista, uma vez que, como explana Márcio Flávio Mafra Leal<sup>174</sup>:

Nesse caso, a legitimação não decorre propriamente da *representação* da *classe*, mas de uma atividade pública que tem estreita ligação com a estrutura constitucional do Estado-providência, que atribui às entidades legitimadas a incumbência de defesa e concretização de direitos difusos. Portanto, o título de legitimação para as ações coletivas encontra fundamento no direito material instituído no chamado Estado Social.

A Teoria Institucional, portanto, foca a idoneidade da atuação não no critério de representatividade da classe, mas sim na necessidade de um ente que implemente os direitos

---

<sup>174</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra. Op. cit. p. 70.

difusos cuja titularidade é esparsa na comunidade (podendo-se afirmar, no entanto, que será esta, como comunidade, que será considerada o sujeito coletivo).

Este fator legitimante pode ser visto também na doutrina do *parens patriae doctrine*, de origem inglesa, que, embora mais restrita, aprova a atuação de entes públicos na tutela de direitos coletivos<sup>175</sup>, uma vez que impõe ao Estado o “dever de zelar pelo bem-estar de seus cidadãos em questões de interesse social, como saúde, economia, e bem-estar do povo”<sup>176</sup>.

A ausência de representatividade aqui, no entanto, não afasta a necessária análise de uma atuação adequada, significando, em verdade, que embora o ente público não seja identificado como membro do grupo, ou não possua certa pertinência temática com a comunidade representada, este se deve mostrar, através de suas características, como idôneo para demandar a tutela judicial em massa<sup>177</sup>.

A imperatividade da concretização dos direitos difusos levou à afirmação da legitimação dos entes públicos para a tutela dos referidos direitos, embora, como já visto, em determinados casos haja a sua vinculação também à questão da harmonia de interesses – casos em que o Supremo Tribunal Federal exige a pertinência temática para o questionamento da constitucionalidade de lei pelos entes federado, p.ex.

Esta solução, no entanto, como demonstrado por José Carlos Barbosa Moreira<sup>178</sup>, pode, na prática, mostrar-se com sérios inconvenientes quando o dano a ser reparado pela demanda coletiva for causado pelo próprio Poder Público. Como aponta o autor, nem mesmo o Ministério Público mostrar-se-ia integralmente idôneo para o desenvolvimento dessa tutela, uma vez que as garantias de independência do órgão apontado não são asseguradas de forma rigorosa, como se pode notar pelo próprio procedimento de escolha dos Procuradores-Gerais.

Essa restrição à independência funcional, porém, não impediu que o órgão ministerial se especializasse na defesa de todos os direitos coletivos amplamente considerados, não se limitando aos difusos, de forma que a atuação do ente no processo coletivo mostra-se

---

<sup>175</sup> GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007, p. 125.

<sup>176</sup> Idem, p. 125.

<sup>177</sup> Como assevera Márcio Flávio Mafra Leal (Op. cit., p. 77-78) não se deve “confundir, nesse particular, *representação adequada*, sempre importante, com *representatividade*. A primeira diz respeito às qualidades do autor e a segunda se refere ao *mandato* (consentimento) ou identidade e vinculação do autor com os interesses reais da classe representada.

<sup>178</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Legitimação para agir. **Temas de direito processual civil**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 204-206.

numerosa<sup>179</sup>, não parecendo procedente a crítica também formulada por Mauro Cappelletti<sup>180</sup> acerca do Ministério Público.

Nesse particular, não vingou a tese ventilada pelos supracitados autores referente à suposta passividade do órgão na tutela dos direitos coletivos e não procede a crítica relativa à única especialização do *Parquet* no campo do Direito, porquanto o órgão possui servidores graduados nas mais diversas áreas do conhecimento, aos quais o promotor sempre poderá recorrer a fim de se “armar” para o processo.

De qualquer sorte, a problemática parece ser resolvida pela amálgama realizada pela legislação e jurisprudência no que concerne aos fatores legitimantes da atuação coletiva de modo que se consagrou quase integralmente a solução apontada por Mauro Cappelletti, para o qual:

Delineia-se, assim, aquilo que a pesquisa comparativa parece indicar como o mais eficaz meio de solução de nosso problema: soluções compostas, articuladas, flexíveis, por si só capazes de dar uma adequada resposta a um problema assim complexo como é aquele da tutela jurídica dos novos, emergentes e vitais interesses coletivos. Tais composições e soluções consistem, essencialmente, no *juntar* e *integrar* a ação e o controle dos organismos governamentais com a iniciativa dos indivíduos e dos grupos privados diretamente ou, tão-somente, indiretamente interessados<sup>181</sup>.

Saliente-se, por fim, que a Teoria Institucional não se limita a legitimar a atuação dos órgãos públicos na tutela dos direitos difusos, mas abrange a legitimidade da defesa por esses órgãos de todos os direitos coletivos e até mesmo dos individuais indisponíveis, lastreando, outrossim, a imperatividade da intervenção do Ministério Público em todas as ações em que este não for parte e na própria obrigação de dar continuidade à ação abandonada.

Vale frisar, no entanto, que a desnecessidade de representatividade na teoria institucional é “regrada”, isto porque os entes públicos, ao defender um direito coletivo *latu sensu*, não precisarão demonstrar a coincidência do interesse da instituição/órgão com o da comunidade,

---

<sup>179</sup>“É fato que a esmagadora maioria de demandas coletivas brasileiras é proposta pelo Ministério Público. Dados estatísticos apontam que no ‘Estado do Rio de Janeiro são cem ações civis públicas promovidas pelo Ministério Público para pouco mais de dez ações promovidas por associações civis; em São Paulo, no campo dos direitos do consumidor, são 95 ações do Ministério Público para 10 de associações; em matéria de ambiente, segundo uma pesquisa feita em 100 comarcas daquele Estado, das 444 ações propostas, apenas 4% o foram por associações civis” (FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: RT, 2007. p. 139).

<sup>180</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit. p. 137-140.

<sup>181</sup>Idem, ibidem, p. 143. No Brasil, a legitimação do indivíduo para a tutela coletiva encontra-se, legislativamente, limitada à Ação Popular, portanto, embora restrita foi consagrada no ordenamento jurídico.

categoria ou grupo, mas não ficarão dispensados de identificar que a pretensão veiculada na ação coletiva é coincidente com o interesse do sujeito coletivo.

### 3.2 REPRESENTATIVIDADE E ATUAÇÃO ADEQUADA

Na Lei de Ação Civil Pública há um juízo *a priori* da legitimidade para a demanda coletiva, de forma que a legislação indica que poderão atuar I) o Ministério Público; II) a Defensoria Pública; III) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV) - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V) - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; e b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Já o Código de Defesa do Consumidor repete o rol<sup>182</sup>, mas traz algumas modificações.

A primeira delas é a desnecessidade de personalidade jurídica das entidades e órgãos da Administração Pública direta e indireta, havendo uma clara concessão de capacidade para ser parte a órgãos inseridos nos entes federativos que, a princípio, não poderiam ingressar em juízo. Há evidente ampliação daqueles que podem demandar a tutela de direitos coletivos *lato sensu*, sem dúvida, para legitimar a atuação de órgãos estatais como o PROCON.

Por outro lado, o CDC dispensou parcialmente a representatividade como elemento da adequação para as associações ao excluir a necessidade de autorização assemblear. Verifica-se, no entanto, que ainda resta a necessária harmonia entre os interesses da associação e dos substituídos, motivo pelo qual não seria correto afirmar a prescindibilidade da constatação de representatividade por tais entes.

---

<sup>182</sup> Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

Já o Estatuto do Idoso<sup>183</sup>, o Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>184</sup> e a Lei do Mandado de Segurança<sup>185</sup>, em claro retrocesso, limitam a atuação a alguns entes arrolados pelos outros diplomas.

Entendemos, todavia, que em todo e qualquer caso deve ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor, tendo os seus legitimados a possibilidade de atuar coletivamente para a defesa de qualquer direito coletivo *lato sensu*, seja via Ação Civil Pública, seja via Mandado de Segurança.

Tal conclusão é atingida não só por critérios cronológicos, eis que o Código de Defesa do Consumidor é dispositivo mais recente do que a Lei de Ação Civil Pública e o ECA, mas também por questões teleológicas, uma vez que a restrição à defesa dos direitos transindividuais e individuais homogêneos é claramente lesiva à principiologia do Estatuto do Idoso e do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo que ambos gizam pela absoluta prioridade na proteção desses grupos que é de responsabilidade não só da família, da comunidade e da sociedade, mas também do próprio Poder Público.

Ademais a aceitação de um microsistema de tutela dos direitos coletivos<sup>186</sup> permite a conjugação das normas para auferir a legitimidade da atuação, não sendo uma norma excludente das demais.

Esta comunicação normativa já foi objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça que o

---

<sup>183</sup>Art. 81. Para as ações cíveis fundadas em interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, consideram-se legitimados, concorrentemente:

I – o Ministério Público;

II – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

III – a Ordem dos Advogados do Brasil;

IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre os fins institucionais a defesa dos interesses e direitos da pessoa idosa, dispensada a autorização da **assembléia**, se houver prévia autorização estatutária.

<sup>184</sup>Art. 210. Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público;

II - a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal e os territórios;

III - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, dispensada a autorização da **assembléia**, se houver prévia autorização estatutária.

<sup>185</sup>Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

<sup>186</sup>A ideia de microsistema é bem delineada por Fredie Didier Junior e Herme Zaneti Junior (**Curso de direito processual civil: processo coletivo**. v.4. 3.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2008)



aceitou como meio de promover efetiva tutela dos direitos coletivos afirmando que:

Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microssistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados com o escopo de "propiciar sua adequada e efetiva tutela" (art. 83 do CDC)<sup>187</sup>.

Assim, parece-nos, teratológica a restrição levada a cabo pelos Estatutos o que permitiria, inclusive, a discussão sobre a legitimidade da Defensoria Pública para a tutela desses grupos<sup>188</sup>.

Também, a especificação dos territórios, no ECA, não altera em nada o rol do CDC e da LACP, porquanto, esses diplomas indicam a possibilidade de defesa através de entidades da Administração Indireta, inclusive autárquicas<sup>189</sup>.

Por outro lado, a ampliação da tutela coletiva para a Ordem dos Advogados<sup>190</sup>, levada a cabo pelo Estatuto do Idoso, deve ser estendida a todos os procedimentos coletivos, uma vez que tal diploma está integrado ao microssistema<sup>191</sup>.

Por este mesmo motivo, poder-se-ia desenvolver a tese de que a atuação coletiva por indivíduo integra o microssistema, eis que prevista na Lei de Ação Popular, sendo, então, possível no ordenamento jurídico brasileiro, bastando, para tanto, a demonstração da adequabilidade.

Todavia, como bem indica Eurico Ferraresi<sup>192</sup>, a jurisprudência vem tratando de forma

<sup>187</sup>(REsp 695.396/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 27/04/2011)

<sup>188</sup>Frise-se, todavia, que em relação à Defensoria Pública eventuais dúvidas quanto a sua adequação legislativa poderia ser resolvida com a leitura da sua própria lei orgânica que estabelece sua atribuição para a tutela coletiva de grupos vulneráveis.

<sup>189</sup>Em referência à natureza autárquica do território: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 365.

<sup>190</sup>A natureza *sui generis* da OAB já foi reconhecida pelo Supremo, não sendo possível enquadrá-la na categoria das autarquias (ADI 3026, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2006, DJ 29-09-2006 PP-00031 EMENT VOL-02249-03 PP-00478 RTJ VOL-00201-01 PP-00093).

<sup>191</sup>Ademais, o Estatuto da OAB prevê que:

Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

<sup>192</sup>FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In GRINOVER, Ada Pellegrini;

restritiva a atuação coletiva por indivíduo, em claro prejuízo à defesa dos interesses e direitos supraindividuais.

A atuação coletiva, não obstante, não deve se restringir à escolha adequada em abstrato do representante coletivo, mas deve, sobretudo, envolver elementos e institutos que viabilizem na prática a aferição dessa idoneidade. Tal escopo é buscado por institutos como os regimes especiais de formação da coisa julgada, particular no qual discordamos em parte de Márcio Flávio Mafra Leal<sup>193</sup>, e da própria permissibilidade do controle judicial da atuação coletiva.

Assim, entendemos que no Brasil não se tem um verdadeiro distanciamento do sistema norte americano que diferencia o *standing* (legitimidade) do conceito de adequabilidade (*adequacy of representation*), embora os requisitos da legitimidade sejam diferentes<sup>194</sup>.

Como informa Susana Henriques da Costa

São três os principais requisitos que as cortes norte-americanas exigem para o reconhecimento do *standing*: (i) que o autor tenha sofrido ou esteja ameaçado de sofrer alguma lesão; (ii) que o réu seja o suposto causador da lesão ou sua ameaça; (iii) que a situação seja passível de ser remediada pela lei.

O direito norte-americano não diferencia a legitimidade para a propositura de demandas individuais da legitimidade para a propositura da demanda coletiva. É o mesmo fenômeno. Basta que haja *standing* para a propositura da demanda individual para que se reconheça a legitimidade para a demanda coletiva.

Todavia, embora seja necessário ter legitimidade para que se possa reconhecer a representatividade adequada do autor da demanda coletiva, esta àquela não se resume. Para que haja representatividade adequada, é

---

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, kazuo (coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: RT, 2007. p. 137.

<sup>193</sup> Para o citado professor, configura-se insustentável a doutrina pela qual só se estaria assegurando o devido processo legal quando se salvaguardasse o direito de ação individual nos casos de improcedência da ação, coisa julgada *secundum eventum litis*, em suas palavras, “a ação só se estabiliza, como antes, no plano coletivo – o réu opõe coisa julgada contra autor coletivo – mas não no individual. Do ponto de vista teórico é insustentável, pois o adequado representante deixa de sê-lo pelo fato de ter perdido a ação” (LEAL, Márcio Flávio Mafra. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – aspectos políticos, econômicos e jurídicos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, kazuo (coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: RT, 2007, p. 73). Embora pareça correto a crítica formulada em relação ao regime de formação da coisa julgada *secundum eventum litis*, uma vez que reduz consideravelmente a eficácia das ações coletivas sem uma robusta justificativa para tanto, em especial ao se considerar a natureza jurídica abaixo defendida da atuação coletiva, a adequabilidade, porém, mostra-se afetada quando o porta-voz coletivo sequer consegue levar ao juízo provas suficientes para a formação de sua convicção, seja esta positiva ou negativa em relação ao direito tutelado, consubstanciando, portanto, verdadeiro elemento de análise *in concreto* do instituto.

<sup>194</sup> COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americanos e brasileiro. In SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro**. São Paulo: Quartier Latien, 2009.

necessário atender a outros requisitos, além do *standing*<sup>195</sup>.

Atento a tal panorama, faz-se necessária a análise em apartado da representatividade e da atuação adequada.

### 3.2.1 A Representatividade

A legitimidade da atuação coletiva não se limita à análise dos fatores legitimantes, mas abarca também a questão da idoneidade do porta-voz para o ato a que se propõe, idoneidade esta que no sistema norte-americano das *class actions* ganha contorno de pré-requisito para toda e qualquer ação de classe<sup>196</sup>.

A representatividade está intimamente ligada a determinado vínculo entre o representante e o representado, seja pela confusão entre interesses institucionais e pessoais, seja pelo consentimento.

A análise desse elemento, no entanto, conforme se absorve da Teoria Institucional, nem sempre é relevante, haja vista que, não obstante, inexista vínculo subjetivo entre o órgão estatal e os titulares da relação material discutida, a legitimidade se dará pelos próprios preceitos do Estado Social e pela capacidade de uma atuação adequada abaixo analisada<sup>197</sup>.

---

<sup>195</sup> Idem, p. 958-959.

<sup>196</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da class action for damages à ação de classe brasileira*: os requisitos de admissibilidade. Revista Forense, v. 352, Rio de Janeiro, p. 3-14, out./dez., 2000, p. 4. De modo semelhante, David Marcus afirma que “*The notion of adequate representation offered a way around this obstacle. As appreciated by the time the 1966 authors began their work, if someone adequately represented the interests of the absent class member, a class judgment could extinguish the member’s right to sue consistent with due process. Adequate representation, which Rule 23 (a)(4) requires as a prerequisite to certification, is thus the constitutional prerequisite for the empowered modern class action* (in MARCUS, David. *Making Adequacy more Adequate. Texas Law Review*. V. 88, Austin, 2010, p. 138)

<sup>197</sup> Nesse sentido, Susana Henriques da Costa afirma que “isso não significa, no entanto, que o sistema brasileiro tenha desconsiderado por completo a necessidade de uma conexão entre o interesse do objeto da demanda e a entidade legitimada para representa-lo. Em alguns casos, de fato, presumiu-se esta conexão, em função da natureza pública de alguns legitimados (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Ministério Público e Defensoria Pública). Todavia, para as demais entidades e órgãos públicos, despersonalizados ou não, e para as associações, exigiu a comprovação de uma conexão, no caso concreto, entre o interesse a ser tutelado e as finalidades do legitimado” (In O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americanos e brasileiro. In SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. São Paulo: Quartier Latien, 2009, p. 965).

Desatento a isto, e de certa forma reduzindo as atribuições dos entes públicos na tutela dos direitos chancelados pela Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal, no voto do Ministro Sepúlveda Pertence no acórdão do recurso extraordinário nº 2090-3, apontou a necessidade da “pertinência temática”, sob o manto do “interesse social”, para que se atribua ao Ministério Público a legitimidade para pleitear a defesa de direitos individuais homogêneos, *in litteris*:

E para orientar a demarcação, a partir do art. 129, III, da área de interesses individuais homogêneos em que admitida a iniciativa do MP, o que reputo de maior relevo, no contexto do art. 127, não é o incumbir à instituição a defesa dos interesses individuais e indisponíveis mas, sim, a dos interesses sociais.

De um lado, a proteção aos interesses ou direitos individuais indisponíveis é função tradicional no Ministério Público, cujo instrumento não será, de regra, a ação coletiva, mas a ação individual, por substituição ao titular incapaz ou hipossuficiente, ou a intervenção no processo comum que lhe diga respeito (cf. J. Marcelo Vigliar, *Ação Civil Pública*, Atlas, 1999, p. 79). De outro lado, a eventual disponibilidade pelo titular de seu direito individual, malgrado sua homogeneidade com o de outros sujeitos, não subtrai o interesse social acaso existente na sua defesa coletiva. [...] O problema é saber quando a defesa da pretensão de direitos individuais homogêneos, posto que disponíveis, se identifica com o interesse social ou se integra no que o próprio art. 129, III da Constituição denomina patrimônio social. Não é fácil, no ponto a determinação do critério da legitimação do Ministério Público.

Tal precedente embasou a jurisprudência da Corte Suprema<sup>198</sup>, mas acertadamente teve substancial acréscimo na orientação do Superior Tribunal de Justiça o qual,

já preconizava que o Ministério Público está legitimado para a defesa de interesses individuais homogêneos, exigindo apenas que tal proteção estivesse vinculada ao reconhecimento de relevante interesse social. Neste sentido, valem ser destacados os seguintes precedentes: REsp 58.682/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 16.12.1996, RMS 8.785/RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 22.05.2000, REsp 207.336/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 11.06.2001, REsp 255.947/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 08.04.2002, REsp 279.273/SP, minha relatoria, DJ 29.03.2004, REsp 286.732/RJ, minha relatoria, DJ 12.11.2001, REsp 308.486 / MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 02.09.2002, Resp nº 509.654, minha relatoria, DJ 16.11.2004, REsp 547.170 / SP, Ministro Castro Filho, DJ 10.02.2004.

Em junho de 2005, esta Corte flexibilizou seu entendimento inicial, procurando assegurar maior eficácia na prestação jurisdicional transindividual. Foi estabelecido, naquela oportunidade, que “*os interesses individuais homogêneos são considerados relevantes por si mesmos, sendo desnecessária a comprovação desta relevância*”

<sup>198</sup>Verificar os acórdãos nos processos RE-AgR 204200 e RE-AgR 248191.

Ainda no caso dos entes federados, como já apontado, o STF vem exigindo a pertinência temática concretizada na presença de interesse do ente estatal na tutela coletiva pleiteada.

Configura-se, porém, teratológica a exigência, porquanto o órgão apontado fecha os olhos à Constituição – a qual supostamente deveria defender – a fim de limitar a atuação estatal na defesa da ordem jurídica.

Com efeito, o artigo 23, inciso I, da Carta Magna brasileira, determina a competência concorrente de todos os entes federados para “zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público” – o que, aliás, aponta a obrigação de revisão de atos ilegais pela própria Administração Pública – de modo que, e isso se vê mais claramente nas próprias Ações Diretas de Inconstitucionalidade, não pode o Poder Judicial restringir a atuação dos entes federados na tutela da ordem jurídica sob pena de violação frontal à própria Constituição.

Desse modo, a análise da representatividade se mostra esvaziada quando do exame da legitimação dos entes públicos, estando esta centrada na questão da atuação adequada, a qual, por seu turno, ganha relevo não apenas para a aferição da atuação dos entes públicos, mas também na dos entes privados.

Isso não dispensa, como visto, a necessidade de se demonstrar a coincidência do interesse da categoria ou grupo com a pretensão veiculada na ação coletiva (representatividade mitigada).

Todavia, devemos lembrar que a representatividade pode ser utilizada como elemento de adequabilidade em algumas situações. Para tanto se deve analisar a teoria legitimante de sua atuação para se aferir a necessidade de haver coincidência entre interesses ou o próprio consentimento. Tais situações foram expostas nos tópicos precedentes.

Outra coisa, porém, é a atuação adequada, conceito mais amplo do que a representatividade, esta apenas um elemento acidental daquela.

No sistema norte americano, a doutrina da *adequate representation* é vista, tradicionalmente, em duas frentes: a indiferença e a incompetência. Como afirma Jay Tidmarsh<sup>199</sup>:

*The doctrine handles two **distincts** problems, one of incompetence and one of indifference. “Incompetence” concerns class representatives and class counsel who sincerely (whether for virtuous, deontological, altruistic, or*

---

<sup>199</sup> TIDMARSH, Jay. *Rethinking adequacy of representation*. *Texas Law Review*. V. 87, 2009, p. 1151.

*utilitarian reasons) want to represent the interests of class members, but are incapable of effectively doing so because so insufficient financing, experience, talent, probity, or mental capacity. “Indifference” concerns egoist class representatives and class counsel who are willing to represent the interests of class members only to the extent that such representations serve their own interests.*

Percebe-se, assim, que nos Estados Unidos há uma nítida diferenciação entre representatividade, vinculada à questão da indiferença, e da adequada atuação, ligada à incompetência, embora ambas as características estejam sobre a alcunha da *adequacy of representation*.

A questão da indiferença, ou da ausência de representatividade, foi trazida na jurisprudência estrangeira pelo caso *Hansberry v. Lee* julgado pela Suprema Corte Americana no qual foi decidido que a ação coletiva requer um alinhamento entre os interesses do substituto e dos membros da classe<sup>200</sup>. Tal questão foi aprofundada no caso *Amchem Prods. v. Windsor*<sup>201</sup>

Evidentemente que as ações tratavam de direitos individuais homogêneos que, como visto nesta pesquisa, exige a representatividade como elemento intrínseco à atuação adequada, sem a qual a decisão no processo coletivo não pode afetar os membros substituídos. Aliás, foi essa a conclusão atingida pela Suprema Corte para a qual ainda que haja interesses próprios na demanda coletiva, há a necessidade de que estes sejam similares aos dos membros da classe, sob pena de não poder ser mantida<sup>202</sup>.

Todavia, a multiplicidade de interesses que podem ser auferidos dos membros da classe, dificultando sobremaneira a utilização do critério da indiferença, foi fundamento para o desenvolvimento da Teoria do *No Harm*, por Jay Tidmarsh.

Através desta doutrina, Jay Tidmarsh propõe que a própria representatividade seja determinada exclusivamente com base em critérios econômicos, é dizer, basta para o reconhecimento de tal característica que a demanda coletiva traga maior ou igual vantagem do que aquela que poderia ser aferida em uma ação individual, de forma que

---

<sup>200</sup> Idem, p. 1153.

<sup>201</sup> “*There’s something admirably stubborn about the Supreme’s Court’s Amchem opinion. Despite being presented with paradigm of efficiency – a good settlement for present and future claims in the elephantine asbestos litigation – the court held that class attorneys could adequately represent only a class with sufficient cohesion. By demanding cohesion, the court relied on the adequacy requirement’s ‘identity of interests component to buttress Rule 23’s commonality and typicality requirements and tethered the class actions to its historic roots in interest representation’*”(BURCH, Elizabeth Chamblee. *Procedural Adequacy*. **Texas Law Review**. V. 88, Austin, 2010, p. 55).

<sup>202</sup> Idem, p. 1154.

*Representation should be deemed inadequate only when the marginal cost of a more imperfect representation, when added to the other costs of class treatment, exceed the cost to similarly situated claimants, to the defendant, or to society that non-class litigation would impose<sup>203</sup>.*

Tal tese, embora reconhecidamente traga um critério objetivo para delimitar a atuação do juiz na aferição da representatividade do porta-voz, foi criticada pela doutrina norte-americana em um primeiro momento por possibilitar que, por mais inadequada que se apresente a representação, ela seja considerada legítima, em especial naqueles casos em que o dano para os membros de classe seja mínimo de forma que sempre haveria uma vantagem financeira na utilização da ações coletiva através de um porta-voz<sup>204</sup>.

Assim, David Marcus propõe que a Teoria do *No Harm* seja apenas um ponto de partida para o controle judicial da representatividade uma vez que permitiria ao mesmo tempo uma “superinclusão” e uma “subinclusão” da adequação o que pode ser mitigado através da análise das particularidades do caso. Afirma, assim, que

*Like any legal rule, Tidmarsh’s formula for assessign adequacy is both under-inclusive and over-inclusive. It precludes finding of adequacy in cases where class treatment might be desirable, and it requires findings of adequacy when outcomes in class suites area arguably unjust. The do no harm approach has great merit to it; it would vest adequacy determinations with greate degree of uniformity and predictability, and it makes intuitive sense. I wonder, thought, whether it might better serve as a rebuttable presumption. Perhaps court could use Tidmarsh’s formula as a starting point, but then supplement its guidance with a discretionary assessment of case-specific factores that could rebut the presumption the formula yields<sup>205</sup>.*

De forma semelhante, Elizabeth Chamblee Burch<sup>206</sup> critica a teoria de Jay Tidmarsh, que mesmo ao aplicar a ideia do *No Harm* como limite ao comportamento *self-interested*, acaba construindo os fundamentos filosóficos para permitir que o substituto possa promover interesses próprios tornando as decisões coletivas essencialmente egoístas e utilitaristas<sup>207</sup> o que contraria claramente a regra 23.

Ademais, conclui que

<sup>203</sup> Idem, p. 1157-1158.

<sup>204</sup> MARCUS, David. *Making Adequacy more Adequate*. *Texas Law Review*. V. 88, Austin, 2010, p. 143-144.

<sup>205</sup> Idem, p. 145.

<sup>206</sup> BURCH, Elizabeth Chamblee. *Procedural Adequacy*. *Texas Law Review*. V. 88, Austin, 2010.

<sup>207</sup> Idem, p. 57.

*The harder question is what conception of adequacy of representation best comports with procedural justice in a just society. It is question that continues to perplex modern-day American courts as they struggle with a rule that sometimes treats individual rights as if they were held collectively. In so doing, they have saddled the adequacy concept with various, often incompatible, meanings. It is tempting then to adopt a “do no harm” standard that tolerates conflicts of interest and provides a clear reference point for the financial, legal, and mental calculations that the adequacy of representation entails. Yet, public perception of procedural fairness demands that we require more of our class counsel and class representatives than this. Perhaps other doctrine, such as the need for a settlement to be fair, reasonable, and adequate, will do the heavy lifting, but so much rides on the adequacy-of-representation determination-class-cation legitimacy, due process, participation opportunities, and preclusion, to name a few- that not yet ready to abandon the need for identity of interest<sup>208</sup>.*

Parece-nos, assim, conforme afirmado pela doutrina crítica à regra do *No Harm*, que reduzir a representatividade a questões econômicas é tratar o instituto de forma muito aquém das necessidades do estado social democrático de direito e das peculiaridades do objeto litigioso, mostrando-se, muitas vezes, pernicioso aos próprios objetivos das ações coletivas e ao devido processo legal.

A existência de interesses conflitantes entre os membros do grupo apenas pode significar, nos casos em que se exige a representatividade e em que sua aferição é possível no caso concreto, que, a depender da profundidade da divergência, o grupo é complexo sendo necessário o reconhecimento da multiplicidade de representantes.

Em alguns casos, no entanto, a dicotomia será tão grande que sequer poderemos considerar a existência de um único grupo, sendo possível, por exemplo, que uma mesma categoria divida-se em grupos com pretensões diametralmente antagônicas, sendo impossível o reconhecimento da representatividade de um único indivíduo para ambos os grupos.

Essa possibilidade de divergência também é analisada por Antônio Gidi ao afirmar que

O requisito também não é um critério absoluto, a ser avaliado em face do grupo como um todo. Trata-se de um critério relativo: o representante pode tutelar adequadamente os interesses de alguns dos membros do grupo e ser um representante inadequado em face de outros<sup>209</sup>.

Percebe-se, destarte, que em tais casos o grupo que se opõe pode, através de seu porta-voz, ingressar no polo contrário, p.ex., no passivo, tornando a relação duplamente coletiva.

<sup>208</sup> Idem, p. 62-63.

<sup>209</sup> GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007, p. 107.



As consequências desta percepção são elencadas também por Antônio Gidi que, ao analisar o sistema norte-americano, indica que o juiz poderia limitar a ação apenas àqueles devidamente representados ou até mesmo garantir a representação adequada através do reconhecimento da pluralidade de porta-vozes<sup>210</sup>. De qualquer sorte, sublinha que ainda que o juiz não tome expressamente essas atitudes, os membros ausentes não representados ficariam imunes à coisa julgada<sup>211</sup>.

Desta forma, o reconhecimento de um conflito de interesse não pode ser ignorado através de uma teoria que busca simplificar com base exclusivamente econômica o tratamento do instituto, ainda que permita uma uniformidade na *praxe forense*. O instituto é complexo, e tal complexidade deve ser refletida no cuidado com sua análise nos casos concretos, não havendo justa causa para uma presunção com base na regra do *no harm*.

Não obstante, não seria todo e qualquer conflito de interesse suficiente para a ruptura da representatividade, afinal, alguns seriam juridicamente irrelevantes e outros meramente hipotéticos<sup>212</sup>. Tal foi a conclusão da Suprema Corte Americana no precedente *Blackie v. Barrack* onde se identificou a necessidade de se

comparar a seriedade e a extensão dos conflitos existentes com a importância das questões que unem o grupo a um objetivo comum. Ademais, devem ser analisadas no caso concreto as alternativas existentes à ação coletiva e os instrumentos disponíveis para minimizar os efeitos negativos dos conflitos, além de outros fatores<sup>213</sup>.

Desta forma, Antonio Gidi<sup>214</sup> indica alguns meios de se conciliar esses conflitos, dentre os quais estão a criação de subgrupos, a intervenção de outros membros como representantes ou a própria redefinição do grupo. Como indica, o elemento essencial para se analisar a profundidade da divergência dos interesses é o exame do objeto litigioso da ação apresentado pelo porta-voz coletivo, “como regra geral, somente os conflitos fundamentais e

---

<sup>210</sup> Nesse sentido, “Assim, o representante não deve ser declarado inadequado em face de conflitos de interesses internos ao grupo, se tais conflitos puderem ser evitados ou minimizados através das técnicas previstas na Rule 23 para a proteção dos interesses dos membros ausentes, como a possibilidade de *opt out*, a limitação de definição do grupo, a divisão do grupo em subgrupos, a intervenção de outros representantes, a manutenção de uma ação coletiva parcial etc. Através das referidas técnicas, o juiz poderá reduzir ou mesmo eliminar completamente o conflito interno”(in GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007, p. 117). Note-se, no entanto, que embora o autor refira-se ao sistema norte-americano, nada indica a sua impossibilidade de importação para o Brasil, devendo-se, apenas, buscar outra fundamentação normativa.

