

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

ISABELA CAMPOS VIDIGAL

**TUTELA COLETIVA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: OS
LIMITES DA LEGITIMIDADE DAS ASSOCIAÇÕES CIVIS**

BELO HORIZONTE
2014

ISABELA CAMPOS VIDIGAL

**TUTELA COLETIVA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: OS
LIMITES DA LEGITIMIDADE DAS ASSOCIAÇÕES CIVIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Área do conhecimento: Direito

Área de concentração: Direito e Justiça

Linha de Pesquisa: Poder, Cidadania no Estado Democrático de Direito

Projeto Estruturante: A Efetividade do Processo e atuação do Direito Material

Projeto Individual/coletivo: Tutela diferenciada dos direitos individuais e coletivos

Orientadora: Professora Doutora Juliana Cordeiro de Faria

Belo Horizonte
2014

V653t Vidigal, Isabela Campos
Tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos: os
limites da legitimidade das associações civis / Isabela Campos
Vidigal. – 2014.
169f.

Orientadora: Juliana Cordeiro de Faria.
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Minas
Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito processual - Teses 2. Acesso à justiça 3. Ação
civil pública - direito comparado 4. Tutela jurisdicional -
direito comparado 5. Interesses coletivos 6. Direitos civis 7.
Segurança jurídica I. Faria, Juliana Cordeiro de II.
Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito
III. Título

CDU: 347.922:342.4

ISABELA CAMPOS VIDIGAL

**TUTELA COLETIVA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: OS
LIMITES DA LEGITIMIDADE DAS ASSOCIAÇÕES CIVIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pela Banca Examinadora composta pelos membros:

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Juliana Cordeiro de Faria (Presidente)
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Belo Horizonte, de janeiro de 2014.

Nota final: _____

À minha zelosa mãe Selma e ao meu amado pai Marco, a quem eu tenho o dever e o orgulho de dedicar todas as conquistas da minha vida.

Ao meu irmão César, eterno parceiro e confidente.

Ao meu grande amor Danilo, companheiro inseparável nas dez últimas primaveras e com quem espero dividir todo o resto dos meus dias.

At last but not least, à minha querida amiga Tati, que, sem dúvidas, foi a principal incentivadora do meu ingresso no mestrado.

AGRADECIMENTOS

A Deus, luz que guia meu caminho e me permite a realização de sonhos como este.

À minha querida e devotada mãe Selma, fonte do amor mais puro e verdadeiro e que a tudo abdicou (e abdica) em nome da minha felicidade e bem estar.

Ao meu amado pai Marco, pelo amor intenso, pelo apoio sempre presente e pelas incontáveis renúncias feitas em prol do meu crescimento pessoal e profissional.

Ao meu irmão César, pela parceria, incentivo e por adicionar doses indispensáveis de diversão e humor aos meus dias.

Ao meu grande amor Danilo, por ser meu maior incentivador, companheiro, pelas sempre construtivas críticas e por compreender os valiosos momentos furtados de sua amável convivência.

À Professora Juliana Cordeiro de Faria, mestre na acepção mais ampla do termo, que sempre acreditou no meu potencial e me incentivou – e incentiva – a seguir na pesada luta diária da advocacia e do magistério. Agradeço também pela inesgotável paciência e compreensão diante dos inúmeros desafios e obstáculos que permearam o desenvolvimento deste trabalho e pelo carinho.

Ao Dr. Humberto Theodoro Júnior, que, no alto de sua sabedoria, se mostra o homem mais humilde de que se tem notícia, por me conceder a honra de aprender com seus perspicazes conselhos, de compartilhar as angústias e debater as diversas facetas do árduo tema que é por ora enfrentado.

Aos meus companheiros de escritório, em especial aos meus queridos João Gabriel, Arthur e Laurinha, pelo incentivo, torcida, compreensão e por tornarem os meus dias mais alegres e divertidos, apesar de tudo.

Às minhas queridas amigas-irmãs Aninha, Dani e Virgínia, meu trevo da sorte, que me auxiliaram com suas orações e com sua sempre valorosa amizade.

Aos demais familiares e amigos, agradeço pela sempre bem-vinda energia positiva.

“Coragem!, animou-me o mestre. Não é cedendo ao ócio nem refestelando-se sôbre plumas que se conquistam os prêmios ao valor. Aquêles que à inatividade se entregam, de sí deixarão sôbre a terra memória igual ao traço que o fumo risca no ar e a espuma traça na onda. Supera a fadiga, vence o torpor, recobra o ânimo, que das vitórias sobre os perigos, a primeira é a da vontade sobre o corpo. Pensa que devemos subir muito mais alto e que foi pouco o haver saído dêsse abismo. Se o que disse te aproveita, demonstra-o.” *Dante Alighieri, Divina Comédia.*

TUTELA COLETIVA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: OS LIMITES DA LEGITIMIDADE DAS ASSOCIAÇÕES CIVIS

RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de analisar os limites da legitimidade das associações civis na defesa dos direitos individuais homogêneos, visando, portanto, contribuir para a superação da grande insegurança jurídica existente, eis que doutrina e jurisprudência controvertem se as associações poderiam defender os direitos individuais homogêneos de apenas seus associados ou de qualquer cidadão que seja titular de direito semelhante ao objeto da ação coletiva. Para tanto e considerando que o processo coletivo é instrumento que se presta tanto para a defesa de direitos coletivos, quanto para a defesa coletiva de direitos individuais, promover-se-á um estudo baseado na natureza e especificidades dos direitos individuais homogêneos – que, em atenção aos reclamos de uma tutela diferenciada e adequada, consistem no elemento determinante para a natureza e conformação das regras processuais – além da análise crítica dos fundamentos ordinariamente invocados pela jurisprudência, que serão, portanto, o fio condutor para a resposta do problema sob investigação. Desta forma, espera-se auxiliar no desenvolvimento e amadurecimento do processo coletivo, objetivo este que apenas poderá ser alcançado por meio do devido assentamento das premissas conceituais específicas das ações coletivas, que jamais podem ser dissociadas da natureza dos direitos tutelados. Ademais, objetiva-se incentivar ajuizamento de demandas por associações civis, que, por serem uma das formas mais democráticas de defesa coletiva de direitos (e de direitos coletivos), devem estar sempre comprometidas com suas reais finalidades perante a ordem jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Processo coletivo. Associações civis. Direitos Individuais Homogêneos. Legitimidade. Limites. Tutela processual diferenciada.

**The judicial and collective defense of homogenous individual rights: civil associations’
standing limits**

ABSTRACT

The present work will analyse the standing limits of civil associations in defense of homogeneous individual rights, aiming thus contribute to overcome the large existing legal uncertainty, because doctrine and jurisprudence dispute whether the associations could only defend the homogeneous individual rights of his associates or any citizen who is a holder of a right similar to the object of collective action. For this and considering that the collective process is an instrument appropriate to the defense of collective rights and to the collective defense of individual rights, will be promoted a study about the nature and specificities of homogeneous individual rights – which in attention to the demands of a differentiated and appropriate jurisdiction, consist in the main element to the conformation of the procedural rules –, beyond the critical examination of the grounds relied on by the Courts, which will therefore be the guiding thread for the answer to the problem under investigation. Thus, it is expected to assist in developing and maturing of collective process, that this goal can only be achieved through the settlement of the specific conceptual premises of collective actions, which can never be separated from the nature of the rights protected. Moreover, the objective is to encourage the filing of claims by civil associations, which, being one of the most democratic forms of collective advocacy (and collective rights), must always be committed to their real purposes before the law.

KEYWORDS: *Collective process and defense of rights. Civil Associations. Homogenous individual rights. Standing to sue. Limits.*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. AS CLASS ACTIONS DO DIREITO NORTE AMERICANO	20
2.1. A relevância da experiência norte-americana	20
2.2. Histórico: do <i>Bill of Peace</i> inglês à Regra 23 da <i>Federal Rules of Civil Procedures</i>	21
2.3. Os requisitos das <i>class actions</i>	25
2.3.1. Impraticabilidade do litisconsórcio	26
2.3.2. Comprovação de existência de questões comuns	28
2.3.3. Tipicidade	29
2.3.4. Representação adequada	30
2.4. Hipóteses de cabimento	35
2.5. A legitimação das associações civis para o ajuizamento das <i>class actions</i> ..	38
3. PROCESSO COLETIVO NO BRASIL: AS ESPÉCIES DE DIREITOS TUTELADOS	48
3.1. O surgimento e a evolução do processo coletivo no Brasil	48
3.2. Distinção entre as espécies de direito tuteladas pelo processo coletivo	53
3.2.1. Os direitos essencialmente coletivos: os direitos difusos e os direitos coletivos <i>stricto sensu</i>	53
3.2.2. Os direitos acidentalmente coletivos: os direitos individuais homogêneos	56
3.3. Suma conclusiva: a necessidade de adequação entre o instrumento processual e a espécie de direito tutelado	62
4. A LEGITIMIDADE PARA AGIR NO PROCESSO COLETIVO	65
4.1. Breves considerações sobre a legitimidade <i>ad causam</i> no clássico processo coletivo individual	65
4.2. Os entes legitimados para o processo coletivo.....	68
4.3. A natureza da legitimidade e a sua necessária correspondência com a espécie de direito tutelado	71
4.3.1. Legitimidade autônoma (ordinária) quanto aos direitos essencialmente coletivos	71
4.3.2. Legitimidade extraordinária quanto aos direitos acidentalmente coletivos	77
5. A LEGITIMIDADE DAS ASSOCIAÇÃO NA DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	88
5.1. O perfil legal e institucional das associações no ordenamento jurídico brasileiro.....	88
5.2. Aspectos polêmicos sobre a legitimidade das associações na defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos	91
5.2.1. Representação x substituição e a necessidade de autorização expressa dos associados	92
5.2.2. Os limites subjetivos da legitimidade das associações na defesa dos direitos individuais homogêneos	103
5.2.2.1.Orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal	104

5.2.2.2. Orientação encampada pelo Superior Tribunal de Justiça ...	105
5.2.2.3. Os limites subjetivos da legitimidade da associação autora: antecedente lógico na determinação dos efeitos da sentença	112
5.2.2.3.1. As associações civis à luz da Constituição Federal	113
5.2.2.3.2. A natureza da substituição processual	116
5.2.2.3.3. A representação adequada	117
5.2.2.4. Análise crítica das orientações jurisprudenciais	127
5.2.2.4.1. Aplicação literal do art. 103, III do CDC	127
5.2.2.4.2. Associações no Código de Defesa do Consumidor x associações na Constituição Federal de 1988.....	129
5.2.2.4.3. Competência x coisa julgada (art. 16 da Lei nº 7.347/1985 e art. 2º-A da Lei 9.494/1997).....	131
5.2.2.4.4. Alcance da sentença em razão da extensão do dano e qualidade do direito violado	137
5.2.2.4.5. Limitação dos efeitos da sentença retira a utilidade prática das ações coletivas	139
5.2.2.4.6. Se a limitação dos efeitos subjetivos vier expressa na sentença, a alteração desta orientação em sede de liquidação ou cumprimento acarretaria ofensa à coisa julgada	141
5.2.3. Sindicatos x Associações	143
6. CONCLUSÕES	148
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	154
ANEXOS	163

1. INTRODUÇÃO

Não é de hoje que o processo coletivo fascina e intriga os estudiosos do Direito Processual Civil. De um lado, seduz pela promessa de economia processual e efetividade do direito material, mas, de outro, traz inúmeros desafios decorrentes da necessidade de adaptação das regras do processo civil clássico, que devem se amoldar às características específicas dos direitos coletivos, bem como propiciar um instrumento eficaz de tutela coletiva de direitos individuais.

Com efeito, o processo coletivo brasileiro se presta à defesa de duas espécies distintas de direitos, a saber: os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, também chamados de essencialmente coletivos, caracterizados por serem subjetivamente transindividuais e objetivamente indivisíveis, e os direitos individuais homogêneos – ou acidentalmente coletivos –, perfeitamente divisíveis entre seus titulares, mas que, diante de sua origem comum, podem ser tutelados de forma coletiva.¹

Sob a ótica dos direitos essencialmente coletivos, o processo coletivo é instrumento que decorre da natureza específica destes mesmos direitos, mas no caso dos direitos individuais homogêneos, não decorre de necessidade intrínseca ao próprio direito material, senão dos anseios de economia e efetividade processual e de razões de conveniência.

Neste cenário, a questão relativa à legitimidade de agir revela-se como um dos pontos de elevada problematicidade na temática das ações coletivas, eis que o esquema de legitimação clássico, segundo o qual deve vir a juízo o titular do direito controvertido, não se

¹Neste sentido, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Temas de Direito Processual*: Terceira Série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 195-197: “[...] a) em muitos casos, o interesse em jogo, comum a uma pluralidade indeterminada (e praticamente indeterminável) de pessoas, não comporta decomposição num feixe de interesses individuais que se justapusessem como entidades singulares, embora análogas. Há, por assim dizer, uma comunhão indivisível de que participam todos os possíveis interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a “quota” de um e onde começa a de outro. Por isso mesmo, instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união, que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos e; reciprocamente, a lesão de um só constitui, ipso facto, lesão de inteira coletividade. [...] Com efeito, não se concebe que o resultado seja favorável a alguns e desfavorável a outros. Ou se preserva o bem, e todos os interessados são vitoriosos; ou não se preserva, e todos saem vencidos. Designaremos essa categoria pela expressão ‘interesses essencialmente coletivos’. b) Noutras hipóteses, é possível, em linha de princípio, distinguir interesses referíveis individualmente aos vários membros da coletividade atingida, e não fica excluída *a priori* a eventualidade de funcionarem os meios de tutela em proveito de um parte deles, ou até de um único interessado, nem a de desembocar o processo na vitória de um ou de alguns e, simultaneamente, na derrota de outro ou de outros. O fenômeno adquire, entretanto, dimensão social em razão do grande número de interessados e das graves repercussões na comunidade; numa palavra: do “impacto de massa”. Motivos de ordem prática, ademais, tornam inviável, inconveniente ou, quando menos, escassamente recompensadora, pouco significativa nos resultados, a utilização em separado dos instrumentos comuns de proteção jurídica, no tocante a cada uma das ‘parcelas’, consideradas como tais. Para distinguir do anteriormente descrito este gênero de fenômeno, falaremos, a seu respeito, de ‘interesses acidentalmente coletivos’”.

revela compatível com as espécies de direitos tutelados pelo processo coletivo, pois: (i) os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* não têm titular determinado, eis que são transindividuais e indivisíveis e (ii) quanto aos direitos individuais homogêneos, é impraticável a presença de todos os titulares em juízo.

Assim, afigura-se necessária a criação de um sistema de legitimação próprio, que possibilite que a defesa dos direitos coletivos, bem como a defesa coletiva de direitos individuais seja realizada por entes aptos a tanto e que consigam promover a tutela adequada dos direitos daqueles que, apesar de não participarem diretamente do processo, terão suas esferas jurídicas atingidas.

O legislador brasileiro, ao estabelecer as regras pertinentes ao processo coletivo, houve por bem definir expressamente os entes legitimados, implementando um sistema misto de legitimação, que congrega tanto pessoas jurídicas com personalidade de direito público, como de direito privado, além da atribuição, mesmo que pontual, de legitimidade aos indivíduos, que podem se opor contra lesões ao erário por meio da via da ação popular.

No entanto, o sistema implementado não promoveu a necessária adequação entre os entes legitimados e a natureza do direito tutelado pela via das ações coletivas, limitando-se a elencar no mesmo dispositivo legal todos os legitimados, como se sua atuação na defesa dos direitos essencialmente coletivos e dos direitos individuais homogêneos estivesse submetida a um mesmo regime jurídico.

Essa impropriedade legislativa gera, então, a ideia de que a legitimação para o processo coletivo seria submetida a um regime jurídico único, de forma que todos os entes desempenhariam exatamente o mesmo papel, ostentando igual legitimidade, independentemente da espécie de direito tutelado.

Todavia, esta concepção olvida os reclamos da tutela diferenciada e adaptada às especificidades do direito material, que se faz ainda mais necessária no âmbito do processo coletivo, em que os direitos tutelados apresentam diferenças ontológicas muito marcantes.

Com efeito, a indivisibilidade e transindividualidade dos direitos essencialmente coletivos revelam que a decisão proferida no processo coletivo, independentemente de qual seja o ente legitimado, produzirá seus efeitos quanto à toda comunidade ou coletividade titular do direito deduzido, eis que não é possível proteger um indivíduo sem que essa tutela não atinja automaticamente os demais membros da comunidade que se encontram na mesma

situação. Ou atinge todos ou não atinge ninguém.² Assim, no que tange aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, não existem maiores dúvidas ou indagações quanto ao universo de beneficiados pelo ente que agiu em juízo.³

Contudo, não se pode dizer o mesmo quanto aos direitos individuais homogêneos. Como os direitos envolvidos são de matiz individual, apenas serão alcançados pela sentença aqueles indivíduos que integrarem os limites da legitimidade dos entes arrolados pelo legislador, eis que não é razoável admitir que todos eles teriam aptidão para a defesa de quaisquer sujeitos. É necessário que se atente para a circunstância de que o legislador, ao elencar os legitimados para o processo coletivo, teve por escopo ampliar ao máximo o manejo do processo coletivo, em estrita observância ao princípio constitucional de acesso à justiça, possibilitando, então, a atuação tanto de setores sociais públicos, quanto privados.

Desta forma, cada legitimado tem um âmbito de atuação ou de representatividade próprio, determinado por diversos fatores, dentre os quais se destaca a natureza dos direitos envolvidos, as finalidades daquele órgão ou instituição e a espécie de vínculo existente entre o ente substituto e os que por ele serão substituídos. Não é senão o que se extrai dos ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior:

Não se pode, todavia, pretender que todos estes órgãos públicos e privados representem a coletividade como um todo. Há de se aferir até onde vai, caso a caso, sua aptidão de representação. Entre o órgão substituto e os indivíduos substituídos tem de haver um vínculo necessário, seja de ordem pública ou privada.⁴

Ou, como leciona Teori Albino Zavascki, esta necessária vinculação entre o objeto da demanda e o ente que vem a juízo consiste na manifestação do interesse de agir (binômio necessidade x utilidade) na esfera do processo coletivo, corroborando, portanto, a conclusão de que o universo de substituídos ou atingidos pela sentença proferida em ação proposta por

² DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 53. No mesmo sentido: “[os titulares dos interesses difusos] se põem numa espécie de comunhão tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica por força a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, *ipso facto*, a lesão inteira da comunidade.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro in Temas de direito processual*: Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 184.)

³ Neste sentido, confira-se as lições de Nelson Nascimento Diz: “(...) c) para a defesa de *direitos difusos e coletivos*, a lei pode, nas condições que estabelecer, autorizar entidades associativas, que atuarão como substituto processual, da decisão se podendo beneficiar não só os seus filiados, mas igualmente terceiros, por isso que tais direitos se caracterizam pela indivisibilidade: CF, art. 129, III, § 1º.” (Apontamentos sobre a legitimação das entidades associativas para a propositura de ações coletivas em defesa dos direitos individuais homogêneos de consumidores. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 350, p. 113/126, abr./mai. 2000.)

⁴THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 142.

cada ente legitimado será diverso, a depender da natureza e extensão deste vínculo:

Há, portanto, um necessário elo de vinculação entre o objeto da demanda e os fins institucionais do demandante. Trata-se de exigência associada ao interesse de agir.

[...] há uma limitação implícita, inerente a uma das condições da ação, que é o interesse de agir: para que se configure efetivamente sua legitimidade a propositura de demanda coletiva em defesa de consumidores, é indispensável a existência de algum vínculo entre o objeto da tutela e os interesses do ente público.⁵

Dentre os fatores essenciais à averiguação do âmbito de representatividade dos entes legitimados à tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, ressaltamos evidente que a primeira indagação que se há de fazer é sobre a natureza pública ou privada do legitimado. Acaso se trate de órgão ou instituição de natureza pública, como é o caso do Ministério Público, existirá legitimidade para a defesa genérica de toda a coletividade envolvida, desde que os direitos individuais homogêneos sejam indisponíveis ou de relevante interesse social.⁶ Contudo, é na seara dos órgãos privados, como as associações e sindicatos, cuja instituição e adesão dependem de conveniências pessoais, que surgem os maiores questionamentos, sendo, portanto, necessário determinar o vínculo que liga o ente que vem a juízo e os indivíduos substituídos.

Quanto aos sindicatos, a questão é remansosa, porquanto se admite, ainda que se trate de demanda instaurada com vistas à defesa de interesses individuais homogêneos, que os efeitos de eventual sentença de procedência se espaiam sobre todos os integrantes da categoria, independentemente de serem ou não filiados aos sindicatos, o que decorre da estrita aplicação da regra constitucional que dispõe que o sindicato tem legitimidade para representar toda a categoria profissional ou econômica (art. 8º, III da CF).⁷

⁵ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 5. ed. rev. e atual. e ampl., p. 161.

⁶ Neste sentido: “ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTE DO STJ. 1. O Ministério Público possui legitimidade ad causam para propor Ação Civil Pública visando à defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis e divisíveis, quando a presença de relevância social objetiva do bem jurídico tutelado a dignidade da pessoa humana, a qualidade ambiental, a saúde, a educação. 2. Recurso especial provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 945.785/RS, da Segunda Turma, Brasília, DF, 04 de junho de 2013. *DJe* 11 de junho de 2013).

⁷ "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

Entretanto, no que tange às associações civis, apesar da disposição constitucional que consigna que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”, inexistente qualquer consenso até o presente momento. Quem são os substituídos quando as associações agem em defesa dos direitos individuais homogêneos? Todos seus associados? Qualquer cidadão, ainda que não filiado à associação demandante e, que também seja titular de direito individual semelhante ao reclamado, pode se beneficiar de eventual sentença de procedência?

A polêmica mostra-se ainda mais relevante ao se considerar a diversidade de posicionamentos jurisprudenciais, que ora admitem que a legitimidade das associações na tutela dos direitos individuais homogêneos e os consequentes efeitos da sentença alcançariam mesmo aqueles que não forem associados, ora admitem que a legitimidade seria restrita aos associados:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMITES SUBJETIVOS DA SENTENÇA. COISA JULGADA. CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA.

1. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, que condenou o Banco do Brasil ao pagamento de diferenças decorrentes de expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança ocorridos em janeiro de 1989, dispôs que seus efeitos teriam abrangência nacional, *erga omnes*. [...] ⁸

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ASSOCIAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS. DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGENEOS. LEGITIMIDADE.

[...] Reconhecimento da legitimidade da associação de servidores públicos para a propositura de ação civil pública por meio da qual se almeja a proteção de direitos individuais homogêneos de seus membros. Precedente: REsp 1.199.611/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 28.10.10 [...] ⁹

Outrossim, no mais das vezes, verifica-se que a questão afeta à legitimidade dos entes associativos – que é inclusive o antecedente lógico de qualquer análise sobre os efeitos subjetivos da sentença – jamais foi analisada de forma detida e específica, estando a discussão

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." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 228507/RR, da Segunda Turma, Brasília, DF, 16 de outubro de 2001. DJ 05 de maio de 2004, p. 125).

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial* nº 1358024/DF, da Quarta Turma, Brasília, DF, 11 de abril de 2013, DJe de 22 de abril de 2013.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1265463/RS, da Segunda Turma, Brasília, DF, 15 de março de 2012. DJe 28 de março de 2012.

centrada nos efeitos da sentença e da coisa julgada, principalmente no que diz respeito às regras que limitam os efeitos da sentença no processo coletivo em razão da competência territorial (art. 16 da Lei nº 7.347/1985 e art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997):

[...] A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, caput, da Lei n. 9.494/97 [...]¹⁰

[...] 1. É firme o entendimento no Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicação do disposto no art. 2º-A da Lei 9.494/97 nas ações coletivas.
2. Nesse diapasão, os efeitos da sentença proferida em ação coletiva se restringem aos substituídos que tenham na data da propositura da ação domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.
3. Agravo Regimental da ANASPS desprovido.¹¹

Em outros casos, os Tribunais negam-se a apreciar a questão afeta aos limites da legitimidade invocando o óbice de coisa julgada. Ou seja: adotam como premissa a limitação dos efeitos consignada pela sentença transitada em julgado, sem sequer analisarem se esta delimitação seria adequada:

PROCESSUAL. AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA EMPRESA PÚBLICA, FAVORAVELMENTE AOS POUPADORES DO ESTADO. EXTENSÃO DA COISA JULGADA.

- Porquanto a sentença proferida na ação civil pública estendeu os seus efeitos a todos os poupadores do Estado do Paraná que mantiveram contas de caderneta de poupança iniciadas ou renovadas até 15/6/87 e 15/1/89, a eles devem ser estendidos os efeitos da coisa julgada, e não somente aos poupadores vinculados à associação proponente da ação. Agravo não provido.¹²

Esta mesma divergência também é verificada no âmbito da doutrina:

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1243887/PR, da Corte Especial, Brasília, DF, 19 de outubro de 2011. DJe 12 de dezembro de 2011.

¹¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial* nº 137386/DF, da Primeira Turma, Brasília/DF, 11 de junho de 2013. DJe 01 de julho de 2013.

¹²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial* nº 601.827/PR, da Terceira Turma, Brasília/DF, 21 de outubro de 2004. DJ 22 de novembro de 2004, p. 339.

Além disso, os substituídos na ação civil pública movida por associações não são apenas seus associados, como poderia resultar de uma leitura fria do art. 5º, inc. XXI, da Constituição Federal. Assim, quando ajuizada uma ação civil pública relacionada a interesses individuais homogêneos, todas as pessoas da sociedade que se encontrarem naquela determinada situação fática poderão ser beneficiadas pela eventual procedência da demanda. Entretanto, se o estatuto limitar a atuação da associação para a defesa exclusivamente de seus sócios, ou se a autorização for específica, outorgada apenas por alguns associados, então a demanda coletiva não poderá beneficiar terceiros. Essa observação diz respeito aos interesses individuais homogêneos, pois os demais interesses são indivisíveis por definição, não podendo ser fracionados.¹³

Como já foi visto, o inciso XXI do art. 5º da Constituição Federal legitima as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, a representar seus *filiados* judicial ou extrajudicialmente. Essa legitimação extraordinária, por conseguinte, restringe-se aos interesses dos associados, e não abrange todo e qualquer interesse, mas apenas os interesses pertinentes aos próprios fins da sociedade.¹⁴

Diante deste cenário de incerteza, o presente trabalho visa enfrentar os limites da legitimidade das associações na defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos, objetivando promover rigorosa sistematização sobre o tema, que levará em conta todos os elementos indispensáveis ao equacionamento deste problema – como a natureza individual do direito tutelado de forma coletiva, a natureza da legitimação da associação na defesa dos direitos individuais homogêneos, o necessário vínculo que deve haver entre a associação e aqueles que são por ela substituídos, dentre outros –, esperando-se, com isso, auxiliar a conter a forte insegurança jurídica existente neste particular.

Pretende-se, ainda, destacar a necessidade de adaptação das regras processuais às especificidades do direito material, que se torna ainda mais premente na seara do processo coletivo, eis que o legislador não promoveu esta necessária distinção que entendemos ser de suma importância para o adequado desenvolvimento do sistema de processo coletivo brasileiro:

O estudo da matéria tem revelado que, para se ter um sistema razoavelmente justo e equilibrado, é suficiente dividir as ações coletivas em apenas duas grandes categorias: as que envolvem pedidos indivisíveis (correspondendo, em larga medida, às abstratas categorias dos direitos difusos e coletivos) e divisíveis (que se referem, de forma geral, à categoria abstrata dos direitos individuais homogêneos). Esta é a única distinção que não pode ser ignorada

¹³ DINAMARCO, Pedro da Silva. DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 247.

¹⁴ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 95.

no campo das ações coletivas, sob pena de se revelarem gravem inconsistências.

(...) Além disso, a evidente desorganização na legislação atual dificulta muito a percepção de que devem ser estabelecidos dois regimes jurídicos distintos no âmbito da tutela coletiva: um para os pedidos tipicamente indivisíveis e outro para aqueles que, embora passíveis de separação entre os indivíduos potencialmente beneficiados, foram reunidos em um único processo de natureza coletiva apenas por questão de conveniência, formando a categoria que corresponde, na sistemática brasileira atual, à categoria dos direitos individuais homogêneos.¹⁵

Ademais, deve-se destacar que a questão da legitimidade das associações para a defesa dos direitos individuais homogêneos está sob julgamento do Superior Tribunal Federal, tanto quanto ao aspecto da natureza desta legitimidade (representação ou substituição processual) e a consequente (des)necessidade de autorização expressa dos associados¹⁶, quanto sob a perspectiva do alcance da representatividade das associações na tutela dos direitos individuais homogêneos¹⁷, o que revela a atualidade e relevância do tema ora trazido à reflexão.

¹⁵ROQUE, André Vasconcelos. *Class actions: Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* JusPodium: Salvador, 2013, p. 543.

¹⁶Recurso Extraordinário nº 573.232/SC, de Relatoria da Min. Carmen Lúcia.

¹⁷ Recurso Extraordinário nº 612.043/PR, de Relatoria do Min. Marco Aurélio.

2. AS CLASS ACTIONS DO DIREITO NORTE AMERICANO

2.1. A relevância da experiência norte-americana

Na temática das ações coletivas, é assente na doutrina a concepção de que o Direito Norte-Americano é o principal expoente destas espécies de demanda¹⁸ que, na atualidade, sobretudo em virtude da configuração de uma sociedade globalizada de massas¹⁹, encontram previsão na maior parte dos ordenamentos jurídicos.²⁰

Isto se verifica principalmente porque as manifestações embrionárias do processo coletivo se verificaram e ganharam previsão legal primeiramente naquele país, o que, via de consequência, propiciou o maior desenvolvimento e aperfeiçoamento das técnicas e regras de regência respectivas.²¹

Ademais, deve-se destacar que o Direito Brasileiro, ainda que de forma mediata, inspirou-se na experiência dos Estados Unidos da América para elaborar o seu sistema legislativo de processo coletivo, como anota André Vasconcelos Roque: “Em linhas gerais as ações coletivas brasileiras se desenvolveram a partir das *class actions* norte-americanas, mas

¹⁸ A este propósito, cf. GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de processo civil coletivo*: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 395: “As *class actions* americanas não são perfeitas, mas a sua experiência é profundamente rica e quem a conhece sabe que elas continuarão sendo o principal modelo para toda e qualquer demanda coletiva no mundo.”

¹⁹ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 61, p.187-200, jan./mar. 1991: “Realmente as características da vida contemporânea produzem a emersão de uma série de situações em que, longe de achar-se em jogo o direito ou o interesse de uma única pessoa, ou de algumas pessoas individualmente consideradas, o que sobreleva, o que assume proporções mais imponentes, é precisamente o fato de que se formam conflitos nos quais grandes massas estão envolvidas. É um dos aspectos pelos quais o processo recebe o impacto desta propensão do mundo contemporâneo para os fenômenos de massa: produção de massa, distribuição de massa, cultura de massa, comunicação de massa e porque não, processo de massa?”

²⁰ Neste sentido, cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Temas atuais d direito processual civil, v. 4), p. 181: “[...] a proteção aos interesses coletivos vem-se difundindo no Direito Processual no mundo inteiro. O quadro tópico de duas ou três décadas atrás, no qual a maioria dos países não conhecia ou, então, dispunha de situações incipientes, em termos de tutela judicial efetiva no âmbito pluriindividual, tem passado por grandes transformações. [...] Vários países introduziram, nos últimos anos, mecanismos judiciais voltados para a defesa coletiva em geral, ou, especificamente em relação aos consumidores, ao meio ambiente, aos investidores, bens históricos e culturais, etc., como ocorreu, dentre outros, na Austrália, na Argentina, em Portugal, no Canadá e na China. Outros Estados procuraram aperfeiçoar o sistema de proteção existente, como aconteceu, v.g., nos Estados Unidos, na Inglaterra e na Alemanha, tornando-o, de maneira geral, menos restritivo.”

²¹ Cf. SALLES, Carlos Alberto de. *Class actions*: algumas premissas para comparação in *Revista de processo*, v. 34, n. 174, ago. 2009, p. 216: “Não obstante a notória centralidade do Judiciário na vida social e econômica norte-americana, os mecanismos processuais, pelos quais o funcionamento das instituições judiciais é organizado, não tem gerado crises significativas de eficiência e efetividade, demonstrando qualidades capazes a indicar o processo daquele país como paradigma de comparação.”

por via indireta, principalmente através dos estudos da doutrina italiana na década de setenta do ano passado.”²²

Estas são, portanto, as premissas que justificam que se promova uma incursão preliminar sobre os principais elementos da experiência americana na seara das ações coletivas, conhecidas como *class actions* – ainda que breve e sem a pretensão de ser exaustiva, sob pena de desvio do objetivo precípuo do presente trabalho –, com o que se espera, então, encontrar elementos que possam auxiliar no enfrentamento do problema sob exame, acerca dos limites da representatividade das associações civis na tutela dos direitos individuais homogêneos.

2.2. Histórico: do *Bill of Peace* inglês à regra 23 da *Federal Rules of Civil Procedures*

As *class actions* podem ser conceituadas, em linhas gerais, como o procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum.²³

Sua origem é comumente atribuída ao *Bill of Peace* inglês, procedimento por meio do qual era possível propor ou sofrer uma ação por meio de partes representativas (*representatives parties*). Estas demandas típicas dos séculos XVII a XIX eram submetidas à apreciação da Corte de Chancelaria (*Courts of Chancery*), a quem incumbia a tarefa de promover o exame do caso com base em juízo de equidade (*equity law*), diferindo, portanto, do papel desempenhado pelos demais Tribunais (*Courts of Law*), responsáveis pela aplicação da *commom law*²⁴.

²² *Class actions: Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* JusPodium: Salvador, 2013, p. 514. A influência apenas mediata da experiência norte-americana também é destacada por Antonio Gidi, para quem: “Uma análise superficial da literatura brasileira à época, inclusive a que fundamentou os debates acadêmicos anteriores e posteriores à promulgação da LACP e do CDC, demonstra claramente que os autores brasileiros não conheciam o direito processual norte-americano nem as *class actions*. A legislação e doutrina brasileiras foram baseadas inteiramente na doutrina italiana que (esta sim) estudou as *class actions* norte-americanas. Nenhuma fonte original foi consultada pelo legislador brasileiro: foi uma pesquisa inteiramente realizada de segunda mão.” (*Rumo a um Código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 30/31).

²³ BUENO, Cassio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta in *Revista de processo*, v. 21, n. 82, p. 92-151, abr./jun. 1996

²⁴ Sobre a distinção entre a esfera de atuação da equidade e da *commom law*, cf. GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 40: “Não é uma tarefa fácil distinguir com precisão a esfera de atuação da *law of equity* e da *common law*. Simplificando uma questão extremamente complexa e controvertida, pode-se dizer que

No âmbito da equidade, vigia a regra de que todas as pessoas que tivessem interesse no litígio deveriam figurar como partes no processo, porque o objetivo era promover a justiça completa, de uma vez só, evitando a multiplicidade de ações sobre uma mesma questão (*necessary party rule*)²⁵.

Todavia, ao longo do século XVII, as Cortes de Chancelaria passaram a observar que a aplicação rígida desta norma acabava por produzir situações indesejáveis e/ou injustas:

Nos casos em que o número de pessoas envolvidas era muito grande, por exemplo, a intervenção de todos os interessados dificultava o andamento do processo. Ademais, a menos que todas as pessoas interessadas intervissem voluntariamente no processo, nenhuma delas poderia obter proteção judicial. Assim, uma parte relutante em comparecer em juízo, fora da jurisdição do tribunal ou simplesmente indisponível no momento da decisão, poderia impedir que os demais interessados obtivessem a prestação jurisdicional.²⁶

Logo, passou-se a admitir a flexibilização desta regra, desde que: a questão envolvida fosse comum a todos os interessados, as partes ausentes estivessem devidamente representadas por meio daquele sujeito ou pequeno grupo que comparecia a juízo e o litisconsórcio fosse inviável. Nestes casos, portanto, a Corte concedia o *Bill of Peace*, por meio do qual era dispensada a formação do litisconsórcio, sendo, portanto, proferida decisão que passava a vincular todos os membros do grupo, mesmo que não tivessem participado diretamente da relação processual.²⁷

Deve-se destacar, contudo, que a análise destes requisitos era feita de acordo com o caso concreto, o que, na prática gerava bastante incerteza e insegurança jurídica.²⁸

o sistema de *common law* tinha jurisdição sobre as pretensões de natureza pecuniária e indenizatória (*damages*) e o sistema de *equity* tinha jurisdição sobre as pretensões declaratórias e injuntivas ou mandamentais. [...] A equidade era muito mais flexível em seus procedimentos, decisões e provimentos (*remedies*) o que a *common law*, que era um sistema extremamente formal, rígido e burocrático e composto de muitas tecnicidades.”

²⁵ ROQUE, André Vasconcelos. *Class actions: Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* JusPodium: Salvador, 2013, p. 44.

²⁶ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 41.

²⁷ COUND, John J.; FRIEDENTHAL, Jack H; MILLER, Arthur R; SEXTON, Jonh E. *Civil procedure – Cases and Materials*. St Paul, West Publishing Co., 5. ed., 1989, p. 656 apud BUENO, Cassio Scarpinella, *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta in Revista de processo*, v. 21, n. 82, p. 92-151, abr./jun. 1996.

²⁸ Neste sentido, cf. ROQUE, André Vasconcelos. op. cit., p. 43: “Não se surpreende, portanto, que durante os séculos XVIII e XIX, a Corte de Chancelaria tenha hesitado algumas vezes em conceder tutelas de natureza coletiva. Nos casos em que se envolviam as sociedade anônimas e beneficentes, que ainda não haviam sido reconhecidas como pessoas jurídicas pelo Estado, o que estava em jogo era a legitimidade destes grupos para atuarem em juízo. Em *Lloyd v. Loaring* (1802), embora a sociedade beneficente tivesse obtido o reconhecimento para figurar em um processo em nome próprio, os registros dão conta da hesitação do Chanceler. Outros casos similares foram submetidos à Chancelaria, que ora admitia a processo, ora negava tal possibilidade. Quando as sociedade anônimas e beneficentes foram reconhecidas pelo Estado inglês na segunda metade do século XIX, as

De todo modo, pode-se dizer que o traço característico do *Bill of Peace* era justamente esta possibilidade de dispensa do litisconsórcio diante de certas condições específicas que visavam a garantir a oponibilidade da decisão mesmo para aqueles sujeitos que não haviam participado diretamente do litígio, mas que estavam devidamente representados por aquele(s) que integrou(ram) a relação processual. Ou, como se colhe do magistério de Antonio Gidi:

[...] historicamente, a criação das *class actions* deveu-se à necessidade e conveniência de ‘contornar’ a regra do litisconsórcio necessário de todos os interessados, para que fosse possível fazer justiça nas situações em que tal litisconsórcio não era possível. [...] É por este motivo que se diz que as ações coletivas foram uma criação da equidade.²⁹

Reside aí, portanto, o embrião das *class actions* dos Estados Unidos da América, que foram inicialmente codificadas por meio da *Federal Equity Rule 48* de 1842 e substituída em 1912 pela *Federal Equity Rule 38*. Neste momento inicial, o procedimento das *class actions* era bastante simplificado, tendo seu cabimento apenas condicionado à “existência de um interesse comum entre os membros de um grupo suficientemente numeroso a ponto de impedir o litisconsórcio de todos os interessados”³⁰. No entanto, doutrina e jurisprudência reconheciam também a necessidade de que o representante fosse um dos membros do grupo e de que a representação fosse adequada, na medida em que se trata de previsões que visam a garantir a observância do princípio constitucional do devido processo legal, segundo o qual ninguém pode ser privado de seus bens sem a correspondente oportunidade de atuar no processo respectivo.