<sup>211</sup> Idem, p. 113-114.

<sup>212</sup> Idem, p.117.

<sup>213</sup> Idem, p. 117.

<sup>214</sup> Idem, p. 120

inconciliáveis quanto à pretensão ou causa de pedir do representante afetam a sua adequação”.

Tal conclusão parece se apoiar também na doutrina de Owen Fiss<sup>215</sup> que defende a garantia constitucional do direito de representação e não do direito de participação no processo, é dizer, nas ações coletivas o indivíduo somente fica vinculado à decisão quando seu interesse é devidamente representado. A implicação, para o autor, desta concepção é que se um interesse não for adequadamente representado, a decisão permaneceria vulnerável às impugnações posteriores, não estando sujeito à *res judicata*.

Vale relembrar, no entanto, que o interesse a ser representado não é do indivíduo, membro substituído, mas sim do grupo, categoria ou comunidade, o que permitiria a afirmação de que o que se leva ao Judiciário na ação coletiva é uma questão que, embora possa afetar o indivíduo, não se confunde com aquela discutida no âmbito particular.

Nesse sentido, Owen Fiss afirma que:

*In large part this is because the representation that I speak of is not a representation of individuals but a representation of interest. It is not that every person has a right to be represented in structural litigation, but only that every interest must be represented. If an individual's interests has been adequately represented then he or she has no further claim against the decree. The right of representation is a collective, rather than an individual right, because it belongs to a group of persons classes together by virtue of their shared interests<sup>216</sup>.*

A representatividade assim entendida é fator determinante da atuação adequada, a qual, de qualquer sorte, recebe concepção mais ampla abarcando outros elementos a serem aferidos no caso concreto.

### 3.2.2 A atuação adequada

O conceito da atuação adequada pode ser auferido da doutrina de Álvaro Luiz Valery Mirra<sup>217</sup>, que, embora se refira a ela como representatividade adequada, identifica-a como:

<sup>215</sup> FISS, Owen. *The Allure of Individualism. Faculty Scholarship Series. Paper 1332*. Disponível em: [http://digitalcommons.edu/fss\\_paper/1332](http://digitalcommons.edu/fss_paper/1332). Acesso em: 27 mai 2012, p. 971.

<sup>216</sup> Idem, p. 972.

<sup>217</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado. . In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, kazuo (coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São

a representatividade adequada a que fazemos referência é uma especial qualidade que tais titulares do direito de agir devem apresentar, consistente na aptidão para a defesa escrupulosa e eficiente, na esfera judicial, dos interesses da sociedade, em perfeita sintonia com as expectativas da coletividade na matéria, mesmo diante de litígios complexos e difíceis, muitas vezes contra os detentores do poder econômico (grandes grupos econômicos) e do poder político (os próprios governos).

Esta noção, no entanto, não indica objetivamente quais elementos devem ser utilizados para considerar determinado porta-voz como adequado uma vez que estes devem ser os “mais variados e complexos, que possam vir do passado de uma certa associação, a sua organização, financiamentos, fins sociais, amplitude numérica ou espacial, etc.”<sup>218</sup>.

No Brasil, o legislador determinou um rol de legitimados que *a priori* poderiam representar isonômica e adequadamente os membros do grupo, parecendo restringir, em princípio, o poder judicial sobre tal questão.

Mauro Cappelletti<sup>219</sup>, porém, chama a atenção ao fato de que seria “absurdo esperar-se do legislador uma resposta *completa*, e ainda mais absurdo seria pretender-se uma resposta *uniforme* a cada tipo de parte “ideológica”. Parece inevitável, ao menos neste estágio inicial, [...] fazer-se ter consciência de uma certa discricionariedade do juiz”.

Esta discricionariedade permitiria a análise de elementos subjetivos do porta-voz a fim de se aferir a sua idoneidade para a tutela coletiva. Tais elementos são indicados de forma exemplificativa nos códigos modelos de processo coletivo que visam a orientação quanto à tutela lúdima dos direitos supraindividuais.

Assim, tanto o código modelo de Antônio Gidi, quanto o Ibero-Americano e os brasileiros criados por pesquisadores da UERJ e pelo Ministério da Justiça arrolam elementos capazes de nortear a atuação do magistrado.

Dentre essas características estão: a) credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b) o histórico de proteção judicial e extrajudicial dos direitos coletivos; c) sua conduta em outros processos; d) a coincidência de interesses [representatividade]; e) o tempo de instituição da associação e sua representatividade do grupo.

Todavia, nada impede ao magistrado, principalmente diante da necessária ampliação de seus

---

Paulo: RT, 2007. p. 116.

<sup>218</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit. p. 156.

<sup>219</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit. p. 155

poderes na condução do processo, de considerar fundamentadamente outros elementos como demonstrativos da inadequação<sup>220</sup>. Nesse sentido, já foi objeto de análise no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a inidoneidade de uma associação por ter cobrado “taxa de inscrição” para a ação coletiva de seus associados<sup>221</sup>.

Outro elemento indicativo da adequação, conforme aponta Antonio Gidi<sup>222</sup>, poderia ser encontrado na capacidade financeira do representante.

Tal critério, defendido pelo doutrinador, foi alvo de críticas dentre as quais se falava na caracterização de uma discriminação injusta e desnecessária contra legitimados economicamente hipossuficientes<sup>223</sup>, mas foi defendida por Antonio Gidi, o qual entendeu pela existência de uma razão lógica: “dinheiro é essencial para qualquer empreitada judicial, particularmente uma demanda coletiva envolvendo questões complexas de fato e de direito contra um réu poderoso e bem financiado que tem muito a perder”<sup>224</sup>.

Parece-nos, em harmonia com o doutrinador, que obstáculos de ordem financeira podem significar uma inadequação do autor coletivo, especialmente naquelas ações que envolvem perícias complexas e custosas e que podem gerar a paralisação do processo, hipótese também lembrada pelo autor.

Vale indicar, aqui, que isto não significa violação à inafastabilidade da jurisdição, uma vez que outro legitimado poderá tomar a frente da ação e tutelar de forma adequada o interesse do grupo. Ademais, o critério não é absoluto havendo uma mitigação tanto com as regras específicas de sucumbência nas ações coletivas quanto com a possibilidade de concessão de

---

<sup>220</sup> Também no Código Modelo de Processo Coletivo para a Ibero-américa há uma adoção de critério *numerus apertus* na aferição da adequação do substituto. Nesse sentido: “*Como comentário a esta enumeración un tanto assistemática de criterios de valoración de la representatividad hecha por el Código Modelo cabe hacer las siguientes advertências: a) que no es una enumeración cerrada: los criterios mencionados se deben de tener en cuenta, pero no se excluye que puedan serlo otros (in CABIEDES, Pablo Gutiérrez de. **Comentário al art. 2º. Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos**: um diálogo Ibero-americano. GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). Salvador, Juspodivm, 2009, p. 61.*

<sup>221</sup> Consumidor e Processual Civil. Ação Civil Pública proposta por associação na defesa dos interesses dos consumidores, objetivando ver declaradas nulas cláusulas que reputa como abusivas em contrato de cartão de crédito da 2ª ré (C&A) administrado pela 1ª (INOVACARD). Sentença de parcial procedência. Ilegitimidade ativa de associação de defesa do consumidor para propor Ação Civil Pública na defesa de direitos individuais homogêneos. Ausência de autorização dos filiados e de representatividade adequada, esta última denotada por fatos verificados no curso da demanda. Provimento do apelo das rés para a colher a preliminar de ilegitimidade ativa, julgando-se extinto o processo sem exame do mérito (Apelação Cível nº 02809/2003, relator: Desembargador Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, 14.10.05).

<sup>222</sup> GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 100.

<sup>223</sup> Idem, p. 100.

<sup>224</sup> Idem, p. 100.

assistência jurídica gratuita (Lei 1060/50).

Ademais, a característica deve ser entendida nos termos esboçados por Antonio Gidi, para o qual

Se o processo coletivo requer um alto investimento financeiro por parte do seu autor, o juiz poderá e deverá exigir que ele demonstre higidez financeira para custeá-lo. O requisito tem uma razão prática óbvia: se o juiz permitir que o processo prossiga, apesar da incapacidade financeira do autor, em algum momento ele terá que interrompê-lo por representação inadequada ou proferir sentença contra os interesses do grupo. Isso pode dar margem a que entidades oportunistas proponham ações que sabem não ter condição financeira, somente para chantagear o réu ou prejudicar os interesses do grupo.

Se porém, o processo coletivo não requerer um investimento financeiro significativo, como é o caso de processos coletivos envolvendo questões meramente de direito ou questões fáticas simples, o juiz não precisará nem poderia avaliar a higidez financeira do representante<sup>225</sup>.

Lembre-se, no entanto, que tal critério somente deve ser utilizando quando mesmo com a regra de sucumbência e com a assistência jurídica gratuita não for possível considerar a adequação da atuação por questões financeiras.

Ponto interessante a analisar, está na possibilidade de examinar tais características relacionadas ao próprio advogado da causa ou ao indivíduo que possua capacidade postulatória própria, como o Ministério Público, Procuradorias e Defensoria Pública.

Este caminho foi adotado pelo Código Modelo de Antônio Gidi<sup>226</sup>, especialmente quando em seu artigo 2, item 2.7, afirma que o advogado deverá representar os interesses do substituído e não do ente que o contratou, bem como indica que a ação somente poderá ser conduzida na forma coletiva quando o legitimado e o advogado do grupo puderem representar adequadamente os direitos e interesses tutelados (art. 3).

A idoneidade do advogado contratado, notadamente em relação a sua capacidade técnica, histórico acadêmico e profissional, possibilidade de atuação com abrangência semelhante ao dano que se visa reparar, dentre outros elementos, parece elemento intrínseco à própria adequação da atuação levada a cabo<sup>227</sup>. Veja-se que a escolha de causídico para a tutela dos

---

<sup>225</sup> Idem, p. 103.

<sup>226</sup> GIDI, Antônio. Código de Processo Civil Coletivo: um modelo para países de direito escrito. **Revista de Processo**, v. 111, São Paulo, p.192-207, jul., 2003.

<sup>227</sup> Para Antônio Gidi, “o advogado deve ser competente, ético, e capaz de assegurar uma vigorosa defesa dos interesses do grupo. Ademais, deve estar disponível para exercer as funções de advogado em uma ação coletiva

interesses é elemento indicativo da própria adequação do porta-voz, porquanto, demonstra a preocupação e atenção na promoção de um devido processo legal.

Nesse sentido, Antonio Gidi afirma que

A experiência norte-americana das *class actions* demonstra que, na prática, pouco importa a adequação do representante. No caso concreto, é a atuação do advogado do grupo que é essencial para o resultado do processo. É ele quem está na linha de frente da defesa dos interesses do grupo e são os seus atos e omissões que vindicarão ou comprometerão o direito do grupo. Para bem representar os interesses do grupo, o advogado precisa tutelá-los vigorosamente; o representante é um mero coadjuvante<sup>228</sup>.

Todavia, tal experiência não pode ser levada às últimas consequências no Brasil, uma vez que embora o advogado tenha grande relevância na definição da adequabilidade, o porta-voz não pode ser considerado mero coadjuvante, tendo papel fundamental na tutela dos direitos coletivos.

De forma semelhante, não se pode afirmar a existência de uma presunção *iuris et de iure* da idoneidade do porta-voz coletivo estatal, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, sendo necessário, também para estes entes, a demonstração em concreto de características que permitam aferir a idoneidade da atuação.

Veja-se que aqui, os próprios membros que atuam no caso podem ser objeto de avaliação, uma vez que a abrangência da análise para o advogado deve ser entendida como a extensão de sua imprescindibilidade para todos aqueles que possuem capacidade postulatória. Aliás, a indivisibilidade das Instituições permite a sucessão de membros com respeito ao devido processo legal, sem que com isso haja necessária violação a princípios como o do promotor e do defensor natural, eis que estes exigem, antes de tudo, a adequação do membro da instituição na defesa do direito que se quer tutelar.

Complementando a noção de atuação adequada, podemos incorporar a ideia de “verificabilidade” da classe que, nos EUA ganha contornos de pré-requisito para a *class certification*.

---

do porte da que está propondo. O juiz deve considerar inadequado o advogado que demonstra não ter tempo, estrutura material e financeira ou funcionários públicos suficientes para se dedicar satisfatoriamente à missão de conduzir e administrar um litígio complexo”(in **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007, p. 111).

<sup>228</sup> GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 96.

Nesse sentido Lisa L. Heller e Meredith L. Whigham<sup>229</sup> afirmam que há uma necessidade de que a classe substituída seja bem definida, portanto, verificável, para a viabilidade da ação coletiva.

A demonstração de que a classe ou o grupo é determinável, viabilizando a identificação de seus membros, seria, assim, ônus do sujeito coletivo como parte integrante da sua adequabilidade<sup>230</sup>.

Nestes termos, a *ascertainability* ficaria vinculada à demonstração da viabilidade administrativa de identificação dos membros da classe, uma vez que se ausente tal possibilidade não haveria utilidade para o processamento da ação de massa.

Exemplificando essa característica, Lisa Heller e Meredith Whigham<sup>231</sup> indicam o precedente *Spencer v. Beavex Inc.* onde o substituto queria a certificação de uma classe consistente em motoristas que teriam sido incorretamente classificados pela demandada como autônomos ao invés de empregados. Nesse caso, a Suprema Corte declarou que não poderia haver a certificação da classe, pois o demandante teria falhado em designar um método realizável para determinar a identidade dos membros da classe.

Parece-nos, assim, que a “verificabilidade” da classe deve ser integrada à noção de atuação adequada, devendo o porta-voz ter o ônus de demonstrar a possibilidade de identificar os membros do grupo ou da categoria. Evidentemente que tal pré-requisito ficaria adstrito às ações coletivas de direito individual homogêneo e coletivo *stricto sensu*, eis que nas ações que veiculem direitos difusos a atuação se dá em razão de uma comunidade, uma universalidade.

Cumprindo indicar que a possibilidade do *fluid recovery* (art. 100, CDC) não desvirtua esse pré-requisito, uma vez que tal disposição é apenas subsidiária e aplicável exclusivamente quando não houver habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano. Vale dizer, o substituto deve demonstrar a *ascertainability* do grupo, mas a sua efetivação, se não ocorrer no caso concreto, poderá gerar o *fluid recovery*. Este é apenas um meio subsidiário à

---

<sup>229</sup> HELLER, Lisa L., WHIGHAM, Meredith L. *Ascertainability: an implied prerequisite to class certification. Westlaw Journal. V. 18, Issue 8, New York: Thomson Reuters, 2011.*

<sup>230</sup> As autoras colocam como elemento integrante do referido critério, também, a impossibilidade de se certificar uma classe identificada por critérios exclusivamente subjetivos, p.ex., um desconhecimento ou uma crença específica que leve ao dano coletivo. Todavia, não nos parece adequado este enquadramento no sistema brasileiro, uma vez que a proteção ao direito material muitas vezes significa perquirir acerca desses estados de espírito, os quais seriam apurados em fase de liquidação (imprópria) e não para a certificação da classe.

<sup>231</sup> HELLER, Lisa L., WHIGHAM, Meredith L. *Ascertainability: an implied prerequisite to class certification. Westlaw Journal. V. 18, Issue 8, New York: Thomson Reuters, 2011, p. 3.*

indenização direcionada aos membros da classe.

Essas características, como já dito, são essenciais para a ação coletiva e não constituem elementos exaurientes para a identificação da atuação adequada, motivo pelo qual se nota a necessidade de analisar os poderes conferidos ao juiz para o controle judicial da atuação coletiva, estudo realizado mais abaixo, que se vincula de forma intrínseca não apenas ao devido processo coletivo, mas, sobretudo, à natureza jurídica desta atuação.

### 3.3 INCURSÕES SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA ATUAÇÃO COLETIVA

#### 3.3.1 Atuação coletiva como condição da ação: aplicação da doutrina de Liebman

Conceituada desde a origem como “a pertinência subjetiva da lide nas pessoas do autor e do réu, por parte da ordem jurídica, como sendo as pessoas facultadas respectivamente a pedir e contestar providência que é objeto da demanda”<sup>232</sup>, a legitimação *ad causa*, não se confunde com o direito genérico à ação, uma vez que, embora todos os sujeitos de direito possam acionar o Poder Judiciário, “ninguém está autorizado a levar ao Judiciário de modo eficaz, toda e qualquer pretensão, relacionada a qualquer objeto litigioso”<sup>233</sup>.

Assim, Donaldo Armelin<sup>234</sup> afirma que:

A legitimidade para agir, como condição de exercício regular da ação, é uma qualidade jurídica que se agrega à parte, habilitando-a a ver resolvida no mérito a lide *sub judice*. Essa qualidade emerge de uma situação jurídica legitimante e dá colorido a uma situação processual oriunda, obviamente, de um processo existente, ou seja, a situação de parte nesse processo.

A legitimação *ad causam*<sup>235</sup>, nesses termos formulada, permite a identificação de duas

<sup>232</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 127.

<sup>233</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Pressupostos Processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 227-228.

<sup>234</sup> ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: RT, 1979, p. 80.

<sup>235</sup> Para Fredie Didier (**Pressupostos Processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 229), “[...] os principais aspectos da legitimidade *ad causam*: a) trata-se de uma situação jurídica regulada por lei (“situação legitimante”; “esquemas abstratos”; “modelo ideal”, nas expressões normalmente usadas pela doutrina), em que se atribui o poder jurídico de conduzir determinado processo; b) é qualidade jurídica que se refere a ambas as partes do processo (autor e réu); afere-se diante do objeto litigioso, a



espécies amplamente divulgadas pela doutrina, a ordinária e a extraordinária.

A primeira configura-se com a coincidência entre parte e titular do direito aduzido, já a segunda corresponde à dissociação entre titularidade e parte, ou seja, entre a aduzida parte material e parte processual. Neste diapasão o legitimado ordinário vai a juízo em nome próprio defender o alegado interesse próprio, enquanto que o extraordinário vai a juízo também em nome próprio, mas a fim de resguardar o alegado interesse alheio.

Luiz Fernando Belinetti<sup>236</sup> afirma que a legitimidade extraordinária é permitida de forma excepcional pela legislação em casos, nos quais, aquele que teria, em tese, a titularidade e legitimidade materiais, não possui, pelo ordenamento jurídico, poder para exercitar tal afirmação em juízo. Todavia, de forma excepcional, permite-se que um outro indivíduo vá ao Poder Judiciário, através da legitimação extraordinária, para possibilitar que tal questão seja posta sob o crivo do órgão julgador.

Tal hipótese, porém, seria apenas umas das faces assumidas pela legitimação extraordinária, denominada como autônoma<sup>237</sup> e exclusiva, em contraponto àquela classificada como autônoma e concorrente, a qual, por sua vez, conforme se depreende nas lições de José Carlos Barbosa Moreira<sup>238</sup>, “não cancela a legitimação ordinária do titular da situação jurídica litigiosa [...]. Tão somente concorre com ela, tornando indiferente, para a verificação da regularidade do contraditório, que no processo figure apenas o legitimado extraordinário, apenas o ordinário, ou ambos”.

Semelhanças à parte, a legitimação extraordinária não se confunde com o instituto processual da representação, uma vez que na última hipótese, o representante vai, em nome do representado, defender interesse deste, figurando como mero representante, e não como parte processual, posição assumida pelo legitimado extraordinário.

---

relação jurídica substancial deduzida – ‘toda legitimidade baseia-se em regras de direito material, embora se examine à luz da situação afirmada no instrumento da demanda; trata-se de uma condição transitiva, relacional’, pois, ‘acha-se ligada a uma determinada situação e afere-se em face de dadas pessoas”

<sup>236</sup> BELINETTI, Luiz Fernando. Ação e condições da ação. *Revista de Processo*, v. 96, São Paulo, p.260-266, out./dez., 1999, p.265.

<sup>237</sup> José Carlos Barbosa Moreira (Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista dos Tribunais**, v. 404, Ano 58, p.09-17, jul., 1969, p. 10-11) classifica a legitimação extraordinária dividindo-a também entre autônoma – quando permite ao seu respectivo titular atuar em juízo independentemente da presença do legitimado ordinário – e subsidiária – quando a legitimação extraordinária só se mostra legítima quando o legitimado ordinário estiver atuando no processo.

<sup>238</sup> Idem. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista dos Tribunais**, v. 404, Ano 58, p.09-17, jul., 1969, p.10.

Tal distinção já foi delineada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 210.029-RS, mediante o voto do Ministro Nelson Jobin, o qual afirmou que:

Como se viu em Chiovenda, a doutrina examina a substituição *vis a vis* à representação.

O método é comparativo.

Na substituição processual, a parte age, em juízo, em nome próprio, na defesa de direito de alheio.

Tal não se passa com a representação.

Neste, o representante defende direito do representando, em nome deste e, não em nome próprio.

Na substituição processual, o substituto é titular da ação.

O substituto é parte na relação processual.

O substituído não é parte.

Na representação, a titularidade da ação é do representado.

A parte, na relação processual, é o representado e não o representante.

Presente na doutrina, ainda, a distinção feita entre a substituição processual e a legitimação extraordinária, tomando aquela conteúdo mais restrito que esta. Para essa parte da doutrina<sup>239</sup> haveria substituição processual quando o legitimado extraordinário agisse em decorrência da omissão do legitimado ordinário, havendo, conseqüentemente, verdadeira substituição da parte.

A substituição processual, assim, configuraria espécie da legitimação extraordinária, a qual, por seu turno, ocorreria sempre que presente tanto a parte extraordinariamente quanto a ordinariamente legitimada.

Resta claro, dessa forma, que a legitimidade extraordinária está vinculada à relação existente entre substituído e porta-voz, em situações excepcionais, e, portanto, determinadas de forma taxativa pela lei, não estando, porém, limitada ao polo ativo, mas abarcando, também, o polo passivo da demanda<sup>240</sup>.

---

<sup>239</sup> ARMELIN, Donaldo. Op. cit. p. 132-133.

<sup>240</sup> As principais características da legitimação extraordinária são arroladas por Fredie Didier Junior (**Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 14. ed., Salvador: Juspodivm, 2012, p. 221-223): a) somente autorizada por lei, b) o legitimado atua como parte, c) pode ocorrer tanto no **polo** passivo quanto no **polo** ativo, d) salvo disposição em contrário, a coisa julgada estenderá seus efeitos ao substituído, e) o substituto processual também pode ser sujeitado a sanções processuais, f) o

Esta condição da ação, como se percebe, figura como elemento imprescindível, ainda para aqueles que criticam a doutrina de Enrico Tullio Liebman, para a legitimidade de todo o processo, ganhando grande relevância nas tutelas de massa e no instituto do representante adequado.

As críticas trazidas à teoria de Liebman iniciam-se já com o próprio objetivo indicado por seu idealizador, uma vez que este pretendeu a desvinculação definitiva da ação de uma noção limitada a um direito material – conforme o era no direito romano onde somente se reconhecia a *actio*<sup>241</sup> - elevando a ação a um status de garantia fundamental sendo “um direito subjetivo diferente daquele do direito substancial, porque dirigido ao Estado, sem se destinar à obtenção de uma prestação deste”<sup>242</sup>.

Tal doutrina trouxe, assim, uma bifurcação na concepção da ação que passou a ser entendida tanto como um direito subjetivo, incondicionado, quanto como um direito concreto - a demanda -, condicionada a determinados pressupostos (condições da ação)<sup>243</sup>.

Não obstante a corrente liebmaniana tenha sido desenvolvida após reiteradas críticas tanto às teorias concretistas quanto às teorias abstrativistas da ação, seu criador parte do cerne abstrativista, alargando, no entanto, o seu âmago, como lembra Egas D. Moniz de Aragão:

---

legitimado extraordinário possui apenas poderes de gestão do processo, sendo-lhe vedado poderes de disposição do direito, e g) a inexistência de legitimação extraordinária não leva à resolução do mérito da causa, mesmo para aqueles que consideram condições da ação como real exame de mérito.

<sup>241</sup>“Aos juristas romanos era desconhecido o conceito de direito subjetivo, tal como foi elaborado em tempos mais recentes, pois eles conheciam apenas a *actio*, que era o meio jurídico para cada um pedir a satisfação de suas pretensões. Para dizer que a Tício tocava um direito, diziam que lhe tocava a *actio* (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 198, p. 148)

<sup>242</sup>LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 152.

<sup>243</sup>“o poder de agir em juízo é reconhecido a todos e vimos também a razão dessa ilimitada abertura: uma garantia constitucionalmente instituída, que é o reflexo *ex subiecti* da instituição dos tribunais pelo Estado; eles têm a tarefa de dar justiça a quem pedir e por isso uma das regras fundamentais do nosso ordenamento constitucional assegura a todos a possibilidade de levar-lhes a sua pretensão a obtê-la, com isso fazendo que o juiz venha a examinar o seu caso. Segundo uma das opiniões muito conhecida, esse poder pertence à categoria dos *direito cívicos*; ele é absolutamente genérico e indeterminado, inexaurível e inconsumível, não se ligando a qualquer situação concreta.(...) Assim, sabemos agora que no âmbito daqueles *todos*, referidos na segunda parte do art. 24, se encontram também aqueles que não tanto podem *propor* uma demanda qualquer, mas são titulares de um verdadeiro direito que, com referência a uma situação determinada e concreta, visa a obter um pronunciamento sobre essa demanda, para que ela seja julgada procedente ou improcedente, sendo com isso concedida ou negada a tutela pedida. Esse direito é precisamente a *ação*, que tem por garantia constitucional o genérico poder de agir, mas que em si mesma nada tem de genérico: ao contrário guarda relação com uma situação concreta, decorrente de uma alegada lesão a direito ou a interesse legítimo do seu titular e identifica-se (como veremos) por três elementos bem preciso: os *sujeitos* (autor e réu), a *causa petendi* (é o direito ou relação jurídica indicada como fundamento do pedido) e finalmente o *petitum* (que é o concreto provimento judicial postulado para a tutela do direito lesado ou ameaçado)” (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 150-151) .

a abstração não é entendida no sentido mais comumente admitido. No seu pleno e verdadeiro significado, a ação em verdade não compete a qualquer um e não tem conteúdo genérico (...). Ela é por isso condicionada a alguns requisitos, que são (como em seguida se refere) as condições da ação. [...]

Note-se: abstrata, mas não genérica e sim condicionada. Eis aí o que me pareceu e segue parecendo ser o “tempero”<sup>244</sup>

Não obstante sua pretensão, José Joaquim Calmon de Passos<sup>245</sup>, ao analisar as condições da ação - elementos intrínsecos à teoria liebmaniana - aponta, ao revés da intenção do doutrinador italiano, que ao condicionar-se o exercício da ação a determinados institutos, Enrico Tullio Liebman acaba por afirmar a inexistência da ação, e, por conseguinte da própria jurisdição, quando inadmitida a demanda, ou seja, quando houvesse um juízo negativo de admissibilidade<sup>246</sup>, de forma que traria verdadeiro retorno às teorias concretistas<sup>247</sup>.

Complementa<sup>248</sup>, ainda, criticando veementemente a doutrina liebmaniana, seja porque esta destitui a natureza das decisões de inadmissibilidade como efetivo exercício do direito de ação<sup>249</sup>, seja porque “nenhum daqueles requisitos postos como condição da ação resiste a mais

<sup>244</sup>ARAGÃO, Egaz D. Moniz de. Hobbes, Montesquieu e a Teoria da Ação. **Revista de Processo**, v. 108, São Paulo, p. 09-22, out./dez., 2002, p. 14.

<sup>245</sup>PASSOS, José Joaquim Calmon. **A ação no direito processual civil brasileiro**. Salvador: Oficinas Gráficas da Imprensa Oficial da Bahia, 1960, p. 32.

<sup>246</sup>José Ignácio Botelho Mesquita (MESQUITA. José Ignácio Botelho. **Da Ação Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 44) também giza a aproximação da teoria eclética das concretistas, uma vez que “pode igualmente dizer-se quanto ao argumento de que a identificação do *Rechtsschutzanspruch* [pretensão à proteção do direito] com o objeto do processo conduzirá à eliminação da diferença entre administração e jurisdição porquanto, sendo objeto do processo, segundo a teoria dominante, não só a relação de direito material, mas também a própria relação jurídica processual, bem como as condições de admissibilidade da ação, não teria natureza jurisdicional, mas puramente administrativa, a sentença que julgasse o autor carecedor da ação”,

<sup>247</sup>“A verdade é que o direito de ação como direito a um provimento **sobre** determinada *fattispecie*, abstratamente prevista na lei e tornada concreta na demanda, será excluir-se como verdadeiro exercício do direito de ação, e legítima atividade jurisdicional, aquela que se traduz numa sentença de inadmissibilidade para o pronunciamento sobre o mérito. Assim, ocorrendo absolvição da instância, nem teria havido ação, nem jurisdição.

A exclusão que faz o eminente professo de Paiva é tão legítima quanto seria a dos chamados concretistas, afirmando só existir ação (como direito) quando ela é procedente, porquanto o inverso, isto é, na hipótese de improcedência, houve apenas um fato, simples atividade, uma *res mera facultatis*, ao que equivale, em última análise, a afirmativa de LIEBMAN: o exercício de uma atividade indispensável ao joejamento prévio da existência ou não do direito invocado” (PASSOS, José Joaquim Calmon. **A ação no direito processual civil brasileiro**. Salvador: Oficinas Gráficas da Imprensa Oficial da Bahia, 1960, p. 32).

<sup>248</sup>PASSOS, José Joaquim Calmon. **A ação no direito processual civil brasileiro**. Salvador: Oficinas Gráficas da Imprensa Oficial da Bahia, 1960, p. 31.

<sup>249</sup>Direito de ação é direito a um provimento sobre o mérito e inexistente onde inexistem aquelas condições que obrigam o juiz ao pronunciamento sobre a *res in judicio deducta*. E assim deve ser porque só no pronunciamento **sobre** o mérito há o exercício de atividade jurisdicional pelo órgão, e jurisdição e ação são correlatos.

A verdade é que entender-se o direito de ação como direito a um provimento **sobre** determinada *fattispecie*, abstratamente prevista na lei e tornada concreta na demanda, será excluir-se como verdadeiro exercício do direito de ação, e legítima atividade jurisdicional, aquela que se traduz numa sentença de inadmissibilidade, por falta de requisitos apontados como indispensáveis para o pronunciamento sobre o mérito. Assim, ocorrendo absolvição da instância, nem teria havido ação, nem jurisdição (PASSOS, José Joaquim Calmon. **A ação no**

profundo e detido exame”<sup>250</sup>.

Críticas à teoria eclética também são lançadas por Fredie Didier Junior<sup>251</sup>, para o qual a limitação posta ao direito de ação “à declaração de cabimento ou não de determinada *fattiespeciei* prevista na lei material [...], é [...] restringir o conceito de jurisdição, que se tornaria mera aplicação do direito material, ou considerar que o direito objetivo formal não é digno de aplicação”<sup>252</sup>.

Assim, uma análise das condições da ação as colocaria ou como pressupostos de existência ou como integrantes do próprio mérito da causa<sup>253</sup>, o que levou à elaboração da chamada teoria da asserção.

A teoria aludida propõe que a análise das condições da ação, como questões apartadas do mérito, sejam restritas ao juízo de admissibilidade da demanda postas em juízo, levando-se em conta exclusivamente as alegações do autor contidas na peça vestibular<sup>254</sup>. “O que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já seria problema de mérito”<sup>255</sup>.

Elucidativo o ensinamento de Fredie Didier Junior<sup>256</sup> para o qual:

Não se trata de um juízo de cognição sumária das condições da ação, que

**direito processual civil brasileiro.** Salvador: Oficinas Gráficas da Imprensa Oficial da Bahia, 1960, p. 31-32).

<sup>250</sup>Idem, p. 33.

<sup>251</sup>DIDIER JUNIOR, Fredie. **Pressupostos Processuais e condições da ação:** o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 210

<sup>252</sup>Idem.

<sup>253</sup> “Os adeptos da teoria dominante entendem que a categoria "condições da ação" é estranha ao mérito, tampouco pertencendo à órbita dos pressupostos processuais. Constituir-se-ia, na lição de Adroaldo Furtado Fabrício, em um círculo concêntrico intermediário entre o externo, correspondente às questões puramente formais, e o interior, representativo do mérito da causa.

[...].

Sendo a ação, indubiosamente, um instituto processual, não nos é aceitável que se pretenda reposicioná-lo como se fosse realidade distinta deste, como se pertencesse a outro mundo. Sejamos mais claros: aquilo que se *poderia* (mera conjectura) entender como condição da ação, em análise mais precisa, seria pressuposto de processo. A diferenciação entre um e outro, para nós, portanto, é descabida. E diz mais o professor baiano Calmon de Passos, em sucinto arremate: "... é injustificável que se desvinculando a existência do direito de ação da existência do direito material se persista no falar em condições da ação, como se ela fosse condicionada.

[...] O que hoje se entende como condição da ação ou é mérito (legitimidade *ad causam* e possibilidade jurídica do pedido) ou é, no mínimo, pressuposto processual (interesse de agir) – há quem, como Marinoni, entenda que também quanto ao interesse de agir se estaria analisando o mérito” (DIDIER JUNIOR, Fredie. Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto. **Revista Forense**, v. 351, Rio de Janeiro, p. 65-81, jul./set., 2000, p. 73)

<sup>254</sup>DIDIER JUNIOR, Fredie. **Pressupostos Processuais e condições da ação:** o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 217

<sup>255</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil.** 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 212

<sup>256</sup>DIDIER JUNIOR, Fredie. **Pressupostos Processuais e condições da ação:** o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 217.

permitiria um reexame pelo magistrado, com base em cognição exauriente. O juízo definitivo sobre a existência das condições da ação far-se-ia nesse momento: se positivo o juízo de admissibilidade, tudo o mais seria decisão de mérito, ressalvados os fatos supervenientes que determinassem a perda de uma condição da ação. A decisão sobre a existência ou não de carência de ação, de acordo com esta teoria, seria sempre definitiva.

Inclinando-se em prol da Teoria da Asserção, José Roberto dos Santos Bedaque<sup>257</sup> entende as condições da ação como verdadeiros requisitos para que a demanda mostre-se viável, mas considera que havendo cognição mais profunda que aquela limitada à análise da tese esboçada na inicial, estaríamos diante de verdadeiro exame do mérito<sup>258</sup>. As condições da ação, portanto, estariam diretamente vinculadas com o momento procedimental da propositura da demanda.

Alheia a tais críticas à Teoria Eclética da Ação teve ampla aplicação no direito brasileiro, havendo, no CPC, referência expressa às condicionantes<sup>259</sup> da regularidade da relação processual e, como bem aponta Rodrigo Klippel<sup>260</sup>, a questão da legitimação *ad causam* recuperou a sua posição de evidência na doutrina devido ao robustecimento da tutela dos interesses meta-individuais, uma vez que tal ponto mostra-se de salutar importância para a idoneidade dos procedimentos judicial em massa, o que ensejou construções doutrinárias a fim de conformá-la às demandas coletivas.

A doutrina focada na legitimação para agir nas ações coletivas restringiu-se à elaboração de três correntes relativas à natureza jurídica da atuação coletiva.

Assim, o primeiro eixo doutrinário, prevalecente na doutrina atual conforme aponta Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>261</sup>, trata tal legitimação como extraordinária entendendo que o representante coletivo, ainda nas ações que veiculem direitos individuais homogêneos, vai a juízo em nome próprio para a tutela de direitos e interesses alheios.

Por seu próprio conceito, infere-se a sua excepcionalidade, principalmente quando em

<sup>257</sup>BEDAQUE, José Carlos dos Santos. Pressupostos Processuais e Condições da Ação. *Justitia*. São Paulo, p. 48-66, v.156, out./dez., 1991.

<sup>258</sup>Idem, p. 54.

<sup>259</sup>Art. 3º. Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade  
Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)  
[...]

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

<sup>260</sup>KLIPPEL, Rodrigo. *As condições da ação e o mérito à luz da teoria da asserção*. São Paulo: Scortecci, 2005, p. 57.

<sup>261</sup>MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: RT, 2006. p. 409.

contraposição ao mandamento do art. 6º do CPC, de forma que sua possibilidade, no Brasil, decorre exclusivamente de permissão legal.

Todavia, como assevera Antônio Gidi<sup>262</sup>, o dispositivo citado foi uma importação do artigo 81 do Código de Processo Civil italiano, o qual dispõe que “fora dos casos expressamente previstos pela lei, ninguém pode fazer valer no processo em nome próprio direito alheio”.

Percebe-se, portanto, em que pese a semelhança dos dispositivos, que o CPC brasileiro suprimiu o vocábulo “expressamente”, fato este que ensejou relevante modificação na concepção da norma.

Atento a isto, Arruda Alvim<sup>263</sup> defende a possibilidade de inferir do próprio ordenamento jurídico, entendido como um todo, a autorização, não necessitando estar expressa em legislação processual. Tal doutrina foi seguida por José Carlos Barbosa Moreira, o qual aponta que:

O direito brasileiro, à semelhança do italiano, consagra o princípio da *coincidência* entre a legitimação para a causa e a afirmada titularidade da relação jurídica material discutida no processo. Tal é a *regra* que enuncia o art. 6º do Código de Processo Civil de 1973, em termos correspondentes à tradução quase literal do art. 81 do *código di procedura civile* peninsular: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Há uma diferença: o texto brasileiro não exige que as exceções sejam *expressas*, podendo no melhor entendimento, inferir-se do sistema legal (cf. ARRUDA ALVIM, *Código de Processo Civil Comentado*, vol. I, S. Paulo, 1975, pág. 426)<sup>264</sup>.

Aliás, mesmo ensinamento extrai-se quando José Carlos Barbosa Moreira<sup>265</sup> refere-se à legitimação das entidades associativas descrita pela Constituição Federal, as quais podem ser expressas ou podem ser previstas de maneira genérica numa disposição legal.

Kazuo Watanabe<sup>266</sup>, expoente do segundo posicionamento doutrinário, defende a natureza

<sup>262</sup>GIDI, Antônio. Legitimidade para agir em ações coletivas. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, São Paulo, p.52-66, abr./jun., 1995, p. 56.

<sup>263</sup> Apud MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. **Temas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 111.

<sup>264</sup>Idem Ibidem, p. 111, *in nota* nº 1. No mesmo sentido José Carlos Barbosa Moreira (Legitimação para agir. Temas de direito processual civil: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 33, *in nota* nº 7). “O dispositivo transcrito corresponde à tradução que literal do art. 81 do *código di procedura civile* italiano. Há uma diferença: o texto brasileiro não exige que as exceções sejam *expressas*, podendo no melhor entendimento, inferir-se do sistema legal (cf. ARRUDA ALVIM, *Código de Processo Civil Comentado*, vol. I, S. Paulo, 1975, pág. 426).

<sup>265</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na constituição federal de 1988. *Revista de Processo*, v. 61, São Paulo, p.187-200, jan./mar., 1991, p. 190.

<sup>266</sup>WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. *In* GRINOVER,

ordinária da legitimação *ad causam* coletiva através de uma operação hermenêutica aberta do art. 6º do CPC.

Subsídio a este eixo é dado, *de lege lata*, por José Carlos Barbosa Moreira<sup>267</sup>, o qual afirma que:

será talvez possível contornar o óbice do art. 6º do Código de Processo Civil, desde que se reconheça que, em determinados casos, o que se põe em jogo é algo distinto da mera soma dos interesses individuais: um interesse *geral* da coletividade, qualitativamente diverso e capaz de merecer tutela como tal. Desse interesse pode uma associação fazer-se titular, *ela mesma*, não como simples representante dos respectivos membros, nem como intérprete, em nome próprio, das pretensões paralelas de cada um deles. A associação se legitimaria, pois, em caráter *ordinário*, de acordo com os princípios comuns, quando se mobilizasse para postular em juízo a proteção daquele interesse geral.

A terceira parte da doutrina, representada por Nelson Nery Junior e Rosa Nery<sup>268</sup>, defende uma legitimação autônoma para a condução do processo, entendendo, para tanto, que nas ações coletivas há a tutela de direitos cuja titularidade é indefinida, o que não ocorre nos casos de legitimação extraordinária aonde se vai a juízo em defesa de direitos ou interesses de outro previamente identificado.

Para esses autores, apenas nas ações que tenham como objeto, os direitos individuais homogêneos, devido às suas peculiaridades, há legitimação extraordinária.

Parece-nos que ao se tratar a atuação coletiva no plano das condições da ação, não se demonstraria adequada a criação de um gênero especial para a classificação da natureza jurídica da legitimação, uma vez que, conforme lembra Fredie Didier Junior<sup>269</sup>,

toda vez que exista uma incoincidência entre o legitimado a estar no processo e o sujeito da relação jurídica material deduzida em juízo, fenômeno que ocorre na tutela coletiva, com a particularidade de o “titular do direito” (o agrupamento humano) não estar autorizado a atuar em juízo na sua defesa. Não é necessário, assim, construir uma terceira espécie de legitimação, própria das ações coletivas [...]. Se não há identidade entre quem está no processo e o titular da situação jurídica discutida, há legitimação extraordinária. A situação, porém, não é exatamente igual à generalidade dos casos de legitimação extraordinária, porque o regime da

---

Ada Pellegrini (coord.). **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 90.

<sup>267</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. Legitimação para agir. **Temas de direito processual civil**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 35.

<sup>268</sup>NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 7.ed. São Paulo: RT, 2003, p. 1885.

<sup>269</sup>DIDIER JUNIOR, Fredie. **Pressupostos Processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 264.



coisa julgada coletiva é bastante diferente, construído de modo a prejudicar o mínimo possível o “titular do direito” (art. 103 do CDC). O que é diferente, porém não é a legitimação coletiva, mas o processo coletivo.

Ademais, a ausência de definição dos titulares do direito discutido não é elemento a ser levado em conta na hora de definir a natureza jurídica do instituto, principalmente quando se percebe que aquele direito será atribuído a uma coletividade a qual configurará, nesta qualidade, como titular do direito, ainda que os indivíduos que formem essa massa não possam ser identificados.

Também, para o primeiro eixo doutrinário, a legitimação ordinária pareceria descabida para integrar a natureza jurídica da legitimação coletiva, eis que não haveria, a partir das premissas traçadas pela doutrina atual, identidade entre parte processual e parte material, ainda em sede de ações que veiculem direitos individuais homogêneos, figurando inidônea a interpretação do art. 6º do CPC defendida pela segunda parcela da doutrina.

O Supremo Tribunal Federal vem seguindo a corrente que atribui ao instituto ora em comento uma natureza extraordinária, conforme se infere da ementa extraída do acórdão publicado em 17.08.07 do Recurso Extraordinário nº 210. 029 RS, *in verbis*:

EMENTA: PROCESSO CIVIL. SINDICATO, ART. 8º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

O artigo 8º, III da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam.

Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores.

Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos.

Recurso conhecido e provido.

A análise desses posicionamentos e, o tratamento da atuação no campo das condições da ação, levar-nos-ia a enquadrar a natureza jurídica da atuação coletiva como verdadeira legitimação extraordinária inserida, portanto, no instituto das condições da ação, sendo, ao que parece, atualmente, o posicionamento da doutrina e da jurisprudência, uma vez que não reconhecem a existência de um sujeito coletivo inserido na própria relação jurídica processual, mas antes um indivíduo ou ente apartado do grupo que defende em nome próprio o direito por aquele

titularizado.

Todavia, há que levar em consideração a relação de instrumentalidade e a percepção de que a representação do grupo é algo anterior ao processo que decorre diretamente da relação jurídica material, parece insuficiente o tratamento atualmente dado ao instituto, até mesmo porque a questão da adequabilidade é prévia a criação da relação jurídica processual, embora por ela possa ser limitada.

### **3.3.2 Considerações sobre a necessária modificação da natureza jurídica da atuação coletiva**

A noção da atuação coletiva como legitimação extraordinária parte da superação da *golden rule* do processo individual de que, em regra, a parte processual deve guardar harmonia com o sujeito material<sup>270</sup>, utilizando-se, para tanto, do final do art. 6 do CPC que normatiza exceção a referida regra, ao estabelecer “salvo quando autorizado por lei”.

Destarte, inicia-se da premissa de que no direito coletivo a exceção do processo individual vira a regra: aquele que pleiteia em nome próprio, demanda direito alheio de uma comunidade, não havendo identificação, assim, entre parte processual e parte material. A primeira é sujeito individual e a segunda sujeito coletivo.

Desta forma, presente o autor (ou réu, nas ações coletivas passivas) a relação jurídica processual existe, mas não comportando ele a atuação adequada, o processo é inválido. A questão seria posta, nesse sentido, no plano de validade e não de existência da relação jurídica processual.

Todavia, se já no processo individual a discrepância entre sujeito da relação material discutida e parte processual é exceção, o interesse social<sup>271</sup> intrínseco ao processo coletivo, exige que tal premissa também seja adotada em seu procedimento. O problema encontrado é: como se compatibilizar essa estrita correspondência com a indeterminabilidade dos sujeitos titulares dos direitos coletivos *lato sensu*?

---

<sup>270</sup> Idem, p. 204.

<sup>271</sup> Sobre o conceito de interesse social, verificar NERY JUNIOR, Nelson. Defesa do Consumidor de crédito bancário em juízo. **Revista de Direito Privado**, n. 5, jan-mar, 2001.

Esse pseudoproblema já na sociedade medieval era resolvido pelo fato de que, “a coesão da comunidade ou grupo era um dado seguro: toda a comunidade se representava, estava encarnada, no postulante, devido à homogeneidade social”<sup>272</sup>.

Nesse sentido, Marcio Flávio Mafra Leal afirma que:

No medievo, como visto, a coesão da comunidade ou grupo era um dado seguro para garantir a legitimidade do modelo representativo, devido à homogeneidade social dos membros desses grupos, em que o compartilhamento de pretensões e interesses não era questionado. Portanto, havendo um membro da comunidade no processo, era como se toda comunidade estivesse encarnada nesse representante<sup>273</sup>.

Todavia, como bem salienta Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior, nesta época não havia uma preocupação com a representação do indivíduo, instituto cujo contorno jurídico era ignorado, existindo “apenas uma unidade de fins e interesses decorrentes da coexistência em comunidade”<sup>274</sup>.

Desta forma, percebe-se que a evolução social e política das comunidades impôs uma dissociação da intrínseca harmonia entre o interesse comunitário e o interesse individual, exigência esta propalada pelo iluminismo.

De tal dicotomia, surge o pseudoproblema ora aventado. Digo *pseudo* porque em verdade a solução para harmonização entre postulante e substituído apenas se modifica, mas não deixa de existir. Se antes essa união se dava através da homogeneidade social, atualmente, por exigência de um devido processo coletivo, ela pode ser vista através da adequação do portavoz e a sua relação de instrumentalidade com o grupo representado.

Tal alteração paradigmática pode ser vista com as noções de legitimidade real e legitimidade presumida trazida por Diogo Campos Medina Maia<sup>275</sup>.

O referido autor identifica a legitimidade real ao sistema norte-americano onde há o controle judicial da atuação coletiva, uma vez que neste país a análise de sua idoneidade levaria em

---

<sup>272</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie, ZANETI JUNIOR, Herme. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. v.4. 3.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 204.

<sup>273</sup> LEAL, Marcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas: História, Teoria e Prática**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 34.

<sup>274</sup> Idem, p. 205 (nota 28).

<sup>275</sup> MAIA, Diogo Campos Medina. **Ação Coletiva Passiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 110.

consideração inúmeros critérios subjetivos, e a legitimidade presumida ao sistema adotado pelo Brasil, onde há uma presunção de adequabilidade dos entes arrolados na legislação<sup>276</sup>.

Se de um lado parece-nos que o autor peca ao considerar a adoção exclusiva, pelo Brasil, do sistema legal, afinal, como será visto, acredita-se que o país teria adotado um sistema híbrido nesse aspecto, acerta ao afirmar que a legitimação real, levada a cabo pelo sistema de controle em concreto, teria o condão de equiparar o porta-voz “ao próprio titular do direito material, pois se reconhece que seus interesses e direitos serão definidos em igual potencial”<sup>277</sup>.

Veja-se, assim, que a parte processual passa a apresentar o titular do direito coletivo *lato sensu*<sup>278</sup> nos limites da lide coletiva. Representa-se, nesse sentido, a comunidade, a categoria ou o grupo e não o indivíduo, cuja pretensão individual sequer pode ser aventada no processo coletivo. Há, aqui, um sujeito coletivo também na relação jurídica processual.

Essa apresentação do titular do direito material discutido é imprescindível para os atuais contornos da cláusula do Devido Processo Legal e seus consectários lógicos do contraditório e da ampla defesa que exigem não apenas a participação formal no processo, mas, sobretudo, uma participação substancial dos afetados pelo ato final do Poder Judiciário.

Aliás, essa mesma exigência impõe que, ainda no processo individual, a substituição processual, através da legitimação extraordinária, se dê de forma adequada, podendo-se, desta forma, tornar verdadeira a afirmação de que o indivíduo, mesmo quando substituído tenha participação no processo.

Mesmo raciocínio deve ser exportado para as ações coletivas, mas aqui com uma peculiaridade: enquanto no processo individual a eventual inadequação geraria mera irregularidade na relação jurídica processual (tendo em vista que esta seria individual e, portanto, exigiria pressupostos de constituição individual, tal qual o sujeito e o objeto), na relação jurídica processual coletiva essa inadequação acabaria resultando na ausência de um de seus pressupostos de existência: o sujeito coletivo.

---

<sup>276</sup> Idem, p. 109.

<sup>277</sup> Idem, p. 110.

<sup>278</sup> Embora para alguns o sujeito coletivo seja indefinido, v.g. Rodolfo Camargo Mancuso (*in Jurisdição coletiva e coisa julgada*: teoria geral das ações coletivas. São Paulo: RT, 2006), pode-se afirmar, como já indicado linhas acima, com Antonio Gidi que “há apenas um titular – e muito bem determinado: uma comunidade no caso dos direitos difusos, uma coletividade no caso dos direitos coletivos ou um conjunto de vítimas indivisivelmente considerado no caso dos direitos individuais homogêneos” (*in Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 23)

É dizer, enquanto na relação jurídica material o sujeito coletivo é visto na própria comunidade, categoria ou grupo, que será titular do direito de massa, na relação jurídica processual o sujeito coletivo será encontrado em um porta-voz adequado que possa demandar de forma idônea a pretensão coletiva.

A questão da atuação adequada, ademais, como bem afirma Flávia Hellmeister Clito Fornaciarié instituto que nasce extraprocessualmente, é questão de direito material: o grupo e, portanto, seu representante, existe mesmo antes de sua judicialização, em suas palavras:

Neste ponto, revela-se com absoluta clareza a importância do estudo da representatividade adequada isoladamente, fora do contexto da legitimidade. Como se viu, uma pessoa é representante adequado de um grupo ou de uma classe independentemente da existência de um processo judicial, pois isso decorre da relação jurídica de direito material. [...] Assim sendo, a importância do estudo processual da representatividade adequada é, tão só, garantir que esses adequados representantes sejam porta-vozes dos cidadãos, grupos e classes titulares de um direito judicialmente controvertido; isso não implica, entretanto, que o conceito de representante adequado deva se ligar ao processo<sup>279</sup>.

Assim, embora considere a atuação adequada, ao se transportar tal ponto para o direito processual, como legitimação para a causa, a autora acaba dando subsídios para uma alteração no paradigma em análise, uma vez que ao se afirmar, com base na doutrina de Owen Fiss, que a representação se dá já num plano de direito material, acaba por vincular o porta-voz ao próprio direito material discutido e não apenas aos substituídos.

Desta forma, verifica-se que o instituto em análise é circunscrito não só pela análise dos titulares do direito material, mas, sobretudo, através do exame minucioso do próprio direito discutido, o qual, por sua vez, dará subsídios para a definição do próprio grupo representado.

Há aqui, como se percebe, uma relação dialética onde o i) direito material que define o grupo e o porta-voz adequado, enquanto ii) o grupo identifica o limite do direito material e elementos para a adequação do porta-voz e iii) a adequação do porta-voz permite delinear a extensão na qual os substituídos serão afetados pelas decisões referentes ao direito material.

Essa “coincidência” entre parte processual e parte material levada a cabo pelo ator coletivo pode ser visto na relação de instrumentalidade, analisada alhures, e é reconhecida pela doutrina norte-americana. Como afirma Antonio Gidi, “os membros ausentes são

---

<sup>279</sup> Idem, p. 50.

considerados partes no processo na exata medida em que estão sendo adequadamente representados em juízo (*party by representation*)”<sup>280</sup>.

É claro que o esforço hermenêutico para a adoção de uma teoria que esteja atenta à necessidade ora esboçada pode parecer estranho aos olhos da doutrina atual. Todavia, a percepção de que a relação jurídica processual coletiva pode ser vista ao lado de uma relação jurídica processual individual, com pressupostos de existência e validade diferentes, parece poder ser apoiada no desenvolvimento e na combinação das teorias de Oskar Von Bulow e Elio Fazzalari integradas à noção dos planos de existência, validade e eficácia da relação jurídica processual.

### **3.3.3 A atuação adequada como elemento essencial no conceito de processo coletivo: aplicação da teoria de Oskar Bulow e Elio Fazzalari**

Não obstante o posicionamento atual alhures exposto acerca da natureza jurídica da atuação do porta-voz coletivo como de legitimação extraordinária, portanto como condição da ação, a concepção de processo e a sua relativa autonomia frente ao direito material tutelado indicam uma segunda possibilidade de enquadramento do instituto.

Para tanto, faz-se imprescindível a análise da teoria de Oskar Von Bulow e Elio Fazzalari, uma vez que a análise do primeiro permite a percepção da existência de “tipos” de relação jurídica enquanto o segundo ressalta o necessário enquadramento do contraditório<sup>281</sup> como pressuposto de existência da relação jurídica processual, dando, assim, subsídio à revisão da atual orientação doutrinária.

---

<sup>280</sup> GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007, p. 101.

<sup>281</sup> Parece-nos que ao se referir ao contraditório, Elio Fazzalari buscou ressaltar a importância dos sujeitos da relação jurídica processual, sem os quais seria inexistente. Assim, sua doutrina teria buscado muito mais trazer a ideia de que seria necessária, na regulamentação do procedimento (sucessão de atos), para a sua caracterização como processo, a indicação efetiva dos sujeitos da relação jurídica processual (demandado e demandante, chamado de contraditores), do que colocar como pressuposto de existência da relação a necessidade de citação do acionado. **Como se verá**, ele exige, para a existência de um processo, apenas a previsão de sua possibilidade na norma.

Ademais, a própria teoria do ato jurídico, aplicado ao direito processual, em complemento às doutrinas de Oskar Bulow e Elio Fazzalari, reforça essa nova perspectiva que traz consequência de ordem prática de grande relevância.

Oskar Von Bulow<sup>282</sup>, ao analisar a natureza jurídica do processo, parte da ideia de relação jurídica pautada em uma sucessão de direitos e obrigações processuais, mas, ao contrário da doutrina clássica imanentista, identifica a existência de uma natureza pública e não privada.

Ademais, indica que a relação jurídica processual é formada gradualmente, desenvolvendo-se passo a passo, em suas palavras:

*El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial se presentan como totalmente concluida, la relación jurídica procesal se encuentra en em embrión. Esta se prepara por medio de actos particulares. Sólo se perfecciona con la litiscontestación, el contrato de derecho público, por el cual, de una parte, el tribunal asume la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio, y de otra, las partes quedan obligadas, para ello, a prestar una colaboración indispensable y a someterse a los resultados de esta actividad común. [...] La relación jurídica procesal está en un constante movimiento y transformación<sup>283</sup>.*

Todavia, o autor chama a atenção para a ideia de que essas características destacam apenas a face externa do processo, é dizer, o desenvolvimento procedimental, ou o procedimento, mas que nem por isso exclui de sua aceção uma segunda noção, a da própria relação jurídica processual, que se distingue da relação jurídica material, em especial por exigir condições específicas para a sua constituição. São os chamados pressupostos processuais.

Embora Oskar Bülow, a princípio, refira-se ao processo individual, sua construção da relação jurídica processual trouxe à teoria processual importante contribuição ao se conceder autonomia a esta em relação ao direito material discutido chamando-se a atenção para a necessidade de se estudar elementos próprios e necessários para sua instauração em claro desapego às exigências de constituição do direito material litigioso.

Parece, todavia, que tal autonomia, ainda com Bülow, não significou total independência às particularidades do direito material objeto do processo, mas antes representou a necessidade de uma sistematização dos pressupostos processuais à luz do direito material. Nesse sentido o

---

<sup>282</sup>BULOW, Oskar Von. *La teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

<sup>283</sup>Idem, p. 2-3.

autor indica que há evidente necessidade de se saber quais pessoas podem estabelecer a relação jurídica processual, a qual objeto esta irá se referir, quais atos são necessários para seu nascimento e quem é capaz ou possui a faculdade de praticar o ato<sup>284</sup>.

Em relação aos aspectos subjetivos, pertinentes a presente pesquisa, o autor arrola não só a competência, mas também a capacidade processual das partes (ou capacidade para estar em juízo) e a legitimação de seu representante, como elementos de admissibilidade e de condições prévias para a tramitação de toda a relação processual. Tais elementos, assim *“precisan entre qué personas, sobre qué materia, por medio de qué actos y em qué momento se puede dar un proceso. Un defecto em cualquiera de las relaciones indicadas impedirá el surgir del proceso”*<sup>285</sup>. Para o jurista, destarte, tais elementos apresentam verdadeiros elementos constitutivos da relação jurídica processual e, por isto, devem ser chamados de pressupostos processuais.

O interesse para a ciência jurídica processual é destacado pelo próprio autor não só ao contrapor sua teoria aos próprios requisitos constitutivos de uma relação jurídica privada e aos elementos do tipo delitivo do direito criminal, mas, sobretudo, por ter o mérito de permitir exames mais profundos da estrutura de todo o processo judicial e da essência de muitos fenômenos particulares que se apresentam nas relações jurídicas processuais<sup>286</sup>.

Dentre os efeitos práticos indicados por Oskar Bülow está o de permitir uma dicotomia no juízo realizado pelo órgão julgador que passa a analisar tanto o mérito da causa quanto o “mérito” da relação processual, sendo esta anterior aquela e impeditiva de sua análise.

Vale frisar, assim, que embora a noção dos pressupostos processuais tenha sido de extrema importância no estudo da relação jurídica processual, sendo posteriormente desenvolvida através da integração dos planos de existência, validade e eficácia do ato jurídico processual, o que se destaca na presente pesquisa é a perspectiva de diferentes relações jurídicas.

Já com Bülow se sublinhou a dicotomia entre relação material e relação processual, o que permitiu, v.g., que se superasse a doutrina romana pela qual a imbricação entre pretensão

---

<sup>284</sup>Idem, p. 4.

<sup>285</sup>Idem, p. 5.

<sup>286</sup>Idem, p. 6.



material e direito de ação tornava “impensável que alguém se apresentasse ao Pretor ou ao *iudex* acenando com uma posição jurídica concernente a outrem”<sup>287</sup>.

Verifica-se, destarte, uma bipartição entre as relações jurídicas fundamentadas basicamente nas suas peculiaridades, em especial, nos seus pressupostos de constituição. **Nada impede, portanto, que outras relações jurídicas sejam desveladas, bastando, para tanto, que se possa identificar elementos constitutivos suficientes para uma nova divisão.**

Ao lado de tal percepção, e desenvolvendo a noção de processo e procedimento e sua integração, Elio Fazzalari<sup>288</sup> acrescenta ao procedimento a noção de contraditório como essencial para a existência do processo, para o autor:

Existe, em resumo, o “processo”, quando em uma ou mais fases do iter de formação de um ato, é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar.

[...] Onde é ausente o contraditório – isto é, onde inexista a possibilidade, prevista pela norma, de que ele se realize – não existe processo<sup>289</sup>.

Elio Fazzalari indica, ademais, a ideia de que os contraditores, ou seja, os destinatários do ato final do processo, são “individuos em via hipotética, isto é, estimado a sua posição, no início do processo, com base na hipótese de que, ao final, aquele ato seja emanado e os envolva”<sup>290</sup>.

Todavia, cabe ressaltar que o autor chama a atenção para o fato de que o contraditório e, portanto, a participação dos contraditores, não se dá em todo e qualquer tipo de processo da mesma forma quantitativa e qualitativamente, através das mesmas faculdades, poderes, deveres e atos, podendo, ao revés, a norma limitá-los em “razão do tipo e da natureza do ato cuja atividade em contraditório põe fim”<sup>291</sup>.

Verifica-se, assim, que para o autor, o que efetivamente importa para que se possa falar na existência de um processo é a previsão normativa dos sujeitos que integrarão a relação

<sup>287</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. São Paulo: RT, 2006, p. 212.

<sup>288</sup> FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direitos Processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

<sup>289</sup> Idem, p. 120-121.

<sup>290</sup> Idem, p. 122.

<sup>291</sup> Idem, p. 124.

jurídica processual, não sendo necessário, para a sua constituição a efetivação do contraditório.

Atenta a tal panorama, a contraposição da teoria de Oskar Bülow e de Elio Fazzalari permite a conclusão de que a atuação coletiva, embora normalmente tratada como hipótese de substituição processual, portanto, afeta às condições da ação, nos termos proferidos por Liebman, está inserida na categoria de pressuposto processual de existência.

Explica-se.

Como indicado, através de Oskar Bülow percebe-se que as relações jurídicas podem ser destrinchadas em tipos distintos através da circunscrição de elementos constitutivos próprios. Em sua época, o autor apresentou a dicotomia entre a relação jurídica processual e a relação jurídica material, libertando o direito processual das amarras imanentistas.

Todavia, a discussão acerca dos direitos meta-individuais e dos individuais homogêneos levaram ao desvelamento, através da reformulação de institutos processuais individuais, de uma nova espécie de relação jurídica, sendo possível se identificar não apenas peculiaridades no direito material tutelado, mas, sobretudo, nos próprios elementos desta relação jurídica processual. Fala-se, assim, da existência de um sujeito coletivo, de um procedimento coletivo e de um objeto litigioso coletivo.

A participação no processo, como já visto, é exigência do devido processo legal que nas ações coletivas sofreu reformulação para que se permitisse a participação da coletividade através da figurada do porta-voz coletivo adequado.

Nesse sentido, faltando a adequação do sujeito processual, não se pode afirmar a existência de um grupo como participante do processo, o que leva a doutrina majoritária atual a indicar a ausência **(de)** legitimação extraordinária acarretando, embora não sejam expressos nesse sentido, mas por pura decorrência lógica, a nulidade do processo, uma vez identificam a atuação do porta-voz como pessoal, embora tutelando direito alheio<sup>292</sup>.