Em 1938, foram editadas as *Federal Rules of Civil Procedure*, com o escopo de disciplinar o processo civil dos juízos federais e que promover a união entre os sistemas de equidade e da *common law*. Neste cenário, as *class actions* passaram a ser instrumento cabível também para a tutela dos direitos reconhecidos no sistema de *law*, possibilitando inclusive o cabimento de ações coletivas quanto a pretensões de natureza indenizatória – que não eram permitidas na via estreita da *equity law* – o que, então, promoveu um notável crescimento da relevância desta espécie processual.

ações coletivas perderam uma função importante na época: permitir o acesso à justiça para coletividades organizadas em entidades desprovidas de personalidade jurídica.

²⁹ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 42.

³⁰ *Ibidem*, p. 46.

As *class actions* foram especificamente disciplinadas pela *Rule 23* e, na esteira da proposta de James Moore³¹, foram instituídas três categorias distintas, de acordo com a natureza jurídica do direito tutelado:

- *true class action*, que pressupunha a existência de uma unidade absoluta de interesses entre os membros de todo o grupo, de forma tal que, se não existisse a alternativa da ação coletiva, seria preciso formar um litisconsórcio necessário composto por todos os indivíduos interessados. Nesta hipótese, a coisa julgada se estenderia a todos os membros ausentes, qualquer fosse o resultado da demanda;
- *hybrid class action*, que se admitia quando os direitos ou interesses envolvidos eram diversos, recaindo, porém, sobre um mesmo bem jurídico objeto do processo. A coisa julgada seria oponível apenas às partes do processo, mas vincularia todos os membros no que tange ao bem jurídico envolvido no litígio.
- *spurious class action*, permitida quando os direitos envolvidos eram diversos, decorrendo, no entanto, de uma questão comum de fato ou de direito, a ensejar a utilização de um remédio processual de mesma natureza para todos. A coisa julgada somente atingiria as partes originais do processo e os membros do grupo que atuaram no feito por meio de intervenção (*opt in*).

Como se vê, portanto, a classificação da espécie de direito tutelado nas ações coletivas era de essencial importância para a determinação do regime jurídico aplicável e, principalmente para a determinação da extensão da coisa julgada formada.

No entanto, referidas distinções se revelaram de difícil aplicação na prática³², gerando diversas polêmicas e divergências no âmbito da jurisprudência³³, o que, então, acarretou uma

³¹ MOORE, James V; COHN, Marcus. Federal class actions, *Illinois Law Review*, v. 32, p. 307-325, 1937 apud ROQUE, André Vasconcelos, *Class actions: Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* JusPodium: Salvador, 2013, p. 56-57.

³²Cf. COUND, Jonh J; FRIEDENTHAL, Jack H.; MILLER, Arthur R; SEXTON, Jonh E. Notes on Amendments to Federal Rule 23 and Corporative State Provision in *Civil Procedure Supplement*, St. Paul: West Publishing Co., 1990, p. 70-71 apud BUENO, Cassio Scarpinella. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta* in *Revista de processo*, v. 21, n. 82, p. 92-151, abr./jun. 1996: “[...] in practice, the terms ‘joint’, ‘commom’, etc. which were used as the basis of Rule 23 classification proved obscure and uncertain. Nor did the Rule provide an adequate guide to the proper extend of the judgements in class actions. Fisrt, we find instances of the court classifying actions as ‘true’ or intimating that judgements would be decisive for the class where these results seemed appropriate but where reached by dint of depriving the Word ‘several’ of coherent meaning. Second, we find cases classified by the courts as ‘spurious’ in which, on a realistic view, it would seem fitting for the judgements to extend class.”

³³ ROQUE, André Vasconcelos. op. cit., p. 58: “As dificuldades vivenciadas na prática não foram poucas. As conceituações de Moore, excessivamente abstratas, provaram ser tão ou mais obscuras que a expressão “interesse geral ou comum” prevista na *Equity Rule* 38 de 1912. [...] Em primeiro lugar, as categorias de *class actions* se revelaram imprecisas e pouco claras, muitas vezes desviando a atenção dos tribunais ,em detrimento do mérito da controvérsia. [...] as maiores dificuldades foram observadas com relação às ações espúrias. Em

profunda reforma no ano de 1966, cujo escopo foi, principalmente, de atribuição de maior efetividade às ações coletivas:

A Rule 23, em sua versão original de 1938, nasceu destinada ao insucesso. A sua redação era confusa, complexa e demasiadamente abstrata, em total dessintonia com a realidade prática e a cultura jurídica americana moderna, principalmente no que se refere às hipóteses de cabimento. Ademais, a norma era incompleta, pois não previa medidas procedimentais que assegurassem os direitos dos membros ausentes e o respeito ao devido processo legal

Ademais, o tratamento diferenciado dado pelo legislados ao procedimento dos três tipos de *class action* era de todo desautorizado. Muito embora houvesse certas diferenças entre os tipos de ação coletivas contempladas pela Rule 23, não havia razão para que a notificação e coisa julgada fossem disciplinadas de maneira diferente, de acordo com o tipo de ação.

[...] Essas foram as principais razões pelas quais a *Rule 23* foi reformada em 1966. A nova redação procurou solucionar todos esses problemas. A sua redação é muito mais simples e as hipóteses de cabimento menos abstratas. Não somente previu alguns aspectos importantes para assegurar o respeito ao devido processo legal dos membros ausentes na condução do procedimento coletivo, como principalmente estabeleceu definitivamente uma norma sobre a coisa julgada coletiva, dando fim a mais de um século de incertezas [...].³⁴

A reforma de 1966, então, abandonou a classificação abstrata da Rule 23, introduzindo no sistema “categorias centradas essencialmente na espécie de tutela processual requerida”³⁵. Ademais, foi incluída a previsão de efeito vinculante da coisa julgada em face de todos os membros do grupo, independentemente do resultado do processo. Diante disto, a nova redação da Rule 23 apresentou especial preocupação com a defesa dos interesses dos membros ausentes, essencial para a devida observância do princípio do devido processo legal.

2.3. Os requisitos das *class actions*

Neste cenário, a partir da reforma de 1966, o cabimento das *class actions* passou a depender da observância dos requisitos elencados pela alínea (a), que permitem que um ou

primeiro lugar, a ação era admissível sem que se tivesse que demonstrar que as questões comuns eram significantes ou que predominavam sobre as individuais, afastando a garantia de uma efetiva economia processual. Ademais, diante do silêncio da norma, discutiu-se acirradamente na doutrina e na jurisprudência até que momento os membros ausentes poderiam intervir neste tipo de ação.”

³⁴ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 55-56.

³⁵ ROQUE, André Vasconcelos, *Class actions: Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* JusPodium: Salvador, 2013, p. 61.

mais membros de uma classe venham a juízo, no interesse de todos, representar, como demandantes ou demandados desde que:

- (1) a categoria for tão numerosa que a reunião de todos os demandados ou demandantes se torne impraticável;
- (2) houver questões de direito e de fato comuns ao grupo;
- (3) os pedidos ou defesa dos litigantes forem idênticos aos pedidos ou defesa da própria classe;
- (4) os litigantes atuarem e protegerem adequadamente os interesses da classe.

Trata-se, portanto, de requisitos que “visam a proporcionar um processo justo, em que às vantagens do julgamento uniforme da lide coletiva não se sobreponham os riscos de injustiça aos membros ausentes do grupo”.³⁶ Logo, diante de toda a relevância destes pressupostos para a admissibilidade das *class actions*, vejamos, a seguir, os contornos básicos de cada um deles.

2.3.1. Impraticabilidade do litisconsórcio

A impraticabilidade do litisconsórcio mencionada na alínea (a) (1) da *Rule 23* remete ao procedimento das *Bill of Peace* do Direito Inglês, no qual, como demonstrado, dispensava-se a necessidade do litisconsórcio nos casos em que o grande número de partes pudesse prejudicar o processamento do litígio ou mesmo quando alguma das partes envolvidas encontrava-se fora da jurisdição das Cortes de Chancelaria.

E é justamente neste mesmo sentido que aponta a exigência da *Rule 23*, eis que exprime exatamente esta inviabilidade prática de comparecimento de todos os integrantes do grupo no processo, também conhecido na doutrina norte-americana como *numerosity*. Este critério, todavia, não se confunde com a impossibilidade absoluta de litisconsórcio, bastando apenas que se evidencie a dificuldade ou inconveniência de reunião de todos os membros da classe para que reste configurado.

No entanto, sendo possível a resolução da questão por meio do litisconsórcio, não estará presente este requisito, de modo que não se admitirá a demanda como *class action*, consoante se pode extrair do elucidativo exemplo invocado por Antonio Gidi:

³⁶ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 67.

Não faz mesmo muito sentido utilizar o complexo instituto da ação representativa, e vedar a propositura de ações individuais, se o grupo interessado é composto por apenas uma dúzia de moradores de um condomínio, por exemplo. Nesse caso, todos os membros do grupo podem propor juntos a ação, em litisconsórcio, ou outros moradores podem intervir, se quiserem, em uma ação individual já proposta por um deles.³⁷

E prossegue, assentando a relevância deste critério para a ação coletiva e para a adequada representação dos membros ausentes:

Exigir a impraticabilidade do litisconsórcio é equivalente a exigir a indispensabilidade da *class action* para a tutela da controvérsia coletiva. Ao não permitir uma ação coletiva nos casos em que tal procedimento não seja necessário, o legislador está, em verdade, zelando pela adequada representação dos interesses dos membros ausentes.³⁸

Não obstante essa relevante função desempenhada por este requisito, na prática, trata-se do critério da alínea (a) que menos gera polêmica e discussão. Tal se verifica porquanto sua apreciação é, por questões lógicas, a última a ser enfrentada pelo magistrado no exame referente aos requisitos das *class actions*. Com efeito, somente após a verificação da existência e questões comuns e da tipicidade da pretensão do representante e sua adequação para defender os interesses da classe é que o juiz terá condições de conhecer o grupo representado em juízo e, apenas nesta ocasião, poderá o magistrado avaliar se é ou não possível o comparecimento judicial de todos os seus componentes.

Conquanto a doutrina norte-americana também se refira a este requisito como *numerosity*, não se pode olvidar que a aferição da impraticabilidade de comparecimento de todos os envolvidos no processo é dado que se extrai no caso concreto, inexistindo, então, qualquer parâmetro quantitativo que possa se utilizar *a priori*. Cabe ao magistrado promover análise fundamentada não apenas com fulcro no tamanho da classe que comparece a juízo, mas também na espécie de direito envolvido e de tutela buscada. Assim, por exemplo, quanto menor a expressão econômica das pretensões individuais, mais evidente se revela a presença do requisito da inviabilidade do litisconsórcio, que decorre da falta de interesse pessoal dos prejudicados e do caráter anti-econômico de eventual demanda individual, em que os custos processuais provavelmente suplantariam a reparação buscada em juízo, que apenas ganhará vulto e relevância acaso deduzida no bojo de um processo coletivo.

³⁷ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 73.

³⁸ *Ibidem*, p. 74.

2.3.2. Comprovação de existência de questões comuns

A alínea (a) (2), por sua vez, traz a necessidade de existência de questões de direito e de fato comuns ao grupo, reconhecida também como *commonality*. Sobre este aspecto, nem a Lei, nem a jurisprudência cuidaram de conceituar o que seria esta questão comum a justificar a ação coletiva. Todavia, no sentir da mais abalizada doutrina, esta falta de conceituação específica decorre da circunstância de que a existência de questões comuns é justamente o traço que justifica a existência do processo coletivo:

É intuitivo, porém, que, se não houver questões comuns de fato ou de direito, a tutela coletiva será simplesmente impossível. Se cada membro do grupo tivesse um direito diferente, baseado em fatos diferentes, com material probatório diferente, invocando uma causa de pedir diferente, não haveria possibilidade de uma tutela uniforme. Aliás, não se poderia sequer falar em existência de um ‘grupo’, no sentido dado à expressão pela *Rule 23*.³⁹

A lei pode dispensar a numerosidade, a tipicidade ou mesmo a representatividade adequada, com enormes prejuízos. Mas não poderá, sob qualquer fundamento, dispensar a existência de mínima de questões comuns porque, sem elas, não existirá nem mesmo uma controvérsia de natureza coletiva.⁴⁰

E, apesar de falta de consenso, admite-se, em linhas gerais, que haverá questão comum quando as circunstâncias do caso permitirem uma decisão unitária da controvérsia coletiva.⁴¹ E tanto é assim que a *Rule 23*, atenta à necessidade de decisão unitária da lide, prevê inclusive a possibilidade de processamento da *class action* apenas sobre a questão comum, deixando as questões individuais e heterogêneas para posterior apreciação em ações individuais (alínea (c) (4) (A)).

O caráter comum da questão de fato ou de direito pode recair sobre a pretensão individual das partes ou sobre a conduta ou defesa do réu. Não se exige que as situações individuais dos membros da classe sejam idênticas, bastando que as eventuais peculiaridades de cada membro não prejudiquem a existência de um núcleo da controvérsia comum ao grupo, que será objeto da ação coletiva.

³⁹ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 80.

⁴⁰ ROQUE, André Vasconcelos, *Class actions: Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* JusPodium: Salvador, 2013, p. 118.

⁴¹ GIDI, Antonio. op. cit., p. 81.

Diante do caso concreto, pode o magistrado averiguar, por exemplo, a existência de questões de fato comuns, mas submetidas a regimes jurídicos diversos. Assim, ao invés de simplesmente não aceitar o processamento da *class action*, poderá o juiz determinar o desmembramento do grupo em classes menores e subclasses, de forma a garantir, então, que, nestes pequenos grupos, seja devidamente preenchido o requisito da existência de questões comuns necessário para o acesso das partes ao processo coletivo, como inclusive permitido pela alínea (c) (4) (B) da *Rule 23*.

2.3.3. Tipicidade

Outro requisito exigido pela *Rule 23* para o cabimento das ações coletivas é a tipicidade, consistente na coincidência que deve haver entre os pedidos e/ou defesa dos representantes e dos representados. É dizer: além de comprovar a existência de uma questão comum entre os membros do grupo, é necessário que o representante tenha os mesmos interesses e tenha sofrido o mesmo ilícito que os demais, sendo ele próprio um dos membros desse grupo.⁴²

É neste sentido, então, que se afirma que a tipicidade nada mais é que o requisito da questão comum (ou *commonality*) visto pela perspectiva interna do processo, entre representante e representados, ainda que estes critérios não possam ser confundidos, diante das consequências processuais distintas que acarretam:

Percebe-se facilmente que ocorre uma sobreposição entre os requisitos da tipicidade e da *commonality* por evidentes motivos. Os dois critérios verificam a existência de questões comuns, sob diferentes perspectivas: o primeiro, entre representantes e membros ausentes; o segundo, na classe inteira. Quando um tribunal reconhece existir tipicidade, logicamente existirão questões em comum. Por outro lado, se um juiz parte das pretensões individuais do representante para determinar a *commonality*, estará promovendo também um exame de tipicidade. Mesmo assim, os dois requisitos não podem ser confundidos, dadas as diferentes consequências processuais: se não existir questão comum, a ação não poderá ser certificada como coletiva; por outro lado, se as pretensões e defesas do representante não forem típicas do grupo, ainda será possível a sua substituição para salvar a *class action*.⁴³

⁴² GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 89.

⁴³ ROQUE, André Vasconcelos, *Class actions*: Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles? JusPodium: Salvador, 2013, p. 124.

A necessidade de o representante ser membro da classe que pretende defender em juízo pode ser melhor compreendida sob a perspectiva individualista e egoística de que, apenas é possível se admitir que o representante tutelar adequadamente o direito envolvido na ação coletiva acaso também tenha sido individualmente lesado, pois “o individualismo presente na cultura americana só admitiria que alguém representasse os interesses de outrem se, fazendo isso, estivesse protegendo também os seus próprios interesses”.⁴⁴

Hipótese prática de aplicação deste requisito pode ser extraída do caso *DuPree v. United States*⁴⁵, em que foi negado o pedido de intervenção do cônsul do México em ação coletiva proposta por cidadãos mexicanos detidos em prisões americanas, na medida em que o representante não havia sofrido o ilícito objeto da ação e, portanto não ostentaria a tipicidade necessária para participar da *class action*.

2.3.4. Representação adequada

O último requisito constante da alínea (a) da *Rule 23* consiste na representação adequada por parte daquele(s) que vem a juízo na defesa dos interesses e direitos da classe representada.

Trata-se do mais importante pressuposto de cabimento das *class actions*, na medida em que é diretamente vinculado à garantia constitucional do devido processo legal. Consoante cediço, o devido processo legal, em sua concepção tradicional, exige “que os litigantes tenham oportunidade de tomar ciência dos atos processuais que lhe afetem a situação jurídica e que possam apresentar suas razões para influenciar as decisões judiciais a serem proferidas no curso da ação”.⁴⁶

As *class actions*, no entanto, representam uma ruptura desta concepção, na medida em que, por razões de economia e efetividade processual, se permite o ajuizamento de ações de natureza representativa, em que uma ou mais pessoas vêm a juízo representando não apenas

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 94.

⁴⁵ *DuPree v. United States*, 559 F.2d 1151 (9th Cir. 1977) Disponível em: <http://www.leagle.com/decision/19771710559F2d1151_11557>. Acesso em 22 out. 2013: “When the suit takes the form of a class action, Article III requires that **the representative or named plaintiff must share the same injury or threat of injury**. *Warth v. Seldin*, *supra*, 422 U.S. at 502, 95 S.Ct. 2197; *O’Shea v. Littleton*, *supra*, 414 U.S. at 494, 94 S.Ct. 669. As was said in *Sosna v. Iowa*, [419 U.S. 393](#), 403, 95 S.Ct. 553, 559, 42 L.Ed.2d 532 (1975), “**A litigant must be a member of the class which he or she seeks to represent at the time the class action is certified ...**” (grifo nosso).

⁴⁶ ROQUE, André Vasconcelos, *Class actions: Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* JusPodium: Salvador, 2013, p. 131.

seus direitos, mas também os direitos de uma classe que poderá ser afetada ou prejudicada pela conduta objeto do processo.

Neste cenário, para que a vinculação dos representados que não intervêm diretamente no processo não significasse ofensa ao devido processo legal, era necessário que a ordem jurídica estabelecesse algum instrumento de controle da atuação do representante, com a dupla função de assegurar que a conduta do representante estivesse alinhada com o interesse das partes, bem como garantir que a sentença pudesse vincular a todos os representados. Assim, restou instituído o requisito da representação adequada, que visa justamente a aferir se o representante defendeu de forma justa e adequada os interesses dos representados, pois, apenas nesta hipótese, a esfera jurídica dos representados poderá ser afetada pela decisão judicialmente prolatada.

Em outras palavras, pode-se dizer que a representação adequada estará presente se a atuação do representante for tal que, acaso os representados tivessem comparecido individualmente em juízo, obteriam, provavelmente, o mesmo resultado final.⁴⁷ Logo, sendo adequada a representação, autorizada restará a vinculação dos representados, sem que isto represente afronta ao devido processo legal. E, acaso seja inadequado o representante, sequer existirá representação, na medida em que os representados não estarão vinculados à decisão proferida:

Os membros ausentes são considerados partes no processo na exata medida em que estão sendo adequadamente representados em juízo (*party by representation*). Assim, pode-se dizer que a adequação faz parte integrante do conceito de representação. Se o representante não tutela adequadamente os interesses dos membros ausentes, ele é um não-representante. Em tese, não poderia sequer se conceber um conceito de ‘representação inadequada’: ou a representação é adequada ou não houve representação, e, sem representação, não foi respeitado o direito dos membros de serem ouvidos em juízo.⁴⁸

⁴⁷ Isto não significa, contudo, que o representante esteja obrigado a assegurar a vitória à classe representada: “Em termos práticos, isso seria o mesmo que dizer que a ação coletiva apenas formaria coisa julgada em favor do grupo, jamais contra o mesmo, hipótese que foi categoricamente rechaçada do direito norte-americano por ocasião da reforma ocorrida no ano de 1966, em que se reestruturou a Regra 23 para pôr fim à prática conhecida como *one-way intervention*. Na sistemática atual, a parte adversa também possui o direito de vincular o grupo ao resultado da ação coletiva. Além disso, nada garante que os membros representados saíam vencedores se tivessem ingressado com demandas individuais. Para fins de representatividade adequada, basta que sejam trazidas para o processo todos os reais interesses dos membros ausentes.” (ROQUE, André Vasconcelos, *Class actions: Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* JusPodium: Salvador, 2013, p. 133).

⁴⁸ ROQUE, André Vasconcelos. *Ibidem*, p. 101.

Diante de toda a relevância desta condição, que garante a oponibilidade da sentença aos representados, extrai-se que é dever de ofício do juiz garantir e verificar a representatividade adequada do autor em todas as fases processuais, e mesmo após a extinção do feito, pois, acaso comprovado pelo interessado que não foi devidamente representado por aquele que veio a juízo, não estará sujeitos aos efeitos da sentença e da coisa julgada sobre ela formada.

Deve-se também mencionar que existe uma estreita correlação entre a representatividade adequada e o requisito da tipicidade, que conduz à verdadeira presunção de representação adequada. Isto porque, considerado que o autor está em juízo na defesa de seus próprios interesses, que coincidem com os interesses do grupo, forçoso que se conclua que o requerente irá empenhar todos seus esforços para sair vencedor na ação, de modo que se presume, a princípio, que ele defenda adequadamente os direitos dos representados. Todavia, a veracidade desta presunção pode ser contestada a qualquer momento, pela parte adversária, pelo advogado do grupo, de ofício pelo magistrado e por quem mais tenha interesse na lide.

Como a representação adequada é instrumento que visa justamente à proteção dos interesses daqueles que não intervêm diretamente no processo, mas cuja esfera jurídica poderá ser afetada pelo provimento jurisdicional buscado pelo autor, não é demais lembrar que é da lógica do sistema norte-americano que, aquele que vem a juízo como representante de uma classe ou grupo o faz independentemente de qualquer autorização ou anuência dos representados, que, apenas sofrerão os efeitos da sentença acaso o autor seja um representante adequado da classe.

O critério da representação adequada é composto por dois elementos distintos, a saber: (i) a possibilidade de assegurar a vigorosa tutela dos interesses dos membros ausentes e (ii) a ausência de conflito entre o representante e o restante da classe, e que devem ser analisados tanto em relação à figura do representante, como do advogado do grupo.⁴⁹

(i) A vigorosa tutela

A vigorosa tutela por parte do representante têm se manifestado de menor importância, eis que, no âmbito da prática, os Tribunais têm considerado os advogados o verdadeiro *dominus litis*. Não obstante, a doutrina continua a defender a configuração da vigorosa tutela por parte do representante da classe, o que deve ser feito diante do caso concreto e não exige que o representante seja perfeito ou o melhor membro disponível, mas apenas aquele capaz de

⁴⁹ Em 2003 houve emenda que, expressamente, alterou a *Rule 23 (g) (1) (B)*, para exigir expressamente que o advogado represente adequadamente os interesses do grupo – e não do representante do grupo ou de outros membros individuais da classe.

defender adequadamente os direitos envolvidos no litígio. Havendo eventual disputa entre quem será o representante, caberá ao juiz definir quem tem melhores condições de representar adequadamente os membros ausentes do processo.

Dentre as questões geralmente suscitadas como impugnação à capacidade de defesa vigorosa por parte do representante, podemos destacar:

- Inadequação de representantes que deduzem pretensões de reduzido valor econômico, pois não teriam atrativos suficientes para participar de forma ativa na ação coletiva. Trata-se, contudo, de entendimento não acolhido pelos Tribunais, na medida em que um dos principais objetivos das *class actions* é justamente viabilizar a defesa de pretensões, que, individualmente consideradas, não seriam atrativas, mas que se tornam relevantes ao se considerar que afetam número expressivo de pessoas;
- A inadmissibilidade da ação coletiva quando o representante não tem conhecimentos específicos sobre os fatos debatidos na ação coletiva. A jurisprudência entende, no entanto, que pessoas pouco instruídas também estariam autorizadas a ajuizarem as *class actions*.
- Alegações pessoais contra o representante, como desonestidade e cometimento pretérito de crimes, que apenas têm sido aceitas no caso de guardarem nexos diretos com o interesse coletivo que se pretende defender na ação.

De todo modo, o entendimento predominante é no sentido de que somente será admitida a ausência de vigorosa tutela pelo representante quando forem apresentados fatos ou indícios concretos, que revelem a inadequação do autor para defender os interesses dos demais representados.⁵⁰

Sob o ponto de vista dos advogados, a vigorosa tutela vem sendo cada vez mais exigida, na medida em que é ele que toma as principais decisões estratégicas na condução das ações coletivas e, principalmente após a reforma de 2003, que incluiu expressamente a necessidade de averiguação da adequação do advogado na Rule 23 (g) (1) (C).

Deste modo e apesar de militar presunção de defesa adequada a favor dos advogados, deve o juiz, diante do caso concreto, analisar a experiência do advogado na seara das ações coletivas e outros processos complexos, o conhecimento técnico e competência do advogado, bem como sua disponibilidade de recurso, tempo e infra-estrutura para o acompanhamento da demanda, além de sua conduta ética.

⁵⁰ ROQUE, André Vasconcelos. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 143.

Deve-se destacar ainda que a mera improcedência dos pedidos formulados na ação coletiva não implica na ausência de vigorosa tutela por parte do advogado, que, consoante afirmado acima, deve ser verificada no caso concreto e em face de indícios concretos.

(ii) A ausência de conflito entre representante e representados

A aferição da representatividade adequada envolve, ainda, o exame da ausência de conflito entre o representante e o grupo e entre o advogado e o grupo.

Isto porque, além da necessidade de questões comuns entre o representante e o grupo e da tipicidade da pretensão ou defesa deduzida pelo representante, é necessário que os interesses do representante estejam em sintonia com os interesses do grupo⁵¹, o que é definido por Antonio Gidi como “interesses comuns nas questões comuns”.⁵²

Acaso inexista esta harmonia de propósitos, cabe ao juiz limitar a ação aos que não estão em conflito com a orientação adotada pelo representante e, mesmo que assim não proceda, eventual coisa julgada não será oponível àqueles que discordavam da postura do representante, eis que, quanto a eles, inexistirá representação adequada.

O conflito de interesses que afeta a representação adequada não pode ser meramente hipotético, devendo ser concreto e efetivo. Ademais, não se exige pleno e absoluto consenso entre todos os representados para a validade da ação coletiva, pois, como bem ponderado no caso *Blackie v. Barrack*⁵³, os requisitos da adequada representação e da tipicidade não exigem absoluta identidade de interesses, sendo preciso comparar a seriedade e extensão dos conflitos existentes com a importância das questões que unem o grupo ao objetivo comum⁵⁴.

Desta forma, defende a doutrina que cabe ao juiz o papel de atuar para fins de minimizar ou evitar os efeitos de conflitos internos ao grupo, assegurando, então a representatividade adequada do representante, por meio da limitação ou divisão do grupo, convocação de outros representantes, redução do objeto da ação (para abranger apenas os pontos incontroversos no âmbito do grupo), etc. Assim, como regra geral, estabelece-se que apenas os conflitos fundamentais e inconciliáveis quanto à pretensão podem afetar a adequada representação do réu.

⁵¹ KAPLAN, Benjamin, Continuing work of the civil comitee: 1966 amendments of the Federal Rules of Civil Procedure (I), *Harvard Law Review*, v. 81, p. 387, nota 120 apud ROQUE, André Vasconcelos. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 145.

⁵² *Ibidem*, p. 113.

⁵³ Cf. *Blackie v. Barrack*, 524 F.2d891 (9th Cir. 1975), disponível em <http://www.leagle.com/decision/19751415524F2d891_11270>. Acesso em 28 set. 2013.

⁵⁴ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 117.

No que pertine aos conflitos existentes entre a classe e o advogado, a principal preocupação diz respeito às demandas que envolvam altas somas em dinheiro e que, portanto, envolvam o risco de os causídicos constituídos, atraídos por honorários que serão proporcionais ao valor da condenação, passem a defender interesses contrários aos do grupo representados, movidos apenas por interesses pecuniários.

A necessidade de averiguação da existência de conflitos também se faz necessária por ocasião da celebração de acordos, para que se evite, por exemplo, que o valor a ser pago pelo réu a título de indenização aos representados seja integralmente consumido como o pagamento dos honorários advocatícios e custas processuais.⁵⁵

Ainda na temática do conflito de interesses, diverge a jurisprudência norte-americana sobre a possibilidade de o advogado ser também membro da classe representada, ou seja, se haveria possibilidade de uma mesma pessoa cumular os papéis de advogado e representante. Todavia, em atenção à função do representante de controlar a atuação do advogado, para que a demanda possa cumprir à risca sua finalidade de tutela do direito do grupo, inclina-se o entendimento majoritário para não permitir esta cumulação das funções de advogado e representante em uma mesma pessoa.

2.4. Hipóteses de cabimento

Além da observância dos requisitos elencados na alínea (a), é igualmente necessário o atendimento dos pressupostos contidos na alínea (b), que estabelece as hipóteses de cabimento das ações coletivas, tradicionalmente identificadas pela doutrina como: (b) (1); risco de conflito de decisões; (b) (2) conduta uniforme do réu e (b) (3) predominância de questões comuns.

Segundo André de Vasconcelos Roque, a fixação legal das hipóteses de cabimento das *class actions* promovida na alínea (b) da *Rule 23* seria bastante similar à previsão legislativa do art 81 do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro. Todavia, o Brasil optou por adotar como critério a espécie de direitos protegidos, orientação abandonada pelos Estados Unidos da América desde 1966, quando passou a regular o cabimento das *class actions* de acordo com a espécie tutela processual postulada.⁵⁶

⁵⁵ Neste sentido, vide *Kamilewicz v. Bank of Boston*, 92 F.3d506 (7th Cir. 1996). Disponível em <<http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1210560.html>>. Acesso em 04 set. 2013.

⁵⁶ *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 158-159.

A alínea b (1) estabelece que uma ação pode desenvolver-se como *class actions* desde que presentes os requisitos da alínea (a) e se o ajuizamento de ações separadas por ou em face de membros do grupo faça surgir risco de que:

(A) as respectivas sentenças nelas proferidas imponham ao litigante contrário à classe comportamento antagônico; ou que

(B) tais sentenças prejudiquem, ou tornem extremamente difícil, a tutela dos direitos de parte dos membros da classe estranhos ao julgamento;

Como se pode ver, em (A) a preocupação volta-se para o prejuízo do litigante contrário à classe, evitando-se com isso que resultados divergentes em demandas individuais gerem incerteza quanto à forma de tratamento da classe como um todo⁵⁷, ao passo que em (B) a preocupação está com a adequada tutela dos membros da classe.

Exemplo clássico da hipótese (b) (1) (A) seriam as ações individuais que se voltam contra a cobrança de um determinado imposto. Como é possível a existência de decisões antagônicas – umas entendendo pela regularidade do imposto, outras assentando que nada seria devido –, o caminho mais simples para a harmonização dos entendimentos diversos e para evitar controvérsias práticas seria admitir a demanda como ação coletiva, desde que, claro, também presentes os requisitos da alínea (a).⁵⁸

Já a hipótese (b) (1) (B) está presente quando existem diversas demandas individuais visando obter indenização de um fundo limitado, em razão de um mesmo fato. Aqueles que ajuizarem as ações mais rapidamente terão mais condições de obter a satisfação de seus direitos, em detrimento daqueles que demorarem na propositura da demanda, que, certamente, podem correr o risco de nada mais receber, em virtude do consumo de todos os recursos dos fundos. Assim, o tratamento coletivo das demandas individuais neste caso, portanto, terá o papel de minorar ou evitar a injustiça de uma situação como esta.⁵⁹

A situação prevista na alínea (b) (2), por sua vez, diz respeito a contexto em que o litigante contrário à classe atuou ou recusou-se a atuar de modo uniforme perante todos os membros da classe, impondo-se um “mandado de injunção” (*injunctive relief*) ou “decisão declaratória” (*declaratory relief*) em relação à classe globalmente considerada.

É o caso, portanto, das ações que envolvem os *civil rights* ou direitos fundamentais, cabíveis, portanto, em caso de discriminação racial, sexual, religiosa, poluição ambiental, etc.

⁵⁷ DINAMARCO, Pedro. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 150.

⁵⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta in *Revista de processo*, v. 21, n. 82, p. 92-151, abr./jun. 1996.

⁵⁹ DINAMARCO, Pedro. op. cit., p. 150.

No entanto, não se admite, nesta espécie, a formulação de pedido de caráter patrimonial como pedido principal.⁶⁰ E, como anota Pedro Dinamarco, trata-se de hipótese muito similar às ações civis públicas para defesa de direitos e interesses difusos.⁶¹

A última hipótese e também mais comum das *class actions* encontra-se prevista na alínea (b) (3), que estabelece a pertinência da ação coletiva quando o tribunal entende que as questões de direito e de fato comuns aos componentes da classe sobrepujam as questões de caráter estritamente individual, e que a *class action* constitui o instrumento de tutela que, no caso concreto, mostra-se mais adequado para o correto e eficaz deslinde da controvérsia. Na análise de todos esses aspectos, o tribunal deverá considerar:

- (A) o interesse individual dos membros do grupo no ajuizamento ou na defesa da demanda separadamente;
- (B) a extensão e o conteúdo das demandas já ajuizadas por ou em face dos membros do grupo;
- (C) a conveniência ou não da reunião das causas perante o mesmo tribunal;
- (D) as dificuldades inerentes ao processamento da demanda na forma de *class action*.

Diante destas exigências, tem-se que estas ações, também chamadas de *commom question* ou *damages class action*, envolvem a análise de quatro fatores principais, mas não exaustivos: (i) análise de qual é o interesse dos membros da classe em proporem ou se defenderem em ações individuais; (ii) extensão e a natureza de litígios, já iniciados ou não, pelos sujeitos que poderiam dar ensejo à formação de uma classe, ou em face dos mesmos; (iii) a conveniência de concentrar o litígio perante um só juízo, que seja apto para resolução da controvérsia, implicando que tal medida minimize a potencialidade de duplicação de esforços (economia processual), bem como a possibilidade de decisões contraditórias (segurança jurídica); (iv) as dificuldades de ser administrada ou gerenciada a ação na forma de *class action*.⁶²

Trata-se, portanto, de espécie processual que visa justamente tutelar aquelas hipóteses em que os valores envolvidos não justificariam a propositura de ações individuais, geralmente decorrentes de violação em massa de direitos, tão comuns no bojo da atual sociedade de

⁶⁰ “However, the mere fact that the complaint requests an award of damages in addition to injunctive or declaratory relief does not defeat a Rule 23 (b) (2) class action, as long as the damages sought are viewed as incidental.” (FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay e MILLER, Athur R.. *Civil Procedure*, St. Paul, West Publishnig Co., 1985 apud BUENO, Cassio Scarpinella. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta* in *Revista de processo*, v. 21, n. 82, p. 92-151, abr./jun. 1996.)

⁶¹ *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 152.

⁶² BUENO, Cassio Scarpinella. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta* in *Revista de processo*, v. 21, n. 82, p. 92-151, abr./jun. 1996.

consumo. Ademais, segundo observa Cassio Scarpinella Bueno, o modelo desta alínea (b) (3) é a fonte de inspiração do legislador brasileiro para o instrumento previsto nos artigos 91 a 100 do CDC, destinado à tutela dos direitos individuais homogêneos.

Assentadas, então, as premissas básicas das hipóteses de cabimento das *class actions*, é importante que se anote que “a grande importância em estabelecer categorias de *class actions* está em distinguir as hipóteses admissíveis nas categorias (b) (1) e (b) (2), de um lado, e (b) (3) de outro.”⁶³

Isto porque, consoante se extrai da alínea (c) (3) da *Rule 23*, nas duas primeiras hipóteses, trata-se de *mandatory class actions*, em que a sentença proferida vinculará todos os integrantes da classe, não se admitindo, via de regra, o exercício do direito de auto-exclusão. Já no que tange às ações previstas em (b) (3), é sempre permitido o exercício do direito de auto-exclusão, que por sua vez, depende da adequada notificação dos membros ausentes, de modo se trata das ações conhecidas como *opt-out class actions* ou *non-mandatory class actions*.

Uma vez satisfeitas as condições previstas nas alíneas (a) e (b), deve, portanto, ser a demanda certificada como uma *class action*, na esteira do que determina a alínea (c) (1) da *Rule 23*.

2.5. A legitimação das associações civis para o ajuizamento das *class actions*

Nos Estados Unidos da América, a liberdade de associação é de tal modo ampla que, em 1835, Alexis de Tocqueville anotou que “o uso deste direito passou hoje para os hábitos e costumes”, tornando-se “uma garantia necessária contra a tirania da maioria”.⁶⁴ Muito embora a Constituição americana contemple expressamente apenas a liberdade de reunião (“*the right of the people peaceably to assemble*”), inexistem dúvidas de que a liberdade de associação também é albergada constitucionalmente, estando inclusive implicitamente compreendida na primeira e na décima quarta emendas à Constituição Americana.⁶⁵

⁶³ ROQUE, A *class action* como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 159.

⁶⁴ Da *democracia na América*. Porto: Rés, [s.d.], p. 40-43 apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 392.

⁶⁵ GUTMANN, Amy. *Freedom of association*. New Jersey: Princeton University Press, 1998, p. 17 apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 392-393.

De todo modo, a relevância do direito de livre associação é de tão evidente nos sistemas democráticos, que esta previsão encontra-se inserida nos principais tratados internacionais de direitos humanos. Donde se extrai inexistirem dúvidas quanto à plena aplicabilidade deste direito ao sistema norte-americano.

No caso específico dos Estados Unidos, o que se vê é, desde os idos do século XIX, uma sociedade plenamente mobilizada e consciente do poder de organização e mobilização dos grupos sociais, o que aumenta a relevância e o papel social das associações, cuja intervenção nos processos coletivos é vista pela doutrina como instrumento de pressão e de incentivo à resolução da controvérsia objeto da lide:

[...] a presença das associações no processo pode criar condições favoráveis para a concessão de medidas liminares, bem como para a negociação e celebração de acordos, além da possibilidade de melhor organização dos interesses de toda classe em torno da estrutura institucional de uma associação conhecida.⁶⁶

Como se viu até aqui, as ações coletivas são, via de regra, propostas por pessoas que integram uma determinada coletividade e que devem demonstrar ser titulares do direito ofendido, que a sua defesa é comum aos demais membros da classe, que representam adequadamente os interesses dos membros ausentes e que o litisconsórcio é impraticável.

Assim, uma análise preliminar do sistema norte-americano de processo coletivo revelaria que a iniciativa das ações coletivas estaria restrita aos particulares, não sendo possível a iniciativa das *class actions* por parte de entes públicos ou entidades privadas – a exemplo dos sindicatos e associações civis –, na medida em que o requisito da tipicidade exige que o autor da demanda seja membro da classe que representa em juízo. Ou, quando muito, poder-se-ia admitir que as associações estariam autorizadas a ajuizar ações apenas nas hipóteses em que elas mesmas tivessem sofrido o prejuízo ou lesão deduzida no processo coletivo – integrando, portanto, o próprio grupo de interessados na ação coletiva.

Dá se extrai, portanto, que, ao se levar em conta a concepção de legitimidade insculpida no art. 6º do Código de Processo Civil Brasileiro, segundo a qual é legitimado ordinário aquele que vem a juízo na defesa de seu próprio direito, deve-se reconhecer, que, como as *class actions* devem ser ajuizadas pelos próprios titulares dos direitos deduzidos na

⁶⁶ CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert H. *Newbweg on class actions*. 4. ed. St. Paul: Thomson West, 2002, v. 1, p. 487 apud ROQUE, André Vasconcelos. *Class actions: Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* JusPodium: Salvador, 2013, p. 92.

demanda coletiva (requisito da tipicidade), a regra do sistema de processo coletivo norte-americano é a legitimidade ordinária.

No entanto, apesar de a legitimidade ordinária ser a regra na temática das ações coletivas, o Direito norte-americano atribui às associações uma legitimidade específica, conhecida como representacional (*associational, representational* ou *derivative standing*), que autoriza as entidades associativas a agirem em juízo em nome dos seus afiliados e na defesa dos interesses destes.⁶⁷

Essa legitimidade também é aceita no âmbito das *class actions*, provocando inclusive a derrogação do critério da tipicidade⁶⁸, na medida em que a associação não será membro do grupo lesado, mas apenas seus associados. Todavia, a jurisprudência prevê uma série de requisitos que devem ser preenchidos para que se admita a legitimidade representacional das associações na seara das ações coletivas.

O caso *Warth v. Seldin* (1975)⁶⁹ é um expoente usualmente invocado pelos Tribunais, na medida em que consiste em um dos primeiros julgados em que esta temática foi apreciada pela Suprema Corte.

Em resumo, pode-se dizer que se tratou de ação coletiva ajuizada por particulares e associações residentes em *Rochester*, região metropolitana de Nova Iorque, impugnando a nova política de zoneamento adotada por *Penfield*, cidade adjacente à *Rochester*. No entender dos autores, o zoneamento promovido implicaria na exclusão efetiva da possibilidade de pessoas de baixa e moderada renda morarem na cidade de *Penfield*, o que violaria diversos dispositivos legais e afetaria os moradores da cidade de *Rochester*, que estariam sendo prejudicados pelo aumento dos tributos cobrados. As associações autoras, por sua vez – a exemplo da *Rochester Home Builders Association* e da *Home Builders* – alegaram que as novas regras de zoneamento impediriam seus membros de construir casas populares em *Penfield*, o que os privariam de lucros potenciais.

A Corte Distrital e a Corte de apelação não admitiram a certificação da ação como coletiva, eis que os autores não seriam partes legítimas e que não restou demonstrada a existência de efetiva controvérsia a justificar a intervenção judicial, orientação esta que foi

⁶⁷ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 126. Cf. *National Motor Freight Assn. v. United States*, 372 U.S. 246 (1963): “Even in the absence of injury to itself, an association may have standing solely as the representative of its members.”

⁶⁸ Em verdade, entende-se que, sendo lesados os interesses dos membros da associação, a associação também estaria sendo lesada. Neste sentido, cf. GIDI, Antonio. op. cit., p. 127.

⁶⁹ *Warth v. Seldin*, 422 US 490 (1975). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0422_0490_ZS.html>. Acesso em 11 out. 2013.

mantida pela Suprema Corte, porquanto nenhum dos autores conseguiu demonstrar que seria uma parte interessada em invocar a resolução judicial da disputa e o exercício dos poderes próprios das Cortes de Justiça.⁷⁰

Ao fundamentar sua decisão, a Suprema Corte iniciou tecendo relevantes considerações sobre o conceito de legitimação, que foi definida como o direito do litigante de ver a Corte decidir o mérito do litígio ou de suas questões particulares. Afirma que, na sua dimensão constitucional, legitimidade implicaria em *justiciability*. Assim, deve-se perquirir se a parte que vem juízo tem participação/interesse pessoal na resolução da controvérsia. Logo, a jurisdição de uma Corte Federal apenas poderia ser invocada quando a parte estiver ameaçada ou sofrer dano diretamente resultante de uma ação putativamente ilegal.

No entanto, haveriam outras restrições ao direito de invocar um decisão judicial:

a) Se o dano for generalizado, este dano, individualmente considerado, não autoriza o exercício da jurisdição;

b) A parte deve pleitear com base em seus próprios direitos e interesses, não podendo justificar seu pleito com base em interesses e direitos de terceiros.

Assim, concluiu a Corte pela falta de legitimidade de alguns dos autores pessoas físicas, pois não demonstraram seus prejuízos próprios, nem a existência de algum interesse atual e efetivo em propriedades na cidade de *Penfield*, se limitando a demonstrar o prejuízo de terceiros, o que não lhes daria legitimidade.

Ademais, as pessoas físicas que alegaram prejuízo decorrente do aumento dos tributos de *Rochester* não conseguiram demonstrar que este aumento decorreu das mudanças do zoneamento de *Penfield*, de modo que eventual descontentamento deve ser diretamente debatido com as autoridades de *Rochester*, que não foram parte da ação.

No caso específico das associações, ressaltou que não há dúvidas de que a associação tem legitimidade para pleitear em juízo a defesa de seus direitos e reparação dos danos por ela sofridos. Ademais, a associação também teria legitimidade para defender os direitos de seus associados, desde que as infrações afetem os vínculos institucionais da própria associação.

Assim, na ausência de um dano a si mesma, a legitimidade da associação se justifica como representante de seus membros. Mesmo nesta hipótese, continua valendo a necessidade de uma controvérsia, de modo que a legitimidade da associação depende que demonstre que algum de seus membros está ameaçado ou sofreu dano. Para além, é também necessário que a

⁷⁰ No original: “It is the responsibility of the complainant clearly to allege facts demonstrating that he is a proper party to invoke judicial resolution of the dispute and the exercise of the court’s remedial powers. We agree with the District Court and the Court of Appeals that none of the petitioners here has met this threshold requirement.”

natureza do litígio ou da providência pedida não dependa da participação individual de cada um dos associados, de modo que, via de regra, apenas são admitidas providências de natureza declaratória ou de injunção.

Presentes essas condições, será a associação uma representante adequada de seus membros e, portanto, legitimada a comparecer em juízo.

Contudo, as associações não demonstram a existência destas condições no presente caso, especialmente no que tange à demonstração de dano ou perigo de dano efetivo a seus membros, de modo que a ação não foi admitida, por falta de legitimidade.

Estes requisitos de legitimidade das associações para defesa de seus membros foram novamente invocados em 1977, no julgamento do caso *Hunt v. Washington State Apple Advertising Commission*⁷¹.

Esta demanda foi ajuizada por uma comissão formada por plantadores e comerciantes de maçã no Estado de Washington questionando a constitucionalidade de Lei do Estado da Carolina do Norte que determinava que as maçãs comercializadas neste Estado poderiam ser marcadas segundo os parâmetros federais ou sem marcação alguma, restando proibidas as classificações mais rigorosas de Washington, que visavam justamente atestar a qualidade superior de suas maçãs. A autora defendia que esta Lei Estadual prejudicava o livre comércio, além de afetar a comercialização interestadual das maçãs de Washington. A pretensão foi acolhida pela Corte Federal Distrital, que invalidou a regulamentação do Estado da Carolina do Norte, pois promoveria a discriminação inconstitucional do comércio interestadual.

A Suprema Corte, ao analisar a controvérsia, fez remissão ao caso *Warth v. Seldin*, reiterando a possibilidade de as associações agirem como representantes de seus membros, mesmo à míngua de dano a elas próprias. Para tanto, seria necessário que se demonstrasse que, ao menos um de seus membros estaria sofrendo ou ameaçado de dano em razão da conduta do réu.

No entanto, a associação, agindo como representante de seus associados, não estaria autorizada a pleitear por qualquer espécie de provimento, mas apenas àqueles que independem de participação individual dos envolvidos – a exemplo de pretensões de natureza declaratória e de injunção – restando, vedadas, portanto, pretensões de natureza condenatória/pecuniária. Assim, uma vez presentes estas condições, a associação autora poderia ser

⁷¹*Hunt v. Washington Apple Advertising Commission*, 432 US 333 (1977). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0432_0333_ZS.html>. Acesso em 13 out. 2013.

considerada parte legítima para ajuizamento de *class action* em favor de seus membros (*associational standing*):

The prerequisites to "associational standing" described in *Warth* are clearly present here. The Commission's complaint alleged, and the District Court found as a fact, that the North Carolina statute had caused some Washington apple growers and dealers (a) to obliterate Washington State grades from the large volume of closed containers destined for the North Carolina market at a cost ranging from 5 to 15 cents per carton; (b) to abandon the use of preprinted containers, thus diminishing the efficiency of their marketing operations; or (c) to lose accounts in North Carolina. **Such injuries are direct and sufficient to establish the requisite "case or controversy" between Washington apple producers and appellant.** Moreover, **the Commission's attempt to remedy these injuries and to secure the industry's right to publicize its grading system is central to the Commission's purpose of protecting and enhancing the market for Washington apples.** Finally, **neither the interstate commerce claim nor the request for declaratory and injunctive relief requires individualized proof, and both are thus properly resolved in a group context.** (grifo nosso)

Houve discussão sobre o fato de que o autor não era uma associação propriamente dita, mas sim uma agência/comissão estatal. No entanto, a Suprema Corte entendeu que mesmo com esta natureza de agência, a autora, em termos práticos, desempenhava as funções de uma associação tradicional, pois seu propósito era de proteção e promoção da indústria de maçãs de Washington. Assim, estaria autorizada a perseguir os interesses dessa classe em juízo. Ressalvou também que mesmo que os plantadores e comerciantes de maçã não fossem membros diretos da Comissão, os indícios revelam a existência de participação na organização, principalmente porque esta era custeada pelos próprios plantadores e comerciantes. Finalizaram asseverando a existência de interesses próprios da Comissão no litígio, eis que seus recursos provêm da venda das maçãs. Assim, se há diminuição desta venda, resta conseqüentemente prejudicada a receita da Comissão. E, por estes motivos, foi reconhecida a legitimidade da comissão autora para defender os interesses de seus membros em juízo.

No mérito, a Suprema Corte entendeu que a lei impugnada violava o comércio e acarretava discriminação quanto às maçãs de Washington, mantendo, portanto, a decisão proferida pela Corte Federal Distrital.

Outro relevante caso apreciado pela Suprema Corte está presente em *Sierra Club v. Morton*⁷². Trata-se de ação proposta pela associação *Sierra Club* com especial interesse na conservação dos parques nacionais e florestas dos Estados Unidos da América, buscando a declaração de que o empreendimento violaria leis e atos regulatórios de preservação de parques nacionais e florestas, bem como injunção para impedir a aprovação de um empreendimento comercial da *Walt Disney Enterprises Inc.* a ser instalado no *Sequoia National Forest*, situado no *Mineral King Valley*. A autora baseou-se na teoria de que o ato atacado na ação era público e envolvia questões concernentes ao adequado uso de recursos naturais, além de promover a mudança da estética e ecologia da área afetada. Deste modo, não alegou que o empreendimento iria afetar os interesses específicos da associação e de seus membros.

A Corte Distrital deferiu injunção preliminar, para impedir a aprovação do empreendimento, no entanto, esta decisão foi reformada pela Corte de Apelação, ao argumento de que a associação autora não era parte legítima, porquanto não havia demonstrado o dano irreparável supostamente sofrido por ela ou seus membros⁷³.

A Suprema Corte, ao analisar o caso, entendeu pela necessidade de demonstração efetiva do dano sofrido pelos membros da associação. Entendeu que os impactos ambientais do empreendimento da Disney não seriam sentidos de forma indiscriminada por todos os cidadãos, de modo que seria necessário identificar o dano concreto daqueles que efetivamente usam o parque nacional e dependem dele para o exercício de suas atividades.

Não se nega que o bem estar ambiental e ecológico seja um interesse compartilhado por muitos e digno de proteção pela via do processo judicial. Todavia, o fundamento legal que embasa o pedido da autora e que justifica sua legitimidade exige a presença de dano efetivo e concreto (*injury in fact*), o que determina que a parte que vem a juízo também esteja entre os diretamente prejudicados. No entanto, a autora jamais demonstrou que os seus membros usariam a região para algum propósito, nem mesmo para alguma finalidade que pudesse ser afetada pelo empreendimento comercial a ser erguido na região, o que então revelaria que a

⁷²*Sierra Club v. Morton*, 405 US 727, 739 (1972) Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/727/case.html>>. Acesso em 13 out. 2013.

⁷³“Held: A person has standing to seek judicial review under the Administrative Procedure Act only if he can show that he himself has suffered or will suffer injury, whether economic or otherwise. In this case, where petitioner asserted no individualized harm to itself or its members, it lacked standing to maintain the action.” (*Sierra Club v. Morton*, 405 US 727, 739 (1972) Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/727/case.html>>. Acesso em 13 out. 2013.)

associação autora não tem legitimidade para propor a ação coletiva, à míngua de demonstração de danos concretos sofridos por ela ou por seus membros.

Como se pode ver, então, a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana revela que a legitimidade das associações para representação dos seus membros (*representational standing*) dependerá do atendimento das seguintes condições:

- a) Pelo menos um dos membros do ente associativo deve ter sofrido ou estar ameaçado pelo dano a ser objeto da ação coletiva;
- b) Os interesses envolvidos na demanda devem se relacionar aos fins institucionais da associação;
- c) O remédio processual postulado não deve depender da participação individual dos membros da associação, não se admitindo, portanto, pretensões de natureza condenatória, mas apenas declaratórias ou de injunção.

É neste sentido, então, que se afirma que, nas ações coletivas ajuizadas por associações, o juízo de admissibilidade a ser feito restringe-se aos aspectos acima, que se mostram suficientes para autorizar o processamento da demanda como *class action*. Em verdade, pode-se até mesmo dizer que referidas condições exercem a mesma finalidade dos requisitos da alínea (a) da *Rule 23*, eis que visam justamente a garantir a efetividade proporcionada pela ação coletiva, sem que isto implique em ofensa aos membros ausentes e ao devido processo legal.

Assim, a existência de pelo menos um dos membros da associação na situação objeto da ação, a pertinência entre o tema deduzido na ação e os fins da associação, bem como a desnecessidade de participação individual dos membros são critérios que visam justamente garantir que as associações irão ser representantes adequadas dos direitos de seus membros e de que apenas lesões efetivas ou ameaças fundadas (*controversies*) serão trazidas à apreciação judicial, obstando-se, com isso a propositura de demandas com caráter eminentemente abstrato.

Neste contexto, a legitimidade para as *class actions* norte-americanas pode ser assim representada:



Assim, e com base nos exemplos trazidos à apreciação, pode-se concluir que, no sistema norte-americano, a legitimidade das associações, em verdade, restringe-se às pretensões relacionadas a direitos essencialmente coletivos.

Com efeito, no caso *Warth v. Seldin*, as associações autoras da demanda proposta contra a nova política de zoneamento tinham o escopo de anular esta nova legislação, no interesse das empresas construtoras de casas populares. Esta pretensão de natureza constitutiva revela, portanto, o caráter coletivo do direito deduzido em juízo, eis que eventual provimento do pedido formulado acarretaria efeitos na esfera jurídica de todos os submetidos

à lei – e não apenas aos filiados da associação –, revelando ainda o caráter indivisível deste direito.

Este mesmo traço de indivisibilidade do direito revela-se igualmente presente no caso *Hunt v. Washington State Apple Advertising Commission*, em que a Comissão de plantadores e comerciantes de maçãs no Estado de Washington veio a júízo para questionar a constitucionalidade de Lei do Estado da Carolina do Norte que suprimia a eficácia das classificações mais rigorosas de Washington, as quais atestavam a qualidade superior de suas maçãs. Ao assim agir, o ente autor estava tutelando direito coletivo de todos os plantadores de maçã de Washington, eis que a providência buscada era justamente de natureza declaratória, não sendo possível declarar a inconstitucionalidade da Lei apenas para alguns e não para todos.

Do mesmo modo, em *Sierra Club v. Morton* verifica-se ser coletivo o direito envolvido na demanda, pois se trata de pretensão de anulação de ato que aprovou a instalação de empreendimento em área de Parque Nacional.

Desta forma, conclui-se que, as associações civis carecem de legitimidade para a defesa de pretensões de natureza condenatória, que visem à reparação de danos individualmente sofridos (direitos individuais homogêneos), os quais estão submetidas à regra geral do sistema, segundo a qual cabe àquele(s) indivíduo(s) que tenha(m) sofrido o dano ou a ameaça de dano ajuizar a pertinente ação individual ou a competente *class action*.

3. O PROCESSO COLETIVO NO BRASIL: AS ESPÉCIES DE DIREITOS TUTELADOS

3.1. O surgimento e a evolução do processo coletivo no Brasil

A transição do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, com o abandono do foco exclusivo no indivíduo e em seus direitos estritamente subjetivos, revelou a existência de interesses que transcendem a esfera meramente individual, na medida em que se passou a conceber o homem sob o viés social, como *pessoa humana dotada de um valor próprio, mas inserido por vínculos e compromissos, na comunidade em que vive*.⁷⁴

Referidos interesses tornaram-se ainda mais relevantes e evidentes no seio da atual sociedade de massas, marcada pelo consumo exacerbado, pelas contratações unificadas (contratos de adesão), pela globalização e pela velocidade, de modo que restou inafastável a necessidade de sua valoração normativa, com expressa previsão no ordenamento jurídico.

Todavia, não bastava o mero reconhecimento da qualidade de direito substantivo ou material, sendo necessária a previsão do método ou instrumento de proteção adequado às especificidades desses novos direitos (transindividuais), com vistas a se assegurar a efetividade que deles se espera. Foi assim que surgiu, ao lado do processo individual clássico, o processo coletivo, cujas peculiaridades do direito tutelado impõem a revisitação e a adaptação dos conceitos processuais tradicionais:

Mas não bastava reconhecer os direitos de solidariedade. Era preciso que o sistema jurídico os tutelasse adequadamente, assegurando sua efetiva fruição. Da declaração dos novos direitos era necessário passar à sua tutela efetiva, a fim de se assegurarem concretamente as novas conquistas da cidadania. E como cabe ao direito processual atuar praticamente os direitos ameaçados ou violados, a renovação fez-se sobretudo no plano do processo. De um modelo processual individualista a um modelo social, de esquemas abstratos a esquemas concretos, do plano estático ao plano dinâmico, o processo transformou-se de individual em coletivo, ora inspirando-se no sistema das *class actions* da *common law*, ora estruturando novas técnicas, mais aderentes à realidade social e política subjacente.⁷⁵

⁷⁴ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 197 apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Procedimentos especiais*. v. III, 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 479.

⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 17-23.

Este esforço de adaptação das regras processuais aos reclamos destas novas espécies de direito, de matiz coletiva, revelaram-se especialmente relevantes quanto à (i) legitimidade ativa, (ii) garantias processuais dos ausentes (contraditório e ampla defesa), (iii) efeitos da decisão e (iv) tipos de provimentos e de sanção que se podem obter do juiz, eis que o esquemas até então vigentes não eram suficientes frente às especificidades dos direitos coletivos. Estas, portanto, eram – e continuam sendo – as *dificuldades reais* existentes para assegurar o acesso à justiça em relação aos interesses coletivos.⁷⁶

No Brasil, a necessidade de tutela coletiva teve sua primeira manifestação – conquanto bastante esparsa e incipiente – com a ação popular, prevista na Constituição de 1934⁷⁷, que possibilitava aos cidadãos a anulação de atos lesivos ao patrimônio da Fazenda Pública. A Lei nº 6.513 de 1977, por sua vez, ampliou o âmbito de incidência da ação popular, ao incluir no conceito de patrimônio público os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

Porém, foi por meio da Lei nº 7.347/85 (Lei da ação civil pública) que a tutela dos direitos difusos e coletivos tornou-se mais expressiva, fixando regras que contribuíram para o rompimento da estrutura individualista do processo civil brasileiro. Referidas normas restaram corroboradas pela Constituição Federal de 1988, que universalizou a proteção coletiva dos interesses transindividuais, aumentando não apenas o rol de direitos supraindividuais protegidos (meio ambiente, patrimônio cultural, probidade administrativa, proteção ao consumidor, etc.), mas também fortalecendo os instrumentos processuais voltados à sua tutela, por meio de medidas como o alargamento das hipóteses de cabimento da ação popular, a atribuição de legitimação do Ministério Público para a tutela dos direitos difusos e coletivos, dentre outras.⁷⁸

Diante deste novo cenário constitucional, diversos foram os diplomas legais que surgiram com a tarefa de implementar a tutela de direitos coletivos, como foi o caso da Lei nº 7.853/1989, que instituiu a proteção às pessoas portadoras de deficiência, Lei nº 7.913/1989, que versa sobre o Mercado de Capitais; Lei nº 8.069/1990, que instituiu o Estatuto da Criança

⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interesse collettivi o diffusi in Le azioni a tutela de interessi collettivi*. Padova, CEDAM, 1976 apud DINAMARCO, Pedro. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 95.

⁷⁷ “Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.”

⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito Processual Coletivo* 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: Revista dos Tribunais, 2007, p. 11-15.

e do Adolescente; Lei nº 8.429/1992, que versa sobre a improbidade administrativa; Lei nº 8.884/1994, que regulamentou a defesa da concorrência; Lei nº 10.741/2001, que instituiu o Estatuto do Idoso e a Lei nº 12.016/2009, que regulamenta o mandado de segurança individual e coletivo.

No entanto, foi o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) que acabou por complementar a disciplina legal do processo coletivo, inserindo a categoria dos direitos individuais homogêneos e alterando alguns aspectos da tutela coletiva até então prevista, passando a formar, juntamente com a Lei da Ação Civil Pública e da Ação Popular, a base do amálgama legislativo que compõe o microsistema brasileiro de tutela coletiva⁷⁹.

Deve-se destacar, contudo, que o CDC não consiste em diploma com aplicação restrita à seara das relações consumeiristas, o que se revela, sobretudo, em razão do dispositivo do art. 21 da Lei 7.347/1985 (Lei da ação civil pública), que prevê expressamente a aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor às situações que envolvam a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos:

O Código de Defesa do Consumidor passou a representar o modelo estrutural para as ações coletivas no Brasil, na medida em que encontra aplicabilidade não apenas para os processos relacionados com a proteção do consumidor em juízo, mas, também, em geral, para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, por determinação expressa do art. 21, da Lei 7.347/85, acrescentado em razão do art. 117, da Lei 8.078/90.⁸⁰

Deste modo, o processo coletivo se firmou como o método de resolução das controvérsias relativas às situações previstas no parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, quais sejam:

⁷⁹ Fredie Didier Jr. e Hemes Zaneti Jr. chegam até mesmo a afirmar que o Código de Defesa do Consumidor consiste no *Código Brasileiro de Processos Coletivos*, no que são acompanhados por Antonio Gidi: “O CDC foi além, como se vê. Ao alterar a LACP, atuou como verdadeiro agente unificador e harmonizador, empregando e adequando à sistemática processual vigente do Código de Processo Civil e da LACP para defesa de direitos ‘difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei 8.078 de 11.09.1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor’. Com isso cria-se a novidade de um *microsistema processual para as ações coletivas*. No que for compatível, seja a ação popular, a ação civil pública, a ação de improbidade administrativa e mesmo o mandado de segurança coletivo, aplica-se o Título III do CDC. Desta ordem de observações fica fácil determinar, pelo menos para as finalidades práticas que se impõem, que o diploma em enfoque se tornou um verdadeiro ‘Código Brasileiro de Processo Coletivo’, um ordenamento processual geral para a tutela coletiva. [...] Chega-se a esta conclusão, como foi visto, pela interpretação sistemática entre as regras do art. 21 da LACP e do art. 90 do CDC.” (*Curso de Direito Processual Civil: Processo coletivo*. v. 4. 5.ed. Salvador: JusPodium, 2010, p. 47-49.)

⁸⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Temas atuais de direito processual civil, v. 4), p. 198.

(i) direitos ou interesses difusos, que são transindividuais, de natureza indivisível, cuja titularidade cabe a pessoas indeterminadas e ligadas apenas por circunstâncias de fato;

(ii) direitos ou interesses coletivos, que são transindividuais de natureza indivisível, cuja titularidade toca a grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

(iii) direitos ou interesses individuais homogêneos, que são divisíveis entre seus titulares, mas se aproximam pela origem comum.

Diante desta definição legal, incumbe-nos, a princípio, traçar breves comentários sobre a escolha legislativa de mencionar, simultaneamente, direitos e interesses. Com efeito, a distinção entre direitos e interesses consiste em noção muito arraigada à concepção individualista liberal, segundo a qual todo direito subjetivo estava sempre referido ao um titular determinado ou determinável. Assim, sem a existência de um titular determinado, os interesses transindividuais não poderiam ser qualificados como legítimos direitos subjetivos. Todavia, atualmente, sobretudo após a Constituição Federal de 1988 que expressamente positivou os direitos difusos e coletivos, não há mais razão para se manter a diferenciação entre direitos e interesses, que, desta forma, devem ser visto como sinônimos, consoante destaca Kazuo Watanabe:

Los términos ‘intereses y derechos’ se vienen utilizando actualmente como sinônimos; lo cierto es que a partir del momento em que pasan a ser amparados por el derecho, los ‘intereses’ asumen el mismo estatus de ‘derechos’, desapareciendo cualquier razón práctica y aún teórica para la búsqueda de una diferenciación ontológica entre ellos.⁸¹

Retomando, então, a análise das hipóteses previstas no parágrafo único do art. 81 do CDC, verifica-se que, não obstante sejam os conceitos trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor adequados sob o ponto de vista da técnica⁸², esta mesma adequação não tem se

⁸¹ WATANABE, Kazuo. Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. México: Porrúa, 2003, p. 3. Neste mesmo sentido, cf.: ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 35, nota de rodapé 31; TESHEINER, José Maria Rosa. Ações coletivas pró-consumidor. *Ajuris*, v. 19, n. 54, p. 75-106, Porto Alegre, mar.1992; VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 44 et seq e ROCHA, Luciano Velasque. *Ações coletivas: o problema da legitimidade para agir*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 65. Em sentido contrário: TESHEINER, José Maria. Aplicação do Direito objetivo e tutela de direitos subjetivos nas ações transindividuais e homogeneizantes. *Revista Brasileira de Direito Processual*. n. 59, jul/set. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 27-28.

⁸² Cf. GIDI, Antonio, *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 204: “Não há como negar que a estabilização de tais definições legais pelo CDC foi útil ao desenvolvimento da tutela coletiva no Brasil, pois simplificou sobremaneira a compreensão do

verificado no campo da prática. Isto porque, para além das dificuldades e polêmicas existentes quanto à identificação destas categorias no caso concreto, existe verdadeira confusão no que tange à aplicação dos institutos e regras processuais cabíveis para a tutela adequada de cada uma destas espécies de direitos. Deste modo, verifica-se a aplicação indiscriminada das normas processuais, sem a necessária adequação às peculiaridades do direito material envolvido, como se fossem idênticas as características dos direitos passíveis de tutela pela via do processo coletivo.

Um exemplo prático desta necessidade de adequação pode ser encontrado no que tange à legitimidade ativa do Ministério Público. A Constituição Federal, em seu art. 129, III, atribui ao Ministério Público a função de defesa dos direitos difusos e coletivos. Considerando, então, a diversidade ontológica entre os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos, conclui-se que o MP não tem legitimidade irrestrita para a defesa dos direitos individuais homogêneos, salvo quando se tratar de direitos indisponíveis ou de relevante interesse social.⁸³ Todavia, ao se adotar a premissa de identidade entre as espécies de direitos passíveis de defesa pela via do processo coletivo, ou, pior, ao se considerar os direitos individuais homogêneos como espécie dos direitos coletivos⁸⁴, chegar-se-ia à conclusão de que o *parquet* seria legitimado irrestrito também para o ajuizamento de ações referentes aos direitos individuais homogêneos. Donde se extrai, portanto, toda a relevância da adequada definição da espécie de direito tutelado, pois se trata do elemento primordial para definição das regras processuais aplicáveis.

Assim, diante deste panorama em que a tutela adequada dos direitos depende da precisa identificação da natureza do direito material lesado ou ameaçado – eis que esta identificação é imprescindível para a “definição dos meios, modos e instrumentos processuais para sua proteção em juízo”⁸⁵ –, impende que se demonstrem, então, as peculiaridades das espécies de direito tuteladas pelo processo coletivo, como forma de evidenciar a imperiosa

tema e do cabimento da tutela coletiva. Todos sabem que, em geral, incluir definições em leis é péssima técnica legislativa (*in iure civili omnis definitio periculosa est*), pois há sempre o risco de serem incompletas ou inadequadas ou assim se tornarem com o tempo, podendo obstruir o desenvolvimento jurisprudencial do direito. [...] O legislador brasileiro foi muito bem sucedido, porque sua definição foi muito bem elaborada”.

⁸³ Vide nota 6.

⁸⁴ A tese de que os direitos individuais homogêneos seriam espécie do gênero direito coletivo é, no âmbito da doutrina, defendida por Freddie Didier e Hermes Zaneti Jr. (*Curso de Direito Processual Civil: Processo coletivo*. v. 4. 5.ed. Salvador: JusPodium, 2010, p. 53) e será adiante analisada. Na jurisprudência, existem também alguns julgados neste sentido, a exemplo do Recurso Extraordinário nº. 163.231-3, do Tribunal Pleno, Brasília, DF, 26 de fevereiro de 1997. *DJ* de 29 de junho de 2001, p. 00055 e do Recurso Especial nº. 749988/SP, da 1ª Turma, Brasília, DF, 08 de agosto de 2006. *DJ* de 18 de setembro de 2006, p. 275.

⁸⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 33.

necessidade de que as regras procedimentais sejam adaptadas às especificidades do direito material tutelado:

La importancia de la concepción de los derechos colectivos *lato sensu* se relaciona de forma directa con la efectividad que se pretende dar a su protección. Esclarecido el concepto, se facilita el trabajo de los operadores del derecho y disminuye aquella equívoca fisura existente entre el derecho material y el derecho procesal, todo con miras a que el derecho se realice con Justicia.⁸⁶

3.2. Distinção entre as espécies de direito tuteladas pelo processo coletivo

3.2.1. Os direitos essencialmente coletivos: os direitos difusos e os direitos coletivos *stricto sensu*

Consoante se pode extrair do próprio conceito legal, expresso no art. 81 do CDC, tanto os direitos difusos, quanto os coletivos, são caracterizados por serem transindividuais e de natureza indivisível.

A transindividualidade aponta para a circunstância de que se trata de direitos que transcendem a esfera individual e que não consistem em mera a adição dos direitos subjetivos individuais. São, portanto, marcados pela impessoalidade, de modo que rompem com a noção clássica de direito subjetivo do século XXI, que dependia da existência de um titular determinado⁸⁷. Os direitos transindividuais não pertencem a uma pessoa física ou jurídica

⁸⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Derechos colectivos lato sensu: La definición conceptual de los derechos difusos, de los derechos colectivos stricto sensu e de los derechos individuales homogéneos. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. México: Porrúa, 2003, p. 60-61. Neste mesmo sentido, cf. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1993, p. 132-133: “A nova gama de intereses a serem atendidos, denominados intereses ou direitos difusos [...] envolvem relações que se afastam do esquema rotineiro de contraposição entre um credor e um devedor. A proteção desses valores recém descortinados, voltados, essencialmente, para o aprimoramento da qualidade de vida, em sua expressão material e espiritual, afeta uma pluralidade indeterminada de pessoas, que os desfruta em comum, sem que se possam dividir. Por refugirem ao modelo clássico, torna-se indispensável a adaptação das medidas processuais que se cristalizaram no envolver da realidade diversa, bem como o aporte da contribuição criativa dos novos tempos, para a elaboração de técnicas e institutos aptos a apreenderem as relações supra-individuais.”

⁸⁷ WATANABE, Kazuo. Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. México: Porrúa, 2003, p. 4.

determinada, mas sim a uma comunidade amorfa, fluida e flexível, com identidade social, embora sem personalidade jurídica.⁸⁸

A indivisibilidade, então, caracteriza-se justamente pela impossibilidade de divisão do direito em quotas atribuíveis individualmente a cada um dos interessados, na medida em que este direito não é resultado da soma dos direitos subjetivos individuais. Assim é que se afirma, portanto, que os interessados estarão ligados a uma espécie de comunhão em que

[...] é impossível satisfazer o direito ou o interesse de um dos membros da coletividade sem ao mesmo tempo satisfazer o direito ou o interesse de toda a coletividade e vice-versa: não é possível rejeitar a proteção sem que essa rejeição afete necessariamente a coletividade como tal. Se quiserem um exemplo, podemos mencionar o caso de um litígio que se forme a propósito de uma mutilação de paisagem. É impensável que a solução, seja ela qual for, aproveite a alguns e não aproveite a outros dos membros dessa coletividade. **A solução será, por natureza, unitária, incidível.**⁸⁹

A transindividualidade e a indivisibilidade, portanto, formam núcleo comum entre os direitos coletivos e difusos, que permite que os insira sob o gênero ‘direitos essencialmente coletivos’, em que é somente concebível um resultado uniforme para todos os interessados, estando o processo, portanto, necessariamente sujeito a uma disciplina caracterizada pela unitariedade.⁹⁰

E é justamente este núcleo comum que revela que a exigência de proteção destes direitos sob a modalidade do processo coletivo decorre de reclamos do próprio direito material tutelado, na medida em que, tratando-se de um direito transindividual, inexistente um sujeito que, isoladamente, possa propor uma ação a este título⁹¹, o que se torna ainda mais evidente ao se considerar que a decisão ali proferida atingirá de forma indivisível os interesses de toda comunidade ou coletividade titular do direito.

⁸⁸ GIDI, Antonio. Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. México: Porrúa, 2003, p. 32.

⁸⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 61, jan./mar. 1991, p. 188, grifo nosso.

⁹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos. *Temas de Direito Processual*: Terceira Série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 195-197. Neste sentido, cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 34: “Direito coletivo’ é designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo *stricto sensu*”.

⁹¹ LEAL, Márcio Flávio Mafra. Notas sobre la definición de inetereses difusos, colectivos e individuales homogéneos em El código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. México: Porrúa, 2003, p. 40.

Neste cenário, a diferença entre os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* encontra-se na vinculação existente entre os membros da comunidade ou coletividade titular do direito respectivo, pois, enquanto nos direitos difusos, a comunidade titular é composta por pessoas ligadas por circunstância de fato, nos direitos coletivos, a coletividade titular é composta de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.⁹²

Em outras palavras, pode-se dizer que, nos direitos difusos, sob o ponto de vista subjetivo, existe uma indeterminação absoluta dos componentes da comunidade titular do direito (sujeitos indeterminados e indetermináveis⁹³), que são unidos por meras circunstâncias de fato, como morar na mesma região, consumir os mesmos produtos, etc.⁹⁴ Já nos direitos coletivos, a existência de relação jurídica entre os membros da comunidade ou com a parte contrária, possibilita um maior grau de determinação dos integrantes do grupo, classe ou categoria, tratando-se, portanto, de sujeitos indeterminados, mas determináveis.

Em termos práticos, encontramos no magistério de Kazuo Watanabe bom exemplo de situação concreta envolvendo os direitos difusos:

[...] la publicidad engañosa o abusiva, vehiculada a través de la prensa hablada, escrita o televisada, afectando una multitud incalculable de personas, sin que exista entre ellas una relación-base. El bien jurídico es indivisible en el sentido de que basta una única ofensa para que todos los consumidores sean afectados y también en el sentido de la satisfacción de uno de ellos por la cesación de la publicidad ilegal beneficia contemporáneamente a todos ellos. Las personas legitimadas para actuar podrán postular en juicio el proveimiento adecuado a la tutela de los intereses o derechos difusos de la colectividad afectada por la publicidad engañosa o abusiva.⁹⁵

Por sua vez, seriam coletivos *stricto sensu*, por exemplo, os direitos dos contribuintes do imposto de renda. Isto porque entre o fisco e o contribuinte existe uma relação jurídica

⁹² GIDI, Antonio. Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. México: Porrúa, 2003, p. 34.

⁹³ Neste sentido, cf. GIDI, Antonio. *Ibidem*, p. 29-30: “La cuestión de la determinación precisa de las personas que componen la comunidad titular del derecho difuso no es solamente extremadamente difícil e imposible en algunos casos, como absolutamente irrelevante y dispensable para la efectiva protección del derecho difuso en juicio. Em efecto, que importância pudiera ser para la tutela jurisdiccional la información de quien – exactamente – compone la comunidad violada por una publicidad engañosa, por la emisión de gases tóxicos em la atmosfera o por la colocación en el mercado de un producto nocivo para la salud.”

⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*, Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2000, p. 20.

⁹⁵ Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. México: Porrúa, 2003, p. 4.

base, de modo que, acaso ocorra a adoção de alguma medida ilegal ou abusiva, será perfeitamente cabível que se determine o universo de pessoas afetadas.⁹⁶

Como se pode ver, são sutis as diferenças entre os direitos difusos e coletivos, o que, portanto, acarreta inúmeras dificuldades para se promover esta distinção na prática, sendo de rigor invocar as lições de Antonio Gidi, para quem a categoria dos direitos coletivos *stricto sensu* seria até mesmo desnecessária, na medida em que as categorias dos direitos difusos e individuais homogêneos seriam suficientes para regular as situações fáticas possíveis:

El derecho colectivo es una especie de derecho de mucho más delicada configuración, porque en muchos casos el derecho es individual de la colectividad, se vale decir que es de la propia persona jurídica la que agrega a los interesados. [...] En nuestra opinión, la categoría de derechos colectivos no tiene utilidad práctica porque dependiendo del caso concreto, la situación puede ser encuadrada en el concepto de derecho difusos o en derechos individuales homogéneos.⁹⁷

De todo modo, não é demais destacar que, como os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* são igualmente caracterizados pela transindividualidade e pela indivisibilidade, eventual imprecisão na identificação da categoria presente no caso concreto não trará maiores consequências sob o ponto de vista processual, eis que o gênero dos direitos essencialmente coletivos é tutelado pelos mesmos instrumentos processuais.⁹⁸

3.2.2. Os direitos acidentalmente coletivos: os direitos individuais homogêneos

Os direitos individuais homogêneos, por sua vez, não são ontologicamente coletivos, i.e., não são transindividuais, nem indivisíveis. Trata-se de simples direitos subjetivos individuais, perfeitamente divisíveis entre seus titulares e passíveis de serem defendidos individualmente por cada interessado.⁹⁹

⁹⁶ WATANABE, Kazuo. Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. México: Porrúa, 2003, p. 7.

⁹⁷ GIDI, Antonio. Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. México: Porrúa, 2003, p. 34-35. Cf. también

⁹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Proceso Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 38.

⁹⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Proceso Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 34.

No entanto, esse direito tipicamente individual ganha relevância social¹⁰⁰ na medida em que é similar e recorrente para um grande número de pessoas, circunstância esta que se mostra especialmente presente em uma sociedade de massas como a atual, marcada pela massificação do consumo e da produção, com a conseqüente massificação das relações jurídicas, normalmente reguladas por contratos-padrão.

Neste contexto, permite-se a tutela coletiva (molecularizada) dos diversos direitos individuais semelhantes, o que acaba por facilitar o acesso à justiça – principalmente nos casos de a parte não disponibilizar de recursos para tanto e nas hipóteses em que os danos individualmente tratados são ínfimos, mas ganham vulto ao serem tratados de maneira conjunta. Trata-se, então, de valiosa contribuição ao alívio do asoerramento do Poder Judiciário, cuidando-se de iniciativa voltada à economia e efetividade processuais¹⁰¹.

A defesa coletiva destes direitos individuais em um único processo, no entanto, depende de da homogeneidade destes mesmos direitos e da sua origem comum¹⁰².

A origem comum dos direitos pode ser tanto uma circunstância fática, quanto jurídica. Ademais, não se exige que os eventos semelhantes tenham ocorrido exatamente no mesmo momento. É dizer: não se exige, por exemplo, que as vítimas de uma propaganda enganosa veiculada na imprensa tenham sido todas lesadas no mesmo momento. O requisito da origem comum restará satisfeito com a mera demonstração que os danos individualmente sofridos, independentemente do momento exato, tiveram como causa a mesma propaganda enganosa.