Desta forma, sendo o contraditório, entendido aqui como a previsão normativa da participação no processo dos titulares da relação jurídica material (sujeitos que sofrerão a incidência da decisão), elemento essencial para a existência do processo, a noção do porta-voz adequado

---

<sup>292</sup> Nesse sentido verifica DIDIER JUNIOR, Fredie, ZANETI JUNIOR, Herme. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. v.4. 3.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

coletivo estaria inserida no conceito de pressuposto processual e não no de condição da ação, que exige a existência de um processo, embora viciado.

Assim, a categoria nomeada como pressuposto processual desde Bülow encerra uma gama de institutos necessários para a constituição do processo, isto é, da existência da relação jurídica processual e não apenas de sua validade.

Nesse sentido, se o procedimento, exteriorização da relação jurídica processual, exige o contraditório, a atuação coletiva adequada, elemento essencial para o devido processo coletivo, como já visto, por consubstanciar a reformulação do próprio contraditório, impõe o seu enquadramento como pressuposto de existência de um processo coletivo.

Veja-se neste raciocínio que a atuação coletiva deixa de ser mera hipótese de substituição processual (condição da ação) e passa a ser elemento essencial para se reconhecer a existência de um grupo ou coletividade em um dos polos da demanda.

Parece evidente, no entanto, que com Elio Fazzalari há um arcabouço teórico para o reconhecimento desta natureza jurídica apenas para a previsão normativa dos atores coletivos (p.ex. o artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública) e não naquela adequabilidade reconhecida pelo magistrado, ou seja, aquela vinculada a uma causa, uma vez que com o referido autor, o contraditório é visto em um âmbito normativo e não fático<sup>293</sup>.

Todavia, diante do caso concreto, esse elemento também deve estar presente, é dizer, se o porta-voz adequado não está presente na relação jurídica processual formada, tal relação jurídica não pode ser considerada relação jurídica processual coletiva, por lhe faltar um dos elementos essenciais de toda e qualquer relação: o sujeito.

Parte-se, assim, do âmbito teórico-normativo para o normativo-prático com a mesma solução: a parte processual em uma relação jurídica processual coletiva deve ser uma parte processual coletiva, cujo contorno somente pode ser encontrado na atuação adequada.

Perceba-se que em que pese exista um sujeito “individual”, necessário e suficiente para a formação da relação jurídica processual individual, não constatamos a presença de um sujeito

---

<sup>293</sup> Reproduzo novamente o seguinte trecho: “Onde é ausente o contraditório – isto é, onde inexista a possibilidade, prevista pela norma, de que ele se realize – não existe processo” (FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direitos Processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 121).

coletivo, necessário e suficiente para se instaurar a relação jurídica processual coletiva nos casos em que ausente a adequabilidade do porta-voz.

Tal solução, embora não lastreada nas premissas teóricas aqui esboçadas, pode ser vista no sistema norte-americano diante do sistema de *class certification* que pode gerar não só a extinção do processo, mas também a sua continuidade como ação individual.

Através deste instituto, o demandante deve ser reconhecido como porta-voz coletivo através da análise judicial, dentre outras características, da atuação adequada. Assim, Jonathan R. Macey e Geoffrey P. Miller<sup>294</sup> afirmam que uma típica impugnação dos demandados e dos próprios substituídos nas *class actions* reside exatamente na pretensão de se negar a certificação de classe. Destarte, como afirmam, “*if the relief is granted, the action can proceed only as an individual action. In the context of derivate litigation, the action must be dismissed altogether if the claims of the representative plaintiff are derivate rather than direct*”<sup>295</sup>.

Por meio da certificação da classe o juiz norte-americano reconhece a natureza coletiva da demanda demonstrando que não há que se falar em ação de massa na ausência do porta-voz adequado. Como indicado por Antônio Gidi,

Se o juiz indeferir o requerimento da ação coletiva, ela não será extinta, mas prosseguirá como uma ação individual entre o autor (já não mais representante) e o réu. Em alguns casos, mesmo que a ação individual não seja cabível, a ação coletiva poderá continuar se o representante for substituído. É como se duas ações independentes (a coletiva e a individual) convivessem em um mesmo procedimento<sup>296</sup>.

Em verdade, não haveria “convivência das duas ações” até mesmo porque se coexistissem ambas teria que ser julgada quando houvesse a certificação. O que se verifica, aqui, é que ao magistrado cabe analisar os pressupostos de existência da ação apresentada e identificar a presença de uma relação jurídica individual ou coletiva. Objetiva-se, com isso, sanear o processo.

<sup>294</sup> MACEY, Jonathan R., MILLER, Geoffrey P. *The Plaintiff attorney's role in class action and derivate litigation: Economic analysis and recommendations for reform (1991)*. **Faculty Scholarship Series. Paper 1717**. Disponível em: [http://digitalcommons.law.edu/fss\\_papers/1717/](http://digitalcommons.law.edu/fss_papers/1717/). Acesso em: 27 mai 2012.

<sup>295</sup> Idem, p. 69.

<sup>296</sup> GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007, p. 193.

Parece claro, destarte, que a *class certification* norte-americana é algo semelhante ao despacho saneador do processo individual<sup>297</sup> brasileiro e pode ser importada para o sistema nacional.

Não obstante, vale indicar que a continuidade do processo como individual apenas seria possível naqueles casos em que o autor da ação apresenta uma demanda alegando sua natureza, mas especificando algumas das vítimas, uma vez que nos demais casos, e mais comuns, não haveria interessado no provimento judicial individual.

Tal técnica utilizada comumente pelo Ministério Público nos pedidos de fornecimento de medicação, p.ex., permitiriam a sua continuidade, se afastada a natureza coletiva pela inadequação do pretense porta-voz, embora, nesses casos, fosse necessária a regularização da representação processual, uma vez que o Ministério Público, nessa hipótese, estaria exercendo atribuições que lhe são vedadas.

Percebe-se a partir de tal perspectiva uma clara dicotomia, inclusive relacionada aos pressupostos de formação, entre o processo clássico e individualizado e o processo coletivo.

Note-se, ademais, que tal autonomia entre um e outro “tipo” de processo não se limita ao elemento subjetivo do ato processual que instaura a relação jurídica, mas também se vê no próprio objeto: quem dirá que existe ação coletiva quando a pretensão não envolver um direito difuso, coletivo ou individual *lato sensu*, mas tão somente um direito individual? Aufere-se, porém, que tal demanda possui objeto, mas não um suficiente para a caracterização do processo coletivo.

Esta noção de autonomia entre os pressupostos processuais das relações jurídicas individuais e coletivas permite identificar constantes equívocos na praxe forense.

Nesta senda, apontam-se as ações, erroneamente identificadas como Ações Civis Públicas<sup>298</sup>, ajuizadas pelo Ministério Público para o deferimento de medicamentos a pessoas

---

<sup>297</sup> *Idem*, p.213.

<sup>298</sup> Neste caso, inclusive, sequer se pode falar que a ação civil pública seria a nomenclatura para designar toda e qualquer ação civil ajuizada pelo Ministério Público em contraposição à chamada ação penal pública, uma vez que como Márcio Flávio Mafra Leal afirma, “a ação civil pública, concluindo, era originariamente o nome da ação do Ministério Público como autor, não havendo relação com a dimensão difusa e coletiva do direito material, dimensão essa assumida somente com a Lei 7.347/85. Com a LACP, ocorreram duas mudanças teóricas e dogmáticas importantes: a primeira foi a desvinculação da ação civil pública como instrumento processual de titularidade exclusiva do Ministério Público, pois, como dito, associações e outros ramos políticos do Estado também foram legitimados para o seu ajuizamento. A segunda mudança foi a concepção da ação civil pública como ação coletiva (*in Ação Coletiva: História, Teoria e Prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor,

individualizadas. Em tais casos, embora em tese pudesse haver um porta-voz coletivo, por expressa disposição da Lei 7.347/85<sup>299</sup>, não há um objeto coletivo, ou seja, não se pleiteia, em diversos casos, um direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, mas tão somente um direito particular indisponível. Não haveria, aqui, portanto, ação coletiva a tramitar no rito específico das Ações Cíveis Públicas, mas apenas ação individual<sup>300</sup>.

De mesma sorte são aquelas ações nas quais se existe um pleito coletivo, mas que o sujeito não caracteriza um grupo ou coletividade. Estaríamos, aqui, diante de um porta-voz inadequado o qual não permitiria a ideia de participação de massa, mas tão somente de indivíduo. Faltaria, portanto, o sujeito necessário para a formação da relação jurídica processual coletiva.

Ressalte-se que, mesmo nos sistemas jurídicos em que se permite a veiculação de ação de massa por indivíduo, não sendo exigido um ente público ou privado, como o caso da Ação Popular no Brasil, não estaríamos diante de simples ilegitimidade *ad causam*, pois no âmbito das ações coletivas o que importa é que a coletividade seja posta como sujeito da relação jurídica o que, *in casu*, só se vislumbra com o porta-voz adequado.

Frise-se que ao lado do contraditório como elemento essencial à relação jurídica processual, a análise da teoria dos atos jurídicos processuais fornece elementos que corroboram a impossibilidade da instauração da relação jurídica processual coletiva por um porta-voz inadequado.

É o que passamos a analisar.

---

1998, p. 188.

<sup>299</sup> Em verdade, sequer estaríamos diante de um substituto coletivo. Todavia, na prática jurídica o Ministério Público ajuíza ação intitulando-a de ação civil pública e utiliza como fundamento a própria LACP dando uma aparência coletiva à ação (sujeito e procedimento coletivizado), quando em verdade não há nem objeto nem sujeito massificado o que implicaria na inviabilidade do procedimento da Lei 7.347/85.

<sup>300</sup> Hipótese completamente distinta é aquela em que o Ministério Público apresenta pedido de concessão de medicamentos de forma generalizada em um município ou estado e o cumula com o pleito individual – há aqui cumulação de ação individual com ação coletiva, tratando-se de caso de litisconsórcio (art. 94 do CDC), o que de qualquer sorte, como já visto, é inadequado por trazer questões individuais ao âmbito de cognição do procedimento coletivo.

### 3.3.4 A teoria dos Fatos Processuais, a tricotomia dos planos e a atuação coletiva adequada como elemento essencial da relação jurídica processual de massa

Pontes de Miranda<sup>301</sup>, ao analisar os fatos jurídicos, afirma a existência de três planos distintos em que é possível a sua visualização: i) o plano de existência; ii) o plano de validade e; iii) o plano de eficácia.

Como informa Marcos Bernardes de Mello, “no plano da existência não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência. Tudo, aqui, fica circunscrito a se saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência”<sup>302</sup>.

A interação entre suporte fático e incidência dá origem ao fato jurídico. Como afirma Pontes de Miranda, “o fato jurídico é o que entra, do suporte fático, no mundo jurídico, mediante a incidência da regra jurídica sobre o suporte”<sup>303</sup>.

A tricotomia de planos parece evidente também nos fatos jurídicos processuais, mas a conceituação dessa categoria vem demonstrando grande divergência na doutrina.

Conforme acentua Fredie Didier Junior e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira:

Pode-se arrumar a divergência doutrinária em quatro correntes: a) alguns entendem que é suficiente o produzir efeitos no processo para que o ato seja havido como processual; b) há quem vincule aos sujeitos da relação processual: apenas o ato por eles praticado poderia ter o qualificativo de processual; c) há também os que exigem tenha sido o ato praticado no processo, atribuindo à sede do ato especial relevo; d) há quem entenda que o ato processual é o praticado no procedimento e pelos sujeitos processuais (conceito mais amplo do que o de sujeito da relação processual<sup>304</sup>).

Os autores, todavia, embora partam da premissa de que há distinção entre atos do processo e atos processuais, entendem, ao que parece corretamente, balizados na doutrina de Pontes de

---

<sup>301</sup>MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado das ações**. T.I, São Paulo: RT, 1970, p. 4.

<sup>302</sup>MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. Plano de Existência. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 83.

<sup>303</sup>MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 1. Rio de Janeiro: Borsó, 1954, p. 4.

<sup>304</sup>DIDIER JUNIOR, Fredie. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 29-30.

Miranda<sup>305</sup>, que o conceito de ato processual deve abranger ambas as categorias, bastando, para tanto, que o ato interfira de algum modo na relação jurídica processual<sup>306</sup>.

A adequação de tal corrente parece evidente se resgatado a própria noção de ato/fato jurídico. O que qualifica o fato ou o ato assim é a incidência de uma norma jurídica, cuja natureza será herdada. Mostra-se, indiferente, portanto, o local em que praticado ou o sujeito que o pratica, basta a subsunção de uma norma processual para a sua qualificação.

Essa noção de *fattispecie* e de incidência é de extrema importância, uma vez que como indica José Joaquim Calmon de Passos,<sup>307</sup> que embora adote o conceito de ato processual como aquele realizado no processo, “o tipo (*fattispecie*) do ato é, pois, o modelo, ou também se poderia dizer a amostra do ato que o legislador constrói com o objetivo de regular o procedimento, isto é, de fazê-lo idôneo para o fim”<sup>308</sup>.

Acentue-se, também, que é lição do mesmo autor que

O paradigma legislativo do ato denuncia, ainda, um conjunto de elementos cujo conhecimento é essencial para apreender o conteúdo da norma: o sujeito que realiza o ato; a modificação da realidade em que o ato consiste e que, por sua vez, se deixa decompor em vários elementos: o objeto e a forma pela qual o ato se exterioriza, em todos ou em parte de seus elementos; e o procedimento, isto é, a ordem dos atos que conduzem ao provimento jurisdicional<sup>309</sup>.

Daqui, portanto, podem ser retirados os elementos constitutivos da relação jurídica processual: sujeito, objeto e forma (procedimento)<sup>310</sup>.

Vale indicar que esses elementos são identificados na norma processual e jurisdionaliza o fato/ato natural quando este possa ser enquadrado, através de uma interpretação, naquela hipótese normativa.

---

<sup>305</sup>MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. III, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

<sup>306</sup>“O ato jurídico ganha qualificativo de processual quando é tomado como *fattispecie* (suporte fático) de uma norma jurídica processual e se refira a algum procedimento. Esse ato pode ser praticado durante o itinerário do procedimento ou fora do processo. A “sede” do ato é irrelevante para caracterizá-lo como processual” DIDIER JUNIOR, Fredie. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 31.

<sup>307</sup>PASSOS, José Joaquim Calmon. **Esboço de uma Teoria das Nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 79

<sup>308</sup>Idem. p. 78.

<sup>309</sup>Idem., p. 81.

<sup>310</sup>Nesse sentido Calmon de Passos conclui: “a inexistência é o não-ato: a) porque sem agente processualmente reconhecível, inexistindo, como inexistente, ato em sujeito; b) porque sem objeto processualmente reconhecível e c) porque sem a forma processualmente reconhecível, inexistindo, como inexistente, ato sem a materialidade da ação, sem modificação da realidade exterior (idem, p. 103).



Desta forma, é o fato natural que indica a existência de uma relação jurídica, desde que esteja condizente com o tipo descrito na norma<sup>311</sup>.

Com base neste pensamento, José Joaquim Calmon de Passos formula críticas parciais a Carnelutti indicando seu acerto quando demonstra que a inexistência é “um conceito com base no mundo da tipologia jurídica, resultando de confronto entre o fato (real) e o tipo (legal)”<sup>312</sup>, mas ressaltando seu equívoco ao identificar “a sanção legal do ato defeituoso (a nulidade) com a incapacidade intrínseca do ato para a produção de um efeito jurídico específico (a inexistência)”<sup>313</sup>.

A inexistência, assim, designa algo que carece dos elementos essenciais do ato a que se queria praticar, “o conceito de inexistência é uma ideia absolutamente convencional que significa a negação do que pode constituir um objeto jurídico”<sup>314</sup>.

Justamente por tal característica é que o ordenamento jurídico não precisa prever expressamente as causas de inexistência, uma vez que esta é auferida dos princípios gerais de direito, do complexo do sistema legislativo ou até mesmo de um ramo jurídico particular<sup>315</sup>.

Desta forma, é ainda com Calmon de Passos que se verifica que o liame entre o fato natural e sua existência jurídica é baseado em uma análise relacional, é dizer, em face do direito positivo<sup>316</sup>.

Portanto, parece-nos incorreto o enquadramento da atuação coletiva como legitimação para a causa, ou em outros termos, como condição da ação.

Os elementos essenciais do fato/ato jurídico processual devem ser analisados de acordo com o tipo processual trazido na normal e não de um modo genérico, colocando como existentes aqueles atos que possuam agente, forma e objeto.

---

<sup>311</sup>“O acontecimento (fato da vida), portanto, deve conter todo o complexo dos elementos do tipo abstrato (fato norma) para que se tenha o tipo como realizado (incidência). Assim, uma certa situação histórica tem ingresso no mundo do direito e nele recebe determinada qualificação jurídica quando reproduz a situação normativamente tipificada”. *Idem*, p. 82

<sup>312</sup>*Idem*, p. 95.

<sup>313</sup>*Idem*, p. 95.

<sup>314</sup>*Idem*, p. 95.

<sup>315</sup>*Idem*, p. 97.

<sup>316</sup>*Idem*, p. 100.

Assim, em uma relação jurídica processual coletiva, a natureza massificada da demanda, consiste na presença de determinado grupo, categoria ou comunidade em um dos polos da relação visando a defesa dos interesses coletivos.

Aqui, faz-se necessária uma reformulação, como ocorrido nos próprios princípios derivados da cláusula geral do devido processo legal, para se reconhecer a existência de elementos essenciais específicos para a relação jurídica processual massificada.

Não basta, então, a presença de um sujeito ou de um objeto qualquer para defender a existência da demanda massificada, mas antes, faz-se necessária a constatação de um sujeito e de um objeto coletivo.

Este sujeito, assim, deverá ser um porta-voz dos interesses dos ausentes, fazendo com que essa atuação se caracterize como elemento essencial da relação jurídica processual coletiva, e que somente poderá ser aferida através da adequabilidade do legitimado.

Perceba-se que o tipo processual, diferentemente das demandas individuais, exige, não um agente que demande, ou seja demandado, mas antes, põe como requisito que uma coletividade assumam tais situações jurídicas.

Há necessidade aqui de se estabelecer requisitos próprios para a ação massificada que são retirados do próprio microsistema e conceito da ação coletiva. Ausente um grupo, categoria ou comunidade em um dos polos da demanda, impossível que se fale de ação coletiva.

Tal afirmação, que somente pode levar à conclusão de que a atuação adequada, como elemento essencial do devido processo legal e que funciona como verdadeira identificação da massa demandada/demandante, torna imperativa a modificação do paradigma que rege a natureza jurídica da atuação adequada, enquadrando-a como pressuposto de existência das demandas coletivas.

### 3.4 CONSEQUÊNCIAS DA ATUAÇÃO INADEQUADA

O reconhecimento da inadequabilidade pode se dar em qualquer fase do processo e nem sempre significará a negativa integral da ação de massa, abrindo-se para o órgão julgador as seguintes opções:

- 1) Poderá redefinir o grupo, especificando os interesses adequadamente representados e as características dos possíveis membros a serem posteriormente identificados;
- 2) Determinar a notificação dos demais colegitimados para intervir e ajudar o autor/réu da demanda, tornando-o adequado ou auxiliar a corte a identificar se existe ou não essa características;
- 3) Determinar a regularização processual com a alteração do advogado para um que comporte maior idoneidade para a condução do processo;
- 4) Dividir o grupo em subgrupos mais homogêneos com a nomeação de outro porta-voz e outro advogado;
- 5) Permitir a condução da ação de forma individual, quando houver a identificação, já na inicial, de indivíduos beneficiários que possam assumir a relação jurídica processual, p.ex., nos casos em que o Ministério Público ajuíza ação civil pública pleiteando remédios e identifica os indivíduos que foram buscar seu auxílio.

Se por um lado essas possibilidades são identificadas expressamente na *rule 23*<sup>317</sup>, parece não haver óbice para a sua importação, seja porque cabe ao juiz, através das alegações do autor a identificação do objeto litigioso e da extensão do provimento jurisdicional, seja porque a adequabilidade, também aqui, deve ser vista como requisito essencial da relação jurídica processual coletiva, o que implica, necessariamente, a ponderação acerca do respeito aos corolários do devido processo legal, em especial, o contraditório e à ampla defesa.

Ademais, levando-se em conta que esta análise é constante no processo, podendo ocorrer a qualquer tempo<sup>318</sup> sob o fundamento de uma alteração fática ou probatória, não seria razoável a sua extinção após a regular instauração e processamento da ação coletiva, sendo mais

---

<sup>317</sup> Idem, p. 128.

<sup>318</sup> Idem, p. 129.

condizente com os parâmetros processuais constitucionais a restrição da atuação e da coisa julgada ou a substituição do porta-voz coletivo.

Vale indicar que estas hipóteses podem ocorrer independentemente da ruptura de paradigma ora propugnada, uma vez que possuem legitimidade lastreada em questões principiológicas constitucionais e não propriamente relação com a natureza jurídica do instituto.

Já, as consequências da transposição da adequabilidade para a categoria de pressuposto processual de existência são evidentes e amplamente difundidas pela doutrina processual ao analisar os atos/fatos processuais.

Em primeiro lugar, vale indicar que ao se colocar a atuação coletiva como legitimação para a causa, portanto, dentro das condições da ação, o sistema a ser aplicado é o das invalidades processuais.

Desta premissa resulta que a com a ausência de controle judicial no processo coletivo da adequabilidade e representatividade do ator coletivo, a relação jurídica estaria meramente viciada produzindo todos os seus efeitos até que pronunciada pelo julgador.

Para Calmon de Passos,

Ato viciado é ato processual defeituoso, isto é, ato no qual um ou alguns dos pressupostos ou requisitos do tipo inexistem ou existem desviados da normalidade legal. Esse desvio, ou ausência, entretanto, não é de molde a desnaturar o ato, descaracterizá-lo, desenquadrá-lo do tipo a que pertence<sup>319</sup>

Com tal entendimento, que por si já demonstra a inadequação de se considerar a ausência de atuação adequada como mero vício na relação jurídica processual, verifica-se que há a possibilidade do ato defeituoso produzir efeitos, cessando estes apenas com o pronunciamento judicial, podendo ser convalidado com o trânsito em julgado<sup>320</sup>.

Nesse sentido, Fredie Didier Junior<sup>321</sup> afirma que por mais grave que seja o vício ele pode ser sanado, não havendo exceção à regra. *In verbis*,

---

<sup>319</sup>Idem, p. 101

<sup>320</sup>Aqui não há distinção entre nulidade relativa e absoluta, divergindo apenas no momento em que há essa convalidação (NEVES, Daniel Amorim, Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Método, 2010, p 271).

<sup>321</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 14. ed., Salvador: Juspodivm, 2012, p. 292.

O defeito pode ser sanado: a) pela preclusão da oportunidade de apontá-lo e, pois, de suscitar a invalidade; b) pela eficácia preclusiva da coisa julgada material (art. 474 do CPC): nesse caso, cumpre verificar se o defeito processual transformou-se em hipótese de rescindibilidade da decisão judicial (art. 485, CPC); c) ultrapassado o prazo de dois anos da ação rescisória, a decisão judicial é mantida, sendo irrelevante a existência de defeitos que possa invalidá-la<sup>322</sup>.

Ao contrário, ao se identificar a ausência de atuação adequada como elemento essencial à constituição da relação jurídica processual, colocando-a, assim, como elemento não de validade, mas de existência, reconhece-se um defeito tão grave que:

não somente ele carece em absoluto de efeitos, como também que sobre ele nada pode ser construído [...]. A fórmula que define esta condição, seria, pois, a de que o ato inexistente (fato) não pode ser convalidado, nem necessita de ser invalidado. Com relação a ele, não se faz necessário um ato posterior, que o prive de validade, nem é possível que atos posteriores o confirmem ou homologuem, emprestando-lhe eficácia<sup>323</sup>.

Desta forma, ao se entender a inadequabilidade como pressuposto de existência da ação coletiva, a decisão exarada jamais vincularia o grupo que teria disponível até mesmo a *querela nullitatis* para impugnar a decisão.

Parece ser essa segunda opção a conclusão mais harmônica com o tratamento lúdimo das ações coletivas e que guarda maior proximidade com o sistema norte-americano, uma vez que, como informa Antônio Gidi ao examinar o último requisito da *rule 23 (a)(4)*, a *adequacy of representation*,

Esse requisito é essencial para que haja o respeito ao devido processo legal em relação aos membros ausentes e, conseqüentemente, indispensável para que eles possam ser vinculados pela coisa julgada produzida na ação coletiva. Afinal, se os membros ausentes serão vinculados pelo resultado de uma ação conduzida por uma pessoa que se declara representante dos seus interesses, conceitos básicos de justiça impõem que essa representação seja adequada<sup>324</sup>.

<sup>322</sup> Idem, p. 293.

<sup>323</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon. **Esboço de uma Teoria das Nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 96.

<sup>324</sup> GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007, p. 99.

Nesta senda, a decisão exarada fica passível de impugnação em demandas posteriores, uma vez que os tribunais não reconhecem o seu efeito vinculante e podem decidir novamente a questão (*colateral attack*)<sup>325</sup>.

Sob esse aspecto, há uma ponderação entre segurança jurídica e devido processo legal parecendo prevalecer a segunda garantia.

Tal visão é encontrada também no Código Modelo proposto por Antônio Gidi uma vez que nele “não há necessidade de se promover uma ação rescisória para desconstituir a sentença coletiva, pois ela simplesmente não faz coisa julgada, em caso de inadequação da representação. É o princípio insculpido no art. 18 do Anteprojeto Original”<sup>326</sup>.

Destarte, a ruptura com a doutrina atual e o deslocamento da atuação coletiva adequada para a categoria de requisito essencial para a existência da relação jurídica processual gera efeitos práticos que reforçariam a tutela dos direitos supraindividuais evitando a incidência de qualquer efeito sobre o grupo, categoria ou agrupamento que não tiveram qualquer participação no processo, motivo pelo qual, parece-nos, faz-se imprescindível a sua adoção.

### 3.5 POR UMA ATUAÇÃO ADEQUADA: O CONTROLE JUDICIAL DAS AÇÕES COLETIVAS

A análise da natureza jurídica da atuação do porta-voz, ainda que se considere seu enquadramento nas condições da ação, e de forma ainda mais forte na sua percepção como pressuposto processual de existência da relação jurídica, ganha extrema importância para o devido processo legal coletivo.

---

<sup>325</sup> “Até mesmo a formação da coisa julgada não preclui a questão da representação adequada em face dos membros ausentes: se o grupo ou alguns membros não foram adequadamente representados em juízo, eles não poderão legitimamente ser vinculados pela sentença coletiva. Se, em ação futura, através de uma avaliação retrospectiva, ficar estabelecida a inadequação da representação, o juiz negará o efeito da coisa julgada à sentença coletiva (*colateral attack*). O juiz da ação posterior, sob muitos aspectos, está mais bem aparelhado para detectar algumas inadequações no processo anterior do que o juiz original” (Idem, p. 102).

<sup>326</sup> GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 77

Assim, o estudo da possibilidade de seu controle pelo Poder Judiciário mostra-se imprescindível para a tutela lúdima dos direitos coletivos *lato sensu*, muito embora a sua aceitação, no Brasil, ainda seja controvertida.

Como indica Antonio Gidi<sup>327</sup>, parte considerável da doutrina afirmava a inexistência do controle judicial da adequação do representante (porta-voz) nas ações coletivas, uma vez que o Brasil teria adotado o sistema *ope legis*, ao contrário dos EUA onde se reconhece o controle *ope judices*.

Evidente que tal posição permitiria situações absurdas na *praxe* forense, uma vez que “por mais clara que seja a incompetência ou a negligência do representante do grupo durante o desenrolar do processo coletivo, o juiz está obrigado a aceitar a situação passivamente e a proferir sentença contrária aos legítimos interesses do grupo”<sup>328</sup>.

Por tal motivo, o referido autor inaugura a discussão no direito brasileiro propondo de *lege lata*, portanto, independente de modificações legislativas, esse controle, uma vez que, como veremos, a questão está posta no plano constitucional e não legal.

### 3.5.1 Os poderes do magistrado na tutela coletiva

Não obstante os doutrinadores pátrios estejam em consonância, no tocante à identificação dos dispositivos constitucionais que lastreiam o princípio do Juiz Natural<sup>329</sup>, a sua caracterização é muito diversificada.

Ada Pellegrini Grinover assevera que, tradicionalmente, no direito brasileiro, o princípio do Juiz Natural se manifestava de forma dual, sendo entendido como a vedação de tribunais *ex post facto* e a proibição da transferência de uma causa para outro tribunal (evocação). No entanto, atualmente, desdobrar-se-ia em três acepções, quais sejam: apenas a Constituição institui órgãos jurisdicionais; a vedação de julgamento por tribunais constituídos após a

---

<sup>327</sup> GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, v. 108, São Paulo, p.61-70, out./dez., 2002, p. 62.

<sup>328</sup> *Idem*, p. 62.

<sup>329</sup> É comum a doutrina apontar os incisos XXXVIII e LIII, ambos do art. 5º, da Constituição Federal de 1988.

ocorrência do fato; e a taxatividade da distribuição das competências.<sup>330</sup>

Por seu turno, Nelson Nery Jr.<sup>331</sup> assevera que o instituto em tela:

se traduz no seguinte conteúdo: a) exigência de determinabilidade, consistente na prévia individualização dos juízes por meio de leis gerais, isto é, a pré-constituição do direito italiano (art. 25, CF. italiana); b) garantia de justiça material (independência e imparcialidade dos juízes); c) fixação da competência, vale dizer, o estabelecimento de critérios objetivos para a determinação da competência dos juízes; d) observância das determinações de procedimento referentes à divisão funcional interna, tal como ocorre com o *Geschäftsverteilungsplan* do direito alemão.

Com essas distinções, é possível sua caracterização na garantia de ter o pedido julgado por um ente imparcial, independente, pré-estabelecido por norma geral, cujas competências estariam bem definidas por normas processuais constitucionais ou infraconstitucionais.

Esse conceito envolve um aspecto formal e um material que são aceitos pacificamente pela doutrina. Aquele diz respeito à vedação do estabelecimento de um juízo *post factum* ou *ad personam*, ou seja, o juízo deve ser estabelecido antes de ocorrido o fato debatido na demanda e através de critérios impessoais e objetivos. Já o critério material consiste na exigência da imparcialidade e independência do magistrado

Por tal conceito, aferem-se garantias de ordens formais e materiais aceitas pela doutrina que dizem respeito não apenas ao *animus* existente no julgamento, mas também à própria repartição de funções jurisdicionais – competência – e processuais – atos dos sujeitos envolvidos na relação processual.

Antônio do Passo Cabral<sup>332</sup>, ao discorrer acerca das funções processuais e da potencial parcialidade dos sujeitos que as exercem, estabeleceu a diferença entre imparcialidade – critério subjetivo – e imparcialidade – critério objetivo, ambas envolvidas no conceito do juiz natural<sup>333</sup>.

Neste sentido, o vocábulo imparcialidade significaria a ausência de elemento anímico no agir

<sup>330</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. Revista de Processo. São Paulo: RT, n° 29, p.11-29.

<sup>331</sup>NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 5°ed. São Paulo: RT, 1999.

<sup>332</sup>CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal. In JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JUNIOR, Fredie Souza (coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 99-123

<sup>333</sup>Para Antônio do Passo Cabral (Idem, ibidem, p. 103) a imparcialidade estaria justificada no próprio Estado do Direito, embora chame a atenção para a costumeira vinculação entre imparcialidade e juiz natural.



do julgador, exigindo “uma ausência de comprometimento senão por razões estritamente decorrentes das previsões do ordenamento”<sup>334</sup>, enquanto a imparcialidade diria respeito a própria repartição funcional no processo, não estando esta concepção restrita à fixação da competência.