A homogeneidade, por sua vez, além de estar ligada à origem comum dos direitos¹⁰³, deve ser compreendida, tal qual se passa no ordenamento jurídico norte-americano, como “*la*

¹⁰⁰ Cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Temas atuais de direito processual civil, v. 4), p. 221.

¹⁰¹ Sobre as finalidades da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, valioso o magistério de MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo: RT, 2004, p. 101: “Em relação aos ditos ‘direitos individuais homogêneos’, o problema não repousa sobre a indivisibilidade do direito – pois tais direitos são individuais e, assim, podem ser reivindicados isoladamente ou por meio das tradicionais ações em que se colocam, no polo ativo da relação processual, várias pessoas em litisconsórcio. (...) Instituir a possibilidade da tutela de direitos individuais de origem comum, por meio de uma única ação deferida a um ente idôneo e capaz, é fundamental para que o ordenamento jurídico – por exemplo, de proteção ao consumidor – não se transforme em letra morta. Uma única ação para a tutela de direitos individuais, pertencentes a várias pessoas, além de eliminar os custos das inúmeras ações individuais, torna mais racional e célere o trabalho dos juízes e neutraliza as vantagens do litigante, que, não fosse a ação única, se transformaria em habitual, e assim teria vantagens sobre o litigante eventual.”

¹⁰² Neste ponto, deve-se destacar a existência de parte da doutrina que defende que o requisito da homogeneidade estará satisfeito acaso restar demonstrada a origem comum dos direitos. Cf. GIDI, Antonio. Derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos*. México: Porrúa, 2003, p. 35-36.

¹⁰³ WATANABE, Kazuo. Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos*. México: Porrúa, 2003, p. 9.

prevalencia de la dimensión colectiva sobre la individual”.¹⁰⁴ Ou seja, a homogeneidade nada mais é do que esta afinidade ou semelhança existente entre os direitos individuais, que, acaso tutelados separadamente, por cada um de seus titulares, levariam provavelmente à mesma decisão. Assim, com vistas a evitar a prolação de sentenças divergentes e com vistas a evitar a indesejável multiplicidade de ações versando sobre o mesmo objeto, permite-se a defesa molecularizada destes direitos, desde que exista entre eles núcleo comum de questões, que prevaleça sobre os aspectos pessoais e particulares de cada um dos titulares, que apenas serão apreciados em caso de procedência, na fase de liquidação de sentença.

Deste modo, havendo prevalência das diferenças individuais entre os titulares dos direitos subjetivos, não estará presente a homogeneidade indispensável para a admissibilidade da tutela coletiva dos direitos individuais, pois “é necessário que a diversidade natural entre as inúmeras situações particulares não prejudiquem a existência de um núcleo de controvérsias que seja comum ao grupo, núcleo este que será a questão comum julgada na ação coletiva”.¹⁰⁵

Neste cenário, verifica-se, então, que a coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir uma tutela judicial mais efetiva. Ou, como bem anota o Ministro Antonio Herman Benjamin, a tutela coletiva os direitos individuais homogêneos não decorre de exigência decorrente da natureza dos direitos envolvidos, mas sim de razões de economia e efetividade processual:

[os direitos individuais homogêneos] são, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos *stricto sensu*), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais.”¹⁰⁶

Por isso, é imperioso que se conclua, em coro com o Ministro Teori Albino Zavascki, que “quando se fala, pois em ‘defesa coletiva’ ou em ‘tutela coletiva’ de direitos individuais

¹⁰⁴ Idem, p. 10. Não é demais destacar que é uníssona a doutrina ao indicar que a inclusão dos direitos individuais homogêneos e da ação civil coletiva no ordenamento jurídico brasileiro decorreu de evidente inspiração das *class actions* dos EUA, sobretudo daquelas voltadas à reparação de danos, previstas na alínea (b) (3) da *Rule 23*. Cf.

¹⁰⁵ GIDI, Antonio. Derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos*. México: Porrúa, 2003, p. 37, tradução livre.

¹⁰⁶ A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor in MILARÉ, Édis (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995 apud ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 35.

homogêneos, o que se está qualificando como coletivo não é o direito material tutelado, mas sim o modo de tutelá-lo, o instrumento de sua defesa”.¹⁰⁷

Este, portanto, é o contexto que levou o mestre José Carlos Barbosa Moreira a classificar os direitos individuais homogêneos como “acidentalmente coletivos”¹⁰⁸, eis que a disciplina coletiva não decorre de uma exigência do direito material tutelado – que, frise-se, é individual e divisível –, mas de escolha legislativa voltada para a economia e efetividade do processo:

Enquanto nos casos de interesses difusos ou coletivos não caiba aos indivíduos exercê-los individualmente, porque pertencem ao grupo e não podem ser divididos entre os indivíduos que o integram (meio ambiente, bens de valor histórico, paisagístico, cultural etc.), em relação aos individuais homogêneos a situação é completamente oposta: cada indivíduo lesado tem direito próprio a exercitar individualmente contra o fornecedor. Na sua essência, portanto, tais interesses não são coletivos, nem dependem do grupo para serem exercitados, singularmente, pelos interessados. A sua tutela por via de ação coletiva decorre de política legislativa inspirada no princípio de economia processual apenas, que se justifica por apresentarem os casos individuais agrupados certa uniformidade de origem, capaz de lhes conferir ‘coesão suficiente para destacá-los da massa de indivíduos isoladamente considerados’.¹⁰⁹

Nesta ordem de ideias, deve-se rechaçar o entendimento que propugna que os direitos individuais homogêneos seriam espécie do gênero direito coletivo¹¹⁰. Como demonstrado, a homogeneidade entre os direitos não tem o condão de alterar a sua natureza eminentemente individual e divisível. Assim, considerando que os direitos coletivos são necessariamente transindividuais e indivisíveis, verifica-se a impossibilidade de enquadrar os direitos individuais homogêneos nesta classificação, que lhes é de todo imprópria e impertinente. Como bem destacado pelo professor e Ministro Teori Albino Zavascki, o fato de os direitos individuais homogêneos poderem ser tutelados por meio do processo coletivo, não altera a sua natureza de direito individual, devendo sempre se recorrer à precisa dicotomia das duas

¹⁰⁷ *Processo Coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 35.

¹⁰⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Temas de Direito Processual*: Terceira Série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 195-197.

¹⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 139.

¹¹⁰ Cf. nota 64.

situações abarcadas pelo processo coletivo, quais sejam: *a tutela de direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos* (individuais homogêneos).¹¹¹

Fixadas as principais características das espécies de direitos tutelados pelo processo coletivo brasileiro, é necessário que se destaque que no plano da prática, nem sempre – ou melhor, quase nunca – estas categorias vão se apresentar da forma pura e esquemática prevista pela lei. Deste modo, não se mostra adequado atrelar, de antemão, cada espécie de direito a um tema ou assunto abstrato (ex.: direito ao meio ambiente = direito difuso, direito do consumidor = coletivo *stricto sensu*), eis que, não raro, um mesmo fato pode acarretar ofensa a diversas das categorias de direitos passíveis de tutela pelo processo coletivo.

É o que se observa, por exemplo, no caso clássico de publicidade enganosa¹¹², em que o anunciante expõe um produto induzindo os consumidores ao erro de confundi-lo com um produto de qualidade superior. Diante deste fato, é inegável que os consumidores que forem induzidos a erro pela propaganda sofrerão danos individuais, que podem ser qualificados como homogêneos em razão da origem comum (propaganda enganosa). Assim, haverá não apenas a possibilidade de cada um destes consumidores pessoalmente prejudicados virem a juízo pleitear pela reparação dos danos sofridos, como também será possível o ajuizamento de ação coletiva, que buscará a condenação genérica do anunciante para que repare os danos pessoalmente sofridos pelos consumidores, conforme se apurar em liquidação de sentença.

Neste mesmo caso, o direito ofendido seria diferente acaso esta propaganda enganosa continuasse sendo exibida ou se, por exemplo, já se tivesse notícia desta propaganda antes da sua efetiva veiculação. Nestas hipóteses, a lesão não diz respeito aos consumidores pessoalmente prejudicados, mas ao direito da comunidade de não ser exposta à publicidade falsa e enganosa, que é transindividual e indivisível, eis que uma vez reconhecido este direito e deferida uma medida protetiva, esta beneficiará a todos os membros da coletividade. Assim, ressaltai evidente a natureza difusa do direito tutelado nesta hipótese, em que as medidas buscadas em juízo seriam para fazer cessar ou impedir a veiculação da propaganda enganosa.

Haveria, inclusive, a possibilidade de cumulação destas pretensões, de modo que a ação teria o objetivo de impedir a continuação da propaganda enganosa (defesa de direito difuso e pretensão de natureza constitutiva), bem como de obter a reparação dos danos

¹¹¹ *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 33-34.

¹¹² Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 39 e GIDI, Antonio. Derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos*. México: Porrúa, 2003, p. 29.

sofridos pelos consumidores (defesa de direitos individuais homogêneos e pretensão condenatória).

Diante desta breve exposição, verifica-se, portanto, que a conjugação do direito subjetivo especificamente violado com a natureza da pretensão deduzida em juízo consiste no critério científico mais apropriado para a adequada identificação do direito como difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo.

Não se ignora a concepção segundo a qual apenas a natureza do direito subjetivo seria suficiente para a identificação da espécie de direito envolvida¹¹³. Todavia, entende-se que a real conformação das diversas espécies do direito violado apenas é possível por meio do seu cotejo com a pretensão deduzida em juízo. Isso porque, como demonstrado, um mesmo fato pode dar origem a danos diversos, que, a depender da pretensão que for deduzida em juízo, irão corresponder a espécie de direitos distintas. Assim, não basta a mera afirmação abstrata da natureza do direito subjetivo, eis que a pretensão devolvida é imprescindível para a correta averiguação da espécie de direito envolvida.

Neste contexto, pode-se dizer, portanto, que as pretensões declaratórias e constitutivas serão comumente associadas aos direitos essencialmente coletivos. Isto porque a própria natureza destas pretensões revela seu caráter indivisível, eis que não é possível declarar a nulidade ou anular um determinado ato somente quanto a determinadas pessoas¹¹⁴. Uma vez reconhecida a nulidade ou anulação os efeitos serão oponíveis *erga omnes*, o que revela a plena adequação destas pretensões com a natureza incindível e transindividual dos direitos essencialmente coletivos.

Ao passo que, quanto às pretensões condenatórias, deve-se perquirir se dizem respeito à reparação do dano coletivamente sofrido, quando indicarão a existência de direitos essencialmente coletivos, ou se seriam relativas à reparação de danos individuais, quando apontarão para a tutela de direitos individuais homogêneos.

E nem se diga a pretensão não seria o critério mais adequado para a determinação da espécie de direito tutelado, na medida em que a mesma pretensão pode ter fulcro em direitos materiais diferentes. Com efeito, o que se propõe por ora é que a identificação da espécie de

¹¹³ GIDI, Antonio. Derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos*. México: Porrúa, 2003, p. 29.

¹¹⁴ Neste sentido, cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 126: “[sobre invalidação de decisão assemblear] O julgamento da causa, todavia, não poderá ser senão um só, já que é impossível invalidar a assembleia para uns e mantê-la para outros”.

direito material tutelado seja realizada por meio da conjugação entre a pretensão e o direito violado, e não com base na análise exclusiva da pretensão, que, inevitavelmente, conduziria a conclusões equivocadas e dissociadas do direito material envolvido.

Ademais, não se olvida que o direito subjetivo tem uma existência independente e até mesmo anterior ao direito processual. Todavia, como os direitos essencial e acidentalmente coletivos derivam geralmente dos mesmos fatos, é justamente a pretensão que irá determinar qual direito está sendo tutelado no caso concreto, até mesmo porque é possível a cumulação de pretensões, de modo que um mesmo processo envolva direitos difusos e coletivos e direitos individuais homogêneos.

3.3. Suma conclusiva: a necessidade de adequação entre o instrumento processual e a espécie de direito tutelado

Assentados, então, os caracteres distintivos das espécies de direitos tuteladas pela via do processo coletivo, resai evidente a existência de duas modalidades diversas: de um lado, os direitos essencialmente coletivos, subjetivamente transindividuais e objetivamente indivisíveis, e, de outro, os direitos acidentalmente coletivos ou direitos individuais homogêneos, de natureza divisível. Donde se extrai o acerto de Teori Albino Zavascki, ao sintetizar que o processo coletivo se presta tanto para a *tutela de direitos coletivos*, quanto para a *tutela coletiva de direitos* (individuais homogêneos).¹¹⁵

Sob diversos aspectos, referidos direitos não são compatíveis com as regras do processo civil clássico. É o que se passa, por exemplo, quanto à legitimidade de agir. Na sistemática do tradicional processo civil, prevalece a regra segundo a qual o titular do direito objeto da lide é o legitimado para o ajuizamento da ação respectiva (art. 6º do Código de Processo Civil). Todavia, os direitos essencialmente coletivos são transindividuais, o que equivale a dizer que não têm um titular específico e individualizado, pertencendo, portanto, a uma comunidade ou coletividade com identidade social, mas sem personalidade jurídica. Inexistindo, portanto, um único titular do direito, extrai-se a manifesta incompatibilidade da clássica regra de legitimidade ativa constante do CPC, bem como a consequente necessidade de configuração de um novo sistema de atribuição de legitimidade que leve em conta este caráter plurindividual e indivisível dos direitos coletivos.

¹¹⁵ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

O mesmo se verifica quanto aos direitos individuais homogêneos. Muito embora se trate de direitos subjetivos individuais, que podem ser judicialmente protegidos por meio de ações individuais promovidas pelos seus próprios titulares, a defesa coletiva destes mesmos direitos também não se revela adequada ao sistema clássico de legitimidade. Com efeito, é possível identificar o titular de cada um dos direitos envolvidos, mas quem teria a legitimidade para a tutela coletiva destes mesmos direitos, considerando ser impraticável a presença em juízo de todos os titulares dos direitos semelhantes? Assim, resta igualmente necessária a adaptação do direito processual, a fim de que se determine quais serão os entes e/ou indivíduos autorizados a vir a juízo na defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos.

Mas não basta apenas que sejam criadas regras específicas para o processo coletivo. É essencial que estas regras levem em consideração as peculiaridades das duas espécies passíveis de tutela (direitos essencialmente coletivos e os acidentalmente coletivos), pois, como demonstrado, são ontologicamente distintas, o que então determina que as regras processuais aplicáveis a cada uma destas espécies sejam igualmente diversas.

Ou, como pondera André Vasconcelos Roque, devem haver dois regimes jurídico-processuais distintos no âmbito do processo coletivo, a depender da natureza do direito material tutelado:

Além disso, a evidente desorganização na legislação atual dificulta muito a percepção de que devem ser estabelecidos dois regimes jurídicos distintos no âmbito da tutela coletiva: um para os pedidos tipicamente indivisíveis e outro para aqueles que, embora passíveis de separação entre os indivíduos potencialmente beneficiados, foram reunidos em um único processo de natureza coletiva apenas por questão de conveniência, formando a categoria que corresponde, na sistemática brasileira atual, à categoria dos direitos individuais homogêneos.¹¹⁶

Ou seja: é imperioso que o método se adapte ao direito tutelado e suas peculiaridades, não sendo possível lançar estas diferentes espécies de direitos materiais na “vala comum, como se lhes fossem comuns e idênticos os instrumentos processuais e as fontes normativas de legitimação para sua defesa em juízo”.¹¹⁷

¹¹⁶ ROQUE, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 545.

¹¹⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 33.

Esta necessária adaptação entre as regras processuais e o direito material é reflexo não apenas do caráter instrumental do processo, mas também dos reclamos de uma tutela processual diferenciada, que determina que as normas processuais devem se adequar às especificidades do direito substancial, eis que “a adequação do instrumento ao seu escopo potencializa seu tónus de efetividade”.¹¹⁸

É justamente esta adequação entre o instrumento e o objeto tutelado que garante e amplia a efetividade da tutela processual, i.e., a aptidão para produzir concretamente os efeitos esperados do processo e do próprio direito material.¹¹⁹ Como bem pondera José Carlos Barbosa Moreira, a correta aplicação da técnica processual constitui fator de fundamental importância para que o processo possa desempenhar do melhor modo possível a sua função de pacificação social. Lado outro, registra com acerto que as “deficiências técnicas na aplicação da norma são fontes de numerosas desgraças”.¹²⁰

Outra não é a lição dos professores Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, reconhecendo que, no Direito Brasileiro, a correta aplicação das regras do processo coletivo e a conseqüente efetividade que delas se espera não pode se dar senão por meio da sua necessária adequação e compatibilização com as características e reclamos do direito material tutelado:

O Processo Moderno, que se deseja justo e efetivo, não pode jamais se afastar da premissa de que a ordem jurídica será tão mais eficaz quanto mais adequado for o método como resposta à solução dos conflitos que surgem no pano dos direitos subjetivos tanto na sua dimensão coletiva como individual. Nessa tarefa de buscar um adequado Processo Coletivo, torna-se importante compreender o sistema de tutela coletiva a partir da essência dos direitos protegidos, pois somente assim lograremos alcançar e realizar a ideia de justo processo legal, de forma a que não sejam aniquilados os direitos individuais que são fundamentais para a subsistência de um Estado Democrático de Direito.¹²¹

¹¹⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Tutela diferenciada. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 135, n. 180, fev./2010, p. 42-54.

¹¹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 32.

¹²⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. In: *Temas de Direito Processual: Sexta Série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 21-22.

¹²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A ação coletiva ajuizada por associação civil na defesa de direitos individuais homogêneos e a sentença genérica: a problemática da execução coletiva. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord.) *Processo civil: novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

4. A LEGITIMIDADE PARA AGIR NO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO¹²²

4.1. Breves considerações sobre a legitimidade *ad causam* no clássico processo individual

Em linhas gerais, pode-se dizer que a noção de legitimidade está ligada à idoneidade de alguém para propor uma demanda. No campo da técnica, no entanto, a legitimidade é dividida em duas categorias distintas: legitimidade *ad causam* e legitimidade *ad processum*.

A legitimidade *ad processum* ou processual consiste em pressuposto de existência válida ou de desenvolvimento regular do processo e diz respeito à averiguação da capacidade das partes em integrar a relação jurídico-processual, o que envolve juízo relativo à capacidade para os atos da vida civil¹²³, bem como averiguação referente à capacidade postulatória, relativa à aptidão para realização os atos do processo, que é exclusiva de advogado (art. 36 do CPC).

Assim, como destaca Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, a aferição da legitimidade *ad processum* depende de que “a parte se encontre, na qualidade de autora, ré ou interveniente e de pessoal natural, jurídica ou judiciária, no exercício dos seus direitos ou devidamente representada ou assistida, bem como munida de advogado ou possua o *ius postulandi*.”¹²⁴ Trata-se, portanto, de classificação que não desperta maiores controvérsias.

É na esfera da legitimidade *ad causam* ou substancial, conceituada tradicionalmente como a *pertinência subjetiva da lide*¹²⁵ e classificada no direito brasileiro como condição da ação (i.e., requisito para a análise do mérito da causa), que aparecem as maiores polêmicas, principalmente diante das diversas teorias que enfrentam a natureza jurídica da legitimidade *ad causam*.

O enfrentamento da controvérsia, contudo, resta simplificado pelas lições de José Carlos Barbosa Moreira, que esclarece que cabe à lei definir a situação legitimante por meio da qual será possível aferir a legitimidade substancial das partes no caso concreto:

¹²²Os termos legitimidade e legitimação serão tratados como sinônimo no presente trabalho, muito embora se concorde com a ressalva de Donaldo Armelin, que defende que legitimação transmitiria a ideia de uma situação, o ato de legitimar, enquanto legitimidade evocaria a qualidade de estar legitimado. (*Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, n. 4, p. 12)

¹²³ A capacidade para os atos da vida social está disciplinada no art. 5º do Código Civil de 2002, no que tange às pessoas físicas, e no art. 40 deste mesmo diploma legal quanto às pessoas jurídicas ou entes despersonalizados.

¹²⁴ *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Temas atuais de direito processual civil, v. 4), p. 239.

¹²⁵ BUZUID, Alfredo, *Do Agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo, 1965, nº 39, p. 88.

Para todo e qualquer processo, considerado em relação à lide que por meio dele se busca compor, cria a lei, explícita ou implicitamente, um esquema subjetivo abstrato, um modelo ideal que deve ser observado na formação do contraditório. Esse esquema é definido pela indicação de determinadas situações jurídicas subjetivas, às quais se costuma chamar *situações legitimantes*. [...] Denomina-se legitimação a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, tal como resulta da postulação formulada perante o órgão judicial e a situação legitimante prevista na lei para a posição processual que a essa pessoa se atribuiu ou que ela mesma pretende assumir.”¹²⁶

Assim, com base nesta concepção de *situação legitimante*, resta possível agrupar as diferentes teorias acerca da legitimidade *ad causam* em dois grupos distintos: (i) de um lado, aquelas que defendem que a legitimidade depende da titularidade da relação de direito material deduzida em juízo, sendo esta, portanto, a situação legitimante e (ii) de outro, as teorias que admitem que a titularidade do direito controvertido não seria a única situação legitimante possível.

O nosso ordenamento, no que tange ao clássico processo individual, houve por bem adotar a titularidade da relação jurídico-material controvertida como situação legitimante, consoante se extrai do art. 6º do Código de Processo Civil, que estatui: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado pela lei”.

Todavia, como se pode inferir da parte final do referido dispositivo legal, admite-se, excepcionalmente, a legitimação daquele que não for titular do direito controvertido, ou seja, que não se adegue à situação legitimante padrão, desde que haja expressa autorização legal.

É neste sentido que se diz, portanto, que “quando a situação legitimante coincide com a situação deduzida em juízo, diz-se ordinária a legitimação; no caso contrário, a legitimação será extraordinária.”¹²⁷

Considerando, portanto, que a legitimação extraordinária é fenômeno por meio do qual alguém expressamente autorizado por lei vem a juízo, em nome próprio, defender direito alheio, entende a doutrina majoritária que esta espécie de legitimação equivale à substituição processual¹²⁸, de modo que o substituto participará de processo cujos efeitos serão produzidos na esfera jurídica do substituído.¹²⁹

¹²⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 404, jun.1969, p. 9.

¹²⁷ Cf. ROCHA, Luciano Velasque. *Ações coletivas – O problema da legitimidade para agir*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 10.

¹²⁸ Cf. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 132; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5.ed.

José Carlos Barbosa Moreira, contudo, é um dos que discordam desta posição, eis que, no seu entender, a substituição processual apenas terá lugar quando se tratar de legitimação extraordinária autônoma exclusiva, i.e., quando o legitimado extraordinário pode agir em juízo com total independência em relação ao legitimado ordinário e quando apenas o legitimado extraordinário pode defender o direito em juízo como parte principal, cabendo a atuação do legitimado ordinário apenas como assistente.

Além da previsão legal expressa, a substituição processual ou legitimidade extraordinária depende da existência de um vínculo entre a situação jurídica do que vem à juízo e aquele que é substituído ou mesmo um interesse próprio do substituto.¹³⁰

Conforme magistério de Antonio Carlos de Araújo Cintra, é justamente este interesse próprio do substituto que o autoriza a vir a juízo na defesa de direito alheio: “a legitimação do substituto processual decorre da existência de um seu interesse material cuja satisfação depende da satisfação do interesse material litigioso do substituído”.¹³¹

Este interesse próprio do substituto que lhe acarreta a atribuição de legitimação para agir, também revela a desnecessidade de autorização ou anuência do substituído, pois, apesar de o substituto postular a tutela de um interesse alheio, visa através deste a proteção de um interesse material próprio.¹³²

É o caso, portanto, da hipótese do art. 42 do Código de Processo Civil, em que aquele que alienou o bem litigioso continuará sendo parte legítima no processo, muito embora não seja mais o titular do direito material envolvido.

São Paulo: Malheiros, 2002 t.2, p. 228 e THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 111; CINTRA, Antonio Carlos Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, 438, abril.1972, p. 27: “[...] realmente, é ela uma legitimação substitutiva, no sentido de que o substituto se põe no lugar do substituído para afirmar a mesma pretensão deste”

¹²⁹ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 404, jun.1969, p. 10: “O legitimado ordinário deve encontrar na sentença a disciplina de sua própria situação; o legitimado extraordinário, a disciplina de situação alheia, talvez suscetível de repercutir na sua.”

¹³⁰ Cf. ROCHA, Luciano Velasque. *Ações coletivas – O problema da legitimidade para agir*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 116: “Não se ignora, contudo, que haja uma relação jurídica entre substituto e o substituído na maior parte dos casos – ou ao mesmo um interesse na tutela de pretensão alheia, já que é em atenção a esta relação jurídica ou em atenção a este interesse que o legislador legitima o substituto.”

¹³¹ CINTRA, Antonio Carlos Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, 438, abril.1972, p. 26. Deve-se destacar, no entanto, que será objeto da ação apenas o interesse material do substituído.

¹³² *Ibidem*, p. 28.

4.2. Os entes legitimados para o processo coletivo

A legitimidade para agir consiste em um dos principais desafios dos processualistas na tarefa de garantir o acesso à justiça quanto aos direitos e interesses coletivos¹³³, eis que, como demonstrado, os aspectos subjetivos das espécies de direitos tutelados pelo processo coletivo não são compatíveis com o sistema de legitimação clássico ordinário: enquanto nas demandas individuais a legitimação para agir cabe ao titular do direito ofendido (art. 6º do CPC), o mesmo não se aplica aos direitos coletivos *lato sensu*, já que o direito é transindividual – e, assim, não possui titular individualmente identificável –, nem aos direitos individuais homogêneos, porquanto é impraticável a presença de todos os titulares dos interesses substanciais em juízo.¹³⁴

Diante disto, torna-se necessária a configuração de um sistema de legitimação próprio, que, em face da impossibilidade de indicação de titular exclusivo do direito substantivo (direitos transindividuais) ou do comparecimento de todos eles em juízo (no caso dos direitos individuais homogêneos), consiga garantir a atuação de entes e/ ou sujeitos em condições idôneas e que possam validamente defender os direitos daqueles que não participarão do processo, mas que terão suas esferas jurídicas atingidas.¹³⁵

Neste contexto, o legislador brasileiro houve por bem estabelecer expressamente (*ope legis*) os legitimados para a propositura das ações coletivas nos art. 5º da Lei nº 7.347/1985 e art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, que, consoante demonstrado, formam a base do microsistema de processo coletivo brasileiro. Referidos dispositivos legais contemplam:

¹³³ Cf. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação Civil Pública ou Ação Coletiva?. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, nº 19, p. 69, Instituição Toledo de Bauru *apud* NEGRÃO, Ricardo. *Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa*. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2004, p. 159: “[...] os dois grandes problemas da tutela jurisdicional coletiva, conforme também muito bem ressaltado por Cândido Rangel Dinamarco, repousam nos extremos dessa atividade jurisdicional do Estado, que se dá, invariavelmente, através do processo: a legitimação para agir (no início) e a coisa julgada (ao final). Os principais problemas estão em saber: quem poderá postular em juízo a tutela jurisdicional coletiva (quem estará legitimado e que modalidade de legitimação é esta) e quem se sujeitará àquela principal qualidade da sentença”.

¹³⁴ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 164.

¹³⁵ Cf. GIDI, Antonio. Legitimación para demandar en las acciones colectivas. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. México: Porrúa, 2003, p. 108: “Una vez reconocida, expresa o tácitamente, en el plano del derecho material, la efectiva protección jurídica de los intereses supraindividuales y admitida la posibilidad de hacerlos valer a través del poder judicial, aún queda pendiente de solucionar una cuestión fundamental: a quien debe el derecho positivo reconocer la cualidad para proponer la acción judicial de tal tutela? Es preciso analizar políticamente a quien debe le derecho atribuir legitimación activa para demandar en juicio la defensa de tales derechos de forma tal que, sin violar los derechos de los miembros de la comunidad lesionada, sea posible la efectiva tutela (en el sentido de que el representante del grupo tenga condiciones de imponerse ante presión y superioridad de los poderosos) y con el mínimo riesgo para aquellos que no ingresaron al proceso.”

- (i) o Ministério Público;
- (ii) a Defensoria Pública;
- (iii) a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;
- (iv) autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e demais órgãos e entidades da Administração Pública direta ou indireta, mesmo que sem personalidade jurídica;
- (v) e as associações, desde que constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre suas finalidades institucionais a proteção dos direitos que venham a ser objeto da ação coletiva.

Deve-se destacar, por oportuno, que a doutrina majoritária se inclina por uma concepção abrangente das *associações* mencionadas pela lei, de modo que, dentro deste gênero associativo, estariam também incluídos os sindicatos, até mesmo porque a legitimidade destes entes para defesa dos interesses individuais e coletivos da categoria que representam é prevista constitucionalmente (art. 8º, III).¹³⁶

Não se pode olvidar ainda da atribuição de legitimidade ativa ao particular, para o caso específico da ação popular prevista na Lei nº 4.717/1965.

Como se pode ver, o sistema de legitimidade adotado pelo legislador brasileiro combina três espécies distintas: 1. a legitimação do indivíduo, 2. a legitimação de pessoas jurídicas de direito privado e 3. a legitimação de órgãos do Poder Público, em postura reconhecida pela doutrina como *política de liberação dos mecanismos de legitimação ad causam*.¹³⁷

Trata-se, então, de modelo misto de legitimação – já que combina a legitimidade (ainda que pontual) do cidadão e de entes tanto com personalidade de direito público, quanto de direito privado – e que revela o escopo do legislador de ampliar ao máximo as possibilidades de manejo do processo coletivo, em estrita observância ao princípio

¹³⁶ Neste sentido, aponta o magistério de José dos Santos Carvalho Filho, que, apesar de relativo às ações civis públicas, é de todo aplicável ao microsistema de processo civil, que, como demonstrado, tem a Li de ação civil pública como um de seus pilares: “Ainda com apego ao espírito da lei, são da mesma forma partes legítimas para a ação [civil pública] os *sindicatos*, considerados por muitos especialistas como entidades que revestem a forma de associações, ainda que com características peculiares. Primeiramente, ostentam inegável padrão de representatividade das respectivas categorias sociais. Depois, não fora, excluídos da lei. Além disso, a Constituição lhes conferiu a função de defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, seja em questões administrativas, seja na esfera judicial (art. 8º, III), postulado que se confirma com a possibilidade de impetramento mandado de segurança coletivo em prol de seus associados (art. 5º, LXX, CF).” (*Ação civil pública*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 167).

¹³⁷ MILARÉ, Edis. *Tutela jurisdicional do ambiente. Justitia*: São Paulo, 1992, nº 157, p. 166 apud DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo coletivo*. v. 4. 5.ed. Salvador: JusPodium, 2010, p. 205.

constitucional de acesso à justiça e com vistas a garantir a maior efetividade possível aos direitos protegidos pelas ações coletivas:

o alargamento da legitimidade ativa afigura-se de grande valia para assegurar o pluralismo da tutela coletiva. A variedade de legitimados serve para garantir a representação da jurisdição coletiva, do impressionante pluralismo que se vê na sociedade brasileira, um pluralismo que deriva não só dos tempos em que vivemos como também das imensas disparidades regionais e sociais do país.¹³⁸

Considerando que a legitimidade de cada um destes entes não exclui a dos demais, classifica-se a legitimação do sistema brasileiro como concorrente. Ela é ainda disjuntiva, na medida em que qualquer das entidades pode propor, por si só, a demanda coletiva, independentemente da participação ou concordância dos demais legitimados e, exclusiva, pois apenas as entidades previstas em lei podem ajuizar as ações coletivas.

Diante deste cenário, verifica-se que a Lei elencou conjuntamente os legitimados ao ajuizamento do processo coletivo, de modo que tanto a tutela de direitos coletivos, quanto a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos podem ser promovidas pelos mesmos entes.

No entanto, esta coincidência de legitimados não implica que a natureza e os limites da legitimação destes entes serão exatamente os mesmos para os direitos coletivos e os direitos individuais homogêneos. Isto porque, como exaustivamente demonstrado, a efetividade que se espera do processo apenas é alcançada por meio de sua adequação às peculiaridades do direito material tutelado. Assim, demonstraremos a seguir que a legitimidade dos entes será diversa e necessariamente correspondente à espécie de direito envolvida na ação coletiva, sob pena de verdadeira deturpação da lógica do sistema de processo coletivo.

¹³⁸ SOUZA, José Augusto Garcia de. A legitimidade coletiva da Defensoria Pública à luz do princípio da generosidade. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita. (Org.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 307.

4.3. A natureza da legitimidade e a sua necessária correspondência com a espécie de direito tutelado

4.3.1. Legitimidade autônoma (ordinária) quanto aos direitos essencialmente coletivos

Os direitos essencialmente coletivos são caracterizados por serem transindividuais e indivisíveis. Destarte, tratando-se de direitos sem um titular exclusivo, verifica-se a inadequação da situação legitimante prevista no processo individual clássico, segundo a qual a legitimidade de agir é atribuída ao titular do direito controvertido.

Ademais, o esquema da legitimação extraordinária também se revela igualmente inadequado, pois, apesar de existir uma distinção entre o titular do direito transindividual e o legitimado a defender este mesmo direito em juízo, não se pode olvidar que os contornos fluidos dos direitos essencialmente coletivos fazem com que o legitimado, ao ingressar em juízo, defenda também uma espécie de direito próprio¹³⁹, afastando, portanto, o cabimento da figura da substituição processual, por meio da qual um sujeito defende, em nome próprio, direito alheio – e não seu:

Associações que se constituam com o fim institucional de promover a tutela de interesses difusos (meio ambiente, saúde pública, consumidor, etc.), ao ingressar em juízo, estarão defendendo um interesse próprio, pois os interesses de seus associados e de outras pessoas eventualmente atingidas são também seus, uma vez que ela se propôs a defendê-los, como sua própria razão de ser.¹⁴⁰

Esta atuação na defesa de um direito próprio se revela ainda evidente ao se considerar que deve o legitimado ativo demonstrar sua aptidão para tutelar o direito deduzido em juízo, bem como o seu interesse sobre o objeto da demanda, consoante será demonstrado a seguir.

Neste cenário, o processo coletivo, com seu esquema próprio de legitimação, surge justamente como um instrumento capaz de viabilizar a defesa judicial adequada e efetiva destes direitos, de acordo com as suas peculiaridades:

¹³⁹ Cf. GIDI, Antonio. Legitimación para demandar en las acciones colectivas. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos*. México: Porrúa, 2003, p. 112-113.

¹⁴⁰ WATANABE, Kazuo. Tutela dos Interesses Difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.) *A Tutela Jurisdiccional dos Interesses Difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, pág. 94.

[...] la exigencia de la protección del derecho difuso por la modalidad colectiva se debe a la ausencia de un individuo que pueda proponer una acción a ese título. Así, no se puede a título individual solicitar una indemnización por daños ambientales. Ejemplificando, alguien que sufre un daño ambiental en su propiedad requiere, en pleito individual, la reparación de daños materiales por el derecho civil, pero no existe un importe correspondiente al daño ambiental per se. [...]

En efecto, no se requieren indemnizaciones a ser individualmente apropiadas, ni es el valor económico correspondiente al daño el centro de la protección jurídica. El objetivo es la posibilidad de usufructuar del bien bajo amenaza o efectivamente lesionado.¹⁴¹

A insuficiência do esquema de legitimação do processo individual diante das peculiaridades dos direitos essencialmente coletivos acarretou, então, a eleição de nova situação legitimante. E qual seria ela? Considerando a transindividualidade e a indivisibilidade dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, bem como o abandono da titularidade do direito controvertido como situação legitimante, verifica-se que o legislador, ao indicar os entes legitimados a tutela destes direitos, o fez em razão de sua aptidão, por sua posição social, política e jurídica, para atuar na obtenção de uma prestação jurisdicional eficaz¹⁴², principalmente porque a relação jurídica é incindível e a decisão afetará todos os membros da coletividade titular do direito.

É neste sentido, portanto, que se afirma que, no âmbito dos direitos essencialmente coletivos, é necessário se afastar do critério de legitimação (situação legitimante) adotado para as demandas individuais (titularidade do direito controvertido), na medida em que não se trata de aspecto adequado à transindividualidade e indivisibilidade destes direitos. Assim, as características do direito material determinam a adaptação do critério adotado, de modo que a situação legitimante eleita para a defesa dos direitos essencialmente coletivos é a aptidão do legitimado ativo para representar de modo adequado e efetivo o direito violado ou ameaçado:

¹⁴¹ LEAL, Márcio Flávio Mafra. Notas sobre la definición de intereses difusos, colectivos e individuales homogêneos en el código modelo de procesos colectivos para iberoamérica. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos*. México: Porrúa, 2003, p. 40. Neste mesmo sentido: WATANABE, Kazuo. Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litúrgios del proceso. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos*. México: Porrúa, 2003, p. 08: “Aún sin organización, los intereses o derechos ‘colectivos’, por el hecho de ser de naturaleza indivisible, presentan una identidad tal, que independientemente de su armonización formal o amalgama por la reunión de SUS titulares alrededor de una entidad representativa, pasan a formar una sola unidad, haciéndose perfectamente viable y hasta deseable, su protección jurisdiccional en forma molecular”.

¹⁴² NEGRÃO, Ricardo. *Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa*. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2004, p. 224: “Trata-se de uma determinação de legitimidade *ad causam* não pela titularidade do interesse, mas pela conveniência da representação do direito difuso em questão”.

[...] o direito próprio se confunde com o direito alheio, de maneira que, ao se questionar a que título se confere legitimação a um ente determinado, é preciso abandonar a máxima de que o legitimado processual coincide com o detentor do direito substancial e atentar para a circunstância de que a efetividade da tutela jurisdicional coletiva depende da adequada representatividade por parte do legitimado ativo.¹⁴³

Ou seja: o legislador, ao indicar os entes legitimados a tutela destes direitos, não o fez em razão da titularidade do direito (o que seria até impossível, porque se trata de direitos transindividuais). A escolha foi realizada em razão da aptidão dos entes indicados, por sua posição social, política e jurídica, para atuar na obtenção de uma prestação jurisdicional eficaz¹⁴⁴, principalmente porque a relação jurídica é incindível e a decisão afetará todos os membros da coletividade titular do direito.

Logo, como o esquema tradicional de legitimação do processo individual clássico não se revela suficiente para atender as peculiaridades dos direitos essencialmente coletivos, afigura-se necessário que se abandone a clássica vinculação entre a legitimidade e a titularidade do direito material controvertido. Donde se extrai que a legitimidade para a defesa dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* seria autônoma, eis que não vinculada ao critério tradicional da titularidade do direito controvertido¹⁴⁵:

La expresión ‘autonomía’ asume una connotación de separar la legitimación procesal de la titularidad del derecho material objeto del proceso. Esto porque, como ha percibido Rodolfo de Camargo Mancuso, el criterio de que el derecho se utiliza para atribuir legitimación para proponer las acciones colectiva (al contrario de lo que acontece en las acciones individuales) no se esta basado em la titularidad del derecho material invocado, sino en la posibilidad del autor colectivo de transformarse en el adecuado porta voz de los intereses de la comunidad. Por lo tanto, se debe examinar su aptitud, su idoneidad social para ser considerado como el representante adecuado para la defensa judicial de los derechos supraindividuales.¹⁴⁶

Todavía, é necessário observar que esta legitimidade autônoma é a regra no âmbito da tutela de direitos essencialmente coletivos, o que leva então à afirmação de que esta

¹⁴³ GUEDES, Clarissa Dinis. A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais. In: *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 127.

¹⁴⁴ NEGRÃO, Ricardo. *Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa*. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2004, p. 224: “Trata-se de uma determinação de legitimidade *ad causam* não pela titularidade do interesse, mas pela conveniência da representação do direito difuso em questão”.

¹⁴⁵ NERY JR., Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 1.885.