Em verdade, o critério objetivo analisado por Antônio do Passo Cabral<sup>335</sup> está vinculado às funções procedimentais distribuídas pela lei, de forma que, como pontua o aludido autor,

a imparcialidade é um estatuto, aferível objetivamente, pertinente apenas à estrutura e organização do labor procedimental, da distribuição de funções processuais entre os vários sujeitos envolvidos, refletida num juízo comparativo, um cotejo entre as figuras processuais em abstrato, em tese, com o ato ou função específica a praticar em um dado processo<sup>336</sup>.

Assim, percebe-se a relevância do formalismo para a adstrição do juiz natural, uma vez que é esta forma pré-estabelecida que irá evitar os excessos não apenas de uma parte em relação à outra, mas, acima de tudo, prevenirá as partes de potenciais arbitrariedades do magistrado.

Também é função do formalismo o controle do equilíbrio entre as partes, concretizando-se em dois planos: no normativo, através da distribuição de poderes entre os litigantes; e no fático, mediante o desenvolvimento do procedimento em concreto<sup>337</sup>.

Não obstante o formalismo restar ligado indissociavelmente tanto à efetividade quanto à segurança do processo, seu excesso se mostra contrário ao próprio direito de forma que seria necessária atenção às particularidades do caso concreto, a fim de adaptar a norma a ser aplicada, além do que, como afirma Carlos Alberto Álvaro de Oliveira,

para afastar as consequências nefastas do formalismo excessivo, pernicioso ou negativo, mostra-se necessário que o jurista, o operador prático do direito, muna-se de ferramentas que impeça tal desvio de perspectiva<sup>338</sup>.

Por tal fato, o juiz natural, entendido no âmbito do devido processo legal, deve respeitar as normas pré-estabelecidas, mas não pode se manter prisioneiro do formalismo exacerbado, de forma que para se aferir a existência ou não de arbitrariedade deve-se olhar o caso concreto e

<sup>334</sup> Idem, *ibidem*, p. 101.

<sup>335</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>336</sup> Idem, *ibidem*, p. 106.

<sup>337</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JUNIOR, Fredie Souza (coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 127.

<sup>338</sup> Idem, *ibidem*, p. 137.

ponderá-lo com a atuação do magistrado.

Assim, conforme preceitua Humberto Theodoro Junior<sup>339</sup>, o sistema brasileiro adotou um sistema misto abrangendo tanto uma característica inquisitiva, com a concessão de poderes para o magistrado, quanto uma dispositiva, onde a liberdade do órgão público é restringida pela iniciativa das partes.

Explicitando a noção do princípio do dispositivo/demanda, Sergio Seji Shimura<sup>340</sup>:

O princípio da demanda é entendido por alguns como o princípio dispositivo. E, de todo modo, tem-se o seguinte: a) o autor é que fixa a lide e o réu, por sua vez, levanta as questões controvertidas; b) a este delineamento bilateral fica o juiz vinculado (*ne eat iudex ultra petita partium; sententia debet esse conformis libelo*), pois deverá conceder ou não ao autor o que solicitou, como ainda solucionar as questões trazidas pelo réu ao processo, em função do bem jurídico pedido pelo autor, o que, todavia, não o inibe de formular, ele próprio, as suas questões – dentro do âmbito estrito da lide; c) o juiz, ademais, deverá julgar, com apoio não só nas alegações das partes, como também na prova trazida aos autos (*secundum allegata et probata actore non probate reus absolvitur*).

Verifica-se, portanto, que o princípio do dispositivo, já no processo individual, restringe-se à instauração e delimitação da lide, não podendo significar vinculação ilimitada do juiz à vontade das partes.

O próprio Código de Processo Civil consagra o princípio da inércia do magistrado em seu art 2º ao informar que “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais” e da congruência em seu art. 128, inibindo a prolação de sentença *ultra, citra* ou *extra petita*, mas mitiga tais regras em diversos dispositivos, tal qual o art. 267, § 3º que permite o reconhecimento de ofício de determinadas questões como a carência de ação ou a inexistência de pressupostos processuais.

Ademais, ao lado do ônus instrutório das partes, ao próprio julgador cabe, de ofício, determinar as provas necessárias à instrução do processo (art. 130), motivo pelo qual não parece correto a abrangência da inércia do desenvolvimento do processo, mas tão somente vinculada à sua instauração.

---

<sup>339</sup>THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1 47 ed. Rio de Janeiro, 2007, p. 29

<sup>340</sup>SHIMURA, Sérgio Seji. Princípio da Demanda e Poder Geral de Cautela – Medida Cautelar concedida somente nos casos expressamente autorizados por lei - descabe reconvenção no processo cautelar. **Justitia**. São Paulo, v.150, abr./jun., 1990, p. 36.

Assim, a doutrina mais balizada<sup>341</sup> costuma restringir o princípio da inércia à própria demanda afirmando que em regra “o processo se origina por iniciativa da parte [...], mas se desenvolve por impulso oficial (CPC 262)<sup>342</sup>”.

Destarte, conforme aponta José Carlos Barbosa Moreira<sup>343</sup>, age de forma diferente aquele magistrado que movido por sentimentos ou interesses pessoais beneficie uma das partes e o “proceder [...] movido pela consciência de sua responsabilidade, de tal modo que o desfecho do pleito corresponda àquilo que é o direito no caso concreto”<sup>344</sup>. A primeira conduta é contra o ordenamento jurídico, a segunda o atende.

Se tal panorama já se apresenta no processo individual, por maior razão deve ser reproduzida, ainda de forma mais ampla, nas ações de massa.

Interessante indicar a doutrina de Mauro Cappelletti que aponta a:

extensão dos poderes do juiz, não mais limitado a determinar o ressarcimento do dano sofrido pela parte agente, nem, em geral, a decidir questões com eficácia limitadas as partes presentes em juízo. Ao contrário, o juiz é legitimado a estender o âmbito da própria decisão, de modo a compreender a totalidade do dano produzido pelo réu e, em geral, a decidir eficazmente mesmo às *absent parties* ou precisamente *erga omnes*. É a revolução do conceito tradicionais de responsabilidade civil e de ressarcimento de dano, como também daqueles de coisa julgada e do princípio do contraditório<sup>345</sup>.

Desta forma, conclui Pedro Lenza<sup>346</sup> que a inércia ao revés de garantir a imparcialidade, caracterizaria, diante da democracia social, como verdadeira violação ao interesse público, devendo, portanto, ser superada, uma vez que “a condução ativa do processo, em realidade, coaduna-se com a nova postura esperada do magistrado do novo século, na busca incessante do justo e da prestação de uma atividade jurisdicional efetiva e dentro de um prazo razoável”.

É a partir desta noção que se perceberá e se legitimará a atuação do julgador nos casos concretos, sem que para tanto, deva-se necessariamente imputar parcialidade ao magistrado.

---

<sup>341</sup>NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil e Legislação Extravagante**. 11.ed. São Paulo: RT, 2010, p. 177.

<sup>342</sup>Idem.

<sup>343</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre a participação no processo. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord. Er al. **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 380-394.

<sup>344</sup>Idem, p. 389.

<sup>345</sup>CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Trad. Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos. **Revista de Processo** n. 5, São Paulo: RT, p. 141.

<sup>346</sup>LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008, p. 304.

### 3.5.2 O panorama português

O direito português fornece grande contribuição para a análise do tema no Brasil, uma vez que como este, Portugal, como se afirma historicamente, possui uma tradição de *civil law* talvez ainda mais arraigada do que no Brasil, onde se discute, inclusive a possibilidade de uma tradição mista, em especial devido à influência do direito norte-americano no sistema de precedentes e na própria ação coletiva<sup>347</sup>.

Em Portugal a tutela dos interesses metaindividuais é regida pela Lei de Acção Popular (Lei 83/95) que regulamenta o art. 52.3 da Constituição portuguesa o qual prevê expressamente:

É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para:

- a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural;
- b) Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.

Atento a tal dispositivo e à própria regulamentação infraconstitucional, o Supremo Tribunal de Justiça português afirma a existência de dois instrumentos previstos na Lei de Acção Popular para se resguardar os direitos coletivos *lato sensu, in verbis*:

Com efeito, a lei 83/95, de 31.8 (5), define no art. 1.º, 1 "os casos e termos em que são conferidos e podem ser exercidos o direito de participação popular em procedimento administrativo e o direito de acção popular para a prevenção, a cessação ou a perseguição das infracções previstas no n.º 3 do art. 52.º da Constituição". (6)

Por seu turno, o art. 12.º,1 da referida Lei estatui que "a acção procedimental administrativa compreende a acção para a defesa dos interesses referidos no art. 1.º e o recurso contenciosos com fundamento em ilegalidade contra quaisquer actos administrativos lesivos dos mesmos interesses"; e, "a acção popular civil (7) pode revestir qualquer das formas previstas no Código de Processo Civil".

Portanto, a lei distingue a acção procedimental administrativa e a acção popular civil: para os actos administrativos, os cidadãos utilizam a acção procedimental administrativa; para as questões civis, utilizam a acção

---

<sup>347</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 14. ed., Salvador: Juspodivm, 2012, p. 41 e ss.

popular civil.<sup>348</sup>

Assim, embora a doutrina portuguesa<sup>349</sup> aproxime-se dos conceitos brasileiros, a legislação de Portugal não traçou categorias para os direitos a serem tutelados na ação popular civil, como o fez o art. 81 do CDC brasileiro, trazendo apenas exemplos das hipóteses de cabimento. Entende-se, portanto, que o rol seja meramente exemplificativo, sendo indiferente que no caso concreto os direitos citados na lei se mostrem como coletivo, difuso ou individual homogêneo na nomenclatura brasileira<sup>350</sup>.

Já em relação à ação popular administrativa, Miguel Teixeira de Sousa<sup>351</sup> diz estar restrita às hipóteses de tutela do patrimônio público apenas quando houver interesse difuso em jogo e não quando houver interesse geral (ou interesse público).

Aqui, cabe informar que em Portugal, diferentemente do Brasil, faz-se uma distinção, em matéria processual coletiva, entre interesse público e interesse difuso, onde o primeiro diz respeito a todos os membros de determinada comunidade política, porém não propiciam a sua fruição direta pelo indivíduo, enquanto que o segundo tem aptidão para gerar um benefício direto e sensível ao membro da coletividade que o detém<sup>352</sup>.

Tal análise permite que se afirme que o objeto da ação popular portuguesa, que, frise-se, pode se revestir de qualquer das formas previstas no Código de Processo Civil lusitano (art. 12º, 2), é mais amplo do que o objeto da ação popular brasileira uma vez que esta, conforme se depreende do art. 1º da Lei 4.717/65, se presta à anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público<sup>353</sup>.

Destaca-se, aqui que ao lado do patrimônio público material, a ação popular se prestaria a defesa da moralidade administrativa autonomamente considerada (adoção de padrões éticos e

---

<sup>348</sup> Processo: 05B3661 número convencional JSTJ000 , nº do documento: SJ200601260036617, Data do acórdão: 26/01/2006, disponível em [www.stj.pt](http://www.stj.pt). Acesso em 12.12.11

<sup>349</sup>SILVA, F. Nicolau Santos. **Interesses supra-individuais e a legitimidade processual civil activa**, Lisboa: Quid Juris, 2002.

<sup>350</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação popular Portuguesa: Uma análise comparativa. **Revista de Processo**. V. 83, São Paulo, p. 165-176.

<sup>351</sup>SOUSA, Miguel Teixeira. A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito português. **Revista de Processo**. V. 128, p. 79 – 107.

<sup>352</sup>COSTA, Susana Henriques da. **O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa**. São Paulo: Quartier, 2009, p. 82.

<sup>353</sup>Geisa de Assis Rodrigues (Ação Popular. In DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 275-326) afirma que a Ação Popular, atualmente, propões-se a tutelar: 1) a moralidade administrativa; 2) o patrimônio público; 3) meio ambiente; 4) recursos públicos investidos; 5) patrimônio histórico e cultural

condutas de boa-fé). Para Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>354</sup> estariam incluídos nos atos de improbidade todos aqueles que resultassem em desvio de poder, abuso de direito ou até mesmo desarrazoabilidade da conduta sindicada.

Destarte, embora haja alguns pontos de convergência entre os institutos brasileiro e português, tal como a possibilidade de tutelar o patrimônio público material (com as ressalvas doutrinárias portuguesas) e o meio ambiente, destacam-se os pontos de divergência dentre os quais encontramos a permissão para que a ação popular portuguesa pretenda a prevenção, cessação ou perseguição judicial das infrações, enquanto a brasileira restringir-se-ia apenas a declarar a nulidade dos atos lesivos ou a anulação dos atos, não abarcando, portanto, um caráter preventivo.

Todavia, resta evidente que a política processual de Portugal optou por, através de um único instrumento procedimental, resguardar pretensões que no Brasil está distribuída entre a Ação Popular e a Ação Civil Pública o que se deu, ao que parece, pela clara opção de se conceder ampla legitimidade para o cidadão português na tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, ao contrário do nosso sistema, onde o cidadão pode substituir a coletividade exclusivamente na Ação Popular, cujo objeto é deveras mais restrito do que a Ação Civil Pública, cuja legitimidade substitutiva é excludente do indivíduo.

Tal opção reflete também no controle judicial desta atuação uma vez que a lei portuguesa é expressa em relação ao amplo poder do magistrado.

Neste caminho, o art. 13 da Lei 83/95 permite ao juiz indeferir a inicial não apenas por questões formais, mas também quando entenda manifestamente improvável a procedência do pedido, ouvido o ministério público.

Nesse sentido o Supremo Tribunal de Justiça português considera que a própria classificação de uma ação civil como coletiva ou individual é matéria reconhecível de ofício, não sendo necessária a provocação das partes<sup>355</sup>, fundamentando, para tanto, não em regra expressa, mas apenas em interpretação do art. 664 do Código de Processo Civil lusitano<sup>356</sup>, cuja norma é

---

<sup>354</sup>MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**: proteção do erário público, do patrimônio cultural e do meio ambiente. 5.ed. ver., atual., e ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 109.

<sup>355</sup> Processo: 05B2578, número convencional JSTJ000, n° do documento: SJ200510200025787, Data do acórdão: 20/10/2005, disponível em [www.stj.pt](http://www.stj.pt). Acesso em 12.12.11

<sup>356</sup>ARTIGO 664.º

(Relação entre a actividade das partes e a do juiz)

O juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de

pacificamente aceita no Brasil através do brocado latino *Da mihi factum et dabo tibi jus*.

Nesta análise, como se percebe do julgado nº 05B2578, a adequação da atuação exige que não sejam veiculados interesses exclusivamente particulares. Há necessidade, aqui, da representatividade, *in literis*:

Com efeito, "para se falar em acção popular não basta o carácter abstracto da legitimidade e a natureza extensa da categoria onde o agente se integra. É também necessário que essa categoria de indivíduos assente na própria colectividade política, quer globalmente (tipo elementar de acção popular) quer de um modo parcial e restrito. Em todo o caso, o interesse geral e difuso, mercê do qual o agente da acção popular justifica a sua actuação, terá de ser sempre um interesse público, pois é a partir da noção de colectividade política que se opera a atribuição da acção popular".

Consequentemente, no tocante àqueles direitos individuais homogêneos, muito embora a lei atribua legitimidade processual às pessoas singulares para intentarem a acção popular, os direitos tutelados deverão ter objectivamente um carácter comunitário, isto é, um valor pluri-subjectivo e os interesses subjacentes a tais acções deverão assumir um cunho meta-individual, pois é necessário que o interesse comum seja suficientemente difuso e geral para não se identificar com os interesses pessoais e directos em que assenta em regra a legitimidade e a titularidade do direito da acção judicial.

"Os interesses tuteláveis jurisdicionalmente são, por norma, interesses directos (i. e., que se traduzem numa imediata vantagem, se concedido provimento ao pedido) e pessoais (que se repercutem na esfera jurídica de quem requer a efectivação da tutela). A acção popular, ao contrário, trata-se de uma figura que permita a tutela de interesses meta-individuais, que não apresentem uma relação identificável e imediata com um indivíduo, desenquadrado da sua inserção comunitária".

Outras disposições normativas da Lei 83/95 que se refiram direta ou indiretamente ao controle judicial da atuação coletiva adequada podem ser encontradas nos artigos 15 (direito de *opt out*) e 19 (efeitos do caso julgado).

O primeiro artigo indica o dever do órgão julgador de intimar os titulares dos interesses em causa e que não forem intervenientes para aceitarem ou não a atuação (*right to opt out*) não sofrendo no segundo caso os efeitos da decisão.

Disposição interessante é encontrada no parágrafo 3 do art. 15 que arrola alguns elementos para a identificação dos interessados na demanda, assim:

Quando não for possível individualizar os respectivos titulares, a citação prevista no número anterior far-se-á por referência ao respectivo universo,

---

direito; mas só pode servir-se dos factos articulados pelas partes, sem prejuízo do disposto no artigo 264.º.

determinado a partir de circunstância ou qualidade que lhes seja comum, da área geográfica em que residam ou do grupo ou comunidade que constituam, em qualquer caso sem vinculação à identificação constante da petição inicial, seguindo-se no mais o disposto no número anterior.

Tais características, ademais, podem servir para a idoneidade do próprio porta-voz, é dizer, aquele que as possuir tem para si um reforço na sua adequabilidade, embora nada impeça que outros elementos possam ser analisados para ratificá-la.

Já o artigo 19 do mesmo diploma legal trata sobre os regimes especiais da coisa julgada adotando expressamente o *secundum eventum probationes*, mas acrescentando a possibilidade de restrição dos efeitos quando “o julgador deva decidir por forma diversa fundado em motivações próprias do caso concreto”.

Rodrigo Mazzei<sup>357</sup>, ao analisar o controle da atuação coletiva afirma que:

Os doutrinadores portugueses ressaltam que a legitimidade popular está sujeita a um duplo controle, o primeiro feito através de um caráter formal (análise dos requisitos previstos no art. 2º da LAP), e o segundo feito substancialmente, através da observância de como o autor exerce a representação no processo.

[...] a segunda fase do controle – a substancial – pode ser exercida de duas formas:

- a) Pelo Ministério Público, que, percebendo estar o autor praticando atos lesivos em relação aos interesses em causa, pode substituí-lo, assumindo assim, o polo ativo da relação processual, conforme autoriza o art. 16º, n. 3 da Lei da Ação Popular; ou
- b) pelo juiz que, fundado em motivações de cada caso concreto, pode restringir, apesar da procedência do pedido, os efeitos da coisa julgada às partes da ação. Em outros termos, o magistrado pode, naquele processo, não reconhecer a tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo.

É importante ressaltar, outrossim, que este regime especial no direito português, notadamente quando identifica o dever do magistrado de ofício verificar a existência de uma ação coletiva ou individual através de seus elementos constitutivos, corrobora a tese aventada nesta pesquisa de que há necessidade de se considerar a diversidade entre os pressupostos de existência, em especial em relação ao sujeito e ao objeto, da ação coletiva e da ação individual, colocando a atuação adequada como necessária à criação da relação jurídica processual em massa, sem a qual restará apenas uma demanda que vinculará os participantes

---

<sup>357</sup>MAZZEI, Rodrigo. **Tutela coletiva em Portugal**: uma breve resenha. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; DIAS, Rita. (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier, 2005, p. 670.



do processo – ação individual -, uma vez que inexiste sentença coletiva quando o grupo, categoria ou “universo” não esteja presente na demanda através do porta-voz adequado.

Em que pese ao microsistema brasileiro não trazer disposições semelhantes, faz-se possível afirmar, como abaixo se demonstrará, que também aqui há a necessária análise judicial da adequação da atuação coletiva.

### 3.5.3 O controle judicial no Brasil

De início cabe lembrar que a imparcialidade do juiz não é aferida através dos atos processuais por ele realizado, mas sim através do elemento anímico que os lastreie.

Dessa forma, é possível a realização de diligências determinadas pelo juízo sem que estas impliquem necessariamente em violação ao princípio do juiz natural, eis que imparcialidade não se confunde com a imparcialidade, como acima delineado.

Naquela ocasião (3.5.1) foi apontada a necessidade de uma repartição legal das funções do magistrado, porque na jurisdição coletiva há a imperatividade da reformulação da extensão desses poderes, alteração necessária para todo o devido processo legal, uma vez que como afirma Adolf Homburger<sup>358</sup>,

o interesse público no ajuizamento da ação coletiva é muito maior do que no litígio civil ordinário. É função da corte proteger tal interesse, assim como o interesse dos membros ausentes da classe. O uso bem sucedido das ações coletivas, portanto, requer um procedimento que se incline mais em favor de um ativismo judicial do que o ordinariamente consagrado no sistema americano” (tradução nossa)<sup>359</sup>.

Também é assente na doutrina de Mauro Cappelletti<sup>360</sup> a ampliação ao menos do Poder de Cautela do magistrado, sem a qual a tutela dos direitos coletivos restaria prejudicada.

Nos Estados Unidos da América, a representação adequada (*adequacy of representation*) e

<sup>358</sup> HOMBURGER, Adolf. *Private suits in the public interest in the United States of America*. **Buffalo Law Review**, v. 23, Buffalo, p. 343-394, 1974, p. 349.

<sup>359</sup> “The public interest in the prosecution of a class action is far greater than in ordinary civil litigation. It is the court’s function to protect that interest as well as the interests of the absent members of the class. The successful management of a class action, therefore, requires a procedure that leans more towards court-prosecution than ordinarily is the case in the American system”.

<sup>360</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit. p. 154.

seu controle judicial são consagrados expressamente na regra 23 da *Federal Rules of Civil Procedure*<sup>361</sup> e no Brasil, o projeto de Lei nº 3.034/84, o qual deu origem à LACP, trazia disposição semelhante determinando ao julgador o dever de verificar a adequação da associação civil, disposição esta, todavia, suprimida no texto final<sup>362</sup>.

Não obstante a omissão legislativa, são encontradas na doutrina posições favoráveis ao controle judicial, havendo aqueles que gizam pela essencialidade da medida, conforme lição

---

<sup>361</sup> *Rule 23. Class Actions*

(a) *Prerequisites.*

*One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:*

- (1) *the class is so numerous that joinder of all members is impracticable,*
- (2) *there are questions of law or fact common to the class,*
- (3) *the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and*
- (4) *the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.*

[...]

d) *Conducting the Action*

(1) *In General.*

*In conducting an action under this rule, the court may issue orders that:*

- (A) *determine the course of proceedings or prescribe measures to prevent undue repetition or complication in presenting evidence or argument;*
- (B) *require — to protect class members and fairly conduct the action — giving appropriate notice to some or all class members of:*
  - (i) *any step in the action;*
  - (ii) *the proposed extent of the judgment; or*
  - (iii) *the members' opportunity to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or to otherwise come into the action;*
- (C) *impose conditions on the representative parties or on intervenors;*
- (D) *require that the pleadings be amended to eliminate allegations about representation of absent persons and that the action proceed accordingly; or*
- (E) *deal with similar procedural matters.*

[...]

g) *Class Counsel.*

(1) *Appointing Class Counsel.*

*Unless a statute provides otherwise, a court that certifies a class must appoint class counsel. In appointing class counsel, the court:*

- (A) *must consider:*
  - (i) *the work counsel has done in identifying or investigating potential claims in the action;*
  - (ii) *counsel's experience in handling class actions, other complex litigation, and the types of claims asserted in the action;*
  - (iii) *counsel's knowledge of the applicable law; and*
  - (iv) *the resources that counsel will commit to representing the class;*
- (B) *may consider any other matter pertinent to counsel's ability to fairly and adequately represent the interests of the class;*
- (C) *may order potential class counsel to provide information on any subject pertinent to the appointment and to propose terms for attorney's fees and nontaxable costs;*
- (D) *may include in the appointing order provisions about the award of attorney's fees or nontaxable costs under Rule 23(h); and*
- (E) *may make further orders in connection with the appointment.*

(2) *Standard for Appointing Class Counsel.*

*When one applicant seeks appointment as class counsel, the court may appoint that applicant only if the applicant is adequate under Rule 23(g)(1) and (4). If more than one adequate applicant seeks appointment, the court must appoint the applicant best able to represent the interests of the class.*

<sup>362</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Op. cit. p. 123.

de Antônio Carlos Gudoni Filho<sup>363</sup>, o qual, ao comentar acerca da ação popular, afirma que:

O controle judicial da representatividade adequada na ação popular é essencial, pois o autor popular é naquele momento, nada mais, nada menos, do que a própria coletividade em juízo. Tal mudança legislativa possibilitaria ao juiz o indeferimento de plano do processamento de ação popular, por falta do preenchimento do requisito representatividade adequada, quando proposta por cidadão que não transparecesse seriedade, credibilidade, ou apresentasse capacidade técnica, econômica e outras características indispensáveis ao prosseguimento da demanda

Atento a isto, cabe perquirir a possibilidade deste controle tendo em vista que o manejo das ações coletivas, seguindo a opção legislativa pela qual a legitimação é dada taxativamente nas hipóteses legalmente elencadas, traz problemas práticos, ainda nos casos da representação coletiva ser exercida pelo Ministério Público<sup>364</sup>.

Assim, partindo de uma interpretação analógica, Ada Pellegrini Grinover não encontra óbice ao controle judicial da legitimação notadamente devido à norma retirada *a contrario sensu* do §1º do art. 82 do CDC, de forma que:

O art. 82, § 1º, do Código de Defesa de Consumidor permite ao juiz dispensar a associação do requisito da pré-constituição há pelo menos um ano, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. A análise atribuída ao juiz no caso concreto, para o reconhecimento da legitimação, está muito próxima do exame da “representatividade adequada”, podendo-se afirmar que, *a contrario sensu*, o juiz pode negar a referida legitimação, quando entender não presentes os requisitos da adequação. Por outro lado, a jurisprudência brasileira, após alguma tergiversação, tem se firmado na posição do reconhecimento da legitimação ao Ministério Público para as ações em defesa de direitos individuais homogêneos, somente na hipótese de o juiz reconhecer a relevância social dos referidos interesses. Este exame, que se faz 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<sup>365</sup>

O controle judicial da representação adequada já foi objeto de análise indireta dos tribunais pátrios de modo que, não obstante a sua escassez, verifica-se a sua possibilidade. Nesse sentido, como já dito acima, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro<sup>366</sup> já declarou a

<sup>363</sup>GUDONI FILHO. Antônio Carlos. **Notas sobre a coisa julgada na ação popular**. Disponível em: <[http://www.epdireito.com.br/artigos/index.php?m=2&id\\_artigo=105](http://www.epdireito.com.br/artigos/index.php?m=2&id_artigo=105)>, acesso em: 19 maio 2010, p.4

<sup>364</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-américa: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista Forense**, v. 361, Rio de Janeiro, p. 3-12, mai./jun., 2002, p. 5.

<sup>365</sup>Idem, *Ibidem*, p. 5.

<sup>366</sup>Consumidor e Processual Civil. Ação Civil Pública proposta por associação na defesa dos interesses dos

ilegitimidade ativa de uma associação cuja finalidade abrangia a defesa de direitos do consumidor. Nessa ocasião, foi determinada a inadequação na representação devido à falta de especificidade do objeto social além da utilização pela associação de um prospecto no qual exigia o pagamento de “taxa de inscrição” para a Ação Civil Pública.

Ponto esquecido pela doutrina e que tange à questão discutida é a norma do art. 267, IV e VI, do CPC, que impõe a extinção do processo sem exame do mérito quando constatada a ausência de pressupostos processuais ou a carência de ação. Tal provimento, como se infere do § 3º do dispositivo citado, deve ser declarada de ofício em qualquer grau de jurisdição.

Para aqueles que encontram a atuação coletiva no instituto das condições da ação, o cerne da controvérsia é resolvido pela noção de que cabe ao julgador declarar a ilegitimidade da parte e, para tanto, deve analisar a existência ou não de legitimação *ad causam* dos sujeitos envolvidos na demanda.

Nas ações individuais, como apontado no art. 6º do CPC, essa legitimidade se dá através da titularidade do demandante em relação à situação material discutida, enquanto na jurisdição coletiva, conforme já discorrido acima, será aferida através da representação adequada.

Já para aqueles que adotem a atuação coletiva como pressuposto processual, por ver em sua ausência a inexistência do sujeito necessário para a constituição de uma relação jurídica processual coletiva, a mesma solução é encontrada e de forma ainda mais clara, uma vez que a inexistência do processo é situação deveras mais perniciososa do que a sua nulidade.

Não parece, portanto, que haja óbice legislativo para o controle judicial do elemento discutido, configurando verdadeiro dever imposto pelo CPC.

Ademais, considerar que a legitimação dada pela lei seria por si só suficiente para dar a idoneidade na representação seria fechar os olhos para problemas práticos não previstos pelo legislador, além de significar a desconstrução da face substancial do devido processo legal.

---

consumidores, objetivando ver declaradas nulas cláusulas que reputa como abusivas em contrato de cartão de crédito da 2ª ré (C&A) administrado pela 1ª (INOVACARD). Sentença de parcial procedência. Ilegitimidade ativa de associação de defesa do consumidor para propor Ação Civil Pública na defesa de direitos individuais homogêneos. Ausência de autorização dos filiados e de representatividade adequada, esta última denotada por fatos verificados no curso da demanda. Provimento do apelo das rés para a colher a preliminar de ilegitimidade ativa, julgando-se extinto o processo sem exame do mérito (Apelação Cível nº 02809/2003, relator: Desembargador Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, 14.10.05).

É corriqueiro na doutrina e na jurisprudência, como demonstrado acima, dizer que é dever do Poder Judicial analisar a legitimidade das leis postas sob seu crivo, e, portanto, a questão da legitimidade não poderia se desviar dessa orientação, fato que levaria ao retrocesso de se considerar o juiz apenas como “a boca da lei” suprimindo toda a construção do *substantive due process of law* e reduzindo a atuação judicial à reprodução de leis muitas vezes arbitrárias.

Enfim, tanto o princípio do devido processo legal, em sua face substancial, quanto à natureza da atuação coletiva, impõe o controle judicial da *adequacy of representation* o que permite a afirmação de que o Brasil não se afastou, embora tal fato não reste tão claro, do sistema português nem do norte-americano esculpido na *rule 23*, devendo, assim, o magistrado analisar a adequação na forma explicitada em tópico precedente<sup>367</sup>.

### 3.6 ATUAÇÃO COLETIVA PASSIVA

Ponto um tanto tormentoso no ordenamento jurídico brasileiro está em se estabelecer a possibilidade de uma atuação coletiva no âmbito passivo. Para se analisar tal hipótese, faz-se necessário entender o que é a *defendant class action*.

#### 3.6.1 As *defendant class actions*

As ações coletivas passivas, ou as *defendant class actions*, restam caracterizadas quando uma pessoa física ou jurídica demanda em face de um grupo, categoria, ou classe. Didático o

---

<sup>367</sup> Nesse sentido afirma Maximilian Fierro Paschoal que “o fato de um ordenamento jurídico não prever expressamente o requisito da representatividade adequada, mas apenas indicar de forma taxativa em lei quem seriam os legitimados e consequentemente presumir a adequação da representação dos interesses de uma classe para a propositura de ações coletivas, não descaracteriza a existência e a exigência do referido requisito no ordenamento. Seja pela presunção legal e constitucional da adequada representação, seja pela exigência de poucas e fracas condições para se concretizar a legitimidade de determinados entes intermediários, não se pode negar que o ordenamento jurídico brasileiro tenha contemplado tal instituto (*In PASCHOAL, Maximilian Fierro. A representatividade adequada e a discussão quanto à possibilidade do seu controle judicial no Brasil. In SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). As grandes transformações do processo civil brasileiro. São Paulo: Quartier Latien, 2009, p. 890*).

conceito fornecido por Nelson Rodrigues Netto<sup>368</sup>, para o qual,

A ação coletiva, como usualmente descrita no Brasil, [...] é aquela ação judicial que possui um demandante representativo de determinada classe processando um único réu. Por tal conceito, nada impede a inversão dessas posições: um único demandante processando uma classe ré. Essa espécie de ação coletiva é denominada “ação coletiva passiva” (tradução nossa)<sup>369</sup>.

Conforme aponta Nelson Rodrigues Netto<sup>370</sup> as vantagens das ações coletivas passivas não estão limitadas à necessidade de agregação de defesas e pedidos para o bem-estar individual, mas antes se vincula à sua potencialidade de romper com as vantagens assimétricas dadas aos demandados em relação aos demandantes.

Os benefícios da concessão da legitimidade de atuação passiva para determinados entes também são esboçados por Vince Morabito<sup>371</sup> ao apontar o precedente *chippewas of sania band v. can.*, 29 O.R. 3d 549,558-59, de 1996, no qual foi dito que:

A ação coletiva passiva é uma ação civil ajuizada em face de uma ou mais pessoas as quais atuam em defesa de um direito em nome de um grupo ou de pessoas em situações similares. Ela provê um eficiente mecanismo processual para a resolução de problemas comuns em um procedimento complexo envolvendo múltiplas partes. Ela oferece um meio de jungir todas as partes interessadas de forma que previne a repetição de litígios com o mesmo objeto em múltiplos processos judiciais. As vantagens da ação coletiva passiva incluem redução nos gastos dos recursos judiciais e evitam o dispêndio das custas do litígio particular, ambas de forma integral, através do rateio dos gastos e solucionando as questões comuns de um grande número de réus. Nesse sentido alcança-se grande acesso à justiça tanto dos demandantes quanto dos demandados<sup>372</sup> (tradução nossa).

<sup>368</sup>NETTO, Nelson Rodrigues. *The use of defendant class actions to protect rights in internet*. Disponível em: <[http://works.bepress.com/nelson\\_rodrigues\\_netto/subject\\_areas.html](http://works.bepress.com/nelson_rodrigues_netto/subject_areas.html)>. Acesso em 27 ago. 2008, p. 66

<sup>369</sup> *The class action, as usually is described in Brazil, [...] is the one lawsuit that has a class representative plaintiff suing a single defendant in court. In light of the facts, nothing impedes an inversion of positions: an individual plaintiff suing a defendant class. This specie of class action is designated as a “defendant class action”.*

<sup>370</sup>Idem, p. 52.

<sup>371</sup>MORABITO, Vince. *Defendant class actions and the right to opt out: lessons for Canada from the United States*. *Duke journal of comparative & international law*, v. 14, n. 2, p. 197-248 2004. Disponível em <<http://www.law.duke.edu/journals/djCIL/archive>>. Acesso em: 13 jul. 2008, p. 198.

<sup>372</sup> “A defendant class action is a civil action brought against one or more persons defending on behalf of a group of persons similarly situated. It provides an efficient procedural mechanism for the determination of common issues in a complex proceeding involving multiples parties. It offers a means of binding all interested parties and, therefore, prevents relitigations of the same issues in a multitude of law suits. The advantages of a defending class action include the conservation of judicial resources and private litigation costs, both absolutely, by spreading expenses and resolving common issues over a large number of defendants. In this sense, greater access to the courts, by plaintiffs and defendant alike, is achieved.

Como aponta Nelson Rodrigues Netto<sup>373</sup>, atenta a tais vantagens, a corte de chancelaria inglesa, em seus procedimentos de equidade estabelecidos no *Bill of Peace*<sup>374</sup>, permitia que um autor acionasse vários réus considerados como um grupo, categoria ou classe, sendo tais procedimentos considerados como as ações coletivas passivas modernas originais.

Para o manejo de tais ações era necessário que o número de pessoas demandadas indicasse a possibilidade de algumas delas agir em nome de todos, ou que os interessados estivessem de tal forma distante que inviabilizasse ou dificultasse a demanda, ou, ainda, que alguns dos interessados fossem impedidos por alguma circunstância de serem trazidos a juízo<sup>375</sup>.

Nota-se, no entanto, que perante as cortes inglesas de chancelaria as *defendant class actions* eram utilizadas de forma subsidiárias aos litisconsórcios necessários, configurando verdadeira exceção à regra.

Nos Estados Unidos da América, porém, já em 1842 era adotada normatização diferente, segundo os mandamentos da *federal equity rule 48*<sup>376</sup> que consagrava tanto a possibilidade da coletividade demandar quanto de ser demandada.

Essa regra, porém, ao tempo em que consagrava expressamente as ações coletivas em ambos os polos trazia disposição que as tornavam inócuas por determinar a impossibilidade das decisões exaradas nesses processos poderem prejudicar direitos ou pretensões das partes ausentes<sup>377</sup>.

Pela óbvia incompatibilidade da norma, ao aplicá-la no precedente *Smith v. Swormstedt*, a Suprema Corte dos EUA afastou a interpretação literal do dispositivo expandindo a eficácia da decisão. No caso apontado o *Mr. Justice Nelson* assinalou que:

Em todos os casos nos quais as exceções à regra geral são permitidas, e poucas são

---

<sup>373</sup>NETTO, Nelson Rodrigues. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira. **Revista de Processo**, v. 149, São Paulo, p.79-103, jul., 2007, p. 81.

<sup>374</sup>“Sucintamente, no *bill of peace* uma corte de equidade poderia resolver uma controvérsia entre um indivíduo (chamado de adversário) e diversas pessoas (chamadas de multidão), quando houvesse questões de direito ou questões de fato, ou ambas, envolvendo cada um e todos eles, e não houvesse fundamento suficiente perante o *common law* para a formação de um litisconsórcio” (Idem, p. 81).

<sup>375</sup>Idem, p. 82

<sup>376</sup>*Federal Equity Rule 48 - Where the parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays in the suits, be all brought before it, the court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proceed in the suit, having sufficient parties before it to represent all the adverse interest of the plaintiffs and the defendants in the suit properly before it. But, in such cases, the decree shall be without prejudice to rights and claims of all the absent parties.*

<sup>377</sup>NETTO, Nelson Rodrigues. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira. **Revista de Processo**, v. 149, São Paulo, p.79-103, jul., 2007, p. 84.

aquelas para o ajuizamento de uma ação em face de um réu em nome de um grupo através da representação, deve-se tomar cuidado para que a pessoa trazida para a defesa do interesse ou do direito envolvido represente adequadamente os direitos e interesses envolvidos, objetivando, assim, que o julgamento seja honesto e integral.

[...] Por conveniência, portanto, e para prevenir falhas na justiça, uma corte de equidade permite que uma porção das partes interessadas represente todo o grupo, e a decisão obriga todas elas como se todas estivessem perante a corte. Os direitos e obrigações legais e isonômicos de todos são apresentados à corte através da representação e, especialmente onde o objeto da demanda é comum a todos, pode haver um perigo mínimo, mas o interesse de todos deverá ser protegido e preservado (tradução nossa)<sup>378</sup>.

Retificando a desarmonia do dispositivo legal com o instituto das ações coletivas, em 1912, a *federal equity rule 38*<sup>379</sup> suprimiu o óbice à vinculação da decisão aos membros ausentes da classe, ao tempo em que “estabeleceu dois requisitos para o processo coletivo: uma questão geral ou comum e a impraticabilidade de todos os membros da classe serem trazidos pessoalmente a juízo”<sup>380</sup>.

Com a entrada em vigor das *Federal Rules of Civil Procedure* nos Estados Unidos em meados de 1938, especificamente a regra nº 23 – posteriormente alterada devido às dificuldades práticas na distinção das três categorias estabelecidas pelo citado dispositivo dos direitos que fundamentavam a utilização das ações coletivas -, foi integrada disposição que garantia a possibilidade de um grupo, categoria ou classe ser representada em ambos os polos do litígio, desde que assegurada a representação adequada<sup>381</sup>.

Também no Canadá, embora de forma mais tímida, as *defendant class actions* foram

---

<sup>378</sup> *In all cases where exceptions to the general rule are allowed, and a few are permitted to sue and defend on behalf of the many, by representation, care must be taken that persons are brought on the record fairly representing the interest or right involved, so that it may be fully and honestly tried.*

[...] *For convenience, therefore, and to prevent a failure of justice, a court of equity permits a portion of the parties in interest to represent the entire body, and the decree binds all of them the same as if all were before the court. The legal and equitable rights and liabilities of all being before the court by representation, and especially where the subject matter of the suit is common to all, there can be very little danger but that the interest of all will be properly protected and maintained.*

*The case in hand illustrates the propriety and fitness of the rule. There are some fifteen hundred persons represented by the complainants, and over double that number by the defendants. It is manifest that to require all the parties to be brought upon the record, as is required in a suit at law, would amount to a denial of justice. The right might be defeated by objections to parties, from the difficulty of ascertaining them, or if ascertained, from the changes constantly occurring by death or otherwise.*

<sup>379</sup> *Federal Equity Rule 38 – When the question is one of common or general interest to many persons constituting a class so numerous as to make it impracticable to bring them all before the court, one or more may sue or defend for the whole.*

<sup>380</sup> NETTO, Nelson Rodrigues. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira. **Revista de Processo**, v. 149, São Paulo, p.79-103, jul., 2007, p. 85.

<sup>381</sup> NETTO, Nelson Rodrigues. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira. **Revista de Processo**, v. 149, São Paulo, p.79-103, jul., 2007, p. 87-91



consagradas pelo ordenamento jurídico, como aponta Vince Morabito<sup>382</sup>:

Até a introdução da nova interpretação no regime das ações coletivas em novembro de 2002 na *Federal Court of Canada*, Ontário era a única jurisdição canadense que consagrava um regime de ações coletivas detalhado no qual era autorizado à corte certificar uma ação coletiva passiva<sup>383</sup>.

Já na França, a legislação consumerista limita-se a permitir que as associações formadas para a defesa do consumidor possam ajuizar ações objetivando que se cessem os atos ilícitos<sup>384</sup>, restrição essa, **como se verá**, não repetida, ao menos expressamente<sup>385</sup>, pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

### 3.6.2 Análise Legislativa

O Código de Defesa do Consumidor, ao tratar da atuação coletiva, não restringe expressamente a atuação do porta-voz coletivo no polo ativo, conforme se infere de uma interpretação sistemática do Código Consumerista, o qual traz indícios do aceite legislativo da importação das *defendant class actions*.

Dentre os dispositivos inseridos no CDC que lastreiam a possibilidade do grupo ser demandado estão os artigos 107<sup>386</sup> e 83<sup>387</sup>, os quais, por sua vez, não obstante omitirem normas expressas, levam à conclusão da abertura legislativa da possibilidade exposta.

<sup>382</sup> MORABITO, Vince. *Defendant class actions and the right to opt out: lessons for Canada from the United States*. *Duke journal of comparative & international law*, v. 14, n. 2, p. 197-248 2004. Disponível em <<http://www.law.duke.edu/journals/djcil/archive>>. Acesso em: 13 jul. 2008, p. 199.

<sup>383</sup> “Until the introduction in November 2002 of a new comprehensive class actions regime in the Federal Court of Canada, Ontario was the only Canadian jurisdiction that had in the place a detailed class action regime that authorized courts to certify defendant classes”.

<sup>384</sup> Article L421-2- Les associations de consommateurs mentionnées à l'article L. 421-1 et agissant dans les conditions précisées à cet article **peuvent demander** à la juridiction civile, statuant sur l'action civile, ou à la juridiction répressive, statuant sur l'action civile, d'ordonner au défendeur ou au prévenu, le cas échéant sous astreinte, toute mesure destinée à faire cesser des agissements” (grifo nosso).

<sup>385</sup> Como se verá, o artigo 91 do CDC ao afirmar que “os legitimados de que trata o art. 82 **poderão propor**, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes” não restringe apenas ao **polo** ativo a atuação dos representantes coletivos.

<sup>386</sup> Art. 107. As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo.

<sup>387</sup> Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

O artigo 83 do CDC afirma peremptoriamente a possibilidade da utilização de qualquer espécie de ação para a adequada tutela dos direitos apontados pelo Código, de forma que ao invés de impossibilitar em absoluto a demanda em face de um grupo, o diploma legal limita-se a exigir que a ação resguarde de forma idônea os direitos objetos das ações coletivas.

Reforçando a ausência de impedimento legal, Ada Pellegrini Grinover<sup>388</sup> explana hipótese regradada pelo artigo 107 do CDC no qual se

contempla a chamada “convenção coletiva de consumo”, permitindo às entidades civis de consumidores e às associações de fornecedores, ou sindicatos de categorias econômicas, regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo. Ora, se a convenção coletiva firmada entre a classe de consumidores e a de fornecedores não for observada, de seu descumprimento se originará uma lide coletiva, que só poderá ser solucionada em juízo pela colocação dos representantes das categorias face a face, no **pólo** ativo e no **pólo** passivo da demanda, respectivamente.

Assim, forçoso é convir que quando o artigo 91 do Código de Defesa do Consumidor aponta que aos legitimados arrolados cabe propor a ação coletiva civil de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos há aqui verdadeira autorização legislativa para a utilização de ação específica que “não esgota todo o repertório dos processos coletivos em defesa de interesses individuais homogêneos”<sup>389</sup>, podendo-se afirmar que tal dispositivo não é suficiente para legitimar a doutrina que afasta a existência das ações coletivas passivas no regramento consumerista.

Tal posicionamento é reforçado pelo artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública que, não obstante se refira à legitimidade para a propositura da ação<sup>390</sup>, permite, em seu §2º, a intervenção no processo dos entes arrolados para figurarem como litisconsortes de qualquer das partes<sup>391</sup>.

Ao analisar tal dispositivo, Ada Pellegrini Grinover<sup>392</sup> assevera que:

---

<sup>388</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-américa: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista Forense**, v. 361, Rio de Janeiro, p. 3-12, mai./jun., 2002, p. 7.

<sup>389</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 888.

<sup>390</sup> Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar [...]

<sup>391</sup>§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

<sup>392</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-américa: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista Forense**, v. 361, Rio de Janeiro, p. 3-12, mai./jun., 2002, p. 7.

dispositivo específico da Lei da Ação Civil Pública prevê expressamente a possibilidade de a classe atuar em juízo no polo passivo. Trata-se do art. 5º, § 2º, da Lei, facultando ao Poder Público e a outras associações legitimadas, nos termos do *caput*, habilitar-se como litisconsortes de *qualquer das partes* (grifei). É evidente, portanto, que se a intervenção no processo de entes legitimados às ações coletivas pode se dar como litisconsortes do autor ou do réu, é porque a demanda pode ser intentada pela classe ou contra ela.

Em sentido contrário, José Santos Carvalho Filho<sup>393</sup> defende que embora omissa quanto ao ponto, a Lei da Ação Civil Pública alude ao litisconsórcio ativo para aforar a referida demanda, por entender que a intenção legislativa foi a de permitir a maior soma de esforços possíveis para a tutela dos direitos coletivos.

Nota-se logo, porém, que não procede a afirmação de José Santos Carvalho Filho, porquanto há a expressa referência à possibilidade de intervenção como litisconsorte de qualquer das partes, não havendo, portanto, qualquer omissão legal.

Ademais, se o objetivo da norma é viabilizar de forma ampla a tutela de direitos coletivos não há que se limitar a intervenção no polo ativo, eis que ao entender que o grupo pode ser demandando, é neste polo (passivo) que deverão ser agregados os esforços para a proteção dos direitos e interesses de massa.

Maiores reforços legislativos para o aceite da consagração legal das ações coletivas passivas no Brasil são encontrados na Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT (Decreto-Lei 5.452) que, ao disciplinar os dissídios coletivos<sup>394</sup>, configura verdadeira fonte legitimante de tais ações possuindo, inclusive, esteio constitucional<sup>395</sup>.

Também é o que se infere do artigo 1º da Lei 8494/95<sup>396</sup> que consagra expressamente a possibilidade de uma coletividade figurar no polo passivo, quando determina a competência da Justiça do Trabalho para julgar conflitos entre sindicatos originados de convenções ou acordos coletivos de trabalho (ação coletiva bilateral).

<sup>393</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**. Comentários por artigo (Lei nº 7.347, de 24/7/85). 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 167.

<sup>394</sup>Como aponta Maurício Godinho Delgado (**Curso de direito do trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTr, 2005., p. 1291), “são conflitos coletivos trabalhistas aqueles que atingem comunidades específicas de trabalhadores e empregadores ou tomadores de serviços, que no âmbito restrito do estabelecimento ou empresa, quer em âmbito mais largo, envolvendo categoria ou, até mesmo, comunidade obreira mais ampla”

<sup>395</sup>NETTO, Nelson Rodrigues. *The use of defendant class actions to protect rights in internet*. Disponível em: <[http://works.bepress.com/nelson\\_rodrigues\\_netto/subject\\_areas.html](http://works.bepress.com/nelson_rodrigues_netto/subject_areas.html)>. Acesso em 27 ago. 2008, p. 66

<sup>396</sup>Art. 1º Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicato de trabalhadores e empregador.

Na seara trabalhista, ainda, percebe-se que a Emenda Constitucional nº 45 acrescentou o parágrafo 3º do artigo 114 da Constituição Federal consagrando, destarte, no texto constitucional, a *defendant class actions*. É que o dispositivo citado permite que, havendo greve em atividade essencial que possa gerar lesão ao interesse público, o Ministério Público possa ingressar com dissídio coletivo, restando, por óbvio, o sindicato da respectiva classe no polo passivo.

Interessante subsídio para as demandas coletivas passivas é encontrado ao se analisar a Lei 11.107/05 (Lei dos Consórcios Públicos). É que tal norma regula o artigo 241 da Constituição Federal permitindo que os entes federados formem um ente para a gestão associada de serviços públicos.

Assim, o objetivo dos consórcios públicos, como bem aponta Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>397</sup>, “é o de consolidar a gestão associada entre os entes federados para a consecução de fins de interesse comum”.

Além do nítido caráter coletivo extraído dos objetos possíveis do consórcio público<sup>398</sup>, o Decreto 6.017/2007, ao regulamentar a lei ora analisada, determina a responsabilidade subsidiária de todos os entes consorciados pelos contratos celebrados pelo consórcio (art.9º), além de determinar a possibilidade de cessão de servidores, e da legitimidade do consórcio ou dos entes consorciados para exigir o adimplemento do contrato de rateio – disposições estas

<sup>397</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 450.

<sup>398</sup>Art. 3º Observados os limites constitucionais e legais, os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes que se consorciarem, admitindo-se, entre outros, os seguintes:

I - a gestão associada de serviços públicos;

II - a prestação de serviços, inclusive de assistência técnica, a execução de obras e o fornecimento de bens à administração direta ou indireta dos entes consorciados;

[...]

V - a instituição e o funcionamento de escolas de governo ou de estabelecimentos congêneres;

VI - a promoção do uso racional dos recursos naturais e a proteção do meio-ambiente;

VII - o exercício de funções no sistema de gerenciamento de recursos hídricos que lhe tenham sido delegadas ou autorizadas;

[...]

IX - a gestão e a proteção de patrimônio urbanístico, paisagístico ou turístico comum;

X - o planejamento, a gestão e a administração dos serviços e recursos da previdência social dos servidores de qualquer dos entes da Federação que integram o consórcio, vedado que os recursos arrecadados em um ente federativo sejam utilizados no pagamento de benefícios de segurados de outro ente, de forma a atender o disposto no art. 1o, inciso V, da Lei no 9.717, de 1998;

XI - o fornecimento de assistência técnica, extensão, treinamento, pesquisa e desenvolvimento urbano, rural e agrário;

XII - as ações e políticas de desenvolvimento urbano, **sócio-econômico** local e regional; e

XIII - o exercício de competências pertencentes aos entes da Federação nos termos de autorização ou delegação.

[...]

§ 2º Os consórcios públicos, ou entidade a ele vinculada, poderão desenvolver as ações e os serviços de saúde, obedecidos os princípios, diretrizes e normas que regulam o Sistema Único de Saúde - SUS.

copiadas da própria Lei de Consórcio.

Por esse regramento, nota-se que a gestão associada nada mais é do que a vinculação de todos os entes para a consecução de determinados serviços públicos, mas sem a delegação da responsabilidade própria das autarquias<sup>399</sup>, que embora permaneçam sujeitas à fiscalização do ente que a criou, dele guarda autonomia.

Dessa forma, é possível afirmar que o consórcio público, ao contrário dos demais entes da Administração Indireta, consubstancia verdadeiro ente substitutivo dos consorciados, extraíndo-se dessa afirmativa, a conclusão lógica de que a demanda proposta contra ele é uma ação coletiva, pois, em verdade, estar-se-á a demandar em face dos entes que participam do consórcio, sendo este seu representante.

Também a Lei das Sociedades por Ações (Lei 6404/76), ao regulamentar a formação de “consórcios privados”, fornece meios de inserção das ações coletivas passivas no seio legislativo brasileiro.

De fato, a Lei 6.404/76 torna ainda mais nítida a possibilidade da espécie de demanda discutida, porquanto ao disciplinar a formação de consórcio sem personalidade jurídica<sup>400</sup>, permitindo que a sua representação judicial seja feita por sua administradora<sup>401</sup>, mas fazendo com que suas obrigações recaiam sobre os entes consorciados, acaba por consagrar, no ordenamento jurídico brasileiro, a *defendant class action*.

Assim, resta nítido que ao menos não se poderia falar em impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que não há disposição legislativa que vede a utilização das ações coletivas passivas.

---

<sup>399</sup> “As autarquias gozam de liberdade administrativa nos limites da lei que as criou; não são subordinadas a órgão algum do Estado, mas apenas controladas como ao diante melhor se esclarece. Constituindo-se em centros subjetivados de direitos e obrigações distintos do Estado, seus assuntos são próprios; seus negócios, negócios próprios; seus recursos, não importa se oriundos de trespasse estatal ou hauridos como produto da atividade que lhes seja afeta, configuram recursos e patrimônios próprios” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20.ed. rev. e atu. São Paulo: Malheiros, 2005, p.146).

<sup>400</sup> A inexistência de personalidade jurídica dos consórcios privados torna ainda mais nítida a possibilidade da representação coletiva no pólo passiva, pois aqui não há que se falar em um ente distinto daqueles unidos pelo contrato de consórcio que poderia levar ao equívoco de se considerar que os direitos e deveres defendidos pelo consórcio seriam dele próprio e não dos entes que o formem.

<sup>401</sup> Pela legitimação passiva do consórcio verificar o acórdão do Resp. nº 200256/SP, Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 12.06.2000 p. 106, cuja ementa vale ser transcrita: Consórcio. Devolução de prestações pagas. Legitimidade passiva da administradora. Correção monetária. Precedentes.

1. Já decidiu a Corte: 1º) a administradora é parte passiva legítima em casos de pedido de restituição das prestações pagas; 2º) a Súmula nº 35 impõe a devolução com correção monetária; 3º) o percentual para janeiro de 1989 é de 42,72, sendo que o percentual de 41,28 para março de 1990 tem alcance restrito às cédulas rurais.

2. Recurso especial conhecido e provido, em parte.

Pelo exposto, não obstante certa resistência doutrinária, parece não haver óbice no sistema legislativo brasileiro à utilização da ação coletiva passiva, tendo este, em verdade, consagrado a sua possibilidade.

### 3.6.3 Análise doutrinária

Fredie Didier Junior<sup>402</sup> afirma que são basicamente três os argumentos utilizados pela doutrina para refutar a ação coletiva passiva brasileira:

Em primeiro lugar, a inexistência de texto legal expresso – para Pedro Dinamarco – trata-se de obstáculo insuperável. Em segundo lugar, mesmo se possível em tese a ação coletiva passiva, haveria o problema da identificação do representante adequado, já que não haveria identificação legislativa expressa nesse sentido. Em terceiro lugar, aparece o regramento da coisa julgada coletiva, que não poderia prejudicar os direitos individuais, tendo em vista o regime da extensão *in utilibus* da coisa julgada às situações jurídicas individuais, conforme o art. 103 do CDC.

A doutrina que nega a possibilidade da atuação coletiva passiva, como se infere das lições de Pedro da Silva Dinamarco<sup>403</sup>, defende que a diferença no plano legislativo entre os Estados Unidos da América e o Brasil demonstra claramente a impossibilidade da adoção do instituto ora discutido pelo segundo país.

No Estado de tradição jurídica de *common law*, além da expressa possibilidade de se demandar uma coletividade, há obrigatoriedade de um rígido controle da atuação adequada em cada um dos casos apresentados ao Judiciário, o que traz como consequência que em todos os casos haverá a extensão da coisa julgada, sem que o resultado da demanda influencie na vinculação do grupo<sup>404</sup>.

No Brasil, porém, Pedro da Silva Dinamarco<sup>405</sup> afirma que a escolha da representação coletiva se deu através do legislador de forma abstrata, sem a possibilidade do controle da adequabilidade/representatividade nos casos concretos, o que influenciaria sobremaneira os

---

<sup>402</sup>DIDIER JUNIOR, Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC). **Revista Dialética de Direito Processual**, v. 25, São Paulo, p.50-56, abr., 2005, p. 53.

<sup>403</sup>DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 269.

<sup>404</sup>Idem.

<sup>405</sup>Idem.

regimes de formação da coisa julgada. Haveria, assim, apenas a permissão de representante coletivo figurar no polo ativo da demanda.

Mesma posição, embora concebendo certas exceções, Hugo Nigro Mazzilli<sup>406</sup> entende que “a substituição processual é matéria de direito estrito, e a lei só lhes conferiu a possibilidade de exercerem a substituição processual do grupo lesado no polo ativo. Por isso é que não cabe ação civil pública ou coletiva contra grupo lesado, nem mesmo por meio de reconvenção”<sup>407</sup>.

Como exceção, porém, aceita a demanda contra uma coletividade não só com os embargos do devedor, como também com os embargos de terceiro, ação rescisória de ação civil pública ou coletiva e na ação de rescisão ou anulação de compromisso de ajustamento de conduta, por entender que negar tais possibilidades seria conceber obstáculo inaceitável à jurisdição, “já que não teriam os réus [das ações coletivas] como desconstituir um título executivo eventualmente viciado”<sup>408</sup>.

Todavia, como já demonstrado, não obstante a adoção da atuação *ope legis* no sistema brasileiro, não há como se afastar a possibilidade do controle da atuação adequada/representatividade nos casos concretos, sem que se aceite violação frontal ao devido processo legal, notadamente em sua face substancial que impõe a análise da razoabilidade/proporcionalidade/legitimidade da legislação a ser aplicada.

Ademais, ao contrário do que afirma esse eixo doutrinário, há, no sistema constitucional e infraconstitucional, a adoção das *defendant class actions* de modo expreso, notadamente na seara trabalhista. Para aqueles que não encontrem a consagração expresa, porém, resta ainda a interpretação conjugada de todos os dispositivos acima indicados cuja consequência lógica é a permissibilidade da demanda coletiva passiva, como aponta Fredie Didier Junior<sup>409</sup>

A inexistência de texto legal expreso que confira legitimação coletiva passiva não parece obstáculo intransponível, como assevera Pedro Dinamarco. A atribuição de legitimação extraordinária não precisa ser constar de texto expreso, bastando que se retire do sistema jurídico. A partir do momento em que se prevê processo de execução das sentenças coletivas e não se proíbe o ajuizamento de ação rescisória, cautelar incidental ou mandado de segurança contra ato judicial pelo réu da ação coletiva passiva, admite-se, implicitamente, que algum sujeito responderá pela coletividade,

<sup>406</sup>MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 325- 326.

<sup>407</sup>Idem.

<sup>408</sup>Idem, p. 327.

<sup>409</sup>DIDIER JUNIOR, Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC). **Revista Dialética de Direito Processual**, v. 25, São Paulo, p.50-56, abr., 2005, p. 53

ou seja, admite-se a ação coletiva passiva.

Mesmo posicionamento é seguido por Diogo Campos Medina Maia<sup>410</sup> ao afirmar categoricamente que o Direito Processual não é refém do procedimento. Havendo lesão à Cláusula do Devido Processo Legal, a norma, ou sua ausência, deve ser afastada, ou suprida, “nem que para isso tenha que se fazer uso de instrumentos processuais não previstos ou estender a conceituação de institutos já existentes do direito processual”<sup>411</sup>.

Atento a tais premissas Diogo Campos Medina Maia cita o precedente *Hansberry v. Lee* onde a Suprema Corte norte-americana afirmou a vinculação do grupo nas ações coletivas, tendo em vista que o devido processo legal garantiria a adequada proteção dos interesses dos ausentes através de uma representatividade adequada<sup>412</sup>.

Outro argumento utilizado é o regramento adotado pelo artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, o qual permite unicamente a utilização *in utilibus* da coisa julgada coletiva às situações individuais.

Vice Morabito<sup>413</sup>, em que pese se reportar ao sistema de *common law*, afirma que um dos problemas mais significativos na regulamentação das ações coletivas passivas é aquele referente à possibilidade de *opt out*, pela qual uma vez ajuizada a ação coletiva é aberta oportunidade para que os membros da classe possam optar por se destituir dessa condição, o que afasta o requisito da prévia autorização para o ingresso da demanda.

Esse sistema de *opt out* é substituído no Brasil pelos regimes diferenciados da coisa julgada coletiva acima analisados, os quais visam assegurar a representação adequada em cada caso concreto apresentado ao Judiciário, propósito este também carregado pelo instituto consagrado no *common law*.

Da mesma forma, a possibilidade de suspensão das ações individuais, ou da desistência do mandado de segurança, são formas de exercício de direito de *opt out*, o que, no entanto, restou desconfigurado com a orientação do STJ, como já visto.

---

<sup>410</sup> MAIA, Diogo Campos Medina. **Ação Coletiva Passiva**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, p. 97.

<sup>411</sup> Idem, p.97.

<sup>412</sup> Idem, p. 104.

<sup>413</sup> MORABITO, Vince. *Defendant class actions and the right to opt out: lessons for Canada from the United States*. *Duke journal of comparative & international law*, v. 14, n. 2, p. 197-248 2004. Disponível em < <http://www.law.duke.edu/journals/djcil/archive>>. Acesso em: 13 jul. 2008, p. 201.



Para Vince Morabito<sup>414</sup>, porém, a aplicação deste instituto no âmbito passivo desvirtuaria o objetivo político das demandas coletivas, motivo pelo qual deveria ser afastado nessas hipóteses.

No Brasil, em que pese a literalidade do art. 103 do CDC, por entender necessário o controle judicial *in concreto* da representação coletiva, bastaria adotar a solução dada por Ada Pellegrini Grinover<sup>415</sup>:

Não é difícil perceber que, tanto no primeiro como no segundo caso, o legislador brasileiro serviu-se de técnicas que privilegiam os membros da classe, defendendo-os, no fundo, contra o perigo da inadequação da representação.

Ora bem, em se tratando de ação movida contra a classe, a proteção especial conferida a esta pela lei deve ser mantida, bastando inverter, para tanto, os termos da questão.

Assim, em caso de ação individual movida contra a classe ré, em se tratando de interesses difusos ou coletivos, bastará inverter a previsão legal do art. 103, I e II, do Código de Defesa do Consumidor (e art. 16 da Lei da Ação Civil Pública), de modo que a sentença de procedência contra a classe, em que o juiz reconheça a insuficiência da *defesa coletiva*, não faça coisa julgada, podendo o autor intentar a mesma ação contra a classe, “representada” por outro legitimado, para que este renove a defesa. Ou, mais simplesmente, em caso de insuficiência da defesa coletiva, o juiz simplesmente negaria a legitimação do portador em juízo dos interesses coletivos, por falta de “adequada representatividade”, reconduzindo-se a questão à ausência de uma condição da ação, que não inviabiliza a repetição do pedido contra outro legitimado.