¹⁴⁶ GIDI, Antonio. Legitimación para demandar en las acciones colectivas. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos*. México: Porrúa, 2003, p. 112.

legitimidade autônoma corresponde à legitimidade ordinária no campo das ações de defesa dos direitos coletivos.¹⁴⁷

Deve-se destacar ainda que esta legitimidade não é absoluta. Com efeito, tendo em vista que a situação legitimante para a tutela dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* é a aptidão do legitimado ativo para representar de modo adequado e efetivo o direito violado ou ameaçado, ressur imperioso que esta aptidão (muito similar à noção de *representatividade adequada* do direito norte-americano) seja efetivamente demonstrada em juízo, principalmente a se considerar que os direitos tutelados são transindividuais e indivisíveis, de modo que a sentença proferida atingirá a esfera jurídica de todos os membros da coletividade titular do direito. Não é só porque os legitimados para a defesa dos direitos essencialmente coletivos já estão previamente previstos na Lei (sistema *ope legis*) que a legitimação dos mesmos seria automática ou presumida, devendo haver demonstração da pertinência e do interesse entre o legitimado e o interesse protegido no caso concreto (sistema *ope judicis*).¹⁴⁸

Esta demonstração da aptidão de adequada defesa do direito deduzido em juízo apenas seria desnecessária no que tange ao Ministério Público, eis que sua função constitucional de defesa dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* o transforma no “representante adequado por excelência” dos direitos essencialmente coletivos.¹⁴⁹

Todavia, no que tange aos demais legitimados, principalmente aqueles com personalidade de direito privado, esta demonstração da representatividade adequada é medida que se impõe. No caso das associações, por exemplo, a necessidade de pertinência temática entre os fins da associação e o direito objeto da ação aponta categoricamente para este dever

¹⁴⁷ Cf. CARVALHO, Acélio Rodrigues. A natureza da legitimidade para agir no sistema único de tutelas coletivas: uma questão paradigmática. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (coord). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos* – Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 60: “A legitimação será ordinária na medida em que ela seja a regra geral do sistema, e extraordinária na medida em que seja a exceção.”; BARBOSA, Moreira José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 203: “*De lege lata*, será talvez possível, em determinados casos, contornar o óbice do art. 6º do Código de Processo Civil, desde que se reconheça que neles 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.”

¹⁴⁸ NEGRÃO, Ricardo. *Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa*. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2004, p. 227: “[...] a doutrina reconhece que há necessidade de demonstração de uma certa ‘pertinência’ (qualificada pelo ‘interesse mediato’) entre o legitimado e o direito protegido, exceto quando se trata do Ministério Público.”

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 234.

de demonstração do interesse ou vinculação que deve existir entre o legitimado ativo e o direito tutelado.

Assim, o objetivo desta demonstração de aptidão, vinculação e interesse é justamente garantir que o legitimado atenda à situação legitimante, que consigna a necessidade de que seja o autor o representante adequado do direito objeto da lide. É por isso, então que, em linhas gerais, pode-se dizer que haverá ilegitimidade *ad causam* quando um município ajuíze ação coletiva visando impedir que, em um outro município, fosse praticado um determinado ato que seria prejudicial àquele ambiente natural. Neste contexto, apenas o município diretamente afetado teria interesse e, portanto, legitimidade para ingressar em juízo.¹⁵⁰ Do mesmo modo, não se pode admitir que uma associação de proteção aos consumidores, pretenda a proteção do meio ambiente, sem que o dano tenha qualquer vinculação com os atos envolvidos na cadeia de consumo.

Donde se extrai, portanto, que a exigência de demonstração da representatividade adequada quanto aos direitos essencialmente coletivos, além de ser requisito inerente à própria situação legitimante, tem o escopo de assegurar a lógica e a coerência do sistema de processo coletivo. O fato de o direito ser transindividual não acarreta que qualquer dos entes elencados na lei esteja absolutamente legitimado para sua defesa judicial, devendo sempre existir a demonstração do interesse e da representação adequada exercida pelo autor, sob pena de que aquela decisão, que versa sobre direito indivisível, acarrete prejuízos aos demais membros da coletividade ou comunidade titular do direito deduzido em juízo. Deve-se sempre lembrar que uma das principais preocupações do processo coletivo é quanto ao devido processo legal em relação aos indivíduos que não participaram do processo, de modo que admitir-se a legitimidade irrestrita dos entes legitimados, independente da demonstração da sua vinculação e interesse no caso concreto consiste em medida diametralmente contrária à adequada defesa dos interesses daqueles que não participam do processo coletivo.

Diante da natureza indivisível dos direitos essencialmente coletivos, de modo que a lesão ou a sentença que a repara prejudica ou beneficia a todos os membros da coletividade ou comunidade titular do direito, deve-se concluir que apenas uma única ação é suficiente para promover a tutela destas espécies de direito. Assim, tão logo um dos entes legitimados a tanto tome a iniciativa de ajuizar uma ação versando sobre a defesa de um determinado direito

¹⁵⁰ NEGRÃO, Ricardo. *Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa*. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2004, p. 240.

difuso ou coletivo *stricto sensu*, os demais legitimados não poderão ajuizar uma ação que tenha por objeto este mesmo direito, sob pena de litispendência:

[...] es suficiente una sola demanda colectiva para la protección de todas las personas titulares de esos intereses o derechos, ideterminadas y ligadas por circunstancias de facto, si se trata de los difusos y de todas las personas pertenecientes a um mismo grupo, categoria o clase ligadas entre si o con la parte contraria por una relación jurídica base si se trata de los colectivos. [...] No tiene ningún sentido admitir uma segunda demanda para la tutela de esos intereses o derechos difusos o colectivos, [...], principalmente si son circulados por um ente legitimado para todo el país. Inmediatamente se constata la ocurrencia de litispendencia.¹⁵¹

Deve-se destacar, no entanto, que não existe qualquer prevalência entre os entes legitimados, de modo que qualquer um deles pode, indistintamente, promover a ação para a tutela dos direitos essencialmente coletivos. Apenas não poderá fazê-lo acaso já exista uma demanda que verse sobre o mesmo direito difuso ou coletivo *stricto sensu*, o que nos permite classificar a legitimidade como concorrente.

Assim, esta mesma indivisibilidade, bem como a transindividualidade dos direitos essencialmente coletivos acarreta, portanto, os efeitos *erga omnes* da sentença proferida:

A extensão subjetiva universal (*erga omnes*) é consequência natural da transindividualidade e da indivisibilidade do direito tutelado na demanda. Se o que se tutela são direitos indivisíveis e pertencentes à coletividade, a sujeitos indeterminados, não há como estabelecer limites subjetivos à imutabilidade da sentença.¹⁵²

Logo, como a sentença irá vincular todos os membros da comunidade ou coletividade titular do direito controvertido, resta corroborada a necessidade de averiguação concreta da representatividade adequada do legitimado ativo, pois a sentença, assim como o direito material tutelado, apresenta natureza unitária e incindível.

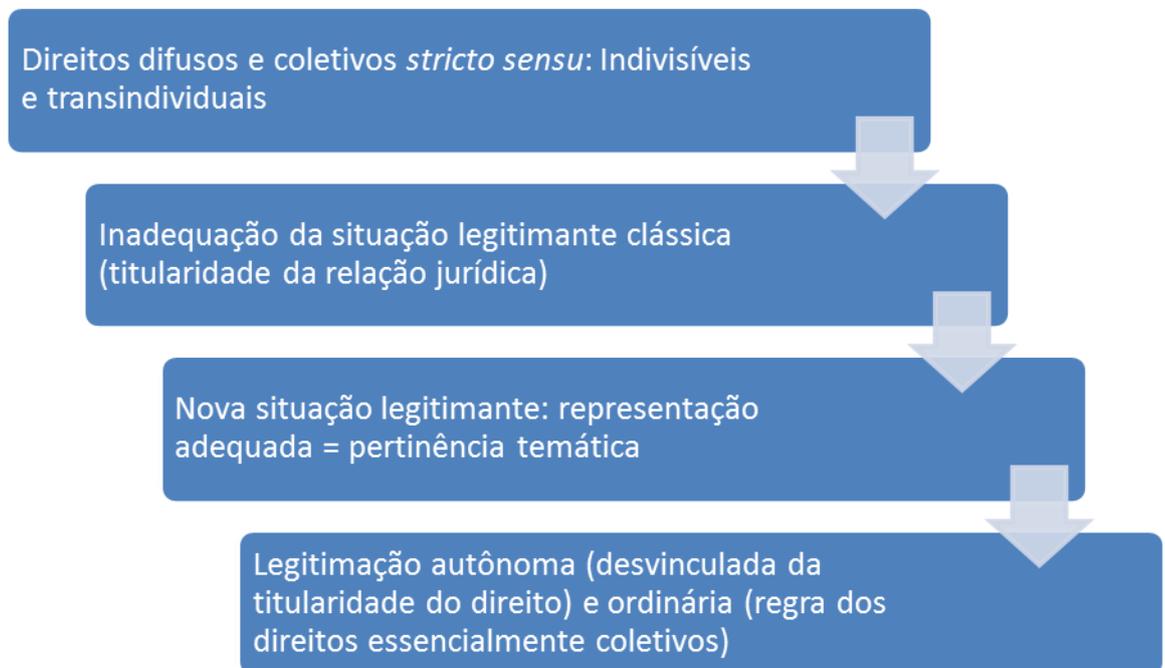
¹⁵¹ WATANABE, Kazuo. Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. México: Porrúa, 2003, p. 3. Neste mesmo sentido, cf.: ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 11.

¹⁵² Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 65: “A extensão subjetiva universal (*erga omnes*) é consequência natural da transindividualidade e da indivisibilidade do direito tutelado na demanda. Se o que se tutela são direitos indivisíveis e pertencentes à coletividade, a sujeitos indeterminados, não há como estabelecer limites subjetivos à imutabilidade da sentença.”

Neste sentido, é de se verificar que a terminologia *ultra partes* utilizada pelo Código de Defesa do Consumidor no que tange aos direitos coletivos, serve apenas para diferenciá-la em relação aos efeitos dos direitos difusos, cuja abrangência seria mais ampla.¹⁵³

De todo modo, na essência, a *ratio* do legislador, em ambos os casos, foi apenas de demonstrar que a sentença proferida no processo coletivo irá produzir efeitos para além da esfera jurídica daqueles que são as partes formais do processo, vinculando, portanto, todos os membros da comunidade ou coletividade titular do direito ofendido. É, neste sentido, portanto, que a doutrina defende que, a rigor, não existe diferença ontológica entre o regime jurídico da coisa julgada *ultra partes* e da coisa julgada *erga omnes*.¹⁵⁴

Em suma, a legitimação para a defesa dos direitos essencialmente coletivos pode ser assim ilustrada:



4.3.2. Legitimidade extraordinária quanto aos direitos acidentalmente coletivos

No caso dos direitos acidentalmente coletivos, i.e., dos direitos individuais homogêneos, já restou demonstrada a sua natureza estritamente individual e divisível. Todavia, diante da existência de um grande número de direitos individuais semelhantes, fato

¹⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. p. 584-585.

¹⁵⁴ GIDI, Antonio. Cosa juzgada en acciones colectivas. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos*. México: Porrúa, 2003, p. 269-271.

este cada vez mais comum na atual sociedade de massas, a ordem jurídica admite a sua tutela coletiva, por razões de economia e efetividade processuais.

Assim, como se trata de direitos individuais, revela-se plenamente pertinente e aplicável a situação legitimante tradicional do processo individual, segundo a qual será legitimado ativo o próprio titular do direito deduzido em juízo. É nesta medida, portanto, que os titulares destes direitos – que são em sua essência individuais, apesar de serem similares para diversas pessoas –, podem livremente ingressar em juízo com suas próprias demandas, a título individual ou em litisconsórcio com outros sujeitos titulares de direitos semelhantes.

A intenção da ordem jurídica ao estabelecer, ao lado da defesa individual, a possibilidade de defesa coletiva destes mesmos direitos, foi apenas incrementar a efetividade e a economia processual, pelo que se diz que a tutela coletiva não era um reclamo do direito material tutelado – ao contrário do que se passa quanto aos direitos essencialmente coletivos¹⁵⁵.

Logo, como se trata de direitos essencialmente individuais, não se revela necessária adaptação ou alteração da situação legitimante, que continua sendo a do processo clássico (titularidade do direito material controvertido). Assim, a tutela coletiva, como estratégia puramente processual – e não decorrência de exigências do direito material –, se viabiliza pelo emprego da técnica da legitimação extraordinária ou substituição processual:

Quanto à natureza jurídica da *legitimação para a tutela de direitos individuais homogêneos*, não pairam grandes dúvidas, uma vez que entende a maioria da doutrina, com acerto, que haverá substituição processual, isto é, legitimação extraordinária, nos moldes do processo civil clássico, não se aplicando a sistemática relativa à legitimação coletiva [...] uma vez que o ajuizamento desse tipo de ação visa a conferir proteção a direitos e interesses acidentalmente coletivos, que continuam a merecer proteção individual e pulverizada.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Cf. NEGRÃO, Ricardo. *Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa*. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2004, p. 256: “Interessa, contudo, ao direito (e isto é o que assevera o Código de Defesa do Consumidor em seus dispositivos), viabilizar mais uma via de defesa desses interesses; a ação coletiva foi instaurada, nesses casos, não tanto pela natureza das coisas (como se dá no reconhecimento legal dos interesses difusos e coletivos), mas por uma evidente opção legislativa de viabilizar mais um meio de tutela, que não aquela conferida a cada um dos sujeitos individualmente (ainda que esses fossem a juízo em forma de litisconsórcio – o que não se mostra adequado ou mesmo interessante para a atividade jurisdicional em muitos casos).”

¹⁵⁶ GUETTA, Mauricio. Análise acerca da legitimidade ativa da defensoria pública em ações civis públicas ambientais. *Revista de Processo*, v. 211, p. 45. Neste mesmo sentido, cf.: NEGRÃO, Ricardo. *Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa*. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2004, p. 257 e GIDI, Antonio. Legitimación para demandar en las acciones colectivas. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos*. México: Porrúa, 2003, p. 113.

Consoante demonstrado, a legitimidade extraordinária ou substituição processual tem lugar quando, por força de autorização legal, admite-se que venha a juízo, na defesa de direitos alheios, aquele que não se enquadra à situação legitimante (ou seja, que não é o titular do direito objeto da lide). Destarte, no caso da defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos, a legitimidade atribuída aos legitimados *ope legis* foi conferida justamente para que eles, que não são os titulares dos direitos ofendidos ou ameaçados, venham a juízo em nome próprio, na defesa destes direitos individuais alheios, o que consiste exatamente em hipótese típica de substituição processual. E, como se tratam de direitos individuais, com titulares determinados ou determináveis, permanece cabível, portanto, a legitimidade ordinária, que atribui a estes mesmos titulares a possibilidade de ajuizarem suas próprias demandas, singularmente ou em litisconsórcio.

Destaque-se, no entanto, que a ação coletiva não se resume a um cúmulo de ações individuais, nem se confunde com eventual litisconsórcio. Por meio da técnica da substituição processual, a intenção do legislador foi justamente prescindir da participação individual de cada um dos titulares dos direitos envolvidos, encarando o problema deduzido de forma coletiva e buscando efeitos para todo o grupo substituído pelo legitimado.

A natureza da legitimação extraordinária no que tange aos direitos individuais homogêneos é de tal modo evidente, que próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 91, traz esta previsão, frisando que os legitimados agirão, em nome próprio, na defesa de direitos alheios: “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”.

Diante do rol taxativo de legitimados ao processo coletivo, debate novamente a doutrina sobre a necessidade/possibilidade de que o juiz proceda a um controle da adequação da representatividade do autor da ação coletiva, ou se bastaria que o autor fosse um dos legitimados indicados pela lei para que pudesse livremente promover a defesa dos interesses e direitos do grupo em juízo.

Assim como se passa na defesa dos direitos essencialmente coletivos, a tutela dos direitos individuais homogêneos também depende da adequada verificação da representatividade adequada daquele que vem a juízo. Isto porque o próprio conceito de legitimação extraordinária já traz embutido em si a necessidade de existir um vínculo entre a situação jurídica do que vem à juízo e a situação legitimante.

Como bem registra J.J. Calmos de Passos, a substituição processual depende sempre de um interesse do substituto, que, portanto, precisa ser devidamente demonstrado para amparar a sua legitimação no caso concreto:

[...] somente na substituição processual se defere a alguém o poder de, em nome próprio, postular direito alheio, isto ocorrendo não em virtude de incapacidade jurídica ou hipossuficiência econômica do titular do direito, nem por motivo de outorga negocial de poderes, sim em razão de haver um interesse juridicamente protegido do substituto que, sem a outorga legal da legitimação extraordinária, poderia sofrer prejuízo jurídico. Em nome da economia processual e da segurança dos direitos próprios, a ordem jurídica defere, como bem situado por Allorio, um modo técnico de proteção, mediante o exercício da pretensão de outrem apta a refletir, também em termos de tutela, na esfera jurídica do substituto.¹⁵⁷

Desta forma, é este interesse próprio do substituto que o autoriza a vir a juízo na defesa de direitos alheios, que revela ser desnecessário qualquer consentimento por parte dos substituídos. Diante deste necessário vínculo ou interesse entre substituto e substituídos, verifica-se que o simples fato de se tratar de um ente expressamente previsto no rol legal de legitimados não é bastante para que se verifique a legitimação automática do mesmo.

O sistema *ope legis* de legitimação não é suficiente para garantir a adequada defesa dos direitos daqueles que não participam diretamente do processo (substituídos), de modo que se faz sempre necessária a averiguação da representação adequada no caso concreto, com o exame da vinculação entre o substituto e substituídos e do interesse do substituto sobre o objeto da demanda, eis a averiguação deste vínculo é condição de validade da própria substituição processual ou legitimação extraordinária (sistema *ope iudicis* de legitimação). Donde se extrai a imprescindibilidade desta apuração para averiguação da legitimidade *ad causam* daquele que vem a juízo.

Há, no entanto, opinião divergente, que entende pela impossibilidade de o magistrado avaliar a representatividade adequada no caso concreto, eis que, no sistema de legitimação *ope legis*, os entes selecionados previamente pelo legislador já contariam com presunção *iuris et iure* da adequação de sua representação, dispensando, portanto, qualquer averiguação *in concreto*.¹⁵⁸ No caso específico das associações, defendem inclusive que os requisitos da pré-constituição e da pertinência temática (art. 82, IV do CDC e art. 5º, V da Lei nº 7.347/1985) já

¹⁵⁷ PASSOS, J. J. Calmon de. Especificidade das ações coletivas e das decisões de mérito nelas proferidas. *Revista de Direito do Trabalho*. v. 123, p. 284, jul. 2006.

¹⁵⁸ NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*, 3. ed. São Paulo: RT, p. 1886, 1999.

seriam suficientes para promover esta análise da representatividade adequada, não havendo que se cogitar de qualquer espaço residual para apreciação deste aspecto pelo juiz no caso concreto.

Contudo, esta concepção olvida que a representação adequada consiste em exigência decorrente do princípio do devido processo legal, de modo que se afigura plenamente cabível e pertinente ao ordenamento jurídico brasileiro, que, assim como se passa no direito norte-americano, alberga expressamente esta orientação no art. 5º, LIV da Constituição Federal.

Ademais, como anota Luis Cláudio Furtado Faria, principalmente no que tange às associações, a questão da representação adequada ganha ainda mais relevância, eis que é no campo destas entidades com personalidade jurídica de direito privado que existem maiores possibilidades de abusos:

Entretanto, sem desmerecer tais protestos, seria mesmo difícil se imaginar que cada associação existente no país, pela simples circunstância de estar constituída há mais de um ano e se autodenominar defensora dos interesses do consumidor, possa ser um representante adequado na tutela de todo e qualquer direito da comunidade em juízo.

Ao se admitir o argumento de que o Juiz estaria impedido de aferir a adequação do representante por ter a lei presumido tal qualidade, estar-se-ia permitindo a incompetência, negligência ou até mesmo má-fé da associação durante o desenrolar do processo coletivo, impondo-se a aceitação passiva da conduta inidônea do legitimado.¹⁵⁹

Assim, José Maria Rosa Tesheiner afirma que “a aferição da higidez da representação adequada assume especial interesse em se tratando de direitos individuais homogêneos, que, em tese, poderiam ser defendidos individualmente, por cada um dos interessados”¹⁶⁰. Com efeito, no caso dos direitos acidentalmente coletivos é possível identificar os substituídos, o que, obviamente, aumenta a necessidade de fiscalização da representatividade adequada do substituto, justamente porque a *ratio* da tutela coletiva destes direitos é garantir o acerto simultâneo dos direitos de diversos titulares que se encontram em situações jurídicas semelhantes. Logo, se o representante é inadequado, sequer haverá representação dos

¹⁵⁹FARIA, Luis Cláudio Furtado. O problema da legitimação das associações civis para o ajuizamento de ações coletivas: a representação adequada e o abuso de direito (um estudo de caso). Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=871>. Acesso em: 01 nov. 2013. Cf. também GIDI, Antonio. La representación adecuada em las acciones colectivas brasileñas y el avance del Código Modelo. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.) *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. México: Porrúa, 2003, p.143: “Así, por más clara que sea la ineptitud o la negligencia del representante del grupo durante el desarrollo del proceso colectivo, el juez estará obligado a aceptar pasivamente la situación y a pronunciar sentencia contraria a los legítimos intereses del grupo.”

¹⁶⁰ Partes e legitimidade nas ações coletivas. *Revista de processo*, v. 35, n. 180, fev. 2010, p. 25.

interesses dos substituídos, de modo que, em atenção ao princípio do devido processo legal, não restarão vinculados à decisão proferida, frustrando por completo os objetivos de economia processual e efetividade do direito material defendido.

Desta forma, deve o juiz sempre verificar qual é o âmbito de substituídos – ainda que seja prescindível a identificação exata de cada um destes membros na fase de conhecimento –, eis que se trata de providência indispensável para a correta averiguação da representatividade adequada do legitimado que vem a juízo.

Em face deste necessário exame da representação adequada do substituto é que se diz, por exemplo, que o Ministério Público não tem legitimidade absoluta para a defesa de quaisquer direitos individuais homogêneos, eis que a substituição processual dos direitos individuais homogêneos apenas será possível quando existir uma vinculação entre substitutos e substituídos. Assim, considerando o perfil constitucional do Ministério Público, a quem incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como a defesa de direitos coletivos, difusos (art. 127, § 1º e art. 129, III da Constituição Federal), verifica-se que o seu âmbito de representação adequada, na defesa dos direitos acidentalmente coletivos está restrito aos direitos individuais indisponíveis ou de relevante interesse social.¹⁶¹ Este, portanto, é o vínculo ou interesse que justifica a legitimidade *ad causam* do Ministério Público na defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos.

Diante da plena divisibilidade dos direitos individuais homogêneos, que podem ser perfeitamente atribuídos a cada um dos seus titulares, classifica-se a legitimidade extraordinária dos entes arrolados pela lei como concorrente e disjuntiva¹⁶², pois, a depender do vínculo e do interesse existente entre substituto e o direito tutelado, diverso será o universo dos substituídos. Logo, considerando que cada substituto poderá representar âmbitos diversos de substituídos, cada um dos legitimados arrolados pela lei pode vir a juízo independentemente dos outros e sem que haja qualquer prevalência entre eles.

¹⁶¹ Cf. nota 63. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 945.785/RS, da Segunda Turma, Brasília, DF, 04 de junho de 2013. *DJe* 11 de junho de 2013.

¹⁶² Neste sentido, cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 869.583/DF, da Quarta turma, Brasília, DF, 05 de junho de 2012. *DJe* 05 de setembro de 2012: “PROCESSO CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA PROLATADA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. PRECEDÊNCIA DA LEGITIMIDADE DAS VÍTIMAS OU SUCESSORES. SUBSIDIARIEDADE DA LEGITIMIDADE DOS ENTES INDICADOS NO ART. 82 DO CDC. 1. A legitimidade para intentar ação coletiva versando a defesa de direitos individuais homogêneos é concorrente e disjuntiva, podendo os legitimados indicados no art. 82 do CDC agir em Juízo independentemente uns dos outros, sem prevalência alguma entre si, haja vista que o objeto da tutela refere-se à coletividade, ou seja, os direitos são tratados de forma indivisível. [...]”

Destarte, ressaltamos evidente a possibilidade da existência simultânea de diversas ações coletivas versando sobre direitos individuais homogêneos, desde que o universo de substituídos seja diverso.

Do mesmo modo, as ações coletivas versando sobre direitos individuais homogêneos não induzem litispendência para as ações individuais que envolvam este mesmo direito, eis que, como se destacou, a *ratio* do legislador não foi extirpar a via do processo individual, mas sim a de incluir uma nova forma de tutela destes inúmeros direitos semelhantes. Esta noção de ausência de litispendência encontra-se devidamente positivada no art. 104 do CDC¹⁶³, que, no entanto, prevê que os autores das ações individuais não poderão se beneficiar do resultado das ações coletivas acaso não requeiram, no prazo de 30 dias a contar da ciência do ajuizamento da ação coletiva, a suspensão da sua ação individual.

Nesta ordem de ideias, e considerando que a legitimidade ativa do ente que vem a juízo depende de sua adequada representação do rol de indivíduos substituídos, verifica-se que a sentença proferida no bojo da ação voltada para a defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos produzirá seus efeitos exatamente quanto ao universo dos substituídos devidamente representados, sendo este, portanto, o sentido quando se diz que a sentença opera efeitos *erga omnes*: apenas quanto aos indivíduos componentes do universo de substituídos.

A este propósito, convém ressaltar julgado proferido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, no qual se reconhece, expressamente, que a coisa julgada, em ação de defesa coletiva de direitos individuais homogêneos apenas vinculará os membros efetivamente substituídos, de modo que não incidirá o óbice da coisa julgada acaso seja, posteriormente, proposta nova ação sobre o mesmo objeto, mas que vise a beneficiar outros membros do grupo:

[...] Para que exista coisa julgada como pressuposto processual negativo, é necessária a repetição de uma ação idêntica a que se pretende propor já transitada em julgado. Se a primeira ação era civil pública e tratava de direitos individuais homogêneos, mas a extensão da coisa julgada abarcou apenas a menor parte de pessoas componentes de um mesmo grupo, a repetição da mesma ação, visando a tutela dos demais componentes de tal

¹⁶³ *In verbis*: “Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.”

grupo, não gera identidade de ação, pois há distinção no pedido imediato formulado - causa imediata de pedir. [...] ¹⁶⁴

Por fim, deve-se destacar que a legitimidade extraordinária é restrita à fase de conhecimento, na qual será objeto de discussão apenas o núcleo comum entre os direitos individuais, dando origem, portanto, a uma sentença genérica, alheias às peculiaridades dos direitos envolvidos, que deverão ser discutidas em sede de liquidação. Assim, como a liquidação e execução pressupõem a demonstração das especificidades pessoais, entende-se que a legitimidade para esta fase incumbe, prioritariamente aos próprios titulares dos direitos, que tem melhores condições fáticas de demonstrar sua adequação à situação genérica acolhida pela sentença, sendo possível a atuação dos legitimados apenas a título de representação e não mais substituição. ¹⁶⁵

Todavia, merece que se rechace a exegese segundo a qual o art. 100 do CDC permitiria que, após o transcurso de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a qualidade e gravidade do dano, o legitimado poderia requerer a liquidação e execução da sentença. Com efeito, trata-se de interpretação isolada e inaceitável deste dispositivo legal, que deve necessariamente ser analisado em cotejo com o art. 99 do CDC. Isto porque, em se tratando de danos individuais, a reparação respectiva apenas pode ser destinada aos indivíduos lesados e jamais para fundos ou para o próprio ente legitimado, sob pena de desnaturação da espécie de direito tutelado.

Desta forma, o art. 100 não estabelece a legitimidade do ente autor para liquidação ou execução da condenação de forma substitutiva aos titulares do direito controvertido, mas, em

¹⁶⁴ BRASIL. *Recurso Especial* nº 964.755, da Quarta Turma, Brasília, DF, 04 de agosto de 2011. *DJe* de 05 de setembro de 2011.

¹⁶⁵ Neste sentido, cf. BRASIL. *Recurso Especial* nº 880.385, da Terceira Turma, Brasília, DF, 02 de setembro de 2008. *DJe* de 16 de setembro de 2008: “PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA. POSSIBILIDADE DE QUE A EXECUÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS SEJA PROMOVIDA POR ASSOCIAÇÃO NA QUALIDADE DE REPRESENTANTE DE SEUS ASSOCIADOS. A SENTENÇA CONDENATÓRIA COLETIVA PODE, EM CIRCUNSTÂNCIAS ESPECÍFICAS, SER LIQUIDADA POR CÁLCULOS, PRESCINDINDO-SE DE PRÉVIO PROCEDIMENTO JUDICIAL DE LIQUIDAÇÃO. A PENHORA DEFERIDA CONTRA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PODE RECAIR SOBRE VALORES QUE ESTA TENHA EM CONTA-CORRENTE - Na representação a associação age em nome e por conta dos interesses de seus associados, conforme autoriza o art. 5o, XXI, CF, diferentemente do que ocorre na substituição processual. - Sendo eficaz o título executivo judicial extraído de ação coletiva, nada impede que a associação, que até então figurava na qualidade de substituta processual, passe a atuar, na liquidação e execução, como representante de seus associados, na defesa dos direitos individuais homogêneos a eles assegurados. Viabiliza-se, assim, a satisfação de créditos individuais que, por questões econômicas, simplesmente não ensejam a instauração de custosos processos individuais. - Diante das circunstâncias específicas do caso, a execução coletiva pode dispensar a prévia liquidação por artigos ou por arbitramento, podendo ser feita por simples cálculos, na forma da antiga redação do art. 604, CPC. - A jurisprudência desta Corte, além de repelir a nomeação de títulos da dívida pública à penhora, admite a constrição de dinheiro em execução contra instituição financeira. Precedentes. Recurso não conhecido.”

atenção à previsão do art. 99, cuida de hipótese em que há cumulação de condenação decorrente de direitos individuais homogêneos e direitos essencialmente coletivos. Assim, como os direitos acidentalmente coletivos têm preferência de pagamento em relação aos essencialmente coletivos, o art. 100 visou apenas assentar o prazo de um ano para esta preferência, de modo que, transcorrido este prazo, o ente coletivo está autorizado a promover a execução da condenação relativa aos direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, que, por sua natureza transindividual, determinam a reversão do produto da condenação para um fundo.

Não obstante este panorama em que: (i) a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos beneficia apenas os substituídos pelo ente que vem a juízo (substituto) e (ii) a tutela coletiva dos direitos acidentalmente coletivos não impossibilita, nem vincula a tutela individual (salvo pedido de suspensão manejado pelo próprio titular do direito, nos termos do art. 104 do CDC), verifica-se a existência de julgados que, diante de *macro-lide geradora de processos multitudinários*, determinam a suspensão *ex officio* das ações individuais em curso.

É o que se verificou, por exemplo, no Recurso Especial nº 1.110.549/RS, da Relatoria do Ministro Sidnei Benetti¹⁶⁶, em que se confirmou a decisão do Tribunal *a quo* que havia determinado a suspensão de ação individual que objetivava o recebimento de correção monetária devida em caderneta de poupança em virtude de Planos Econômicos, em razão de ação coletiva versando sobre o mesmo objeto.

No entanto, trata-se de concepção desvinculada na natureza individual do direito tutelado, que permite sua defesa tanto por parte do legitimado ordinário (i.e., seu titular), quanto pelos legitimados extraordinários legalmente previstos. Assim, como inexistente litispendência entre estas duas vias processuais, a suspensão da ação individual apenas é possível mediante requerimento da parte, pois tem ela a disponibilidade de preferir prosseguir na sua ação individual, ao invés de aderir à sorte da ação coletiva, por várias razões, a exemplo do trâmite mais longo dos processos coletivos.

Desta forma, não podem os Tribunais simplesmente determinar a suspensão de ofício das ações individuais para prosseguimento da ação coletiva, olvidando que as características específicas dos processos coletivos não são compatíveis com a sistemática dos processos repetitivos. Com efeito, nos processos repetitivos, a suspensão das ações se dá em virtude de uma ação que seja representativa da controvérsia. Todavia, as ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos não podem ser consideradas representativas da controvérsia

¹⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1.110.549/RS, da Segunda Seção, Brasília, DF, 28 de outubro de 2009, DJe 14 de dezembro de 2009.

existente nas ações individuais, pois se trata de demandas ontologicamente diversas: enquanto as primeiras consistem em ação de defesa coletiva de direitos, as últimas são autênticas demandas individuais, que versam sobre direito subjetivo.

Não se deve pretender a efetividade e a celeridade processual a qualquer custo, principalmente quando se esbarra em questões afetas à própria natureza e sistema do processo coletivo. Assim, como bem ponderado pelo voto vencido do Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, não é possível, sob a bandeira da celeridade, admitir que uma ação coletiva acarrete a suspensão de ações individuais, eis que esta medida contraria frontalmente as regras pertinentes às ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos:

De outra parte, não há como se considerar o acúmulo de ações a serem julgadas, o assoberbamento dos tribunais, como princípio maior do que os direitos constitucionais assegurados ao cidadão e que a eles afrontam.

[...] A lei admite a convivência autônoma e harmônica das duas formas de tutela, razão pela qual não há possibilidade de decisões antagônicas (Min. Teori Albino Zavascki). Por outro lado, não vejo como possa a titular de um direito individual ser compelida – sem lei que assim determine – a submeter-se a uma substituição processual não aceita, de ver a sua ação individual sobrestada por ato de império, por questões de natureza processual que, na essência, não lhe dizem respeito.

Mais uma vez, reitera-se a necessidade de analisar os institutos processuais à luz da espécie de direito tutelado e da pretensão deduzida. Se a pretensão é condenatória, ligada à reparação dos danos individuais sofridos, o direito envolvido na ação coletiva é individual homogêneo e, portanto, a demanda individual não pode ser suspensa, salvo por iniciativa do seu autor. E, mesmo que se admita a incidência da sistemática de julgamento de recursos repetitivos, apenas uma ação individual poderá ser considerada representativa da controvérsia – e jamais uma ação coletiva.

Em face ao exposto, pode-se dizer que a legitimação para a defesa dos direitos individuais homogêneos apresenta a seguinte configuração:

Direitos individuais homogêneos: natureza divisível

```
graph TD; A[Direitos individuais homogêneos: natureza divisível] --> B[Adequação da situação legitimante clássica (titularidade da relação jurídica controvertida)]; B --> C[Tutela coletiva destes direitos é autorizada pela técnica da substituição processual ou legitimação extraordinária, por meio da qual é permitido que um ente venha a juízo, em nome próprio, na defesa de direitos alheios]; C --> D[Substituição processual /Legitimação extraordinária pressupõe vínculo/interesse entre substituto e substituídos];
```

Adequação da situação legitimante clássica (titularidade da relação jurídica controvertida)

Tutela coletiva destes direitos é autorizada pela técnica da substituição processual ou legitimação extraordinária, por meio da qual é permitido que um ente venha a juízo, em nome próprio, na defesa de direitos alheios

Substituição processual /Legitimação extraordinária pressupõe vínculo/interesse entre substituto e substituídos

5. A LEGITIMIDADE DAS ASSOCIAÇÕES NA DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

5.1. O perfil legal e institucional das associações no ordenamento jurídico brasileiro

As associações consistem em entidades que, a princípio, eram repudiadas pelo liberalismo clássico:

[...] c) o liberalismo político temia entidades que pudessem se postar entre o indivíduo e a coletividade total, deturpando a ‘vontade geral’; d) o liberalismo econômico desconfiava das associações pelos prejuízos que poderiam trazer a uma economia de mercado, fundada em contratos individuais e na livre concorrência.¹⁶⁷

No entanto, sobretudo após obra de John Stuart Mill, que definiu a liberdade de associação como espécie de liberdade humana¹⁶⁸, as associações passaram a ser socialmente aceitas, enquanto instrumento para realização de atividades para as quais o indivíduo isoladamente era impotente, mas que, ao se unir a outros homens com a mesma finalidade, promovia a multiplicação de forças, possibilitando a realização do objetivo comum.¹⁶⁹

Sua relevância decorre de consistirem em entidades que se colocam entre o indivíduo e o Estado, com a finalidade precípua de implementar diversas melhorias e objetivos que, *a priori*, seriam obrigação estatal, além de permitirem a defesa de interesses ou a negociação em condições igualitárias. Neste sentido é que se afirma que as associações consistem em uma *longa manus* da sociedade, representando a forma mais democrática de participação popular na administração da justiça, tal qual ocorre na ação popular.¹⁷⁰

No Brasil, o direito de livre associação encontra expressa previsão desde a Constituição de 1891.¹⁷¹ Ressalvadas as peculiaridades de cada regime constitucional, o

¹⁶⁷ Neste sentido, cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 204 apud TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. *Associações civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 3: “[...] c) o liberalismo político temia entidades que pudessem se postar entre o indivíduo e a coletividade total, deturpando a ‘vontade geral’; d) o liberalismo econômico desconfiava das associações pelos prejuízos que poderiam trazer a uma economia de mercado, fundada em contratos individuais e na livre concorrência”.

¹⁶⁸ *Sobre a liberdade*. Tradução e prefácio Alberto Rocha Barros. 2. ed., Petrópolis: Vozes, 1991, p. 56.

¹⁶⁹ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. *Associações civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 5.

¹⁷⁰ DINAMARCO, Pedro. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 249.

¹⁷¹ Neste sentido, cf.: 1) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891: “Art 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 8º. A todos é lícito associarem-se e

direito de livre associação pode ser compreendido, em linhas gerais, como uma faceta do direito à liberdade, em seu aspecto social, no sentido de reunião de pessoas que congregam os mesmos interesses e lutam por um ideal comum. É neste sentido, portanto, que se afirma tratar de “direito individual com expressão coletiva”.¹⁷²

Desta forma, verifica-se que a ideia subjacente à constituição de uma associação é a existência de interesses e objetivos comuns que passam, portanto, a justificar a criação desta entidade e nortear a sua existência e atuação.

Os entes associativos se distinguem das sociedades, pelo fato de não terem objetivos econômicos ou finalidade lucrativas (art. 53 do Código Civil de 2002), senão finalidades meramente ideais, morais, literárias, artísticas, etc.¹⁷³ A finalidade lucrativa, no entanto, deve ser compreendida apenas como impossibilidade de reversão de benefícios pecuniários para os associados. É plenamente admitida a possibilidade de a associação exercer a atividade

reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 22. nov. 2013.2) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934: “Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 12) É garantida a liberdade de associação para fins lícitos, nenhuma associação será compulsoriamente dissolvida senão por sentença judiciária”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 22. nov. 2013.3) Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937: “Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 9º) a liberdade de associação, desde que os seus fins não sejam contrários à lei penal e aos bons costumes.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 22. nov. 2013.4) Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946: “Art. 141, § 12. É garantida a liberdade de associação para fins lícitos. Nenhuma associação poderá ser compulsoriamente dissolvida senão em virtude de sentença judiciária. § 13. É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer Partido Político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos Partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 22. nov. 2013.5) Constituição da República Federativa do Brasil de 1967: “Art. 153, § 28. É assegurada a liberdade de associação para os fins lícitos. Nenhuma associação poderá ser dissolvida, senão em virtude de decisão judicial. Art. 155. O Presidente da República poderá decretar o estado de sítio nos casos de: § 2º O estado de sítio autoriza as seguintes medidas coercitivas: d) suspensão da liberdade de reunião e de associação.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 22. nov. 2013.6) Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento; XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado; XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado; XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 22. nov. 2013.

¹⁷² SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 198.