Por sua vez, na ação individual movida contra a classe ré, em que o litígio envolva direitos individuais homogêneos, bastaria ao juiz inverter o disposto no art. 103, III e § 2º, de modo que a sentença favorável (e não a desfavorável) não impedisse o ajuizamento de ações individuais, por qualquer membro da classe, para contrastar a pretensão do autor vencedor. Desse modo, a coisa julgada continuaria operando só *in utilibus*, para beneficiar e não para prejudicar os membros da classe.

*Mutatis mutandis*, portanto, em ambos os regimes da coisa julgada que favorecem a classe, ficaria resguardado o espírito da lei.

Em tal disciplina, portanto, resta resguardado o regime *in utilibus* da coisa julgada, valendo ressaltar que havendo ação duplamente coletiva (dois grupos distintos representados em cada um dos polos) não haveria, de acordo com tal doutrina, óbice para a adoção das duas soluções, nas ações que envolvessem direitos coletivos ou difusos: havendo insuficiência de provas a

<sup>414</sup>Idem, p. 202.

<sup>415</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-américa: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista Forense**, v. 361, Rio de Janeiro, p. 3-12, mai./jun., 2002, p. 8.

coisa julgada abrangeria a esfera coletiva, mas permitiria que qualquer dos membros ingressasse com a ação, ou respondesse uma ação, no âmbito individual.

Também nas demandas que envolvessem direitos individuais homogêneos (coisa julgada *secundum eventum litis*) a solução não traria qualquer ilegitimidade<sup>416</sup>.

Havendo procedência da ação, deve-se prosseguir para a liquidação (via artigos<sup>417</sup>) e execução da sentença coletiva, abrindo-se possibilidade para aquele que foi representado no polo passivo possa discutir o título contra ele formado no âmbito da impugnação, de forma que, deverá restar comprovado a extensão e a participação a título individual do executado na violação do direito já constatada no processo de conhecimento coletivo. Havendo improcedência da ação Pedro Lenza afirma que ocorrerá a

Impossibilidade de propositura de qualquer ação coletiva sobre o mesmo objeto (repropositura da mesma ação). As vítimas ou sucessores, contudo, não serão prejudicados pelo resultado negativo, podendo, individualmente, demandar em face da empresa [...], até porque nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário<sup>418</sup>

Também Pedro da Silva Dinamarco<sup>419</sup> entende que, em se tratando de direitos difusos, a incompatibilidade com o regime vigente da coisa julgada *in utilibus* não é obstáculo para que se assegure a possibilidade das ações coletivas passivas<sup>420</sup>.

---

<sup>416</sup>“E quando na ação figurassem classes litigando em posições contrapostas, tanto no **pólo** ativo como no passivo? Aqui parece que o tratamento dispensado às classes deveria ser totalmente igualitário, não havendo justificativas para privilegiar a posição de uma em relação à outra. E talvez a solução pudesse ser a da coisa julgada *erga omnes*, seja em caso de acolhimento como de rejeição do pedido, sem qualquer temperamento, firme restando o controle do juiz sobre a representatividade adequada para garantia da correção do procedimento processual das partes.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações coletivas ibero-américa: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada*. **Revista Forense**, v. 361, Rio de Janeiro, p. 3-12, mai./jun., 2002, p.9)

<sup>417</sup> “Compete ao credor apresentar e provar fato novo na hipótese típica de liquidação por artigos. Fato novo é aquele resultante da obrigação e que não foi objeto da pretérita condenação, porque o autor o deixou de fora do âmbito cognitivo, ou surgiu durante ou após a demanda condenatória” (ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 11. ed. rev., ampl. e atual. com a reforma processual – 2006/2007. São Paulo: RT, 2007. p. 292)

<sup>418</sup>LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008, p. 197.

<sup>419</sup>DINAMARCO, Pedro da Silva. *Las acciones colectivas pasivas en el código modelo de procesos colectivos para iberoamérica*. In GIDI, Antônio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). **La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos: hacia un código modelo para iberoamerica**. México: Editora Porrúa, 2003, p. 132.

<sup>420</sup> Em que pese a defesa de Pedro da Silva Dinamarco, em sua obra “Ação Civil Pública”, do obstáculo que a coisa julgada *in utilibus* seria para a consagração no direito brasileiro das *defendat class actions*, ao elaborar o capítulo “*Las acciones colectivas pasivas en el código modelo de procesos colectivos para iberoamérica*” integrante do livro coordenado por Antônio Gidi e Eduardo Ferrer Mac Gregor “*La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos: hacia un código modelo para iberoamérica*”, ele afirma que “*en realidad, durante la elaboración de este estudio, pasé a sospechar que la cosa juzgada no sería obstáculo para su proposición, pero sólo cuando el interés de la colectividad, substituída en el proceso por el reo, sea difusa*” (DINAMARCO, Pedro da Silva. *Las acciones colectivas pasivas en el código modelo de procesos colectivos para iberoamérica*. In GIDI, Antônio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). **La tutela de los derechos**

Vale indicar, todavia, que a solução apresentada, em especial no caso de procedência da ação coletiva passiva, parece incompatível com a eficácia do processo de massa, uma vez que, adotando-a haverá o esvaziamento de sua utilidade.

Nesse ponto, basta a percepção de que a vinculação do grupo, categoria ou comunidade é legitimada, como já visto exaustivamente nessa pesquisa, pela simples atuação adequada, não havendo qualquer fator legitimante para a restrição à eficácia das ações coletivas, sejam elas passivas ou ativas.

O que importa para a legitimação da vinculação da massa substituída é que o porta-voz seja adequado. Fica aqui, inclusive, a crítica já esboçada acima referente ao regime especial de formação da coisa julgada segundo o resultado da lide que não guarda, ao contrário do sistema segundo os efeitos probatórios, qualquer relação com a *adequacy of representation*.

Assim, em que pese tal resistência doutrinária à adoção das ações coletivas passivas no Brasil, surge posição contrária, e ao que parece mais contundente, a qual, baseada na análise legal, afirma não existir óbices à *defendant class actions* brasileiras.

Dessa forma, não obstante o artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor se referir à defesa, indicando, supostamente, apenas o polo ativo da demanda, não há, como assevera Fredie Didier Junior<sup>421</sup>, “qualquer indicativo no texto de lei que aponte para o sentido de que ‘defesa’, ali, somente significa ‘defesa no pólo ativo’, excluindo-se a ‘defesa no pólo passivo’”.

Seguindo tal caminho, Pedro Lenza<sup>422</sup> leciona que

Pode-se afirmar ser perfeitamente possível a propositura de ação em face da classe, a fim de se realizar todas as situações práticas decorrentes dos exemplos já imaginados pela doutrina. Reconhece-se que esse tipo de ação não é comum. Não se pode, contudo, ignorá-la. Imprescindível, outrossim, a revisitação do papel do juiz na aferição da idoneidade do representante da classe.

Em arremate, vale destacar, seguindo entendimento de Ada Pellegrini Grinover<sup>423</sup>, que a “*defining function* do juiz, própria das ações coletivas (ativas ou passivas), autoriza a solução

---

*difusos, colectivos e individuales homogêneos: hacia un código modelo para iberoamerica*. México: Editora Porrúa, 2003, p.p. 132).

<sup>421</sup>DIDIER JUNIOR, Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC). *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 25, São Paulo, p.50-56, abr., 2005, p. 53.

<sup>422</sup>LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008, p. 196.

<sup>423</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações coletivas ibero-américa: novas questões sobre a legitimação e a coisa*

judicial de situações justapostas às previstas em lei, desde que observado o princípio da proporcionalidade”, pelo que a exclusão *in abstracto* da possibilidade aqui aventada não parece legítima, notadamente pelas razões acima explicitadas.

### 3.6.4 Análise jurisprudencial

Não obstante a discussão doutrinária, a prática nos tribunais demonstra a possibilidade das ações coletivas passivas serem ajuizadas no Brasil.

Como aponta Fredie Didier Junior<sup>424</sup>:

Em 2004, em razão da greve nacional dos policiais federais, a União ingressou com demanda judicial [número 2004.34.00.010685-2, 7ª Vara Federal do Distrito Federal] em face da Federação Nacional dos Policiais Federais (Fenapref) e do Sindicato dos Policiais Federais do Distrito Federal (Sindipol/DF), pleiteando o retorno das atividades. Trata-se, indubitavelmente, de uma ação coletiva passiva, pois a categoria “policial federal” encontrava-se como sujeito passivo da relação jurídica deduzida em juízo.

Já no âmbito da Justiça Trabalhista, notadamente devido à explicitação da lei laboral, a praxe forense vem permeada de exemplos de efetivas ações coletivas passivas, fato este que não passou despercebido por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes<sup>425</sup>, o qual ressaltou a presença, no Brasil, de ações duplamente coletivas no processo do trabalho.

A título exemplificativo, citemos as recorrentes ações ajuizadas em face de Sindicatos onde se pleiteia a declaração de ilegalidade da greve combinada com o pedido de retorno das atividades laborais<sup>426</sup>, pondo-se, portanto, toda uma classe em juízo mediante a atuação sindical, mas devendo todos os substituídos se sujeitarem à decisão exarada.

Ainda há, na seara, laboral a demanda em face do sindicato para a anulação de cláusula

---

julgada. **Revista Forense**, v. 361, Rio de Janeiro, p. 3-12, mai./jun., 2002, p. 9.

<sup>424</sup>DIDIER JUNIOR, Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC). **Revista Dialética de Direito Processual**, v. 25, São Paulo, p.50-56, abr., 2005, p. 55.

<sup>425</sup>MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O anteprojeto de código-modelo de processo coletivos para os países ibero-americanos e a legislação brasileira. **Revista de Processo**, v. 117, São Paulo, p.109-127, set./out., 2004, p. 117.

<sup>426</sup>Nesse sentido o Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo nº 1152/2005-000-15-00.0, julgado em 13/03/2008, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, onde Autoliv do Brasil Limitada.

constante de acordo coletivo, claramente caracterizada como ação coletiva, conforme se infere no Recurso Ordinário da Ação Anulatória nº 280/2005-000-06-00.6<sup>427</sup> do TST, no qual foi relatado que:

Trata-se de Ação Anulatória ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho em face do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Produtos Químicos para Fins Industriais de Preparação de Óleos Vegetais e Animais e de Sabão e Velas no Estado de Pernambuco e Sindicato da Indústria de Sabão e Velas no Estado de Pernambuco, a qual visa a anulação das cláusulas 12.1 (insalubridade) 60 (contribuição de fortalecimento sindical) da Convenção Coletiva de Trabalho de 2004 (fls. 10/22), firmado entre os referidos sindicatos, requerendo, ainda, o deferimento da antecipação de tutela.

O Tribunal Regional da 6ª Região, às fls. 21/23, deferiu parcialmente o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, e pelo acórdão de fls. 87/91, rejeitou as preliminares **argüidas** pelo Sindicato Patronal, e no mérito, julgou parcialmente procedentes os pedidos, declarando a nulidade da cláusula 60 e subitens 60.1 a 60.5.

Ademais, o Tribunal Superior do Trabalho já consignou expressamente a legitimidade do sindicato substituir passivamente a categoria trabalhista<sup>428</sup>, entendimento este sumulado no enunciado número 406, resultante da conversão das Orientações Jurisprudenciais número 82 e 110 da 2ª seção de dissídios individuais, com o seguinte teor:

**AÇÃO RESCISÓRIA. LITISCONSÓRCIO. NECESSÁRIO NO PÓLO PASSIVO E FACULTATIVO NO ATIVO. INEXISTENTE QUANTO AOS SUBSTITUÍDOS PELO SINDICATO** (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 82 e 110 da SBDI-2) - Res. 137/2005, DJ 22, 23 e 24.08.2005

I - O litisconsórcio, na ação rescisória, é necessário em relação ao pólo passivo da demanda, porque supõe uma comunidade de direitos ou de obrigações que não admite solução díspar para os litisconsortes, em face da indivisibilidade do objeto. Já em relação ao pólo ativo, o litisconsórcio é facultativo, uma vez que a aglutinação de autores se faz por conveniência e não pela necessidade decorrente da natureza do litígio, pois não se pode condicionar o exercício do direito individual de um dos litigantes no processo originário à anuência dos demais para re-tomar a lide. (ex-OJ nº 82 da SBDI-2 - inserida em 13.03.2002)

II - O Sindicato, substituto processual e autor da reclamação trabalhista, em cujos autos fora proferida a decisão rescindenda, possui legitimidade para figurar como réu na ação rescisória, sendo descabida a exigência de citação

<sup>427</sup>Processo: ROAA - 280/2005-000-06-00.6 Data de Julgamento: 08/05/2008, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DJ 23/05/2008.

<sup>428</sup>Processo: RXOFROAR - 25246/2002-900-24-00.7 Data de Julgamento: 15/04/2008, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 09/05/2008.

de todos os empregados substituídos, porquanto inexistente litisconsórcio passivo necessário. (ex-OJ nº 110 da SBDI-2 - DJ 29.04.2003)

Também o Superior Tribunal de Justiça parece reconhecer, embora mais timidamente que o TST, a possibilidade da *defendant class action* fora do cerne trabalhista ao declarar a competência da Justiça Comum para o julgamento de ação anulatória de convenção coletiva quando em seu polo passivo figure o sindicato dos empregadores e dos empregados<sup>429</sup>, sem mencionar sequer a existência de indícios da ilegitimidade em qualquer dos polos.

Fora da instância trabalhista, Pedro Lenza<sup>430</sup> indica a decisão exarada pela Juíza Edna Márcia Silva Medeiros<sup>431</sup> em processo movido pela União em face da Associação Brasileira de Centros de Diálise e Transplante – ABCDT -, visando impedir potencial paralisação dos serviços de hemodiálise perante o Sistema Único de Saúde – SUS -, onde foi consignado o fato de que “a entidade de classe pode ser considerada uma adequada portadora dos interesses da categoria envolvida, daí por que a decisão final também os alcança, fixando a multa diária de um milhão de reais/dia em case de interrupção do serviço”<sup>432</sup>.

Outro exemplo lembrado pela doutrina<sup>433</sup> é aquele referente à possível Ação Civil Pública intentada em face de uma associação de moradores para inibir eventual restrição de acesso ao bairro onde residem.

Tal hipótese ganhou contorno concreto na Justiça paulista<sup>434</sup> onde o Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública em face da Associação Residencial Recanto das Canjaranas objetivando a remoção de obstáculos que impediam o livre fluxo de pessoas e trânsito de veículos em loteamento que representava.

---

<sup>429</sup> CC 1879 / GO Conflito de Competência nº 1991/0004354-0, Ministro: Geraldo Sobral, primeira seção, DJ 03.06.1991 p. 7404: PROCESSUAL. CONFLITO DE COMPETENCIA. CONVENÇÃO COLETIVA. I - SENDO CERTO QUE A PRETENSÃO DEDUZIDA VISA SUSPENDER OS EFEITOS DE CONVENÇÃO COLETIVA, PRECEDENDO AÇÃO DE ANULAÇÃO DA MESMA, TENDO COMO PARTES UMA EMPRESA AUTORA E, NO POLO PASSIVO, O SINDICATO PATRONAL DE SUA CATEGORIA E O SINDICATO DE SEUS EMPREGADOS, A COMPETENCIA E DA JUSTIÇA COMUM. II - CONFLITO PROCEDENTE, PARA DECLARAR COMPETENTE O MM. JUÍZO SUSCITADO.

<sup>430</sup> LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008, p. 193.

<sup>431</sup> Ação Cautelar Preparatória de Ação Civil Pública nº 2003.34.00.013852-6, 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, 01.05.2003).

<sup>432</sup> LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008, p. 194

<sup>433</sup> Idem, p. 193.

<sup>434</sup> Verificar o agravo de instrumento nº 668.021- 5/6-00, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: Nogueira Diefenthaler, ementa: AÇÃO CIVIL PUBLICA. TUTELA ANTECIPADA. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES. PERIGO DE DEMORA. Associação de moradores que bloqueia acesso à via pública, exigindo que os munícipes se identifiquem antes de ingressarem no loteamento Ação ajuizada pelo Ministério Público Tutela antecipada Verossimilhança das alegações - ausência de autorização legal para constituição de loteamento fechado com bloqueio ao acesso às ruas Perigo de demora — cerceamento do direito constitucional de ir e vir vir Recurso *desprovido*.

Em primeira instância, foi deferida a liminar pleiteada, a qual, em sede de agravo de instrumento no Tribunal de Justiça, foi mantida. No caso, sequer houve questionamento acerca da legitimidade passiva da associação que defendeu ato perpetrado pelos moradores do bairro.

Já em Belém, o Ministério Público do Estado ajuizou ação civil pública objetivando o cancelamento de inscrição de uma torcida organizada intitulada Grêmio Recreativo e Social Terror Bicolor, após reiterados atos de *hooliganismo*<sup>435</sup> perpetrados por esta.

Nessa ocasião, o juiz titular da 1ª Vara da Fazenda Pública considerou procedentes os pedidos formulados determinando não apenas a extinção das torcidas organizadas<sup>436</sup>, com o consequente cancelamento de seus atos constitutivos, mas também a extensão dos efeitos da sentença

para impedir que qualquer torcedor ingresse nos estádios paraenses com qualquer material alusivo à expressão Terror Bicolor, incluindo-se as homônimas que nada mais são senão uma fraude à execução da sentença, como por exemplo a Terror Fiel Bicolor. Saibam os integrantes de tais agremiações que estão na ilegalidade, na ilicitude, ao lado do crime acaso insistam na existência clandestina ou disfarçada de tais torcidas estando sujeitos à leis penais, inclusive por desobediência a esta sentença, sem prejuízo da cobrança da multa.

Houve, no caso, expressa formação de coisa julgada *erga omnes* vinculando todos os indivíduos participantes do grupo coletivamente substituído.

Temos, outrossim, reiterados julgados que, adotando a atual doutrina acerca da natureza jurídica do instituto, consagram a legitimidade passiva da administradora do consórcio, havendo, inclusive, expressa alusão à ilegitimidade *ad causam* das empresas consorciadas em ações cujo objeto está circunscrito à discussão das revisões das cláusulas do contrato firmado pelo consórcio<sup>437</sup>, tendo, não obstante a atuação processual, repercussão para todos os entes

<sup>435</sup> “Em estudo assinado por Fábio Aires da Cunha intitulado Origem, evolução e composição das torcidas, o *hooliganismo* designa a violência organizada e premeditada nos espetáculos desportivos”. Sentença exarada no Processo nº 20041058848-6, em 11 de novembro de 2007. Juiz Marco Antonio Lobo Castelo Branco, 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Belém. Disponível em: < <http://www.jurispress.com.br/v2/noticia.asp?pagina=31&busca=consumidor&tribunal=&data1=&data2=&idtipo=24&idnoticia=18062> >. Acesso em: 24 de set. de 2008.

<sup>436</sup> Casos semelhantes ocorrido em São Paulo são apontados por Diogo Campos Medina Maia (A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: RT, 2007, p.338), tais quais aquelas que levou à extinção as torcidas organizadas Macha Verde, Tricolor Independente e Gaviões da Fiel.

<sup>437</sup> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CONSÓRCIO. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. PRELIMINAR DE LEGITIMIDADE PASSIVA DA ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS. Na ação de revisão de contrato

pertencentes ao porta-voz. Há aqui legitimação *ad causam* coletiva exclusiva.

Na defesa de direito difuso, pode-se citar a demanda ajuizada<sup>438</sup> em face do Estado de São Paulo por um proprietário de um terreno na circunscrição estadual objetivando “a declaração do direito do autor de construir no local e a desconstituição dos autos de infração e embargo imposto”.

No caso indicado, o autor pleiteava a declaração de seu direito de edificar em local considerado como área de preservação permanente, entendendo, para tanto, que após a expedição de alvará de aprovação e licença pela prefeitura, o Poder Público não mais poderia obstar a obra.

O Estado de São Paulo, assim, figurou no polo passivo como verdadeiro legitimado coletivo, uma vez que atuou na demanda em defesa do meio-ambiente, ícone dos direitos difusos, eis que, como indica Délton Winter de Carvalho<sup>439</sup> os danos causados ao meio-ambiente (danos ambientais)

dizem respeito aos sinistros causados ao meio ambiente *lato sensu*, repercutindo em interesses difusos, pois lesam diretamente uma coletividade indeterminada ou indeterminável de titulares. Os direitos decorrentes dessas agressões caracterizam-se pela inexistência de uma relação jurídica base, no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade (ao contrário dos danos ambientais pessoais) do bem jurídico, diante do aspecto objetivo.

Ademais, também é assente na doutrina o fato de que o art. 225 da Constituição Federal, ao definir o bem ambiental como de uso comum do povo, criou espécie diferente de bem – nem

---

de consórcio, é da administradora a legitimidade para figurar no pólo passivo da relação processual. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. É juridicamente possível o pedido de revisão do contrato, o qual está amparado no Código de Defesa do Consumidor. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL. Não é inepta a petição inicial que preenche os requisitos do art. 282 do CPC e não impede nem prejudica a defesa da ré. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. Na ausência de recurso da parte autora, deve ser mantida a sentença que fixou a taxa de administração em 6% sobre o valor do bem, tendo em vista que administradora é do mesmo grupo econômico do fabricante do bem. TARIFA/TAXA PARA COBRANÇA DE DESPESAS ADMINISTRATIVAS PELA CONCESSÃO DO FINANCIAMENTO. A tarifa/taxa para cobrança de despesas administrativas pela concessão do financiamento é nula de pleno direito, por ofensa aos arts. 46, primeira parte, e 51, inc. IV, do CDC. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. Admite-se a repetição do indébito, de forma simples, de valores pagos em virtude de cláusulas ilegais, em razão do princípio que veda o enriquecimento injustificado do credor. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Diante da singeleza da ação, na qual não foram produzidas outras provas além da documental, impõe-se a redução dos honorários advocatícios. Preliminares rejeitadas. Apelação parcialmente provida. (Apelação Cível Nº 70024602260, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Castro Boller, Julgado em 26/06/2008)

<sup>438</sup>Processo nº 789-98 e 1.003-98 – 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Santos-SP, julgado em 31.07.2001, Juiz Márcio Kammer de Lima.

<sup>439</sup>CARVALHO, Délton Winter de. A proteção jurisdicional do meio ambiente: uma relação jurídica comunitária. **Revista de Direito Ambiental**, n. 24 São Paulo, 2001, p. 197



público nem privado -, o que significa dizer que os entes federados atuam como simples administradores de algo que pertence à coletividade<sup>440</sup>.

Destarte, é de se reconhecer que a jurisprudência, não obstante profunda divergência doutrinária, reconhece a possibilidade das *defendant class actions*, uma vez que em todos os casos descritos não há sequer referência a possível ilegitimidade da atuação no polo passivo.

---

<sup>440</sup>FIORILLO, Celso Antônio Pacheco Fiorilho. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 9.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008, p. 76.

## 5 CÓDIGOS MODELOS, ATUAÇÃO COLETIVA ADEQUADA E REPRESENTATIVIDADE: PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS

A preocupação doutrinária em se estabelecer um regramento das ações coletivas adequado às peculiaridades dos direitos por elas tutelados é demonstrado por Antônio Gidi<sup>441</sup> que forneceu interessante proposta de codificação através da criação do projeto de código de processo civil coletivo utilizando-se, para tanto, de “um sistema na medida do possível auto-explicativo”<sup>442</sup> onde se optou pela utilização de uma linguagem atécnica”, a fim de valorizar a compreensão imediata das normas e propagar as ideias para a solução de problemas originados da tutela coletiva de direitos.

A importância de tal exame doutrinário também é sobejamente demonstrada no anteprojeto do código-modelo de processos coletivos para os países ibero-americanos, o qual busca a unificação harmônica “de normas entre países que possuem razoáveis semelhanças em termos de sistemas jurídicos, bem como o fomento de modificações que estejam em sintonia com as necessidades de inovações segundo o consenso ou a maioria da doutrina destas nações”<sup>443</sup>.

Inspirado no Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, surgiu na Universidade de São Paulo a ideia da elaboração de um anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos através do estudo das normas do código-modelo e suas adaptações ao sistema processual brasileiro, com o escopo de melhorá-lo sem, contudo, desfigurá-lo<sup>444</sup>, o qual deu origem ao Código Modelo do Ministério da Justiça.

A Universidade Federal do Rio de Janeiro, por sua vez, sob a orientação de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, partiu da ideia de apresentar sugestões e propostas de modificação ao anteprojeto elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), mas acabou resultando em “uma reestruturação mais ampla do texto original, com o intuito de se oferecer uma proposta coerente, clara e comprometida com o fortalecimento dos processos coletivos,

---

<sup>441</sup>GIDI, Antonio. Código de Processo Civil Coletivo: um modelo para países de direito escrito. **Revista de Processo**, v. 111, São Paulo, p.192-207, jul., 2003.

<sup>442</sup>Idem, p. 193.

<sup>443</sup>MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O anteprojeto de código-modelo de processo coletivos para os países ibero-americanos e a legislação brasileira. **Revista de Processo**, v. 117, São Paulo, p.109-127, set./out., 2004, p. 110.

<sup>444</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: exposição de motivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, kazuo (coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: RT, 2007. p. 449.

culminando com a elaboração de um novo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos”<sup>445</sup>

Em todos os documentos apontados houve não apenas a consagração expressa das ações coletivas passivas como também a adoção de interpretação flexível das normas coletivas, sobretudo pela concessão ao magistrado do poder-dever de controle da atuação adequada dos legitimados coletivos.

Ada Pellegrini Grinover <sup>446</sup>, ao expor os motivos que levaram à consagração expressa das *defendant class actions*, afirma que

a pedra de toque para o cabimento dessas ações é a representatividade adequada do legitimado passivo, acompanhada pelo requisito do interesse social. A ação coletiva passiva será admitida para a tutela de interesses ou direitos difusos ou coletivos, pois esse é o caso que desponta da *defendant class action*, conquanto os efeitos da sentença possam colher individualmente os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas. Por isso, o regime da coisa julgada é perfeitamente simétrico ao fixado para as ações coletivas passivas.

Com esse entendimento, o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos do MJ, em seu art. 38<sup>447</sup>, faz expressa alusão à necessidade da representatividade adequada demonstrada, conforme aponta o art. 20<sup>448</sup> do mesmo diploma legal, pela credibilidade, capacidade e experiência acrescidos ao seu histórico na proteção dos direitos coletivos e em sua conduta em eventuais processos de massa.

<sup>445</sup>MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: RT, 2002, p. 3.

<sup>446</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: exposição de motivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: RT, 2007c. p. 452.

<sup>447</sup>**Art. 38 – Ações contra o grupo, categoria ou classe** - Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada (art. 20, I, a, b e c), se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (art. 4º, incisos I e II) e a tutela se revista de interesse social.

Parágrafo único. O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados à ação coletiva ativa (art. 20, incisos III, IV, V, VI e VII deste Código) não poderão ser considerados representantes adequados da coletividade, ressalvadas as entidades sindicais.

<sup>448</sup>**Art. 20. Legitimação.** São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como:

a – a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;

b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos;

c – sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado;

[...]

§ 1º Na defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, qualquer legitimado deverá demonstrar a existência do interesse social e, quando se tratar de direitos coletivos e individuais homogêneos, a coincidência entre os interesses do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;

A questão da atuação adequada e da representatividade ganha tamanha relevância que o parágrafo primeiro do art. 20 exige a comprovação do interesse social por todos os entes e, quando se tratar de direitos individuais homogêneos, a coincidência entre os interesses do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda, sendo dever do magistrado, constatando a inexistência da representatividade adequada, a notificação do Ministério Público e de outros legitimados para que assumam a titularidade da ação.

Já no parágrafo 2º há disposição expressa no sentido de que inexistente preclusão para o juiz na análise da atuação adequada podendo o magistrado “voltar a analisar a existência do requisito da representatividade adequada em qualquer tempo e grau de jurisdição”. Tal norma explica-se pela evidente imprescindibilidade de que a característica apontada perdure durante toda a relação processual, uma vez que instaurada, através do porta-voz coletivo, este se ausentando, e não sendo substituído, irá gerar a extinção do processo, eis que ou haverá carência de ação superveniente, para aqueles que adotem tal natureza, ou mesmo a inexistência de sujeito coletivo que legitime a subsistência do *iter* procedimental.

Corroborando a essencialidade do controle judicial da atuação adequada, o parágrafo 8º do artigo 20 permite que o órgão julgador, “havendo vício de legitimação, desistência infundada ou abandono da ação”, intime o *parquet* ou outro legitimado para que assumam o polo negligenciado.

Assim, verifica-se que em tal anteprojeto não só se adotou a legitimação abstrata, como também o controle em concreto da adequação do porta-voz, o que permitiu a legitimidade da ação coletiva passiva com a vinculação de todos os membros ausentes, aplicando-se, ao caso, o efeito *erga omnes*, legitimado pelos pressupostos para a demanda coletiva passiva nos quais estão inclusos não apenas a representatividade adequada, mas também o necessário envolvimento de interesses ou direitos difusos e coletivos, excluindo-se, todavia, a ação coletiva passiva para a tutela de direitos individuais homogêneos<sup>449</sup>.

Semelhante exclusão não ocorre no anteprojeto para a ibero-américa onde

o código exige que se trate de uma coletividade organizada de pessoas, ou que o grupo tenha representante adequado, e que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual e seja de relevância social. A questão principal que se punha, nesses casos, era a do regime da coisa julgada: em obséquio ao princípio geral de que a sentença só pode favorecer os integrantes do grupo quando se trata de direitos ou interesses individuais homogêneos, o mesmo

---

<sup>449</sup> Verificar, nesse sentido, o art. 39 do Código Modelo.

princípio devia ser mantido quando a classe figurasse no pólo passivo da demanda. Assim, quando se trata de bens jurídicos de natureza indivisível (interesses difusos), o regime da coisa julgada é *erga omnes*, simetricamente ao que ocorre quando o grupo litiga no pólo ativo (mas sem o temperamento da improcedência por insuficiência de provas, inadequado quando a classe se coloca no pólo passivo); mas, quando se trata de bens jurídicos de natureza divisível (interesses ou direitos individuais homogêneos), a coisa julgada positiva não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou discutir a sentença no processo de execução, para afastar a eficácia da sentença em sua esfera jurídica individual. *Mutatis mutandis*, é o mesmo tratamento da coisa julgada *secundum eventum litis*<sup>450</sup>.

Seguindo tal linha, o artigo 35<sup>451</sup> do anteprojeto ibero-americano põe como requisito a representação adequada agregada à tutela de bem jurídico transindividual, fazendo-se, remissão ao seu art. 1º<sup>452</sup> que põe a ação coletiva como idônea à proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Assim, põe como requisitos da ação coletiva (art. 2º): i) a adequada representatividade do legitimado, ii) a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas.

Tal posicionamento defere ao juiz a possibilidade de analisar a existência da adequação a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição (parágrafo 3º, art. 2º) podendo haver a sucessão de legitimados coletivos em caso de inadequação constatada pelo órgão julgador (art. 3º, § 4º).

Já aqui é possível perceber a possível alteração de paradigma em relação à natureza jurídica da atuação coletiva, uma vez que figura como verdadeiro **requisito da ação coletiva** e não como simples elementos de validade da relação jurídica processual. Tal diploma, no entanto, volta às amarras Libmanianas ao tratar, em seu art. 20, das ações coletivas para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, estabelecendo expressamente o regime de

<sup>450</sup>BERIZONCE, Roberto, GRINOVER, Ada Pellegrini, SOSA, Angel Landoni. Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América: exposição de motivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: RT, 2007. p. 425.

<sup>451</sup>Art. 35. Ações contra o grupo, categoria ou classe- Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do § 2º do art. 2º deste código, desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (art. 1º) e se revista de interesse social.

<sup>452</sup> Art. 1º. Cabimento da ação coletiva – A ação coletiva será exercida para a tutela de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstância de fato ou vinculadas, entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base;

II – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendido o conjunto de direitos subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe.

substituição processual<sup>453</sup>.

Disposição interessante e que norteia, embora não esgote a matéria da adequabilidade, é fornecida pelo parágrafo 2º do art. 2º que considera que a aferição da atuação adequada se dá com a análise dos seguintes requisitos:

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

- a – a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado;
- b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;
- c – sua conduta em outros processos coletivos;
- d – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;
- e – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

Ressalte-se, aqui, que a representatividade é posta especificamente para o indivíduo ou para a associação e não para todos os entes legitimados expressamente pelo anteprojeto, uma vez que como já afirmado algumas vezes, os órgãos estatais prescindem desta análise.

Ademais, tais características são exemplificativas e não taxativas, sendo possível a análise de outros fatores para se determinar a adequação do substituto naquela tutela.

Não obstante tal preocupação, estabelece um sistema diferenciado para a coisa julgada nas ações coletivas ativas (coisa julgada, com efeito *erga omnes*, salvo por insuficiência de provas) e nas ações coletivas passivas cuja extensão subjetiva irá variar de acordo com a natureza do direito tutelado, *in verbis*:

Art. 36 –Coisa julgada passiva: interesses ou direitos difusos - Quando se tratar de interesses ou direitos difusos, a coisa julgada atuará erga omnes, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.

Art. 37. Coisa julgada passiva: interesses ou direitos individuais homogêneos - Quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos, a coisa julgada atuará erga omnes no plano coletivo, mas a sentença de procedência não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual.

Parágrafo único – Quando a ação coletiva passiva for promovida contra o sindicato, como substituto processual da categoria, a coisa julgada terá

<sup>453</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Comentários ao art. 20. **Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos**: um diálogo Ibero-americano. GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). Salvador, Juspodivm, 2009.

eficácia erga omnes, vinculando individualmente todos os membros, mesmo em caso de procedência do pedido.

Também a proposta originária da UERJ inclui a ação coletiva passiva referente a direitos individuais homogêneos, mas, ao contrário da ibero-americana, não faz qualquer diferenciação quanto ao regime da coisa julgada coletiva passiva, de modo que dispõe simplesmente que “a coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe”.

Essa generalização parte do pressuposto da total perda de funcionalidade extraída da referida disposição da proposta do IBDP, uma vez que, como aponta Aluisio Gonçalves de Castro Mendes<sup>454</sup>,

da simples leitura, pode-se constatar a inocuidade da norma, impondo-se indagar: quem iria propor uma demanda coletiva passiva, sabendo, de antemão, que o melhor resultado possível, ou seja, o julgamento de procedência do pedido, praticamente nenhum valor teria, pois a ninguém vincularia? Portanto, o demandante estaria fadado a perder ou a não ganhar nada, podendo-se antever, desde já, que a nova regulação estaria por soterrar a malfadada ação coletiva passiva, tal qual nos moldes propostos.

Tendo esta ampliação no regime da coisa julgada, o anteprojeto carioca separa, topologicamente, os pressupostos processuais e as condições da ação incluindo neste capítulo a atuação adequada, colocando-a, também, como requisito específico da ação coletiva em dispositivo que reproduz as normas do Código Modelo Ibero-americano.

Propostas interessantes e condizentes com as teorias legitimantes para modificação do código modelo da UERJ está na pretensão de se presumir o interesse social, fundamentando-se para tanto no acesso à justiça e na economia processual, e na ampliação da atuação substitutiva da Defensoria Pública quando, ainda que em parte, haja hipossuficientes afetados<sup>455</sup>.

Já Antônio Gidi estabeleceu, em sua proposta, o artigo 28.1<sup>456</sup> onde determina expressamente a vinculação de todos os membros do grupo à sentença coletiva, independentemente do

---

<sup>454</sup>MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**: apresentação do anteprojeto elaborado em conjunto nos programas de pós-graduação *strictu sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA). In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: RT, 2007. p. 436.

<sup>455</sup>Idem, p. 439.

<sup>456</sup> Art. 28 Ações Coletivas Passivas

28.1 A Associação representará o grupo como um todo e os membros do grupo. O membro do grupo será vinculado pela sentença coletiva **independentemente** do resultado da demanda, ainda que não seja membro da associação que o representou em juízo

resultado da lide, salvo se inexistir atuação adequada ou insuficiência de provas.

Legitimando a unificação do regime de formação de coisa julgada, ainda que em demandas coletivas passivas, há, no modelo apresentado por Antônio Gidi, a possibilidade de qualquer um dos membros do grupo intervir<sup>457</sup> no processo para demonstrar a inadequação do substituto ou auxiliá-lo na tutela do direito, o que reforça ainda mais a essencialidade da atuação adequada e da representatividade para a legitimação das ações coletivas e, em especial, das ações coletivas passivas.

Com maior atenção à adequabilidade da atuação, o Código Modelo de Antônio Gidi afirma expressamente que “somente poderá ser conduzida na forma coletiva se [...] o legitimado coletivo e o advogado do grupo puderem representar adequadamente os direitos do grupo e de seus membros” aproximando-se, ainda que timidamente, da natureza jurídica esboçada nesta pesquisa.

Vale sublinhar que a atuação adequada no referido modelo de Antônio Gidi passa a ser uma análise não apenas do substituto, mas também do próprio advogado, cujas características igualmente serão levadas em conta na adequabilidade do sujeito<sup>458</sup>.

Tal extensão mostra-se harmônica com a noção de que a representação dos interesses será levada ao Poder Judiciário pelo causídico que poderá acarretar verdadeira inadequação na condução do processo, ainda que o porta-voz coletivo tenha ampla idoneidade. Nesse sentido, não só o ator coletivo, mas também o seu patrono devem estar incluídos na análise por significar potencial lesão à adequação.

Por fim, cumpre fazer uma crítica ao parágrafo único do art. 38 do Código Modelo do Ministério da Justiça que, ao tratar das ações coletivas passivas, exclui em abstrato a possibilidade de órgãos públicos representar adequadamente o grupo.

Todavia, inexistente qualquer razoabilidade no dispositivo uma vez que se há a possibilidade

---

<sup>457</sup>Art. 6. Qualquer legitimado coletivo (vide art. 2) poderá intervir no processo coletivo em qualquer tempo e grau de jurisdição para demonstrar a inadequação do representante ou auxiliá-lo na tutela dos direitos do grupo. (Vide art. 24.3) e Art. 28.4 Os membros do grupo poderão intervir no processo coletivo passivo.

<sup>458</sup>Nesse sentido os artigos:

**Art. 2.7** O advogado do grupo representará em juízo os direitos e interesses do grupo e dos membros do grupo e não os do representante que o contratou e;

**3.** A ação somente poderá ser conduzida na forma coletiva se:

**I** – houver questões comuns de fato ou de direito, a permitir o julgamento uniforme da lide coletiva;

**II** – o legitimado coletivo e o advogado do grupo puderem representar adequadamente os direitos do grupo e de seus membros; (Vide art. 18,I)



desses entes serem idôneos à tutela do grupo quando demandam, não há como se reconhecer uma presunção absoluta de inadequação apenas porque a coletividade está no polo passivo. O local que o porta-voz ocupa não guarda relevância para a percepção de sua adequabilidade que é vista, como visto alhures, através de diversas características e da própria forma em que se porta durante o processo.

Ao lado desta última observação, nota-se que todas as propostas de modificação legislativa trazem, não obstante sutis diferenças, perspectivas de consagração expressa das ações coletivas passivas que visam retificar o *deficit* no desenvolvimento das ações contra o grupo, eis que historicamente prevaleceu uma visão equivocada e restritiva da acepção da proteção dos direitos meta-individuais, além de evidenciar a importância da atuação adequada conferindo amplos poderes de seu controle judicial, embora não excluam a escolha legislativa prévia.

Por este caminho, a ampliação dos poderes do magistrado, sem que com isso haja quebra de sua imparcialidade, é providencial para uma tutela coletiva idônea havendo, no Código Modelo de Antônio Gidi a possibilidade do magistrado selecionar o representante mais adequado (art. 9), sem o qual o processo sequer poderá ser conduzido de forma coletiva. Haveria aqui clara inexistência da relação jurídica processual coletiva.

Parece, nesse sentido, que as disposições normativas propostas por Antônio Gidi<sup>459</sup>, exatamente pelo seu teor aberto, acrescido da inclusão do advogado na análise da adequação, bem como a expressa referência aos amplos poderes do magistrado, da possibilidade de intervenção individual do membro do grupo e a vinculação generalizada à coisa julgada, são providenciais e adequadas ao instituto em análise.

Também, a consagração da interpretação flexível e a concessão do poder de adaptação das normas processuais às necessidades e peculiaridades envolvidas na discussão do direito coletivo tutelado<sup>460</sup> mostra-se mais ampla na proposta de Antônio Gidi, permitindo, dessa

---

<sup>459</sup>Idem.

<sup>460</sup>Nesse sentido:

**Artigo 10. Poderes do juiz**

**10.** O juiz é neutro e imparcial, mas tem o dever de zelar pelo respeito aos direitos, interesses e garantias materiais e processuais do grupo e de seus membros.

**10.1** O juiz manterá controle direto sobre o processo coletivo e tomará as medidas adequadas ao seu célere, justo e eficiente andamento.

**10.2** Os representantes e intervenientes participarão do processo e apresentarão documentos, argumentos e requerimentos em conjunto, de forma a evitar repetições e contradições. O juiz somente admitirá peças processuais, documentos e provas produzidas em separado, na medida em que não sejam repetitivos. (Vide arts.

forma, a conformação da teoria à prática, fato este imprescindível para uma tutela idônea dos direitos transindividuais e individuais homogêneos.

Fato é que de uma forma ou de outra, por meio de disposições mais amplas ou mais restritas, todas as propostas formuladas implicam reconhecimento da atuação adequada como elemento essencial das ações coletivas, incluindo-a como requisito da relação jurídica, além de consagrar o controle judicial, ao lado do controle legal, do porta-voz coletivo.

---

2.2 e 6)

**10.3** O juiz poderá separar os pedidos ou as causas de pedir em ações coletivas distintas, se a separação representar economia processual ou facilitar a condução do processo coletivo.

**10.4** O juiz poderá dividir o grupo em subgrupos com direitos ou interesses semelhantes para melhor decisão e condução do processo coletivo. Se houver conflitos ou divergências substanciais de interesses entre os membros do grupo, o juiz poderá nomear um representante e um advogado para cada subgrupo.

**10.5** O juiz poderá limitar o objeto da ação coletiva à parte da controvérsia que possa ser julgada na forma coletiva, deixando as questões que não são comuns ao grupo para serem decididas em ações individuais ou em uma fase posterior do próprio processo coletivo. Em decisão fundamentada, o juiz informará as questões que farão parte do processo coletivo e as que serão deixadas para ações individuais ou para a fase posterior do processo coletivo.

**10.6** As decisões do juiz poderão ser modificadas a qualquer tempo durante o processo, desde que não represente prejuízo injustificado para as partes e o contraditório seja preservado.

**10.7** O juiz poderá aumentar os prazos do processo, quando houver um grande número de representantes ou intervenientes ou quando as questões de fato ou de direito forem complexas.

## 6. CONCLUSÃO

Por tudo analisado, percebe-se que a reformulação de institutos típicos do direito processual individual é necessária para se fornecer uma tutela lúdima dos direitos transindividuais e individuais homogêneos, muito embora essa reformulação deva ser bem delimitada, sob pena, ao revés, de se legitimar a lesão aos direitos coletivos.

Nesse sentido, é formulado o conceito do devido processo legal coletivo, o qual impõe uma participação dos membros do grupo, categoria ou comunidade por intermédio de um porta-voz que deve comportar atributos que o caracterizem como adequado, sendo exigido, em determinados casos, a representatividade, entendida como a identificação dos interesses entre ator coletivo e agrupamento.

A sua escolha é feita, a princípio, pela própria legislação regulamentadora das ações coletivas, mas é dever do magistrado, notadamente quando focalizado o devido processo legal em sua face substancial, o controle nos casos postos sob sua jurisdição da idoneidade do substituto, sem o qual a sentença jamais poderá alcançar os membros do grupo. A atuação adequada, assim, é requisito essencial das ações coletivas em qualquer de seus polos e o julgador não pode se abster de efetuar o controle *in concreto*.

Essa possibilidade é auferida inclusive da própria natureza do instituto em comento, uma vez que para a maioria da doutrina está inserida na categoria das condições da ação, significando, como decorrência lógica desse posicionamento, uma verdadeira legitimação extraordinária.

Todavia, como se viu, a concepção de processo de Oskar Bulow com a contribuição de Elio Fazzalari, permite o seu enquadramento como pressuposto processual de existência da relação jurídica processual coletiva que passa a ter requisitos específicos e autônomos em relação à própria relação jurídica processual individual.

Corroborando tal ideia está a própria teoria dos atos processuais que exige, no plano de existência, a presença do sujeito coletivo e não apenas individual, para o ato postulatório coletivo.

Assim, partindo-se da cláusula do devido processo legal e de seus subprincípios, tal qual o contraditório, reformulado nas ações coletivas para o direito de participação através de um

substituto adequado, pode-se dizer que ao lado da legitimidade coletiva *ope legis*, há também o dever-poder do magistrado de controle judicial da adequabilidade, sem a qual não se pode falar na existência da relação jurídica processual.

Aqui, pode-se falar na adoção, como o fez Portugal, do dever do magistrado de analisar, através de elementos concretos, a existência ou não de uma verdadeira relação jurídica processual coletiva, podendo, para tanto, agir de ofício, eis que nas ações em massa há uma ampliação em seus poderes de condução do processo, não podendo se defender, com isso, uma violação ao juiz natural devido a eventual parcialidade, eis que mesmo assim agindo, o julgador permanece neutro em relação à procedência da pretensão.

Dentre as características que permitem a aferição da idoneidade do substituto estão: a) credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b) o histórico de proteção judicial e extrajudicial dos direitos coletivos; c) sua conduta em outros processos; d) a coincidência de interesses [representatividade]; e) o tempo de instituição da associação e sua representatividade do grupo.

Todavia, esses elementos são exemplificativos, podendo o julgador auferir, em cada caso, outras características que indiquem a inadequabilidade da atuação. Tais elementos, frise-se, devem ser analisado também em relação àquele que possui a capacidade postulatória, uma vez que a sua escolha está umbilicalmente imbrincada à legitimidade do porta-voz, uma vez que indicará a preocupação na condução do processo e tutela dos interesses coletivos.

Essa extensão, vale indicar, deve afetar também os membros das entidades estatais, v.g. Ministério Público e Defensoria Pública, que não estão isentos da avaliação ora proposta. Aqui não há que se falar em violação aos princípios do Promotor Natural ou do Defensor Natural, eis que tais, antes de tudo, exigem uma idoneidade do próprio membro na tutela do direito objeto da pretensão, podendo ser substituídos por outros membros em alguns casos, conforme indica o próprio Princípio da Unidade destas instituições.

Ademais, a percepção da extensão dos poderes do magistrado, bem como da noção da adequabilidade/representatividade combinados a um minucioso exame da legislação pátria permite que se afirme a consagração das *defendant class actions* no ordenamento brasileiro, motivo pelo qual, inobstante acirrada discussão doutrinária, a prática forense vem demonstrado a sua possibilidade no Brasil, havendo, em determinados casos, expressa alusão à extensão da coisa julgada coletiva aos membros do grupo posto no polo passivo.

A praxe forense não só brasileira, mas também a internacional, levou à reunião de processualistas visando a unificação e harmonização da legislação referente às demandas coletivas de países com sistemas processuais semelhantes gerando a elaboração de códigos-modelo que consagram expressamente a ampliação dos poderes do magistrado, a possibilidade de atuação no polo passivo e dão indícios da real natureza do instituto em análise.

Tais propostas, assim, acabam fornecendo uma perspectiva legislativa que, se internalizada, permitiria uma regulamentação mais adequada ao instituto, possibilitando o fim de diversas discussões doutrinárias, que podem induzir, inclusive, a equívocos na regulamentação do sistema de ações coletivas.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Batista. **Aspectos controvertidos sobre a ação civil pública**. São Paulo: RT, 2001.
- ALVIM, Eduardo Arruda. Coisa julgada e litispendência no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: RT, 2007.
- ALVIM, Teresa Arruda. Apontamentos sobre as ações coletivas. **Revista de Processo**, v. 75, São Paulo, p. 273-283, jul./set., 1994.
- \_\_\_\_\_. **Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo: RT, 1977.
- ARAGÃO, Egaz D. Moniz de. Hobbes, Montesquieu e a Teoria da Ação. **Revista de Processo**, v. 108, São Paulo, p. 09-22, out./dez., 2002.
- ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Ações Coletivas - A Tutela Jurisdicional dos Direitos Individuais Homogêneos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: RT, 1979.
- ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 11. ed. rev., ampl. e atual. com a reforma processual – 2006/2007. São Paulo: RT, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *Class Action* norte-americana. **Revista de Processo**, v. 130, São Paulo, p.131-153, dez., 2006.
- BEDAQUE, José Carlos dos Santos. Pressupostos Processuais e Condições da Ação. **Justitia**. São Paulo, p. 48-66, v.156, out./dez., 1991.
- BELINETTI, Luiz Fernando. Ação e condições da ação. *Revista de Processo*, v. 96, São Paulo, p.260-266, out./dez., 1999.
- BERIZONCE, Roberto, GRINOVER, Ada Pellegrini, SOSA, Angel Landoni. Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América: exposição de motivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: RT, 2007.
- BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008.
- BULLOW, Oskar Von. **La teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1964.
- BURCH, Elizabeth Chamblee. *Procedural Adequacy*. **Texas Law Review**. V. 88, Austin, 2010.
- CABIEDES, Pablo Gutiérrez de. **Comentário al art. 2º. Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos: um diálogo Ibero-americano**. GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). Salvador, Juspodivm, 2009
- CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal. In JORDÃO, Eduardo

- Ferreira; DIDIER JUNIOR, Fredie Souza (coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm, 2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes . **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, v. 5, São Paulo, p.128-159, jan./mar., 1977.
- CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil y penal**. V. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971.
- CARVALHO, Délton Winter de. A proteção jurisdicional do meio ambiente: uma relação jurídica comunitária. **Revista de Direito Ambiental**, n. 24 São Paulo, 2001.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**. Comentários por artigo (Lei nº 7.347, de 24/7/85). 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Manual de Direito Administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido Processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.
- COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americanos e brasileiro. In SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- \_\_\_\_\_. **O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa**. São Paulo: Quartier, 2009.
- COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3.ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTr, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2008
- DIAS, Francisco Barros. Coisa julgada e execução no processo coletivo. **Revista de Processo**, v. 78, São Paulo, p.50-63, abr/jun., 1975.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. **Cláusulas Gerais Processuais, Disponível em:** [http://www.oab.org.br/ena/pdf/FredieDidierJr\\_ClausulasGeraisProcessuais.pdf](http://www.oab.org.br/ena/pdf/FredieDidierJr_ClausulasGeraisProcessuais.pdf), acesso em 05 de novembro de 2011.
- \_\_\_\_\_. Cognição, construção de procedimento e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. **Revista diálogo jurídico**. Disponível em: <[www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)>. Acesso em: 04 abr. 2011.
- \_\_\_\_\_. Comentários ao art. 30. In GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). **Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos: um diálogo Ibero-americano**. Salvador: Juspodivm, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 14. ed., Salvador: Juspodivm, 2012.
- \_\_\_\_\_. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC). **Revista Dialética de Direito Processual**, v. 25, São Paulo, p.50-56, abr., 2005.
- \_\_\_\_\_. **Pressupostos Processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do**

processo. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto. **Revista Forense**, v. 351, Rio de Janeiro, p. 65-81, jul./set., 2000.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. V. 2, Salvador: Juspodivm, 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie, ZANETI JUNIOR, Herme. **Curso de direito processual civil: processo coletivo. v.4**. 3.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Intervenção de terceiros**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

\_\_\_\_\_. *Las acciones colectivas pasivas en el código modelo de procesos colectivos para iberoamérica*. In GIDI, Antônio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). **La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos: hacia un código modelo para iberoamerica**. México: Editora Porrúa, 2003.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direitos Processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: RT, 2007.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco Fiorilho. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 9.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

FISS, Owen. FISS, Owen. *The Allure of Individualism. Faculty Scholarship Series. Paper 1332*. Disponível em: [http://digitalcommons.edu/fss\\_paper/1332](http://digitalcommons.edu/fss_paper/1332). Acesso em: 27 mai 2012

\_\_\_\_\_. **Um novo processo civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: RT.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **Representatividade adequada nos processos coletivos**. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24092010-133201/>>. Acesso em 25 mai. 2012.

GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, v. 108, São Paulo, p.61-70, out./dez., 2002.

\_\_\_\_\_. *Class Actions in Brazil - A Model for Civil Law Countries*. **American Journal of Comparative Law**. Vol. 51, 2003.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Civil Coletivo: um modelo para países de direito escrito. **Revista de Processo**, v. 111, São Paulo, p.192-207, jul., 2003.

\_\_\_\_\_. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva. 1995.

\_\_\_\_\_. El concepto de acción colectiva. In GIDI, Antônio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer



(coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos: hacia un código modelo para iberoamerica*. México: Editora Porrúa, 2003.

\_\_\_\_\_. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: um modelo para países de derecho civil*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

\_\_\_\_\_. Legitimidade para agir em ações coletivas. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, São Paulo, p.52-66, abr./jun., 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação popular Portuguesa: Uma análise comparativa. **Revista de Processo**. V.83, São Paulo, 1996.

\_\_\_\_\_. Ações coletivas ibero-américa: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista Forense**, v. 361, Rio de Janeiro, p. 3-12, mai./jun., 2002.

\_\_\_\_\_. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista Forense**, v. 268, Rio de Janeiro, p. 67-78, out./dez.,1979.

\_\_\_\_\_. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: exposição de motivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_. Considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n. 16. Porto Alegre, Mar./Abr., 2002.

\_\_\_\_\_. *Da class action for damages à ação de classe brasileira*: os requisitos de admissibilidade. *Revista Forense*, v. 352, Rio de Janeiro, p. 3-14, out./dez., 2000.

\_\_\_\_\_. Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. Direito processual coletivo. In JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JUNIOR, Fredie Souza (coord.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2007.

\_\_\_\_\_. Limites Objetivos. Objeto do Processo. Pedido e Causa de Pedir. **Revista Forense**, v. 353, Rio de Janeiro, p. 239-242, jan./fev., 2001.

\_\_\_\_\_. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 29, 1983.

\_\_\_\_\_. Significado Social, Político e jurídico da tutela dos interesses difusos. **Revista de Processo**, n. 97. São Paulo, jan./mar., 2000.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GUDONI FILHO. Antônio Carlos. **Notas sobre a coisa julgada na ação popular**. Disponível em: < [http://www.epdireito.com.br/artigos/index.php?m=2&id\\_artigo=105](http://www.epdireito.com.br/artigos/index.php?m=2&id_artigo=105)>, acesso em: 19 maio 2010.

HELLER, Lisa L., WHIGHAM, Meredith L. *Ascertainability: an implied prerequisite to class certification*. **Westlaw Journal**. V. 18, Issue 8, New York: Thomson Reuters, 2011.

HOMBURGER, Adolf. *Private suits in the public interest in the United States of America*. **Buffalo Law Review**, v. 23, Buffalo, p. 343-394, 1974.

KLIPPEL, Rodrigo. **As condições da ação e o mérito à luz da teoria da asserção**. São

Paulo: Scortecci, 2005.

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

\_\_\_\_\_. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – aspectos políticos, econômicos e jurídicos. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos.** São Paulo: RT, 2007.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública.** 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro.** São Paulo: Bushatsky, 1976.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito processual civil.** Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuições à teoria da coisa julgada.** São Paulo: RT, 1997.

MACIEL, Adhemar Ferreira. O devido processo legal e a constituição brasileira de 1988. **Revista de Processo**, v. 85, São Paulo, p.175-180, jan./mar. 1997.

MAIA, Diogo Campos Medina. **Ação Coletiva Passiva.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos.** São Paulo: RT, 2007.

MANCUSO, Rodolfo Camargo de. A concomitância de ações coletivas, entre si, e em face das ações individuais, **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 54, São Paulo, p. 45-93, dez. 2000.

\_\_\_\_\_. **Ação civil pública:** em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. Lei 7.347/85. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Ação popular:** proteção do erário público, do patrimônio cultural e do meio ambiente. 5.ed. ver., atual., e ampl. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. **Interesses difusos** – conceito e legitimação para agir. 3.ed. rev. e at. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição coletiva e coisa julgada:** teoria geral das ações coletivas. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil.** 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Processo.** São Paulo: RT, 2006.

MARCUS, David. *Making Adequacy more Adequate.* **Texas Law Review.** V. 88, Austin, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento.** 5.ed. São Paulo: RT, 2006.

MATTOS, Luiz Norton Baptista de. A litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor e os anteprojeto do Código Brasileiro de

Processos Coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: RT, 2007.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. O princípio do devido processo legal revisado. **Revista Forense**, v. 380, Rio de Janeiro, p. 219-236, jul./ago., 2005.

MACEY, Jonathan R., MILLER, Geoffrey P. *The Plaintiff attorney's role in class action and derivative litigation: Economic analysis and recommendations for reform (1991)*. **Faculty Scholarship Series. Paper 1717**. Disponível em: [http://digitalcommons.law.edu/fss\\_papers/1717/](http://digitalcommons.law.edu/fss_papers/1717/). Acesso em: 27 mai 2012.

MAZZEI, Rodrigo. **Tutela coletiva em Portugal**: uma breve resenha. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; DIAS, Rita. (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20.ed. rev. e atu. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. Plano de Existência. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**: apresentação do anteprojeto elaborado em conjunto nos programas de pós-graduação *strictu sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA). In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_. O anteprojeto de código-modelo de processo coletivos para os países ibero-americanos e a legislação brasileira. **Revista de Processo**, v. 117, São Paulo, p.109-127, set./out., 2004.

MESQUITA, José Ignácio Botelho. A coisa julgada no Código do Consumidor. **Revista Forense**, v. 326, Rio de Janeiro, p. 80-84, abr./jun., 1994.

\_\_\_\_\_. **Da Ação Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. III, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

\_\_\_\_\_. **Tratado das ações**. T.I, São Paulo: RT, 1970.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado**. 1. Rio de Janeiro: Borsóí, 1954.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: RT, 2007.

MORABITO, Vince. *Defendant class actions and the right to opt out: lessons for Canada from the United States*. **Duke journal of comparative & international law**, v. 14, n. 2, p. 197-248

2004. Disponível em < <http://www.law.duke.edu/journals/djcil/archive>>. Acesso em: 13 jul. 2008.

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

\_\_\_\_\_. Ações coletivas na constituição federal de 1988. **Revista de Processo**, v. 61, São Paulo, p.187-200, jan./mar., 1991.

\_\_\_\_\_. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista dos Tribunais**, v. 404, Ano 58, p.09-17, jul., 1969.

\_\_\_\_\_. Legitimação para agir. **Temas de direito processual civil: terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984.

\_\_\_\_\_. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. **Temas de direito processual civil: terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984.

\_\_\_\_\_. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil. **Temas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1977.

\_\_\_\_\_. Sobre a participação no processo. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord. Et al. **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988.

MEIRELES, Edilton. **Princípio do não-retrocesso social no direito do trabalho**. Revista Evocativa. Disponível em: <http://www.evocati.com.br>, Acesso em: 05.03.2012.

MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. **Princípio da ampla defesa e da efetividade no processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. Defesa do Consumidor de crédito bancário em juízo. **Revista de Direito Privado**, n. 5, jan-mar, 2001.

\_\_\_\_\_. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8.ed. ver. ampl. E atual. São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral dos recursos**. 6.ed. São Paulo: RT, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 4.ed. São Paulo: RT, 1999.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 7.ed. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil e Legislação Extravagante**. 11.ed. São Paulo: RT, 2010.

NETTO, Nelson Rodrigues. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira. **Revista de Processo**, v. 149, São Paulo, p.79-103, jul., 2007.

\_\_\_\_\_. *The optimal law enforcement with mandatory defendant class action*. Disponível em < [http://works.bepress.com/nelson\\_rodrigues\\_netto/subject\\_areas.html](http://works.bepress.com/nelson_rodrigues_netto/subject_areas.html)>. Acesso em 25 ago. 2008.

\_\_\_\_\_. *The use of defendant class actions to protect rights in internet*. Disponível em: < [http://works.bepress.com/nelson\\_rodrigues\\_netto/subject\\_areas.html](http://works.bepress.com/nelson_rodrigues_netto/subject_areas.html)>. Acesso em 27 ago. 2008.

NEVES, Daniel Amorim, Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Método, 2010.

NOYA, Felipe Silva. O Resp 1.110.549 à luz do devido processo legal: O acesso à justiça individual frente às ações coletivas. **Revista de Processo**. V. 197, São Paulo, p. 373-412, jul., 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JUNIOR, Fredie Souza (coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm, 2007.

PASCHOAL, Maximilian Fierro. A representatividade adequada e a discussão quanto à possibilidade do seu controle judicial no Brasil. In SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro**. São Paulo: Quartier Latien, 2009.

PASSOS, José Joaquim Calmon. **A ação no direito processual civil brasileiro**. Salvador: Oficinas Gráficas da Imprensa Oficial da Bahia, 1960.

\_\_\_\_\_. **Esboço de uma Teoria das Nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista Forense**, v. 351, Rio de Janeiro, p. 107-116, jul./set., 2000.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. 1.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro (RJ): Renovar, 2005.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação Popular. In DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2008.

SALLES, Carlos Alberto de. *Políticas públicas y la legitimidad para la defensa de intereses difusos y colectivos*. In GIDI, Antônio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). **La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos: hacia un código modelo para iberoamerica**. México: Editora Porrúa, 2003.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. Amplitude da coisa julgada nas ações coletivas. **Revista de Processo**, v. 142, São Paulo, p.42-58, dez. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SHIMURA, Sérgio Seji. Princípio da Demanda e Poder Geral de Cautela – Medida Cautelar concedida somente nos casos expressamente autorizados por lei - descabe reconvenção no processo cautelar. **Justitia**. São Paulo, v.150, abr./jun., 1990.

SILVA, F. Nicolau Santos. **Interesses supra-individuais e a legitimidade processual civil activa**, Lisboa: Quid Juris, 2002.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**. V.I, 7.ed., rev. e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SOUSA, Miguel Teixeira. A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito português. **Revista de Processo**. V. 128, São Paulo, p. 79 – 107, 2005.

TESHEINER, José Maria Tesheiner. **Ação Coletiva e suspensão das ações individuais** - Em sequência a um artigo de Felipe Silva Noya. Disponível em [www.processoscoletivos.net](http://www.processoscoletivos.net). Acesso em 03.03.2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela, no direito processual Civil. **Revista Forense**, v. 310, Rio de Janeiro, p. 19-28, abr./jun., 1990.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1 47 ed. Rio de Janeiro, 2007.

TIDMARSH, Jay. *Rethinking adequacy of representation*. *Texas Law Review*. V. 87, Austin, 2009.

TRIBE, Lawrence. *American Constitutional Law*. 2.ed, New York: The Foundation Press, 1988.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada. **Revista de Processo**, v. 143, São Paulo, p.42-64, jan. 2007.

WATANABE, kazuo (coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_. Do objeto litigioso das ações coletivas. In MILARÉ, Édis (Coord.). **A Ação Civil Pública após 25 anos**. São Paulo: RT, 2010.

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

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo Coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. Comentários ao art. 20. **Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos: um diálogo Ibero-americano**. GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). Salvador, Juspodivm, 2009.