¹⁷³ PEREIRA DA SILVA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. v. I, 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 230.

lucrativa como meio para consecução de seus fins, ou, em outras palavras, para manutenção das despesas inerente ao seu funcionamento e ao exercício de suas finalidades:

[...] é evidente que, no capitalismo, nenhuma atividade econômica se mantém sem lucratividade e, por isso, o valor total das mensalidades deve superar o das despesas também nesses estabelecimentos. Neste caso, o lucro é meio e não fim da atividade econômica.¹⁷⁴

[...] não perde a categoria de associação mesmo que realize negócios para manter ou aumentar o seu patrimônio, sem, contudo, proporcionar ganhos aos associados, p.ex., associação esportiva vende a seus membros uniformes, alimentos, balas, raquetes, etc., embora isto traga, como consequência, lucro para a entidade.¹⁷⁵

Segundo anota José Afonso da Silva, a liberdade de associação se exterioriza por meio de quatro direitos distintos, todos devidamente previstos na Constituição Federal:

o de criar associação, que não depende de autorização; o de aderir a qualquer associação, pois ninguém poderá ser obrigado a associar-se; o de desligar-se da associação, porque ninguém poderá ser compelido a permanecer associado; e o de dissolver espontaneamente a associação, já que não se pode compelir a associação a existir.¹⁷⁶

Na ordem constitucional vigente, a legislação infraconstitucional disciplinou o exercício das funções e finalidades a que as associações se destinam, atribuindo-lhe personalidade jurídica de direito privado (art. 44 do Código Civil de 2002). Assim, afirma-se não haver dúvidas de que “sua criação pressupõe, como elemento fundamental, a livre manifestação volitiva das pessoas da iniciativa privada”.¹⁷⁷

Sendo a criação, bem como a filiação às associações civis um ato de vontade, e sendo as associações pessoas jurídicas voltadas à consecução de determinadas finalidades comuns entre seus membros, verifica-se, então, que a efetiva atuação (em juízo ou fora dele) para proteção dos interesses e direitos de seus associados é inerente à constituição de uma pessoa jurídica com personalidade jurídica própria.

¹⁷⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 13. ed. rev. e atual. de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 13.

¹⁷⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 146-147.

¹⁷⁶ *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 270. Neste sentido, confira também MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 393.

¹⁷⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 166.

E tanto é assim, que a própria Constituição Federal houve por bem positivar esta finalidade básica das associações ao prever que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente” (art. 5º, XXXI).

5.2. Aspectos polêmicos sobre a legitimidade das associações na defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos

Uma vez assentadas as principais características da legitimidade de agir no processo coletivo, bem como as características específicas das espécies de direitos passíveis de defesa pela via coletiva, impende que se analise, então, como esta legitimidade se manifesta e quais são os seus limites no caso específico da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos pelas associações civis, que consiste no objeto do presente trabalho.

A relevância desta investigação se justifica porquanto os direitos acidentalmente coletivos são divisíveis e de matiz estritamente individual, de modo que a sua tutela coletiva não implica em decisão amplamente vinculativa, como se dá no caso dos direitos essencialmente coletivos, diante de sua transindividualidade e indivisibilidade. Assim, no caso dos direitos individuais homogêneos, é imprescindível que se determine o âmbito de representatividade daquele ente que vem a juízo – o que depende de diversos critérios, a exemplo do próprio vínculo que autoriza a substituição processual –, a fim de que se possa determinar a esfera de indivíduos que estará sujeita à sentença proferida na ação coletiva.

Neste cenário, temos que no caso dos órgãos e instituições de natureza pública – como é o caso do Ministério Público e entes federados –, sua representatividade será para a defesa genérica de todos os sujeitos titulares de direitos semelhantes ao objeto da controvérsia, eis que o perfil público destas entidades traz imanente a ideia de defesa genérica de todos atingidos pela situação jurídica impugnada, sendo, portanto, a vinculação entre substitutos e substituídos ampla e sem limites muito rígidos.

É o que acontece, portanto, quando o Ministério Público ajuíza ação em defesa de direitos individuais homogêneos – indisponíveis ou socialmente relevantes – e a sentença proferida beneficiará todos aqueles sujeitos que demonstrarem estarem submetidos à situação jurídica acolhida pela sentença dentro dos limites da competência territorial do órgão prolator, na medida em que a natureza pública do órgão autor não é compatível com limitações ou restrições no âmbito dos substituídos.

Destarte, é na seara dos órgãos com personalidade jurídica de direito privado, como as associações e sindicatos, cuja constituição e adesão dependem de conveniências pessoais, é que surgem as maiores dúvidas e questionamentos.

Quanto aos sindicatos, a questão é remansosa, porquanto se admite, ainda que se trate de demanda instaurada com vistas à defesa de interesses individuais homogêneos, que os efeitos de eventual sentença de procedência se espriem sobre todos os integrantes da categoria, independentemente de serem ou não filiados aos sindicatos, o que decorre da estrita aplicação da regra constitucional que dispõe que o sindicato tem legitimidade para representar toda a categoria profissional ou econômica (art. 8º, III da CF).¹⁷⁸

Entretanto, é justamente no que tange às associações que inexiste qualquer consenso até o presente momento. Doutrina e jurisprudência controvertem sobre a natureza e os requisitos necessários para a legitimidade das associações, sobre a própria natureza jurídica das associações e, principalmente, sobre os limites subjetivos desta mesma legitimidade e os efeitos da sentença proferida nas ações propostas por associações na defesa dos direitos essencialmente coletivos.

Destarte, com vistas a auxiliar na superação desta latente insegurança jurídica, promover-se-á análise crítica das principais controvérsias e polêmicas existentes, utilizando-se casos concretos como suporte, com o que se espera dotar esta investigação de utilidade prática, que é, em última análise, o que a sociedade espera dos estudos científico-acadêmicos.

5.2.1. Representação x substituição processual e a necessidade de autorização expressa dos associados

A primeira controvérsia existente diz respeito à natureza da legitimidade das associações nas ações coletivas, com a conseqüente polêmica acerca da necessidade de autorização expressa dos associados.

No âmbito do STF, existem duas orientações contrárias: uma que aponta que as associações civis, nas ações coletivas, atuam a título de representantes dos seus associados,

¹⁷⁸ Cf.: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Recurso Especial* nº 1303343/PE, Segunda Turma, Brasília, DF, 24 de abril de 2012. DJe 02 de maio de 2012: “[...] A jurisprudência do STJ está pacificada no sentido de que a coisa julgada formada em ação coletiva ajuizada por sindicato não se restringe somente àqueles que são a ele filiados, já que a entidade representa toda a sua categoria profissional. [...] Ademais, o Supremo Tribunal Federal também consigna que o art. 8º, III, da Constituição Federal outorga poderes aos sindicatos para agir em juízo na defesa dos interesses coletivos e individuais da categoria profissional que representam.”

de modo que seria necessária autorização expressa dos mesmos, e outra, segundo a qual a legitimidade das associações nesta hipótese seria extraordinária, equivalendo, portanto, à substituição processual dos seus membros, o que independeria de autorização específica.

A primeira concepção, que defende se tratar de hipótese de representação processual, com necessidade de expressa autorização dos representados, pode ser evidenciada pelo seguinte acórdão:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA COLETIVA: LEGITIMAÇÃO: ENTIDADE DE CLASSE. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA. C.F., art. 5º, XXI. I. - **Porque a recorrente é entidade ou associação de classe, e porque tem-se, no caso, ação ordinária coletiva, é aplicável a regra do art. 5º, XXI, da C.F.: exigência de autorização expressa dos filiados. II. - Agravo não provido.¹⁷⁹**

Referido acórdão foi proferido no âmbito de ação coletiva ajuizada pela ANFIP – Associação Nacional dos Fiscais de Contribuições previdenciárias, em que a autora recorreu ao STF arguindo a desnecessidade de autorização expressa de seus associados, eis que a legitimidade atribuída pela Constituição consistiria em hipótese de substituição processual e não de mera representação. Todavia, o STF houve por bem negar seguimento ao recurso extraordinário interposto e negar provimento ao agravo regimental subsequente por entender que a legitimidade da associação para ação ordinária coletiva dependeria de autorização expressa, sendo, portanto, hipótese de representação e não de substituição processual.

Referida conclusão decorreu do emprego da literalidade do art. 5º, XXI, da Constituição Federal, que atribui legitimidade de agir às associações nos seguintes termos: “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”. Assim, como o dispositivo prevê a necessidade de autorização expressa dos associados, além de mencionar que a legitimidade seria para “representar” os filiados, tratar-se-ia de hipótese de representação processual.

Essa conclusão seria inclusive referendada por meio do cotejo do art. 5º, XXI, com a previsão constitucional do art. 8º, III: “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. Como este artigo possibilita que os sindicatos ajam em defesa de seus filiados sem haver qualquer previsão de autorização análoga à do art. 5º, XXI da CF, nem traz qualquer menção à representação, restaria ainda mais evidente a diversidade dos regimes: enquanto os

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 225965, da Segunda Turma, Brasília, DF, 15 de dezembro de 1998. DJ 05 de março de 1999, p. 00014.

sindicatos poderiam comparecer em juízo em regime de substituição processual, independentemente de autorização de seus membros, as associações apenas poderiam agir em regime de representação, na medida em que seu agir coletivo estava vinculado à expressa autorização de seus filiados.

Ressalvou-se, ainda, a impossibilidade de invocação dos art. 5º, LXX da CF, eis que a previsão de substituição processual ali constante seria restrita à segurança coletiva e não às demais ações.¹⁸⁰

Do outro lado, encontramos julgados que propõem o abandono da exegese literal da lei, considerando que a mesma *ratio* relativa ao mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX da CF) deve ser aplicada para as ações coletivas ajuizadas por associações, pois, em ambas as hipóteses, a intenção do legislador foi facilitar a tutela dos direitos individuais por meio da técnica da substituição processual.

Esta ideia de inadequação da representação processual foi bem exposta pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento da Ação Originária nº 152-8/RS, quando consignou que admitir a natureza de representação, com a conseqüente necessidade de autorização expressa de cada um dos legitimados equivaleria “a reduzir a nada o alcance da norma constitucional inovadora”, que permite que as associações defendam em juízo os direitos de seus associados.¹⁸¹

Assim, a legitimidade das associações na hipótese prevista no art. 5º, XXI seria hipótese de substituição processual, restando, então, desnecessária autorização expressa, bastando autorização genérica conferida em assembleia.

É esta a orientação que se pode extrair do aresto que se segue:

Recurso extraordinário: descabimento: preclusão do fundamento infraconstitucional - limites subjetivos da coisa julgada - suficiente à manutenção do acórdão recorrido : incidência, *mutatis mutandis*, do princípio da Súmula 283. 2. **Substituição processual: assente a jurisprudência do STF no sentido de que não se exige, em caso de**

¹⁸⁰ Cf. RMS 21514, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 27/04/1993, DJ 18-06-1993 PP-12111 EMENT VOL-01708-02 PP-00312: “Destarte, impossível é confundir hipótese reveladora de representação, a exigir autorização do titular do direito e de abrangência limitada, considerada a matéria a ser tratada na demanda – como é a disciplinada no inciso XXI em comento – com a relativa à substituição processual, quando o substituto, frente à aproximação dos respectivos interesses com os do substituído, adentra o Judiciário em nome próprio na defesa de interesse deste último.”

¹⁸¹ AO 152, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/1999, DJ 03-03-2000 PP-00019. Deve-se destacar, contudo, que neste julgado, prevaleceu a concepção de que se trataria de representação processual. A única inovação constante deste acórdão foi no sentido de admitir que a autorização genérica decorrente de deliberação em assembleia seria suficiente para atender ao art. 5º, XXI, sendo, desnecessária, portanto, autorização específica de cada um dos associados.

substituição processual, a autorização expressa a que se refere o artigo 5º, XXI, da CF/88 (v.g. RE 193.382, Plenário, 28.06.1996, DJ 20.9.1996). No caso, não exigível a autorização expressa para a propositura da ação, não há que se fazer a exigência para a respectiva execução de sentença, bastando que a pretensão do exequente se compreenda no âmbito da eficácia subjetiva do título judicial executado.¹⁸²

O acórdão é referente à ação coletiva ajuizada pela APADECO – Associação dos Poupadores do Estado do Paraná e cuja sentença foi de procedência, com a ressalva de que beneficiaria a todos os poupadores do Estado do Paraná. Assim, alguns poupadores não associados à autora ingressaram com execução da sentença em face da Caixa Econômica Federal, que aviou Recurso Extraordinário pretendendo fazer valer a tese de que a associação autora, na fase de conhecimento, teria agido a título de representação processual, de modo que apenas poderiam executar a sentença aqueles associados que haviam lhe conferido autorização expressa.

O STF, contudo, negou seguimento ao recurso extraordinário, pelo óbice da súmula nº 283, e, em sede de agravo regimental, acrescentou que, mesmo que superado este óbice, inexistiria a necessidade de autorização expressa de cada um dos filiados, pois a associação age em regime de substituição processual. Assim, sendo desnecessária autorização expressa dos filiados para ajuizamento da ação e tendo a associação agido como substituta processual, todos os que comprovarem estar abrangidos pela eficácia subjetiva do título executivo judicial poderiam executá-lo.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, contudo, é majoritária a concepção de que as associações agem como substitutas processuais, de modo que não se afigura necessária autorização expressa dos filiados que são substituídos em juízo:

[...] 1. Os "Centros Acadêmicos", nomenclatura utilizada para associações nas quais se congregam estudantes universitários, regularmente constituídos e desde que preenchidos os requisitos legais, possuem legitimidade para ajuizar ação civil pública em defesa dos direitos individuais homogêneos, de índole consumerista, dos estudantes do respectivo curso, frente à instituição de ensino particular. Nesse caso, a vocação institucional natural do centro acadêmico, relativamente aos estudantes de instituições de ensino privadas, insere-se no rol previsto nos arts. 82, IV, do CDC, e art. 5º da Lei n.º 7.347/85.

2. A jurisprudência do STF e do STJ reconhece que, cuidando-se de substituição processual, como no caso, não é de exigir-se autorização *ad hoc*

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 436047, da Primeira Turma, Brasília, DF, 26 de abril de 2005. DJ 13 de maio de 2005, p. 00018.

dos associados para que a associação, regularmente constituída, ajuíze a ação civil pública cabível.

[...] 5. Ainda que assim não fosse, no caso houve assembleia especificamente convocada para o ajuizamento das ações previstas na Lei n.º 9.870/99 (fls. 76/91), havendo sido colhidas as respectivas assinaturas dos alunos, circunstância em si bastante para afastar a ilegitimidade aventada pelo acórdão recorrido.¹⁸³

Este aresto é relativo à *ação civil pública*¹⁸⁴ ajuizada pelo Centro Acadêmico de Direito Edézio Caon em face da Fundação das Escolas Unidas do Planalto Catarinense – UNIPLAC, objetivando a defesa dos interesses dos estudantes do curso de graduação em direito, para que fosse reconhecida a ilegalidade e a abusividade de algumas condutas praticadas pela ré, como reajuste de anuidade sem observância de prazo mínimo de divulgação e imposição de matrícula em no mínimo doze créditos, dentre outras.

O Juízo primevo, da comarca de Lages/SC, julgou extinto o feito por ilegitimidade ativa do Centro Acadêmico, entendimento este que foi mantido pelo Tribunal. Após interposição de recurso especial, o STJ proveu o apelo raro, reconhecendo que os Centros Acadêmicos consistem em uma espécie do gênero associativo, com a peculiaridade de congregar estudantes universitários. Assim, preenchidos os requisitos legais, trata-se de entes que tem legitimidade para ajuizar ações coletivas.

Quanto à natureza da legitimidade da associação e sobre a exigência de autorização expressa, consigna o julgado que, apesar de existir alguma oscilação no âmbito do STF, a orientação prevalecente é no sentido de desnecessidade de autorização expressa, tratando-se, portanto de substituição processual, embora não apresente fundamentos mais sólidos a justificar essa conclusão. Afirma ainda que esta mesma orientação seria seguida pelo STJ, colacionando diversos julgados representativos deste entendimento e até mesmo algumas lições doutrinárias que apontam pela desnecessidade de autorização expressa, bastando a autorização do estatuto ou deliberação em assembleia.

Ressalvou ainda, que mesmo fosse necessária autorização expressa, existe no presente caso ata da assembleia convocada para ajuizamento da ação, com a assinatura dos alunos, o que atenderia este requisito, acaso fosse necessário.

¹⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1189273/SC, da Quarta Turma, Brasília, DF, 01 de março de 2011. DJe de 04 de março de 2011.

¹⁸⁴ Considerando que se trata de demanda que versa sobre direitos individuais homogêneos que não têm nenhuma relação com os danos tutelados pelas ações civis públicas (art. 1º da Lei nº 7.347/85), extrai-se que, na verdade, trata-se de ação civil coletiva, nos termos dos art. 91 e seguintes do CDC.

O exame da jurisprudência do STJ e do STF revela, então, que a discussão não recai tanto sobre a natureza da legitimidade das associações (se a título de representação ou substituição processual), sendo o cerne da preocupação a questão afeta à necessidade ou não de autorização expressa dos associados. Ademais, verifica-se ser quase inexistente a preocupação de adequação dos institutos processuais, como a legitimação, à espécie de direito material tutelado, sendo de se notar inclusive que, no mais das vezes, sequer se promove a precisa identificação do direito debatido, de modo que via de regra, os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos são tratados como se fossem semelhantes.

Como já tivemos oportunidade de demonstrar, quando um ente age na defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos, ocorre o fenômeno da substituição processual ou legitimação extraordinária, por meio da qual este ente, em nome próprio, age na defesa de direitos alheios. Isto porque se tratando apenas de mais um instrumento processual colocado à disposição para a defesa dos direitos individuais – e não de alteração da natureza do direito tutelado – revela-se adequada a situação legitimante clássica (titularidade da relação jurídico-material controvertida), de modo que a defesa coletiva é permitida por meio da técnica da legitimação extraordinária ou substituição processual, segundo a qual se possibilita àquele que não se enquadra à situação legitimante que, em nome próprio, promova a defesa de direitos alheios.

Assim, como bem anota Rodolfo Camargo Mancuso, as associações – assim como os demais entes legitimados ao processo coletivo –, na defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos agem como substitutas processuais:

[...] no concernente aos interesses individuais homogêneos, como eles são apenas tratados coletivamente, remanescendo individuais em sua essência (CDC, art. 81, III), a associação aí atua como substituta processual (dos indivíduos titulares dos interesses pessoais homogeneizados pela origem comum) nos termos do art. 6º do CPC.¹⁸⁵

Neste contexto, afigura-se inadequada e extremamente formalista a concepção presente no STF de que a atuação das associações nas ações coletivas se daria a título de representação processual. A extração de sentido da Lei não pode ser feita de maneira literal, senão de forma a harmonizar o teor dos dispositivos com o sistema globalmente considerado e sua lógica. Assim, como anota José Carlos Barbosa Moreira, pretender extrair do termo ‘representar’ do art. 5º, XXI da CF a configuração do instituto da representação processual

¹⁸⁵ *Ação civil pública*. 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 104/105.

equivale a retirar a eficácia pretendida pelo legislador de garantir que as entidades associativas, enquanto pessoas jurídicas destinadas a objetivos não econômicos, pudessem autonomamente, e em nome próprio, defender os interesses de seus associados em juízo:

O que é particularmente interessante é a possibilidade que se abre às entidades associativas de agir em juízo, em nome próprio, embora na defesa de direitos e de interesses que não lhes pertençam a elas, às próprias entidades, e sim aos seus filiados. Ao dizer isto, estou tomando posição sobre a natureza dessa figura jurídica: a mim parece que não se trata de uma hipótese de representação, ao contrário do que sugere o teor literal do dispositivo, logo adiante, quando usa o verbo 'representar'. Penso que aqui houve um cochilo técnico; o legislador constituinte não é especialista em Direito Processual, de sorte que não é de espantar que, aqui e acolá, nos defrontemos com alguma imperfeição, com alguma impropriedade desse ponto de vista. Mas o meu pensamento é o de que se trata, na verdade, de legitimação extraordinária, que poderá dar lugar, isto sim, a um fenômeno de substituição processual, e não a um fenômeno de representação; porque se se tratasse de um fenômeno de representação, quem estaria na verdade agindo em juízo seriam os filiados individualmente considerados, embora por meio de representante, e o fenômeno nada teria de curioso, ou de merecedor de maior atenção.¹⁸⁶

Tratando-se, portanto, de hipótese de substituição processual, revela-se desnecessária autorização dos substituídos, eis que o próprio conceito de substituição processual traz imanente a ideia de desnecessidade de consentimento ou aquiescência dos substituídos:

Si la ley permite el tratamiento colectivo de la controversia a través del mecanismo de representación de los derechos de los miembros del grupo, sin la necesidad de evaluar cada pretensión individual, la acción será una acción colectiva independientemente del consentimiento de los miembros del grupo.¹⁸⁷

Así, hay una interferencia en el derecho individual del otro, aunque, em tesis, para su beneficio. Por tanto, se exige una justificación teórica sólida para que el autor de la acción protectora de derechos colectivos e individuales homogéneos se habilite a pleitear em juicio sin que exista una autorización expresa para tanto.¹⁸⁸

De outra parte, entretanto, do reconhecimento da legitimação do substituto decorre sua possibilidade de exercer a ação sem anuência do substituído,

¹⁸⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, n 61, 1991, p. 190.

¹⁸⁷ GIDI, Antonio. El concepto de acción colectiva. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. México: Porrúa, 2003, p. 20.

¹⁸⁸ LEAL, Márci Flávio Mafra. Notas sobre la definición de intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos en el código modelo de procesos colectivos para Iberoamerica. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. México: Porrúa, 2003, p. 43.

independentemente de sua vontade e até contra a sua vontade, tanto mais que sua legitimação decorre da circunstância de o substituto postular a tutela de um interesse alheio, mas visando através deste, a proteção de um interesse material próprio.¹⁸⁹

Decerto, a especial preocupação dos Tribunais com a questão afeta à necessidade de autorização parece decorrer da aparente antinomia existente entre a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor, eis que a primeira aponta para a necessidade de autorização, ao passo que o segundo a dispensa expressamente. Veja-se:

Art. 5º, XXI, CF. as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

Art. 82, IV, CDC. 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.

Partindo da premissa de que a autorização ou consentimento não é um elemento necessário para a substituição processual, verifica-se que o intuito do legislador constitucional ao estabelecer a necessidade de autorização expressa não foi o de exigir autorização expressa de cada um dos associados, até mesmo porque esta possibilidade existia mesmo antes da CF/88, já que se trata de hipótese de mandato outorgado pelos filiados à associação.

A desnecessidade de autorização expressa dos afiliados como condição de legitimação do agir das associações no processo coletivo resta ainda mais evidente ao se considerar os direitos essencialmente coletivos. Ora, tratando-se de direitos transindividuais e indivisíveis, como exigir dos membros da coletividade ou comunidade titular autorização expressa? Deste modo, resta mais uma vez corroborada que a intenção do legislador não foi exigir autorização expressa, até mesmo porque ela seria inviável quanto aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, como observado pelo seguinte julgado:

[...] Não se exige das associações civis que atuam em defesa aos interesses do consumidor, como sói ser a ora recorrida, autorização expressa de seus associados para o ajuizamento de ação civil que tenha por objeto a tutela a direitos difusos dos consumidores, mesmo porque, sendo referidos direitos metaindividuais, de natureza indivisível, e especialmente, comuns a toda uma categoria de pessoas não determináveis que se encontram unidas em

¹⁸⁹ CINTRA, Antonio Carlos Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, 438, abr. 1972, p. 28.

razão de uma situação de fato, impossível seria a individualização de cada potencial interessado. [...] ¹⁹⁰

Assim, forçoso que se conclua que a intenção do legislador constitucional foi apenas a de criar uma restrição à atuação irrestrita das associações, de modo que a sua legitimidade apenas restaria configurada acaso demonstrasse que a defesa deduzida em juízo fosse afim ou condizente com os interesses defendidos pela associação, estando prevista, por exemplo, em seu estatuto ou seria decorrente de deliberação em assembleia.

Com a promulgação do CDC, o legislador infraconstitucional, com vistas afastar de vez as dúvidas que pairavam sobre a expressão ‘quando expressamente autorizadas’ do art. 5º, XXI da CF, houve por bem estabelecer balizas que visavam justamente implementar o escopo do legislador constitucional de evitar a banalização e a utilização irrestrita da legitimidade extraordinária conferida às associações. Logo, em estrita atenção aos comandos constitucionais, restou fixado no art. 82, IV do CDC ¹⁹¹ que as associações apenas estariam legitimadas a defender os direitos essencialmente e acidentalmente coletivos acaso: (i) estivessem constituídas há pelo menos um ano ¹⁹² – com o que se buscou evitar a constituição de associações *ad hoc*, movidas por interesses momentâneos, espúrios e, muitas das vezes, eminentemente financeiros, havendo, no entanto, possibilidade de dispensa deste pressuposto pelo juiz, diante da relevância social do bem jurídico protegido (art. 82, IV, §1º) – e (ii) desde que os direitos defendidos em juízo encontrassem previsão nos fins institucionais da associação, requisito reconhecido na doutrina como pertinência temática.

Considerando, portanto, que a análise da pertinência temática nada mais é do que a verificação, nos estatutos da associação, se o direito deduzido em juízo, encontra-se previsto, a conclusão necessária é de que esta avaliação consiste justamente na implementação do sentido que pretendeu o legislador ao exigir autorização expressa das associações.

Assim, como estes requisitos já eram suficientes para garantir o objetivo visado pela Constituição, o legislador ordinário houve por bem inserir, ao final do art. 82, IV do CDC a ressalva acerca da desnecessidade de autorização assemblear, eis que a pertinência temática já garante o atendimento da autorização prevista pela Constituição:

¹⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial* nº 1181066/RS, da Terceira Turma, Brasília, DF, 15 de março de 2011. DJe 31 de março de 2011.

¹⁹¹ Semelhante previsão encontra-se no art. 5º, V da Lei nº 7.347/1985 (Lei de ação civil pública)

¹⁹² Cf. MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores: lei 7.347/85 e legislação complementar. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.* São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 118: [A finalidade da pré-constituição] “é evitar que associações não suficientemente sólidas, ou cujos objetivos não se coadunem com o interesse difuso em causa, se abalem, sem maior ponderação, ao ajuizamento de ação coletiva”.

Tem-se ainda que verificar a eventual necessidade de autorização assemblear ou estatutária para que tais entidades possam ajuizar a ação civil pública. O art. 5º, inc. XXI, da Constituição da República dispõe que ‘as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados’ judicialmente. Por isso, ao menos uma das autorizações deve necessariamente acompanhar a petição inicial: ou a abstrata (estatutária) ou a concreta (da assembleia). Como aquele requisito da pertinência temática parece corresponder exatamente à autorização estatutária, mostra-se constitucional a dispensa da autorização assemblear contida no art. 82, inc. IV do Código de Defesa do Consumidor [...] ¹⁹³

Kazuo Watanabe vai mais além, registrando que a autorização é intrínseca à própria razão de ser das associações, de modo que, se este for o seu fim institucional, não há mesmo razão para exigir autorização assemblear para fins de configuração de sua legitimidade de agir em juízo:

O inc. IV em análise fez constar que, sendo as associações constituídas com o fim institucional de defesa dos interesses e direitos do consumidor, sua legitimação para agir é independente de autorização assemblear. A razão de ser dessa disposição está na dúvida suscitada pela regra contida no inc. XXI do art. 5º da Constituição Federal, que estatui que ‘as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente’. Para os fins de defesa dos interesses ou direitos dos consumidores, a autorização está ínsita na própria razão de ser das associações, enunciada nos respectivos atos constitutivos. Vale dizer, estão elas permanentemente autorizadas, desde a sua constituição, a agir em juízo desde que seja esse seu fim institucional. ¹⁹⁴

Verifica-se, portanto, inexistir qualquer antinomia entre os citados dispositivos legais, na medida em que o requisito da pertinência temática é bastante para garantir a necessidade de autorização fixada constitucionalmente. Donde se extrai, portanto, inexistir necessidade de autorização expressa dos filiados da associação, nem sequer autorização assemblear, bastando a autorização estatutária, como inclusive vem entendendo o STJ. ¹⁹⁵

¹⁹³ DINAMARCO, Pedro. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 245. Neste mesmo sentido, cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 278: “Por que o CDC dispensou a autorização de assembléia? Porque, se a associação incluir entre seus fins institucionais a defesa dos direitos e interesses dos consumidores, já terá havido a bastante autorização estatutária”.

¹⁹⁴ WATANABE, Kazuo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 643.

¹⁹⁵ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 506.692/RS*, da Primeira Turma. 05 de outubro de 2004. DJ 16 de novembro de 2004, p. 189: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. AUTORIZAÇÃO DOS ASSOCIADOS. SINDICATOS PROFISSIONAIS. LEI Nº 9.494/97, ART. 2-A, PARÁGRAFO ÚNICO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.180/2001. NÃO-INCIDÊNCIA. PRECEDENTE DA

Por fim, é mister que se destaque que a polêmica é objeto do Recurso Extraordinário nº 573.232/SC, interposto no bojo de demanda em que o Tribunal de origem admitiu execução de sentença por parte de associados que não haviam autorizado expressamente o ajuizamento da ação ordinária. Para tanto, arguiu que as associações têm legitimidade para ajuizar ação em defesa dos direitos de seus filiados, bastando que a defesa dos interesses dos associados esteja incluída dentre as finalidades da associação ou que exista deliberação em assembleia geral, sendo, portanto, desnecessária autorização expressa.

Neste contexto, o recurso extraordinário se fulcra na impossibilidade de execução da sentença por associados que não autorizaram expressamente a demanda, eis que o art. 5º, XXI da CF exige autorização expressa. Ademais, argui que a associação agiria como representante e não como substituta processual de seus membros.

Em suma, o objeto do apelo raro cinge à discussão acerca do alcance da expressão “quando expressamente autorizadas”, constante do art. 5º, XXI, da Constituição Federal, para fins de se reconhecer a natureza da legitimidade de agir das associações e a consequente (des)necessidade de autorização expressa de seus membros.

A repercussão geral da questão debatida foi admitida e o recurso submetido à sistemática dos recursos repetitivos e admitido como representativo da controvérsia. Referida decisão destacou que se trata de matéria ainda não apreciada pelo STF, eis que não se trata de ação ajuizada por sindicato (apreciada pelo RE 193.503), nem mandado de segurança coletivo (matéria enfrentada pelo RE 193.382), nem da hipótese do AO 152, em que houve autorização específica da assembleia para propositura da ação. No caso em debate, a discussão versa sobre a natureza da legitimidade das associações, bem como sobre a necessidade de autorização para defesa judicial dos interesses dos associados no estatuto da associação de conhecimento, podendo a associação promover inclusive a execução do julgado.

Espera-se, portanto, que em atenção aos reclamos da tutela diferenciada e adequada, a definição da natureza da legitimidade das associações seja definida em razão da espécie de direito tutelado, com a ressalva de que, em ambos os casos, não haverá necessidade de autorização expressa, eis que a autorização assemblear aferida por meio da análise da pertinência temática é suficiente para assegurar a necessária ligação que deve haver entre o tema debatido e as finalidades das associações. Ademais, a autorização expressa é inviável e

CORTE ESPECIAL. VIOLAÇÃO A PRECEITO CONSTITUCIONAL. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. I - A associação, entidade de classe ou entidade sindical, regularmente constituídas e em funcionamento, podem propor ação coletiva destinada à defesa dos direitos e interesses das categorias que representam, independentemente de autorização especial, bastando a constante no estatuto. [...]"

impertinente quanto aos direitos essencialmente coletivos, em que as associações agem como legitimadas autônomas ou ordinárias e igualmente e os direitos são transindividuais e indivisíveis, além de ser igualmente irrelevante quanto aos direitos individuais homogêneos, na medida em que a substituição processual pressupõe a desnecessidade de consentimento dos substituídos.

5.2.2. Os limites subjetivos da legitimidade das associações na defesa dos direitos individuais homogêneos

Outra questão deveras polêmica, tanto no âmbito da doutrina, quanto na jurisprudência e que consiste inclusive no principal problema envolvido no presente estudo, diz respeito aos limites subjetivos da legitimidade das associações na defesa dos direitos individuais homogêneos.

Quanto aos direitos essencialmente coletivos, inexistem maiores divergências, pois, como se trata de direitos indivisíveis e transindividuais, é até mesmo intuitivo que a sentença proferida, ao conceder a tutela buscada, alcançará todos os membros da coletividade ou comunidade titular do direito, independentemente de serem ou não filiados à associação que propôs a demanda.¹⁹⁶

Todavia, no que tange aos direitos individuais homogêneos, que são perfeitamente divisíveis entre seus titulares, é que surgem as maiores dúvidas e polêmicas, eis que é necessário que se promova a identificação do âmbito de substituídos pelo ente autor da ação coletiva.

Como se demonstrou, diversos são os legitimados para promover a defesa dos direitos coletivos e a defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos, o que foi feito pelo legislador como forma de tornar o mais democrático possível o acesso ao processo coletivo. A diversidade destes entes, portanto, indica igualmente a diversidade do universo de substituídos que estão autorizados a representar em juízo.¹⁹⁷ Até mesmo porque, se todos os

¹⁹⁶ Cf. WATANABE, Kazuo. Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. México: Porrúa, 2003, p. 9: “[...] la naturaleza indivisible de los intereses o derechos ‘colectivos’ propiciará muchas veces la protección de personas que no pertenecen a las asociaciones autoras de acciones colectivas.”

¹⁹⁷ Representar aqui e em outras passagens e será utilizado no sentido usual do termo e não como indicação de suposta natureza de representação processual, como bem observado por GIDI, Antonio. La representación adecuada em las acciones colectivas brasileñas y el avance del Código Modelo. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.) *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*.

legitimados estivessem autorizados a defender o mesmo universo de indivíduos, não haveria razão para diversificar o rol de legitimados, bastaria que se conferisse legitimidade a um único órgão. Ademais, como poderiam conviver diversas ações coletivas sobre o mesmo objeto? Sendo o mesmo o universo de substituídos para todos os legitimados, a conclusão pela existência de litispendência ou até mesmo a configuração do óbice da coisa julgada seria inevitável.

Não obstante seja da lógica do sistema que cada um dos legitimados tenha um âmbito de legitimidade ou representação diverso, nem sempre esta distinção tem sido devidamente observada na prática.

Assim, com vistas a tornar a exposição mais lógica e sistemática, descrever-se-á as hipóteses fáticas dos julgados trazidos à reflexão, bem como os fundamentos invocados, para que, após, se possa fazer uma análise crítica da orientação jurisprudencial em cotejo com os elementos que, salvo melhor juízo, devem balizar a correta determinação dos limites subjetivos da legitimidade das associações na defesa dos direitos individuais homogêneos.

5.2.2.1. Orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal

Na esfera do Supremo Tribunal Federal, a questão dos limites subjetivos da legitimidade das associações civis ainda não foi apreciada de modo específico.

A questão, contudo, é objeto do Recurso Extraordinário nº 612.043, interposto pela Associação dos Servidores da Justiça Federal no Paraná (ASSERJUSPAR), visando o reconhecimento de que a sentença de procedência proferida em ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos produziria efeitos quanto a todos os seus associados, independentemente da data de filiação, eis que o Tribunal de origem apenas autorizou a execução da sentença pelos associados que comprovassem serem filiados à associação autora até o momento de ajuizamento da ação ordinária.

Em primeiro momento, o STF determinou a baixa deste processo, por entender ser hipótese análoga à do RE 573.232. Todavia, após pedido de reconsideração, o Ministro Relator Marco Aurélio reviu seu posicionamento, ordenando nova remessa dos autos ao STF,

México: Porrúa, 2003, p. 142-143: “Cuando hablamos de ‘representación’ no nos referimos a ‘representación’ em el sentido técnico jurídico de la palabra em el derecho procesal civil tradicional. Aludimos a los legitimados por el derecho positivo de un país para entablar un pleito colectivo em beneficio del grupo titular del derecho difuso, colectivo o individual homogêneo. ‘Representante’ aqui debe considerarse em forma menos técnica, como sinónimo de ‘portavoz’: el autor de la acción colectiva es um portavo de los intereses del grupo, siendo su portador em juicio.”

pois a questão debatida no presente caso seria mesmo diversa, já que afeta à “extensão dos efeitos da sentença proferida em ação coletiva ordinária proposta por entidade associativa de caráter civil”.

A decisão de admissão da repercussão geral registrou que é necessário definir “o alcance da representatividade da associação, ou seja, se são beneficiários da sentença proferida somente aqueles que estavam filiados à data da propositura da ação ou também os que, no decorrer desta, chegaram a tal qualidade”. Assim, verifica-se que o STF bem observou a conexão existente os efeitos da sentença e os limites da legitimidade/representatividade do ente que vem a juízo.

De se destacar, então, que o STF, em estrita observância do dispositivo ao art. 5º, XXI – que é enfático ao mencionar que as associações têm legitimidade para defender os interesses de seus associados –, já parte da premissa de que os efeitos da decisão proferida em ação ajuizada por associação na defesa de direitos individuais homogêneos estão restritos apenas aos seus associados.

Esta mesma tendência se encontra em outros julgados do STF: “[...] busco o objetivo maior da norma constitucional e outro não é senão viabilizar a representatividade das associações, representatividade quanto aos direitos dos filiados”.¹⁹⁸

E nem se diga que esta previsão legal do art. 5º, XXI da CF impossibilitaria a defesa dos direitos essencialmente coletivos, que como demonstrado, irá inevitavelmente extrapolar o universo dos associados das associações. Não se pode olvidar que este dispositivo está inserido dentro do rol de direitos individuais¹⁹⁹, e, nesta medida, a limitação nele inserta aplica-se apenas à defesa de direitos individuais, possibilitando, portanto, a atuação das associações que, na defesa dos direitos essencialmente coletivos, permanece autorizada a ultrapassar o âmbito de seus associados em razão da natureza dos direitos tutelados.

5.2.2.2. Orientação encampada pelo Superior Tribunal de Justiça

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, os entendimentos são os mais variados possíveis. De todo modo, é possível agrupá-los quanto às seguintes questões: (i) legitimidade para representar mesmo quem não for associado e (ii) discussão sobre as regras

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação originária* nº 152, do Tribunal Pleno, Brasília, DF, 15 de setembro de 1999. DJ de 03 de março de 2000, p. 00019.

¹⁹⁹ A liberdade de associação é classificada como direito individual de expressão coletiva.

que limitam territorialmente os efeitos da sentença (art. 16 da Lei 7.347/85 e art. 2º-A da Lei 9.494/1997).

(i) Legitimidade para representar mesmo quem não for associado

Quanto aos julgados que entendem que a legitimidade das associações para a defesa dos direitos individuais homogêneos ultrapassaria o âmbito de seus associados, destacamos o que se segue:

Ação coletiva. Direitos individuais homogêneos. Associações. Legitimidade. As associações a que se refere o artigo 82, IV do Código de Defesa do Consumidor têm legitimidade para pleitear em juízo em favor de quantos se encontrem na situação alcançada por seus fins institucionais, ainda que não sejam seus associados.²⁰⁰

Trata-se de acórdão referente à ação ajuizada pela Associação de Defesa dos Direitos do Cidadão (CIDADANIA) e pelo Sr. Bento Desordi em face da Unicar – Administração Nacional de Consórcios, visando à devolução das parcelas pagas pelos consorciados desistentes acrescidas da devida atualização. Apesar de ter sido prolatada sentença de procedência, o Tribunal de origem houve por bem extinguir a ação por ilegitimidade da associação, na medida em que não havia demonstrado existir associados seus na condição de vítimas da negativa da ré de devolução dos valores pagos.

Assim, a associação interpôs recurso especial, cuja questão devolvida consistiu em determinar os limites subjetivos da legitimidade das associações para a tutela dos direitos individuais homogêneos: as associações apenas estariam legitimadas para a defesa de seus associados?

O Min. Relator, Eduardo Ribeiro, houve por bem destacar ao início que a discussão sobre os limites da legitimidade das associações apenas tem lugar no caso dos direitos individuais homogêneos, já que quanto aos direitos essencialmente coletivos, a produção de efeitos para a além dos quadros de filiados da associação é medida que decorre da indivisibilidade e transindividualidade do direito.²⁰¹

²⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 157.713/RS, da Terceira Turma, Brasília, DF, 06 de junho de 2000. DJ 21 de agosto de 2000, p. 117.

²⁰¹ “Claro está que a discussão só se coloca quando se trate de direitos individuais homogêneos. Não há como fazer-se tal exigência se a hipóteses for de direitos difusos ou coletivos, uma vez que, por isso mesmo que transindividuais e indivisíveis, só podem ser satisfeitos coletivamente. Atendidos os direitos de possíveis associados, automaticamente o seriam também os de quaisquer outras pessoas na mesma situação”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 157.713/RS, da Terceira Turma, Brasília, DF, 06 de junho de 2000. DJ 21 de agosto de 2000, p. 117)

Prossegue o Relator assentando que a limitação da atuação das associações apenas ao âmbito de seus associados não consta do CDC e que a conjugação do art. 82, IV com o art. 103, III, que determina que a sentença fará coisa julgada *erga omnes* para beneficiar todas as vítimas e sucessores, revelaria a legitimidade das associações para além do âmbito de seus associados.

Ressalvou, ainda, a não aplicação da limitação do art. 5º, XXI, da CF, na medida em que se trataria de hipóteses distintas, pois o CDC regulamenta o agir das associações que tem o fim específico de defender os interesses defendidos pelo Código, enquanto na CF, não há esta exigência de finalidade específica, de modo que as associações poderão até mesmo representar direitos de seus associados alheios à sua finalidade institucional, desde que expressamente autorizadas para tanto.

Anotou também a inexistência de prejuízo para os não associados, pois, em caso de improcedência, inexistirá óbice a que ajuízem suas ações individuais. O magistrado demonstra, por fim, estar ciente o perigo de se autorizar que as associações representem interesses para além de seus associados, o que poderia tornar o processo em instrumento de chantagem, com a consequente multiplicação de associações. Mas este problema seria inerente às ações coletivas, cabendo ao Judiciário apreciar eventual malícia por parte das associações autoras. Destarte, o recurso especial foi provido para reconhecer a legitimidade das associações para representar em juízo mesmo aqueles que não sejam seus associados.²⁰²

(ii) Discussão sobre as regras que limitam territorialmente os efeitos da sentença (art. 16 da Lei 7.347/85 e art. 2º-A da Lei 9.494/1997).

Além de orientações como a acima demonstrada, a discussão afeta aos limites subjetivos da legitimidade as associações também se faz presente nos julgados sob a temática da aplicação das regras do art. 16 da Lei nº 7.347/1985 e art. 2º-A da Lei 9.494/1197, que disciplinam os efeitos territoriais da sentença.

No que tange especificamente ao art. 16 da Lei da ação civil pública, a jurisprudência revela que até 2011, entendia o STJ pela aplicação deste dispositivo legal, como ocorreu no EREsp nº 411.529, referente à ação coletiva proposta na Justiça Estadual do Estado de São Paulo pelo IDEC – Instituto de Defesa do Consumidor, em face do Banco Banestado, pleiteando complemento de diferença de correção monetária devida em caderneta de

²⁰² Não foi tecida qualquer consideração sobre o art. 2º-A da Lei 9.494, pois ele não estava em vigor no momento do ajuizamento da ação.

poupança em janeiro de 1989. A ação foi julgada improcedente em 1ª instância, mas o Tribunal de Alçada de São Paulo reformou a sentença condenando o banco réu a pagar as diferenças, restringindo, contudo, os efeitos da sentença aos limites da competência territorial do órgão prolator.

Em sede de recurso especial, no qual se pretendeu dar eficácia irrestrita aos efeitos da sentença, o STJ houve por bem dar provimento ao apelo, para reconhecer que a limitação territorial dos efeitos da sentença prevista pelo art. 16 da Lei de ação civil pública, além de não ser aplicável aos direitos individuais homogêneos, seria inócua, pois limita apenas os efeitos da coisa julgada, enquanto os efeitos da sentença que tutela os direitos individuais homogêneos seriam *erga omnes* por força do art. 103, III do CDC, beneficiando todos aqueles que foram vítimas do dano discutido na demanda.

Assim, o Banco réu manejou embargos de divergência, alegando a existência de divergência jurisprudencial, na medida em que existiam diversos julgados que, tratando também de direitos individuais homogêneos – inclusive tendo por objeto o pleito das diferenças de correção monetária em caderneta de poupança –, aplicavam a restrição estampada no art. 16 da Lei de ação civil pública. Os infringentes, então, restaram providos, para determinar a incidência da limitação do art. 16 ao caso, como se extrai da ementa abaixo:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFICÁCIA. LIMITES. JURISDIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR.

1 - Consoante entendimento consignado nesta Corte, **a sentença proferida em ação civil pública fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência do órgão prolator da decisão, nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97. Precedentes.**

2 - Embargos de divergência acolhidos.²⁰³

O aresto assentou que a validade e a aplicação do art. 16 da Lei de ação civil pública consiste no entendimento majoritário do STJ, invocando julgamentos pretéritos, como o EREsp nº 293.407²⁰⁴. Ademais, suscitou a lição doutrinária de Hely Lopes Meirelles, que bem explica a introdução deste dispositivo legal como instrumento para evitar a atribuição de efeitos nacionais a decisões meramente locais:

²⁰³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência nº 411.529/SP, da Segunda Seção, Brasília, DF, 10 de março de 2010, DJe 24 de março de 2010.

²⁰⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência nº 293.407/SP, da Corte Especial, Brasília, DF, 07 de junho de 2006. DJ 01 de agosto de 2006, p. 327.

Atendendo aos reclamos dos tribunais e da doutrina, aos quais nos referíamos nas edições anteriores da presente obra e numa tentativa de aperfeiçoamento da legislação vigente, a Lei n. 9.494/97, de 10.9.1997, alterou a redação do art. 16 da Lei 7.347/85, esclarecendo no seu art. 2º que "a sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator (...)". Assim, buscou-se afastar a tentativa de atribuição de efeitos nacionais a decisões meramente locais. Como já assinalado, o STF, em 16.4.97, rejeitou o pedido de liminar feito na ADIn n. 1.576 contra o mencionado artigo, que constava da Medida Provisória n. 1.570/97.²⁰⁵

No entanto, este entendimento restou alterado nos idos de 2011, por meio do julgamento do REsp 1.243.887/PR (submetido à sistemática dos recursos repetitivos), quando então se passou a reconhecer que a sentença não poderia ser limitada pelos limites geográficos da jurisdição do órgão prolator:

DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: 1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em júízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC).

1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, caput, da Lei n. 9.494/97.

2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.²⁰⁶

O caso tem origem em ação ajuizada pela APADECO em face do Banestado, na comarca de Curitiba/Paraná, pretendendo também a devolução do complemento de diferença

²⁰⁵ *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação civil pública*. 26. ed., atual. 2004, p. 240/241.

²⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1243887/PR, da Corte Especial, Brasília, DF, 19 de outubro de 2011. DJe 12 de dezembro de 2011.

de correção monetária devido em caderneta de poupança entre junho de 1987 e janeiro de 1989. Ou seja: exatamente a mesma base fática sobre a qual se entendeu aplicável a regra do art. 16 da Lei 7.347/85, sendo inclusive o mesmo réu (Banco Banestado). O pleito foi julgado procedente, restando o Banestado condenado a devolver as diferenças a serem apuradas para todos os poupadores do Estado do Paraná.

Assim, o Sr. Deonísio Rovina promoveu a execução do referido título executivo em Londrina, comarca diversa da que foi proferida a sentença da ação civil coletiva. O Banco réu, por sua vez, manejou impugnação que foi rejeitada, originando agravo de instrumento, que não foi provido, e posterior recurso especial. O apelo raro arguiu dissídio jurisprudencial e ofensa ao art. 16 da Lei nº 7.347/1985, eis que a sentença projetaria seus efeitos apenas para a comarca de Curitiba (limite da competência territorial do órgão prolator) e não para todo Estado do Paraná, de modo que as execuções deveriam ser processadas apenas no foro do órgão prolator da decisão exequenda. Ademais, sustentou que o art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997 determina que a sentença apenas pode beneficiar os exequentes que comprovem ser filiados da associação autora e domiciliados no âmbito do órgão prolator da decisão.

Todavia, o STJ entendeu que o art. 16 da Lei de Ação Civil Pública não seria aplicável, na medida em que implicaria em “mistura” de conceitos heterogêneos, como a coisa julgada e a competência territorial. Parte, portanto, da concepção de que a limitação de efeitos promovida pelo art. 16 equivaleria à ausência eficácia da decisão em outros locais que não aquele que proferiu a decisão e, assim, sustenta que se nem no processo individual existe limitação quanto aos efeitos da coisa julgada, esta mesma limitação também não deveria existir no processo coletivo.

Logo, consignou que o alcance da sentença proferida em ação coletiva seria determinado pela extensão do dano e qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo, em atenção aos arts. 93 e 103 do CDC, e não em razão da competência territorial.

Sustenta ainda que admitir a restrição de efeitos da sentença a limites territoriais ou apenas aos filiados da associação autora equivaleria ao esvaziamento da utilidade prática das ações coletivas. Por sua vez, a previsão do art. 2º-A da Lei 9.494/1997 não foi aplicada ao caso na medida em que a ação coletiva foi ajuizada antes da entrada em vigor do referido dispositivo.

Registrou, por fim, que a sentença executada havia sido clara ao consignar que seus efeitos seriam aplicáveis a todos os poupadores do Estado do Paraná. Deste modo, a revisão desta orientação em sede de execução implicaria em vulneração da coisa julgada.

A partir de então, todos os demais julgados passaram a adotar esta orientação, desvinculando-se da regra do art. 16 da Lei nº 7.347/1985, invocando, sobretudo, a passagem que fixou que “o alcance da sentença proferida em ação coletiva seria determinado pela extensão do dano e qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo”, sem existir qualquer tipo de juízo crítico sobre sua adequação ao caso.²⁰⁷

Não obstante a jurisprudência do STJ não aplique a limitação territorial da sentença insculpida no art. 16 da Lei de ação civil pública, o mesmo não se verifica quanto ao art, 2º-A da Lei nº 9.494/1997, cuja aplicação vem sendo admitida, com a limitação dos efeitos da sentença apenas aos associados que tenham domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator na época do ajuizamento da ação, desde que a ação tenha sido proposta já na vigência deste dispositivo legal:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. GDASST. EXTENSÃO AOS INATIVOS. AÇÃO COLETIVA. EFEITOS DA SENTENÇA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR DA SENTENÇA. APLICAÇÃO DO ART. 2º-A DA LEI 9.494/97. PRECEDENTES: AGRG NO RESP. 1.184.216/DF, REL. MIN. JORGE MUSSI, DJE 27.6.2011 E AGRG NO RESP. 973.961/DF, REL. MIN. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJE 1.6.2011. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É firme o entendimento no Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicação do disposto no art. 2º-A da Lei 9.494/97 nas ações coletivas.
2. Nesse diapasão, os efeitos da sentença proferida em ação coletiva se restringem aos substituídos que tenham na data da propositura da ação domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.
3. Agravo Regimental da ANASPS desprovido.²⁰⁸

O julgado invocado tem origem em ação coletiva ajuizada pela Associação Nacional dos Servidores da Previdência e da Seguridade Social em face do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, no foro do Distrito Federal, buscando obter o pagamento da Gratificação de Desempenho de Atividade do Seguro Social (GDASST) para os servidores aposentados e pensionistas. O Tribunal de origem assentou que os servidores aposentados e os pensionistas têm direito de perceber a GDASST paga aos servidores da ativa e que a sentença proferida alcançaria todos os servidores do Brasil que tiverem sido prejudicados pelo não pagamento da

²⁰⁷ Neste sentido, cf.: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1243386/RS, da Terceira Turma, Brasília, DF, 12 de junho de 2012. DJe 26 de junho de 2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial* nº 1372364, da Quarta Turma, Brasília, DF, 11 de junho de 2013, DJe 17 de junho de 2013.

²⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial* nº 137386/DF, da Primeira Turma, Brasília/DF, 11 de junho de 2013. DJe 01 de julho de 2013.

gratificação buscada em juízo, pois, como a associação autora teria abrangência nacional, a ela não seria aplicável a limitação do art. 2º-A da Lei 9.494/97.

Contra esta decisão, o INSS interpôs recurso especial, arguindo a necessidade de observância do art. 2º-A da Lei 9.494/1997, nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, entre outros argumentos. O STJ deu provimento ao apelo raro, para determinar a incidência da limitação do art. 2º-A ao caso, de modo que a sentença apenas produzirá efeitos nos limites da competência territorial do órgão que a proferiu (Distrito Federal), exclusivamente quanto aos substituídos que eram ali domiciliados à época da propositura da demanda. E, mesmo após manejo de agravo regimental e embargos de declaração, a Corte da Cidadania manteve esta mesma orientação.

Assim como se passa neste julgado, os demais arestos que dizem respeito à aplicação do art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997 se limitam a promover a aplicação literal do dispositivo legal, sem haver maiores discussões quanto a *ratio* da norma e sua função no ordenamento jurídico. Quando muito, debatem que quanto à aplicação temporal desta norma, assentando que a regra apenas pode ser aplicada às ações ajuizadas após sua vigência.

5.2.2.3. Os limites subjetivos da legitimidade da associação autora: antecedente lógico na determinação dos efeitos da sentença.

Como se pode ver, a jurisprudência dos Tribunais Superiores sempre se ateu à delimitação dos beneficiários da sentença nas ações ajuizadas por associações na defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos sob a perspectiva dos efeitos da sentença e da coisa julgada.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça jamais analisou a temática sob a ótica da questão logicamente anterior, qual seja, dos limites da legitimidade do ente que vem a juízo na qualidade de substituto processual. Com efeito, os efeitos da sentença apenas atingem a esfera jurídica daqueles que estão compreendidos nos limites da legitimidade da entidade autora. Sem a definição desta premissa básica, que consiste em verdadeira questão prejudicial, qualquer discussão sobre os limites da sentença e da coisa julgada resta irremediavelmente prejudicada. E tanto é assim que o próprio STF reconheceu que, ao analisar sobre os efeitos da sentença na ação proposta por associação na defesa de direitos individuais homogêneos, a questão que está em jogo consiste nos limites da representatividade/legitimidade da entidade associativa.

No caso específico das associações, e com base nas premissas assentadas até aqui, entendemos que existem três elementos imprescindíveis para a correta fixação dos limites subjetivos de sua legitimidade de agir. São eles:

- (i) a vocação e o perfil das associações civis definidos pela Constituição Federal,
- (ii) a natureza de sua legitimidade na defesa dos direitos individuais homogêneos, qual seja, substituição processual e a decorrente necessidade de vínculo ou interesse entre o substituto e o substituído e
- (iii) o âmbito de sua representatividade adequada, i.e., de sua aptidão para a defesa idônea dos direitos daqueles que substitui em juízo.

Veja-se, então, a configuração destes elementos.

5.2.2.3.1 As associações civis à luz da Constituição Federal

A Constituição é dotada de características particulares de cunho ético-jurídico que expressam a vontade soberana de uma nação, de modo que a conformidade de um ato ou norma com a Constituição consiste em condição para sua validade e eficácia²⁰⁹:

A concordância, a relação positiva da norma ou do acto com a Constituição envolve validade, o contraste, a relação negativa implica invalidade, Se a norma vigente ou o acto é conforme a Constituição reveste-se de eficácia; se não é, torna-se ineficaz.²¹⁰

Assim, sendo a Constituição Federal o fundamento de validade das normas, a análise de todo o ordenamento jurídico deve ser feita em atenção às regras e princípios consagrados pela Constituição. Com efeito, a relevância e o papel orientador das normas constitucionais é de tal forma assente que os processualistas sustentam inclusive que o processo, para ser justo, adequado e efetivo, deve sempre observar a supremacia dos preceitos e as garantias da ordem constitucional.²¹¹ Desta forma, o processo coletivo, bem como o seu sistema de *legitimidade*

²⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coord.) *Coisa julgada inconstitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 84.

²¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Reimp. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 11 apud THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coord.) *Coisa julgada inconstitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 84.

²¹¹ THEODORO, JÚNIOR. Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais do processo civil no Brasil. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattani de (coord.), *Constituição*

ad causam deve necessariamente se atentar para o papel constitucional dos entes legitimados, a fim de se garantir a coesão do ordenamento jurídico, em estrita observância às diretrizes que emanam da Constituição.

A Constituição, em seu art. 5º, XXI, foi enfática ao restringir a legitimidade das associações apenas ao âmbito dos seus associados. Assim, é a partir deste universo restrito que se deve compreender os limites subjetivos da legitimidade das associações civis, considerando, portanto, que o objetivo precípua do legislador foi justamente o de atribuir às associações, enquanto entes dotados de personalidade jurídica própria, o poder de estar em juízo, em nome próprio, em defesa dos interesses de seus associados, que inclusive justificaram a criação desta entidade. Trata-se, portanto, de medida que visou facilitar e dotar de efetividade o agir destes entes, eis que, até então, apenas poderiam vir a juízo em regime de representação processual, dependendo, destarte, de autorização específica de cada um dos associados que desejassem propor a demanda.

É neste sentido, então, que apontam os ensinamentos das mais abalizadas vozes da doutrina nacional:

Como já foi visto, o inciso XXI do art. 5º da Constituição Federal legitima as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, a representar seus *filiados* judicial ou extrajudicialmente. Essa legitimação extraordinária, por conseguinte, restringe-se aos interesses dos associados, e não abrange todo e qualquer interesse, mas apenas os interesses pertinentes aos próprios fins da sociedade.²¹²

Em nosso modesto ver, não há dúvida de que, em face da sistemática criada pela Constituição de 1988, as associações gozam de legitimidade *ad causam* especial, para defender consumidores lesados de maneira coletiva, mas apenas dentro do universo de seus associados.

Com efeito, está claramente enunciado no art. 5º, n.º XXI, da Carta Magna, que ‘as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial e extrajudicialmente’. Daí que, o campo subjetivo alcançado numa ação coletiva proposta por associação não ultrapassa o quadro de seus sócios. E caso venha a intentar ação com objetivo maior, qual seja, o de defender uma comunidade anônima e universal, incorrerá em evidente carência de ação, por falta de *legitimatío ad causam*.²¹³

e processo: A contribuição do Processo no Constitucionalismo Democrático Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 235.

²¹² ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 95.

²¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 145.

(...) 2. Não pode, assim, o legislador ordinário desbordar desses limites constitucionais para conferir às entidades associativas, onde o constituinte não o fez, a qualidade de substituto processual, a ser exercitada com dispensa de autorização de seus filiados; ou a legitimação para atuar além da esfera jurídica destes, não se tratando de direitos difusos e coletivos (ou seja, aqueles que se caracterizam pela indivisibilidade), excluídos, portanto, os direitos individuais homogêneos (que são divisíveis e têm titularidade determinada) em relação aos quais, contudo, pode ser exercitada, pelas entidades associativas, a defesa coletiva, desde que observado o disposto no art. 5º, XXI, da Carta Federal.

3. Os dispositivos da Lei nº 8.078/90 – o Código de Defesa do Consumidor – que cuidam da defesa coletiva de direitos individuais homogêneos: a) devem ser interpretados à luz do *sistema* constitucional *supra* referido, especialmente à luz do art. 5º, XXI, da CF, buscando-se interpretação que com ele os concilie; ou b) impossível que assim seja, devem ter sua inconstitucionalidade reconhecida.²¹⁴

Não discrepa o magistério do Ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Albino Zavascki, para quem “se a legitimação é para ‘representar seus filiados’, um limite de atuação fica desde logo patentado: o objeto material da demanda deve ficar circunscrito aos direitos e interesses desses filiados”.²¹⁵

Vicente Greco Filho faz ainda a precisa observação de que a restrição da legitimidade da associação ao âmbito de seus associados tem a finalidade precípua de garantir o direito de liberdade de associação. Com efeito, o fato de se associar a uma determinada entidade associativa revela a concordância do indivíduo com os objetivos daquele ente que, se assim dispuser o estatuto, pode inclusive promover a defesa judicial destes interesses e direitos em juízo. Assim, admitir que a sentença proferida em uma ação ajuizada por uma associação na defesa de direitos individuais homogêneos pudesse produzir efeitos quanto à esfera jurídica daqueles que não integram a associação – ou seja, que não comungam de seus ideais – equivale a vincular alguém completamente alheio aos quadros e às finalidades que justificaram a criação da associação, em frontal violação à sua liberdade de associação, que também engloba o direito de não se associar:

No que concerne, porém, à legitimação das associações de defesa do consumidor, deve ser interpretada a legitimação em consonância com o inc. XXI do art. 5º da Constituição, ou seja, que as associações poderão promover a ação em favor de seus associados ou filiados, para usar o termo da Constituição. Isso porque, se a Constituição assegura o direito de não se

²¹⁴ DIZ, Nelson Nascimento. Apontamentos sobre a legitimação das entidades associativas para a propositura de ações coletivas em defesa dos direitos individuais homogêneos de consumidores. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 350, abr./mai. 2000, p. 125-126.

²¹⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 162.

associar (art. 5º, XX), conseqüentemente não se pode submeter o direito de alguém a decisão judicial obtida por entidade de que não participe. Isso sem falar do abuso que poderia ocorrer por parte das associações questionando direitos de pessoas indeterminadas e estranhas.²¹⁶ (.)

É importante ressaltar que não se pode simplesmente admitir a extensão dos efeitos de sentença proferida em ação proposta por associação a todos os titulares de direitos semelhantes ao reconhecido, ao argumento de se tratar de medida de economia e efetividade processual.

Esta conclusão simplista se olvida da lógica do sistema, que foi estruturado com um amplo e diverso rol de entes legitimados ao processo coletivo justamente com vistas a possibilitar a mobilização de grupos sociais distintos, facilitando, então, o acesso à justiça. Neste cenário, cada ente desempenha uma função própria e diversa, não se podendo simplesmente, em homenagem à suposta efetividade e economia processual, atribuir efeitos irrestritos a uma sentença referente à ação que foi proposta por ente legitimado a representar em juízo uma coletividade restrita e limitada.

Com isto não quer se dizer que seria impossível no processo coletivo para a defesa de direitos individuais homogêneos a prolação de sentença que produza seus efeitos para todos os titulares que se encontrem na situação jurídica albergada pela sentença. O que se está dizendo é tão somente que as associações civis não consistem no ente que está constitucionalmente autorizado a tanto, porquanto seu agir foi limitado ao âmbito dos seus associados.

5.2.2.3.2 A natureza da substituição processual

A limitação constitucional da legitimação das associações apenas ao universo de seus associados também se revela inevitável em razão da própria natureza da legitimidade que lhe é atribuída. Já se teve oportunidade de demonstrar que a tutela dos direitos individuais homogêneos se dá por meio da técnica da substituição processual, em que os entes legitimados vêm a juízo, em nome próprio, na defesa de direitos alheios.

Esta possibilidade de defesa de direitos alheios em nome próprio decorre justamente da existência de um vínculo entre substituto e substituídos ou de um interesse próprio do

²¹⁶ *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 352.

substituto que depende da satisfação do interesse material litigioso do substituído.²¹⁷ A defesa deste interesse próprio do substituto acarreta inclusive a desnecessidade de qualquer autorização ou anuência do(s) substituído(s).

No caso das associações, o vínculo/interesse que justifica a sua legitimidade extraordinária para defesa de direitos individuais alheios é justamente o vínculo associativo, ou seja, os interesses e finalidades que justificaram a criação da entidade associativa e a filiação dos associados. Assim, são estes interesses comungados pelo universo dos associados que fundamentam o agir em juízo das associações.

Logo, ainda que estes mesmos interesses sejam também perseguidos por indivíduos outros que não integram a associação, o que move e justifica a ação em juízo do ente associativo são aqueles direitos individuais que dizem respeito aos seus próprios filiados, pois, a defesa destes direitos é, em última análise, a própria finalidade da associação. Destarte, ressaltar é lógico e até mesmo intuitivo que o agir da associação, na defesa dos direitos individuais homogêneos, é limitado ao âmbito de seus associados. Ou, em outras palavras, o interesse ou vínculo que autoriza a substituição processual diz respeito apenas ao âmbito de seus associados, inexistindo, portanto, qualquer justificativa ou argumento capaz de autorizar a defesa dos direitos individuais homogêneos de terceiros alheios à associação.

Frise-se mais uma vez: a substituição processual, por meio da qual se promove a defesa de direitos alheios em nome próprio, tem como razão de ser a existência de um interesse próprio do substituto. Assim, fora do âmbito de seus associados não existe qualquer interesse próprio ou legítimo da associação para autorizar a defesa de direito de outrem, interpretação esta que apenas corrobora a diretriz traçada pela norma constitucional ao limitar a legitimidade das associações ao universo de seus filiados (art. 5º, XXI).

5.2.2.3.3 A representação adequada

No sistema norte-americano das *class actions*, a representatividade adequada é instrumento essencial eis que visa assegurar a observância do devido processo legal no âmbito do processo coletivo. Isto porque, enquanto no processo individual, o devido processo legal é satisfeito por meio da concessão de oportunidades de manifestação àqueles que terão suas esferas de direito atingidas, no processo coletivo, a impossibilidade de comparecimento

²¹⁷CINTRA, Antonio Carlos Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 438, abril. 1972, p. 26.

individual dos interessados – ou mesmo da inexistência de titulares específicos, como ocorre com os direitos essencialmente coletivos – determina a adaptação desta garantia constitucional.

Assim, nas ações coletivas, o devido processo legal é garantido desde que aquele que vem a juízo como representante dos interesses de uma classe ou grupo seja idôneo para tanto, ostentando aptidão para representar a classe de modo suficiente e adequado ao objeto litigioso:

[a representatividade adequada é] a especial qualidade que os 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 políticos (dos próprios governos). [...] Sua importância reside notadamente na proteção ao princípio do devido processo legal, especialmente no que tange aos interesses dos membros ausentes da classe litigante.²¹⁸

Ou seja: é a atuação de um terceiro como representante adequado da classe que autoriza que os efeitos da decisão vinculem também aqueles que, embora não tenham participado diretamente do processo, tiveram seus interesses devidamente representados em juízo, de forma muito próxima ao que se verificaria acaso estes mesmo indivíduos ajuizassem suas próprias demandas. Logo, a decisão proferida apenas vinculará todos os envolvidos acaso o representante seja adequado, pois inexistindo adequada representação, não é possível que se cogite da produção de efeitos sobre a esfera jurídica daqueles que não participaram do processo, nem foram adequadamente representados, sob pena de violação ao devido processo legal.

É por isso que se afirma que a representação inadequada equivale à inexistência de representação, pois, nesta hipótese, a decisão vinculará somente às partes, não afetando terceiros que não intervieram diretamente na lide.²¹⁹

Neste cenário, a representação adequada, além de consistir em mecanismo de garantia do devido processo legal na seara do processo coletivo, consiste em instrumento essencial

²¹⁸ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo et. al. (coord.) *Direito processual coletivo e Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 117 apud CALDO, Diego Santiago y. Legitimidade e a representatividade adequada nas ações coletivas: um estudo comparado entre a legislação brasileira e a experiência norte-americana. *Revista de Processo*, v. 205, mar. 2012, p. 241.

²¹⁹ ROQUE, André Vasconcelos. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 101.

para a adequada delimitação do universo de sujeitos substituídos por aquele que vem a juízo, pois, apenas aqueles que são adequadamente representados pelo autor da ação estarão vinculados aos efeitos da sentença proferida.

É neste sentido, portanto, que se entende que a representatividade adequada, apesar de não estar expressamente positivada no sistema de processo coletivo brasileiro, deve ser necessariamente apreciada pelo juiz no caso concreto, já que se trata de mecanismo inerente à garantia do devido processo legal e ao próprio processo coletivo, além de se tratar de instrumento indispensável para a correta determinação dos indivíduos que poderão ser afetados pela sentença no processo coletivo.

Não se pode olvidar que a ideia de representação adequada, além de ser consequência necessária do princípio constitucional do devido processo legal, é inclusive a situação legitimante na tutela dos direitos essencialmente coletivos, o que, então, afasta qualquer dúvida quanto à pertinência deste instituto no processo coletivo brasileiro, ainda que não tenha sido expressamente positivado.

A necessidade de averiguação do âmbito de representatividade adequada se revela ainda mais premente no que tange às associações, na medida em que

problemas práticos têm surgido pelo manejo de ações coletivas por parte de associações que, embora obedeçam aos requisitos legais, não apresentam a credibilidade, a seriedade, o conhecimento técnico-científico, a capacidade econômica, a possibilidade de produzir uma defesa processual válida.²²⁰

Parcela da doutrina entende pela impossibilidade de controle judicial da representatividade adequada no sistema brasileiro, já que o sistema brasileiro de legitimação seria *ope legis*.²²¹ Quando muito, admitem que a análise da representação adequada quanto às associações teria sido positivada por meio dos requisitos da pré-constituição e da pertinência temática (art. 5º, V da Lei nº 7.347/1985 e art. 82, IV do CDC), de modo que, presentes estes pressupostos, a representação da associação seria considerada adequada de forma imediata ou até mesmo presumida.

²²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*, 361/5. Rio de Janeiro: Forense, maio-jun. 2002.

²²¹ Neste sistema, bastaria que o representante do grupo fosse um dos legitimados do art. 82 do CDC para que pudesse representar livremente os interesses do grupo em juízo. Cf. GIDI, Antonio. La representación adecuada em las acciones colectivas brasileñas y el avance del Código Modelo. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.) *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. México: Porrúa, 2003, p. 143.

A mais abalizada doutrina, contudo, não se contenta com esta mera presunção de representatividade adequada. Atenta à estreita conexão entre a representação adequada e o devido processo legal, sustenta a insuficiência desta presunção, eis que a pré-constituição e a pertinência temática seriam apenas condições ou requisitos para atuação da associação no processo coletivo e não propriamente critérios para aferição da representação adequada dos substituídos.

Neste sentido, encontramos o magistério de Teori Albino Zavascki, que identifica a pertinência temática com o interesse de agir. Consoante cediço, o interesse de agir é uma das condições da ação e é caracterizado pelo binômio necessidade x adequação, i.e., o provimento pleiteado em juízo deve ser não apenas necessário – no sentido de uma situação “que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares)”²²² –, como deve também se tratar de um provimento jurisdicional tecnicamente adequado à tutela do direito material deduzido em juízo.

Assim, no âmbito do processo coletivo, a necessidade e adequação do provimento buscado em juízo (interesse de agir) apenas estarão presentes acaso guarde relação com os fins institucionais da associação, o que nada mais é do que a pertinência temática. O que revela, portanto, tratar-se de condição para legitimação do agir das associações e juízo e não propriamente de critério relacionada à representação adequada ou para delimitação do universo de substituídos:

Às associações culturais cabe tutelar direitos de seus filiados relacionados à cultura (e não a outros, estranhos ao âmbito associativo); às associações esportivas e recreativas, os interesses relacionados com esporte e recreação; às associações de defesa do consumidor, os direitos decorrentes de relação de consumo; às entidades profissionais, os direitos dos seus filiados ligados ao exercício da sua profissão. Quem se filia a associação destinada à pesca submarina não o faz imaginado que a entidade vá tutelar seus direitos relacionados a questões fiscais, ou a suas relações condominiais ou de vizinhança.²²³

Do mesmo modo, verifica-se que a pré-constituição também consiste em condição para legitimação e não critério de representação adequada, eis que seria ingênuo admitir que o

²²² ALVIM, Arruda. *Código de Processo Civil Comentado*. 1.ed., 1975, v.I, p. 318 apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 78.

²²³ *Processo coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 5. ed. rev. e atual. e ampl., p. 163.

simples fato de uma associação estar constituída há mais de um ano – o que inclusive pode ser dispensado pelo juiz no caso concreto – configure a representação adequada de qualquer direito da comunidade.²²⁴

Com efeito, a pré-constituição consiste em instrumento instituído pela ordem jurídica com vistas a evitar a criação de entidades *ad hoc*, interessadas apenas nos eventuais ganhos patrimoniais que podem derivar de determinadas circunstâncias episódicas, e que não tenham por objetivo a defesa permanente dos interesses de seus associados. Todavia, esta precaução da ordem jurídica não é suficiente para eximir o juiz de verificar, no caso concreto, a aptidão efetiva e o interesse que justifica o agir da associação autora.

Esta noção de que os requisitos da pertinência temática e da pré-constituição não consistem em pressupostos para a aferição da representatividade adequada também é compartilhada Pedro Dinamarco, que afirma:

Desta forma, entre nós não existe um verdadeiro requisito da representatividade adequada para que os legitimados possam ajuizar uma ação civil pública, ao contrário do que sustentam alguns doutrinadores. Dizem eles que as associações teriam de demonstrar essa qualidade mediante tempo mínimo de constituição e autorização expressa em seus estatutos ou por deliberação em assembleia. (...) Entretanto, esse requisito nada tem a ver com a representatividade adequada, que exprime um conjunto de fatores que demonstrariam concretamente, ao juiz, durante todo o curso do processo, ser o autor pessoa idônea, que irá despender eficazmente todos os esforços necessários para a defesa dos interesses das pessoas ausentes do processo. Por outro lado, aquela autorização interna da associação é apenas requisito abstrato para que esteja plenamente satisfeita a legitimidade extraordinária em cada caso, não significando que a entidade irá realmente defender de forma adequada os interesses dos substituídos.²²⁵

Ademais, deve-se rechaçar ainda o argumento de que inexistiria necessidade de averiguação da representatividade adequada, na medida em que a coisa julgada nas ações coletivas apenas se dá para beneficiar os membros do grupo. Com efeito, trata-se de argumento daqueles que querem se negar a apreciar a necessidade de representação adequada daquele que vem a juízo, eis que se trata de reclamo intrínseco ao próprio processo coletivo e ao instituto da substituição processual.

A doutrina chega até mesmo a dizer que a não formação da coisa julgada nas sentenças de improcedência por falta de prova seria um indicativo concreto da plena

²²⁴ GIDI, Antonio. La representación adecuada em las acciones colectivas brasileñas y el avance del Código Modelo. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGORR, Eduardo Ferrer (coord.) *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. México: Porrúa, 2003, p. 145.

²²⁵ DINAMARCO, Pedro. Ação civil pública. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 202.

aplicabilidade da representação adequada ao processo coletivo brasileiro, eis que esta hipótese equivale ao reconhecimento da inoponibilidade da sentença em razão de ser o autor uma representante inadequado – ou não representante –, pois sequer foi capaz de produzir as provas necessárias à defesa dos direitos individuais homogêneos:

A norma do direito brasileiro que exclui a incidência da coisa julgada nas sentenças de improcedência por insuficiência de provas é uma concessão à imperatividade do conceito de representação adequada em tela de ações coletivas.²²⁶

Diante destas considerações, verifica-se o pleno cabimento e a relevância da análise judicial do âmbito de representação adequada dos entes legitimados ao processo coletivo brasileiro, sobretudo das associações, como bem observa Antonio Gidi:

Aunque no exista previsión legal expresa, el juez brasileño no solo puede, como tiene el deber de evaluar la adecuada representación de los intereses del grupo em juicio. [...]

Por lo tanto, realmente poco importa que la ley infraconstitucional brasileña no prevea expresamente que el juez deba controlar la adecuación del representante. No se trata aqui de una cuestión meramente procesal, sino constitucional. [...]

Si se lleva hasta las últimas consecuencias, el debido proceso legal impediría cualquier acción colectiva. No obstante, como defendió Mauro Cappelletti hace casi treinta años, en lugar del debido proceso legal tradicional, de naturaleza individual, se debe establecer un debido proceso legal social, o, como yo lo denomino, un *debido proceso legal colectivo*. A través de ese nuevo debido proceso legal colectivo, los derechos de ser citado, de ser oído y de presentar defensa em juicio son substituidos por um derecho de ser citado, oído y defendido a través de un representante. Pero no a través de um representante cualquiera: el grupo debe ser representado em juicio por un representante adecuado.²²⁷

Caso emblemático do relevante papel desempenhado pela representação adequada para fins de aferição *in concreto* da legitimidade ativa para a ação coletiva pode ser exemplificado por meio do acórdão da apelação nº 02809/2003, de relatoria do Desembargador Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. O caso diz respeito à ação ajuizada por associação que obteve, em primeira instância, sentença de procedência dos pedidos de nulidade de cláusulas

²²⁶ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 80.

²²⁷ GIDI, Antonio. La representación adecuada em las acciones colectivas brasileñas y el avance del Código Modelo. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.) *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. México: Porrúa, 2003, p. 150-152.

abusivas em contrato de cartão de crédito. Todavia, a após este resultado, a associação passou a distribuir panfletos em vias públicas, ofertando, mediante pagamento de quantia em dinheiro, cópia da sentença proferida na ação, ainda não transitada em julgado, para que os interessados pudessem celebrar acordo com a empresa ré.

Diante deste comportamento manifestamente abusivo da autora, que se valeu de decisão precária para induzir terceiros em erro e auferir benefícios pecuniários indevidos, o Tribunal Estadual de Justiça, ao julgar a apelação, extinguiu o feito por ilegitimidade ativa, na medida em que a entidade associativa, apesar de ostentar legitimidade formal para o ajuizamento da ação, não demonstrou, no caso concreto, ter condições efetivas para representação adequada dos interesses discutidos na demanda:

[...] De outro turno, o documento de fls. 584, intitulado “AÇÃO COLETIVA – CARTÃO C&A – LEIA COM ATENÇÃO” não contribui para a melhor credibilidade da conduta da Autora, expressando um prospecto de inscrição automática, mediante o pagamento de taxa de inscrição de R\$ 30,00, na ação civil pública em tela, inclusive mencionando, estranhamente, que ‘o associado receberá uma cópia da sentença da Ação Coletiva para junto às empresas Inovacard administradora de Cartões de Crédito e C&A Modas efetuarem um acordo pelo que foi decidido na justiça’. [...]

Como se observa, a questão da representatividade adequada não é ignorada pela nossa melhor doutrina, conspirando contra a sua admissibilidade em relação à Autora não só o já referido prospecto ou folheto de fls. 584, como a própria e enorme abrangência de seus objetivos sociais, como se vê pelo exame do art. 2º, alíneas “a” a “o”, dos respectivos estatutos sociais (fls. 30/32), sabendo-se que a maior generalidade nem sempre combina com a melhor eficiência e serenidade dos propósito almejados. Por tais fundamentos, conheço do recurso de apelação, acolhendo a preliminar de ilegitimidade ativa, motivo pelo qual julgo extinto o processo sem exame do mérito.²²⁸

Em síntese, pode-se dizer que a representação adequada é plenamente compatível com o direito brasileiro, pois:

- (i) se trata de mera decorrência do princípio do devido processo legal, também amparado pela Constituição pátria,
- (ii) a própria previsão de que não haverá a formação da coisa julgada nas ações julgadas improcedentes por falta de provas – ou seja, em razão da inaptidão do autor em produzir as provas cabíveis, sendo portanto, um não representante ou representante

²²⁸BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Apelação Cível nº 2003.001.02809*, da 3ª Câmara Cível, 13 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003742208DEDEE9A4E75E93A71FDDB55315FED7C3174831>>. Acesso em 04 jul.2013.

inadequado – consiste em sério indicativo da aplicabilidade do instituto da representação adequada ao sistema brasileiro, por meio da qual a sentença apenas pode vincular as partes que tenham sido adequadamente representadas;

(iii) a aptidão para representação adequada dos membros ausentes é inclusive a situação legitimante para os direitos essencialmente coletivos;

(iv) mesmo que se admita que, no Brasil, a coisa julgada se dá apenas para beneficiar os membros do grupo, tal argumento consiste em verdadeira recusa de enfrentamento da necessidade de representação adequada daquele que vem a juízo, eis que se trata de reclamo intrínseco ao próprio processo coletivo e ao instituto da substituição processual.

Na sistemática do direito norte-americano, o exame da representatividade adequada é realizado com espeque na possibilidade de tutela vigorosa por aquele que vem a juízo e pelo seu advogado, bem como pela inexistência de conflito entre os interesses do representante e dos demais representados.

Adaptando estes requisitos para a realidade brasileira, temos que a aferição da representatividade adequada dos entes legitimados ao processo coletivo deve ser feita também em estrita atenção aos comandos constitucionais, que consistem no fundamento de validade de todas as demais normas e do próprio ordenamento jurídico.

Como demonstrado, às associações foi outorgada pela Constituição Federal legitimidade para a defesa dos seus associados apenas. Logo, as associações apenas podem representar adequadamente aqueles que são a ela vinculados, na medida em que quanto àqueles que extrapolam seu universo de filiados, inexistente qualquer interesse ou vínculo a justificar sua atuação que, portanto, afigura-se inadequada. E tanto é inadequada a representação dos não associados que esta hipótese acarreta afronta à liberdade de associação (em seu correlato aspecto do direito de não se associar), eis que submete o direito de alguém à decisão judicial obtida por associação de que não participe.

Neste contexto, ressaí nítida a propriedade do art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997, que apenas promoveu a positivação do âmbito de representatividade adequada das associações na tutela dos direitos individuais homogêneos.

E, mesmo que se diga que, na sistemática do processo coletivo brasileiro, a sentença apenas atua para beneficiar (art. 103, III do CDC), não é admissível que o julgado beneficie a todos indistintamente. Consoante enfatizado, os efeitos da sentença, principalmente nas ações coletivas, devem sempre ser determinados à vista dos limites da legitimidade do ente que vem a juízo. Assim, considerando que o âmbito de representação adequada constitucionalmente

conferido às associações é restrito aos seus associados, não é possível que a sentença produza seus efeitos para além destes limites, nos quais a representatividade das associações será verdadeiramente inadequada, impossibilitando a oposição da sentença contra aqueles que não se situam dentro dos limites de legitimidade do ente autor.

Neste cenário, a representação adequada configura relevante instrumento de controle judicial para evitar distorções das ações coletivas, auxiliando na adequada delimitação do âmbito de legitimidade do ente que vem à juízo e implementando a garantia devido processo legal ao assegurar que apenas aqueles que foram adequadamente representados, por entes legitimados a tanto, estarão sujeitos aos efeitos da sentença proferida na ação coletiva.

Destarte, consiste a representação adequada em um *plus* à legitimidade no processo coletivo, eis que não basta apenas a simples previsão do ente no rol de legitimados, sendo imprescindível que seja demonstrado no caso concreto a existência de condições fáticas para a adequada defesa do direito deduzido em juízo. Assim, como anota Álvaro Luiz Valery Mirra,

A principal dificuldade verificada no tocante à legitimidade ativa das associações civis para a defesa em juízo dos direitos e interesses transindividuais reside, em verdade, na ausência de critérios seguros e de mecanismos de controle de adequação de sua representatividade perante a coletividade, a fim de assegurar sua atuação efetiva e séria no processo, em benefício de todo o corpo social.²²⁹

Desta forma, além da necessidade de aferição da representação adequada com base na exegese conforme a Constituição, propõe a doutrina alguns quesitos a serem avaliados na prática pelo juiz e que em tudo se assemelham aos requisitos relativos às *class actions*:

(a) se o portador judicial está efetivamente identificado com o grupo interessado, questão que tangencia a pertinência temática; (b) se, no grupo, as posições efetivamente uniformes predominam sobre aquelas que eventualmente apresentam traços distintivos ou discrepantes; enfim, (c) se, no caso concreto, o modo coletivo da tutela judicial trará resultado superior àquele que se poderia alcançar na via individual.²³⁰

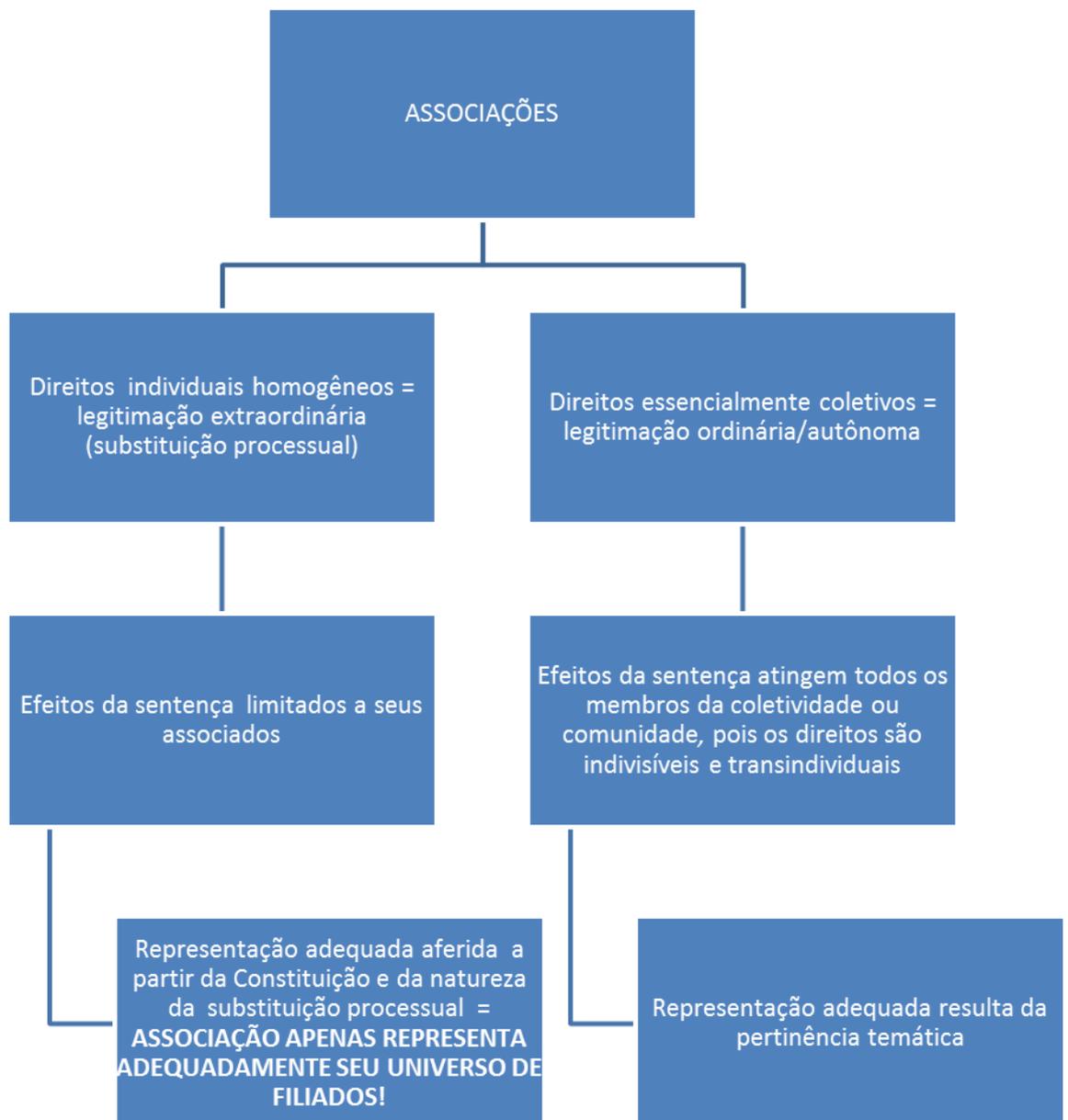
Como se pode ver, portanto, sob qualquer ângulo que se analise a controvérsia, imperiosa a conclusão de que as associações, na defesa dos direitos individuais homogêneos,

²²⁹ 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, Aluizio Gonçalves de Castro Mendes; WATANABE, Kazuo (coord.). *Direito Processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 119.

²³⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 426.

apenas têm legitimidade para a defesa dos direitos de seus associados. Assim, é esta a baliza que deve guiar o intérprete na tarefa de delimitação dos efeitos da sentença e da coisa julgada. Com efeito, na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, o ente que vem a juízo o faz em substituição aos titulares do direito reclamado em juízo. Logo, o alcance dos efeitos da sentença e da coisa julgada apenas pode ser adequadamente determinado acaso se atente para a questão prejudicial atinente aos limites da legitimação do ente que vem a juízo, i.e., a determinação dos indivíduos que são substituídos, pois é este o antecedente lógico que irá determinar o universo de sujeitos que serão afetados pela sentença.

É neste sentido, portanto, que se afirma que a legitimidade das associações será diversa a depender da espécie de direito tutelado:



5.2.2.4. Análise crítica das orientações jurisprudenciais

Diante deste cenário, verifica-se a necessidade de mudança da perspectiva adotada pelos Tribunais na tarefa de delimitação dos efeitos das sentenças proferidas na tutela dos direitos individuais homogêneos. A questão deve ser resolvida a partir do âmbito de legitimidade do ente que vem a juízo e não por meio da análise isolada do ato sentencial e das regras processuais específicas que, supostamente, delimitariam estes efeitos, sendo necessário que se recorra à uma interpretação global do sistema, com especial atenção aos comandos e diretrizes emanados pela Constituição. Até mesmo porque é inadmissível que a sentença, em se tratando de direitos individuais, beneficie indivíduos que sequer foram substituídos pelo autor e que, portanto, sequer foram adequadamente representados em juízo.

Resta-nos, portanto, demonstrar as razões que apontam para a insubsistência dos argumentos suscitados pela jurisprudência para justificar a suposta possibilidade de as associações, na defesa dos direitos individuais homogêneos, agirem na defesa daqueles que não são seus associados. Vejamos, portanto, os principais fundamentos invocados:

5.2.2.4.1 Aplicação literal do art. 103, III do CDC

Para amparar a conclusão de que a sentença proferida em ação ajuizada por associação na defesa dos direitos individuais homogêneos poderia beneficiar mesmo aqueles que não são associados à entidade autora, a jurisprudência defende a interpretação literal do art. 103, III do CDC, que determina que a sentença fará coisa julgada “*erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores”. Assim, entendem os Tribunais que esta eficácia *erga omnes* alcançaria todas as vítimas que se enquadrassem na situação jurídica objeto da sentença, independentemente de serem associados à autora.

Esta orientação, no entanto, parte de uma compreensão equivocada do sentido da eficácia *erga omnes* mencionada no art. 103, III do CDC. Muito embora esta expressão, em seu teor literal, indique tratar de uma eficácia oponível a todos, não é possível que se lhe atribua um sentido irrestrito, como se a sentença relativa aos direitos individuais homogêneos beneficiasse a todos os indivíduos que se enquadrem na situação jurídica objeto do pronunciamento judicial.

Como anota Rodolfo de Camargo Mancuso, a eficácia da coisa julgada se expande (*erga omnes; ultra partes*) até onde se estenda a compreensão-extensão do objeto judicializado.²³¹ Assim, no caso dos direitos individuais homogêneos, cuja defesa coletiva é exercida em juízo por meio da substituição processual, sendo possível a identificação dos indivíduos substituídos – eis que o direito é divisível –, a concepção da eficácia *erga omnes* da coisa julgada deve ser compreendida de acordo com o direito tutelado e dentro do universo de indivíduos substituídos pelo ente que vem a juízo.

Logo, no caso das associações, cuja legitimidade alcança apenas seus associados, a eficácia *erga omnes* da coisa julgada se verifica apenas dentro deste universo dos substituídos na ação coletiva pela associação.

O entendimento contrário gera, inclusive, uma situação paradoxal. Com efeito, o art. 103, I, do CDC, referente aos direitos difusos, estabelece que a coisa julgada produz efeitos *erga omnes*. Neste caso, a natureza do direito tutelado, que é indivisível e transindividual exige a eficácia *erga omnes* da coisa julgada, na medida em que não é possível identificar os componentes da comunidade titular do direito tutelado. Assim, a eficácia *erga omnes* visa justamente a garantir que a coisa julgada irá vincular toda a comunidade afetada, como anota Antonio Gidi:

Principalmente em lo que se dice respecto a los derechos indivisibles, exactamente por no permitir a división em cuotas atribuibles a cada uno de los interesados, ‘la satisfacción de uno solo implica por fuerza la satisfacción de todos, asimismo como la lesión de no constituye *ipso facto* la lesión de toda la colectividad’. Esto significa que a decisión pronunciada necesariamente afectará la esfera jurídica de todos los miembros de la colectividad o del grupo, que son, em conjunto, los verdaderos y únicos titulares del derecho em litigio.²³²

Neste cenário, admitir que no caso dos direitos individuais homogêneos a coisa julgada teria esta mesma extensão *erga omnes* irrestrita típica dos direitos difusos, equivale a verdadeira deturpação do sistema, eis que direitos ontologicamente diversos estariam sujeitos a um regime jurídico idêntico. Destarte, cabe ao intérprete promover a exegese que melhor se adeque ao sistema do processo coletivo e, principalmente, que se adeque aos reclamos de uma tutela diferenciada, marcada pela necessária adequação entre os instrumentos processuais e o direito material.

²³¹ *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 524.

²³² GIDI, ANTONIO. Cosa juzgada em acciones colectivas, In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.) *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. México: Porrúa, 2003, p. 262.

A coerência sistêmica, portanto, depende de que a eficácia *erga omnes* da coisa julgada que recai sobre sentença proferida na defesa dos direitos individuais homogêneos seja compreendida dentro dos limites da legitimidade do ente que vem a juízo, i.e., dentro do universo daqueles que são substituídos. E não discrepa a doutrina:

Pero *erga omnes* no significa exactamente ‘contra todos’ como pudiera parece, porque la naturaleza de las cosas está limitado a la comunidad titular del derecho supraindividual violado y, en a la eventualidad de procedencia da demanda, a los titulares de los correspondientes derechos individuales homogêneos. [...] La inmutabilidad del comando de la sentencia (cosa juzgada) es una ‘cualidad’ que no alcanza (beneficia) a todos indistintamente, pero, solamente a los miembros del grupo titular del derecho violado – y solamente a ellos.²³³

A este propósito, deve-se inclusive invocar novamente o magistério de Antonio Gidi, que defende ser inadequada a atribuição de efeitos *erga omnes* à coisa julgada formada nos processos que envolvem direitos difusos e individuais homogêneos.²³⁴ Para ele, *erga omnes* seria apenas a eficácia natural da sentença, que vincula a todas as partes, interessados ou indiferentes à controvérsia. No caso dos direitos coletivos, a sentença não cria obrigações ou direitos para todos indistintamente considerados, mas apenas em relação aos titulares do direito violado. Assim, o mais adequado tecnicamente seria a concepção *ultra partes* da coisa julgada, eis que, em todos os casos, a sentença irá vincular sujeitos para além daqueles que atuaram diretamente na demanda, quais sejam: todos os integrantes da comunidade, no caso dos direitos difusos; todos os integrantes do grupo, no caso dos direitos coletivos e os todos os substituídos em juízo, no caso dos direitos individuais homogêneos.

Desta forma, verifica-se que o art. 103, III do CDC não é capaz de autorizar que a sentença proferida em ação proposta por associação na tutela coletiva de direitos individuais homogêneos produza seus efeitos para além do âmbito dos associados.

5.2.2.4.2. Associações no Código de Defesa do Consumidor x associações na Constituição Federal de 1988

²³³ GIDI, ANTONIO. Cosa juzgada em acciones colectivas, In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.) *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos*. México: Porrúa, 2003, p. 269.

²³⁴ Ibidem, p. 269-270.

A jurisprudência invoca também que a restrição insculpida no art. 5º, XXI da Constituição Federal, que estabelece a legitimidade das associações para a defesa de seus associados, não seria aplicável às associações que vem a juízo com base no Código de Defesa do Consumidor. Isto porque se trataria de hipóteses diversas de atuação das entidades associativas, pois, enquanto no CDC, as associações apenas poderiam agir na defesa dos interesses defendidos pelo Código, o agir pela sistemática constitucional permite até mesmo a defesa de interesses alheios à finalidade institucional da associação, desde que expressamente autorizadas a tanto.

Esta dicotomia é de tal modo descabida que os seus fundamentos chegam a ser incompreensíveis. Com efeito, o regime jurídico aplicável às associações é uno e deve ser necessariamente compreendido à luz das disposições constitucionais. O objetivo do legislador ao dotar as associações de legitimidade para agir em juízo foi justamente o de propiciar a defesa dos interesses que motivaram a criação da própria associação, donde se extrai que os indivíduos beneficiados são apenas os associados, que são aqueles que comungam dos interesses protegidos pela associação e, por esta razão, aderiram a ela. E, para não existirem dúvida quanto esta finalidade específica, a limitação do agir apenas ao âmbito de associados foi devidamente insculpida em nossa Carta Magna.

Assim, mesmo que na defesa dos direitos previstos do CDC, as associações não restam despidas desta sua vocação de tutela dos seus associados prevista constitucionalmente²³⁵, inexistindo, portanto, qualquer razão minimamente razoável que justifique a não aplicação da norma constitucional. Pois, consoante demonstrado, é a Constituição a fonte de validade de todas as normas do sistema. Assim, a prosperar a concepção jurisprudencial, seria inclusive necessário que fosse declarada a inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais, eis que estariam em evidente contradição com a Constituição, que é precisa ao restringir a legitimidade das associações ao universo de seus associados apenas.

Todavia, o mais adequado e mais eficiente é que se promova a interpretação das normas infraconstitucionais à luz da Constituição, o que garante a coerência e harmonia da ordem jurídica e o implemento da verdadeira *ratio* do legislador ao atribuir legitimidade extraordinária às associações civis.

²³⁵ Ressalva-se, contudo, mais uma vez, a defesa dos direitos essencialmente coletivos, hipótese na qual a própria indivisibilidade e transindividualidade dos direitos tutelados implica em atuação que irá, inevitavelmente, extrapolar o universo de associados.

5.2.2.4.3. Competência x coisa julgada (art. 16 da Lei nº 7.347/1985 e art. 2º-A da Lei 9.494/1997)

a) O artigo 16 da Lei nº 7.347/1985

Outro argumento encampado pelos Tribunais para justificar a extensão dos efeitos da sentença proferida em ação proposta por associação na defesa dos direitos individuais homogêneos para além dos âmbitos dos associados está em negar aplicação ao art. 16 da Lei nº 7.347/85, ao fundamento de que os efeitos da coisa julgada não poderiam ser limitados em razão da competência territorial, na medida em que se trata de conceitos diversos e que não se confundem. Neste sentido, afirma-se que, uma vez respeitada a competência, a coisa julgada poderia alcançar toda a comunidade ou coletividade ou todos os indivíduos lesionados pelo ato ilícito.²³⁶

Trata-se, contudo, de concepção que não leva em conta a própria estrutura e organização do Judiciário Nacional, que diante das dimensões continentais de nosso país, houve por bem promover a descentralização e a divisão da competência com base na territorialidade dos diversos órgãos judiciais, com vistas a garantir a aproximação do Judiciário com as populações locais. Com efeito, a competência nada mais é que um critério de atribuição de jurisdição e, em nosso país, foi fixada de modo regionalizado, inclusive no âmbito da Justiça Federal, o que também se revela adequado sob a perspectiva do princípio federativo, que garante a independência entre os diversos entes federados.

Nesta estrutura regionalizada, não se afigura possível, portanto, a hipótese de atribuição de competência nacional a um juiz de primeira instância, cuja competência está restrita aos seus limites territoriais.

Neste contexto, a previsão do art. 16 da Lei da ação civil pública, ao restringir os efeitos da coisa julgada aos limites da competência territorial do órgão prolator, não trouxe qualquer inovação, tendo somente explicitado esta limitação, que é

conseqüência inafastável de um Judiciário constitucionalmente organizado em Justiças Estaduais e numa Justiça Federal regionalizada. Em tal contexto, juízes de um Estado ou Região não podem impor as suas decisões, com

²³⁶ GIDI, ANTONIO. Cosa juzgada em acciones colectivas, In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.) *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. México: Porrúa, 2003, p. 268.

efeitos *erga omnes*, aos jurisdicionados de outros Estados ou Regiões, sob pena de total desequilíbrio e disfunção da organização judiciária.²³⁷

Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes ainda vão mais além, afirmando que

[...] nem a Lei da Ação Civil Pública nem o Código de Defesa do Consumidor afastam os princípios referentes à competência e jurisdição e as normas de organização judiciária, limitando-se a estabelecer normas especiais, para proteção do economicamente mais fraco (parecidas com as referentes à proteção do autor nas ações de alimentos etc.), não tendo criado uma competência nacional do juiz de primeira instância, quer pertença aos quadros da Justiça Federal ou Estadual, quando julga as ações civis públicas.²³⁸

Deve-se destacar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de analisar a constitucionalidade do art. 16 da Lei nº 7.347/1985²³⁹, tendo chegado a esta mesma conclusão de que a limitação dos efeitos *erga omnes* da coisa julgada aos limites da competência territorial do juiz é consequência da organização própria do Poder Judiciário:

Na inicial, aponta-se que a limitação geográfica da eficácia da sentença acaba por impossibilitar que questões sejam submetidas ao Judiciário via recurso e, portanto, a órgão superior dentro da estrutura do Poder. O Judiciário tem organização própria, considerados os diversos órgãos que o integram. Daí haver a fixação da competência de juízos e tribunais. A alteração do art. 16 correu à conta da necessidade de explicitar-se a eficácia *erga omnes* da sentença proferida na ação civil pública. Entendo que o artigo 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, harmônico com o sistema Judiciário pátrio, jungia, mesmo na redação primitiva, a coisa julgada *erga omnes* da sentença civil à área de atuação do órgão que viesse a prolatá-la. A alusão à eficácia *erga omnes* sempre esteve ligada à ultrapassagem dos limites subjetivos da ação, tendo em conta até mesmo o interesse em jogo – difuso ou coletivo – não alcançando, portanto, situações concretas, quer sob o ângulo objetivo, quer subjetivo, notadas além das fronteiras fixadoras do juízo. Por isso, tenho a mudança de redação como pedagógica, a revelar o surgimento de efeitos *erga omnes* na área de atuação do Juízo e, portanto, o respeito à competência geográfica delimitada pelas leis de regência. Isso não implica esvaziamento da ação civil pública nem, tampouco, ingerência indevida do Poder Executivo no Judiciário.

²³⁷ FERREIRA, Marcus Vinícius Vita; FONSECA, Rodrigo Garcia da. RIVITTI, Maria Augusta da Matta. A eficácia territorial da sentença proferida em ação civil pública. In: *Revista de Processo*, v. 219, maio/2013, p. 285.

²³⁸ *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 188-189.

²³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade* nº 1576-1, do Tribunal Pleno, Brasília, DF, 16 de abril de 1997. DJU de 06 de junho de 2003, p. 00029.

Ademais, é mister que se destaque que a limitação dos efeitos da sentença proferida em ação coletiva apenas ao âmbito da competência territorial do órgão prolator é consequência que pode ser igualmente extraída do microsistema de processo coletivo brasileiro. Com efeito, o art. 93 do Código de Defesa do Consumidor traz regras específicas de competência, que foram fixadas justamente em razão da extensão do dano:

Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Ao assim proceder, o legislador, em estrita obediência ao pacto federativo, visou reforçar os limites territoriais da competência dos órgãos jurisdicionais, fixando que cabe (i) ao juiz do lugar do acontecimento apreciar o dano de repercussão local; (ii) ao juiz da capital do Estado, a apreciação de danos de âmbito regional e (iii) ao juízo do Distrito Federal, o exame de danos de espectro nacional.

Neste contexto, vê-se que o art. 16 está não apenas em plena consonância com o sistema de organização do Judiciário Nacional, mas também com as regras de competência do processo coletivo, o que corrobora a conclusão de que a limitação do referido dispositivo legal não representa qualquer inovação legal, tratando-se apenas de norma que visa a destacar a necessidade de observância dos limites da competência de cada órgão, que, por conseguinte, irá afetar diretamente o âmbito de indivíduos que serão afetados pela sentença proferida.

Ou, como adverte Hely Lopes Meirelles, visou o legislador a evitar a atribuição de efeitos nacionais a decisões meramente locais:

Atendendo aos reclamos dos tribunais e da doutrina, aos quais nos referíamos nas edições anteriores da presente obra e numa tentativa de aperfeiçoamento da legislação vigente, a Lei n. 9.494/97, de 10.9.1997, alterou a redação do art. 16 da Lei 7.347/85, esclarecendo no seu art. 2º que "a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator (...)". Assim, buscou-se afastar a tentativa de atribuição de efeitos nacionais a decisões meramente locais. Como já assinalado, o STF, em 16.4.97, rejeitou o pedido de liminar feito na ADIn n. 1.576 contra o mencionado artigo, que constava da Medida Provisória n. 1.570/97.²⁴⁰

²⁴⁰ *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação civil pública*. 26. ed., atual. 2004, p. 240/241.

Logo, forçoso que se conclua que inexistente qualquer impropriedade na limitação dos efeitos da sentença e da coisa julgada em razão da competência territorial do órgão prolator, tratando-se de medida inerente à própria forma de organização judiciária brasileira e às regras de competência afetas ao processo coletivo, inexistindo, portanto, a pretensa incompatibilidade entre coisa julgada e competência territorial. Destarte, a norma do art. 16 da Lei da ação civil pública está em perfeita harmonia com o ordenamento jurídico e, principalmente, com a Constituição Federal, inexistindo qualquer razão plausível para que se negue a aplicação desta regra, como vem fazendo o Superior Tribunal de Justiça.

b) O art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997

Ainda no que tange à temática da vinculação entre coisa julgada e competência territorial, impende que se analise a questão da incidência do art. 2º-A da Lei 9.494/97, que dispõe em seu *caput*:

Art. 2º-A. 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

Consoante demonstrado, o Superior Tribunal de Justiça tem se inclinado pela aplicação deste dispositivo legal. Todavia, a jurisprudência não promove a necessária análise da finalidade desta regra, limitando-se a promover a sua incidência automática em relação àquelas demandas que foram propostas já na vigência desta norma.

A finalidade constitucional atribuída às associações civis, de defesa dos interesses dos seus associados que inclusive justificam a criação deste ente, a natureza da sua legitimidade na defesa dos direitos individuais homogêneos (substituição processual), bem como o seu âmbito de representação adequada – que, conforme interpretação constitucional, recai somente sobre seus filiados –, revelam os limites subjetivos da legitimidade dos entes associativos na defesa dos direitos acidentalmente coletivos, que é restrita ao universo de seus associados.

Ademais, como evidenciado, a competência territorial é um elemento intrínseco à sistemática de organização judiciária, servindo para determinar a medida de jurisdição atribuída a cada órgão, sempre em atenção à autonomia existente entre os entes federados. Outrossim, no processo coletivo, as regras específicas de competência territorial têm estreita

ligação com a extensão do dano, medida que visa a possibilitar a adequada tutela do ato ilícito em razão de sua proporção.

Assim, a regra do art. 2º-A nada mais fez do que explicitar estas orientações que já decorriam do sistema instituído, em que as associações apenas tinham legitimidade para representar seus associados em juízo e que, em razão das regras de competência, a sentença apenas pode vincular aqueles que têm domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

E nem se diga que esta restrição implicaria em qualquer entrave à adequada tutela de direitos, pois, sendo a associação de abrangência nacional, e havendo dano de escala nacional, desde que proposta a ação no foro adequado, do Distrito Federal, a sentença proferida estará apta a projetar seus efeitos nacionalmente, em relação àqueles associados que já o eram à época do ajuizamento da demanda.

Em suma, pode-se dizer que partindo-se das premissas de que (i) a competência territorial consiste em fator natural de limitação dos efeitos da sentença e da coisa julgada, além de guardar estreita vinculação com a extensão do dano deduzido na ação coletiva e (ii) de que as associações, no que tange aos direitos individuais homogêneos, apenas têm legitimidade para defender seus associados, forçoso que se reconheça que o art. 2º-A nada mais é do que positivamente da exegese que já se extrai do ordenamento jurídico.

Assim, é necessário que as Cortes Julgadoras, ao aplicarem esta regra, não o façam de modo automático e irrefletido, sendo imperioso que se atentem para a circunstância de que a norma apenas positivou consequências naturais e inerentes ao sistema, que deve sempre ser analisado de forma integrada e harmônica.

O caso que trouxemos à análise consiste em ação proposta por uma associação de abrangência nacional, na Justiça Federal do Distrito Federal, envolvendo dano de âmbito nacional (não pagamento da Gratificação de Desempenho de Atividade do Seguro Social para aposentados e pensionistas). O Tribunal de origem registrou que os efeitos da sentença alcançariam todos os servidores do Brasil que houvessem sido prejudicados, afastando, então a limitação territorial prevista no art. 2º-A da Lei nº 9.494/97. O STJ, contudo, reformou esta orientação, assentando a incidência do art. 2º-A da Lei nº 9.494/97, de modo que a sentença apenas produzirá efeitos nos limites da competência territorial do Distrito Federal, exclusivamente quanto aos substituídos que eram ali domiciliados à época da propositura da demanda.

Ao assim proceder, o STJ promoveu a aplicação literal do art. 2º-A, olvidando-se, contudo, de promover a necessária interpretação integrada do sistema. Com efeito, os limites

da competência territorial no processo coletivo são relacionados com a extensão do dano. Logo, em se tratando de dano nacional, como se tem no caso sob exame, os limites territoriais da competência do Distrito Federal (art. 93, II do CDC) se estendem sobre todo o território nacional, pois é ululante que a decisão deve guardar correspondência com o conteúdo do dano deduzido em juízo. Em outras palavras: a limitação nacional da competência do Distrito Federal para a tutela dos danos de caráter nacional é a única forma possível de obtenção de um provimento jurisdicional capaz de tutelar adequadamente o dano.

Neste contexto, a interpretação literal do art. 2º-A, de forma apartada das regras de competência territorial no processo coletivo, provocou restrição indevida dos efeitos da sentença prolatada. Tratando-se de uma associação de abrangência nacional, que deduziu perante o juízo do Distrito Federal o pedido de reparação de dano de âmbito nacional, a correta exegese dos limites da competência territorial mencionado pelo art. 2º-A deve ser necessariamente feita em cotejo com as regras do art. 93 do CDC, que conduzem à conclusão de que a sentença prolatada produzirá seus efeitos quanto a todos os associados da entidade autora que, na data da propositura da ação, tiverem seu domicílio em todo o território nacional. Ou seja: ainda que o art. 2º-A da Lei nº 9.494/97 tenha sido aplicada ao caso, a exegese que lhe foi atribuída não se revela adequada aos demais caracteres do microsistema de processo coletivo, além de frustrar por completo os desígnios da economia e efetividade processual, eis que se verificou restrição indevida dos efeitos da sentença, quer era apta a beneficiar todos os associados da autora com domicílio no Brasil.

Neste contexto, impende que se impugne também a concepção de que o dispositivo legal apenas se aplicaria às ações propostas pelas associações na defesa dos direitos dos seus associados, de modo que, naquelas ações propostas para a defesa genérica de indivíduos, não incidiria esta limitação. Com efeito, as associações, na defesa dos direitos individuais homogêneos, apenas têm legitimidade para a defesa de seus associados, pelo que se revela verdadeiramente impossível que se cogite de uma ação proposta por associação na tutela de direitos individuais homogêneos que seja voltada para a defesa de todos os indivíduos que se enquadrem na situação controvertida, pelo simples fato de que o ente associativo não tem legitimidade para tanto.

É dizer: a limitação constante do art. 2º-A sempre incidirá sobre qualquer demanda proposta por associação na tutela de direitos individuais homogêneos, eis que estes somente têm legitimidade para substituir em juízo aqueles que são seus associados, conclusão esta que se impõe diante da limitação constitucionalmente fixada, da inexistência de qualquer vinculação ou interesse da associação quanto aqueles que não são seus associados – o que

impede a substituição processual – e do fato de que o ente associativo não é o representante adequado de quem não é seu filiado.

Ainda quanto ao art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997, deve-se destacar a finalidade da limitação quanto à data da propositura da ação, segundo a qual apenas poderão ser beneficiados pela sentença os associados que, à data da propositura da ação, tenham domicílio nos limites da competência territorial do órgão prolator.

Esta limitação tem o claro e compreensível objetivo de estimular que a defesa de direitos em juízo seja legítima, refletindo ao tempo do ajuizamento da demanda os reais interesses dos associados que são substituídos em juízo. Com isto, pretende-se evitar, por exemplo, que após resultado favorável da ação ou mesmo durante o trâmite processual, as associações autores passem a cooptar novos associados, inflando artificialmente o número daqueles que efetivamente foram substituídos e adequadamente representados em juízo. Trata-se, portanto, de medida que visa a assegurar a representação adequada daqueles que são substituídos, além de evitar as não raras situações em que as associações autoras, após resultado favorável, passam a comercializar no mercado condições de ingresso na associação, ao pretexto da existência de sentença favorável aos interesses e direitos daquele que for associado.

5.2.2.4.4. Alcance da sentença em razão da extensão do dano e qualidade do direito violado

Após assentar a impossibilidade de limitação dos efeitos da sentença e da coisa julgada em razão da competência territorial, defende a jurisprudência que o alcance da sentença proferida em ação coletiva seria determinado pela extensão do dano e qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo, em atenção aos arts. 93 e 103 do CDC.

Mais uma vez, incorrem os Tribunais no equívoco de não se atentar para o fato de que os efeitos da sentença têm como antecedente lógico os limites subjetivos da legitimidade do ente que vem a juízo, pois apenas aqueles que são adequadamente representados estarão sujeitos à sentença proferida.

A extensão do dano, por sua vez, consiste em critério de definição do juízo competente para apreciação da controvérsia, como se extrai do art. 93 do CDC, e não em baliza para definição dos efeitos da sentença. A prosperar a tese de que a extensão do dano seria o parâmetro para definição do alcance dos efeitos da sentença, chegaríamos à conclusão de que qualquer dos entes estaria igualmente legitimado para a defesa de todos os cidadãos. Por

exemplo: acaso uma associação viesse a juízo visando à reparação de lesão a direitos individuais homogêneos de diversos consumidores e a extensão da sentença fosse determinada pela extensão do dano, a sentença aproveitaria não apenas a seus associados, mas a todos os indivíduos que se encontrarem na situação jurídica controvertida.

Diante deste cenário, ressaltamos evidente a impossibilidade de se atribuir à extensão do dano o papel de determinar os limites da sentença. Tal concepção implica em total subversão do sistema do processo coletivo, que instituiu diversos entes legitimados justamente com vistas a conferir representatividade a grupos sociais diferentes. Ademais, esta orientação afronta o perfil constitucional atribuído às associações, que foram legitimadas apenas para a defesa dos direitos de seus associados, de modo que, fora deste universo, as associações não são representantes adequadas. Deve-se destacar ainda que, quanto aos não associados, inexistem qualquer relação entre estes e a associação, o que impede, portanto, a configuração da substituição processual por meio da qual se legitima o agir das associações.

Neste contexto, verifica-se, portanto, que a extensão do dano é critério que visa somente à definição da competência territorial para a apreciação da demanda coletiva, sendo os efeitos da sentença necessariamente condicionados ao âmbito de legitimidade do autor. Assim, havendo dano local, sua defesa pode se fazer na esfera local, por associação de âmbito igualmente local e perante o foro do lugar onde ocorreu o dano (art. 93), oportunidade em que a sentença produzirá efeitos apenas quanto aos seus associados, apesar de ser possível que este mesmo dano tenha atingido mais indivíduos na área do fato litigioso.

Quanto à qualidade do direito violado (essencialmente ou acidentalmente coletivos), já tivemos oportunidade de demonstrar sua interferência na natureza da legitimidade dos entes legitimados ao processo coletivo. Todavia, ainda que se trate de elemento que auxilia na determinação dos efeitos da sentença no caso dos direitos essencialmente coletivos – que, diante de sua indivisibilidade e transindividualidade, irão operar efeitos quanto a toda comunidade ou coletividade atingida, independentemente de qual seja o legitimado que compareça em juízo –, o mesmo não pode se dizer quanto aos direitos individuais homogêneos ou acidentalmente coletivos. Estes direitos são materialmente divisíveis, de modo que a sua tutela coletiva depende da demonstração de um vínculo entre aquele que vem a juízo (substituto) e os titulares do direito deduzido em juízo (substituídos).

Assim, no caso dos direitos individuais homogêneos, a qualidade do direito envolvido não é suficiente para determinar os efeitos da sentença, o que corrobora, portanto, a necessidade de que esta delimitação seja feita à luz do âmbito de legitimidade do ente que vem a juízo. Acaso a mera qualidade do direito material fosse suficiente para a delimitação

dos efeitos da sentença, chegar-se-ia à mesma e inaceitável conclusão apontada acima: todos os entes legitimados poderiam tutelar todos os indivíduos titulares do direito controvertido, o que, sem sombra de dúvidas, não foi a intenção do legislador.

5.2.2.4.5. Limitação dos efeitos da sentença retira a utilidade prática das ações coletivas

Há ainda o argumento de que limitação dos efeitos da sentença proferida nas ações propostas por associações na defesa dos direitos individuais homogêneos apenas aos associados da autora equivaleria ao esvaziamento da utilidade prática das ações coletivas, que visam justamente promover economia processual, garantindo a resolução de múltiplas controvérsias sobre o mesmo direito uma única vez.

Contudo, não é possível que, sob o argumento da economia processual, se promova a completa deturpação do microssistema de processo coletivo. Com efeito, o legislador instituiu amplo e diverso rol de entes legitimados ao processo coletivo justamente com vistas a possibilitar a mobilização de grupos sociais distintos, facilitando, então, o acesso à justiça. Neste cenário, cada ente desempenha uma função própria e diversa, não se podendo simplesmente, em homenagem à suposta efetividade e economia processual, atribuir efeitos irrestritos a uma sentença referente à ação foi proposta por ente legitimado a representar em juízo uma coletividade restrita e limitada.

Fora deste universo de sujeitos que podem ser adequadamente representados, não têm os entes legitimidade de agir, de modo que se admitir que estes sujeitos pudessem ser vinculados aos efeitos da sentença equivale à verdadeira afronta ao devido processo legal, que exige que as decisões apenas podem vincular aqueles que foram devidamente representados em juízo.

Nesta hipótese, surgiria inclusive afronta ao direito de associação, pois, admitir que um não associado fosse vinculado à uma sentença proferida em ação proposta por associação da qual não faz parte, ofende seu direito fundamental de não se associar. Neste caso, sequer há de se perquirir se aquela sentença beneficia ou não sujeitos alheios ao universo de associados, pois intenção do legislador ao dotar as associações de legitimidade de agir foi apenas possibilitar a tutela dos direitos individuais dos seus filiados que tenham a ver com a finalidade institucional do ente associativo. Assim, não têm as entidades associativas legitimidade para representar direitos individuais de terceiros não associados, que devem

buscar a tutela de seus direitos, seja sob o via individual ou sob a via coletiva, desde que sejam representados por um legitimado competente para tanto.

A suposta economia processual decorrente da extensão dos efeitos da sentença proferida em ação proposta por associação na defesa de direitos individuais homogêneos equivale à completa deturpação e desestabilização da *ratio* do sistema, eis que o relevante valor constitucional do devido processo legal restará irremediavelmente ofendido. De outro lado, verifica-se que não advém qualquer prejuízo para o indivíduo que não for afetado pela sentença proferida, eis que o direito litigioso, por ser individual, continuará passível de defesa pelo seu próprio titular, além de restar aberta a via da tutela coletiva por meio do legitimado adequado. Donde se vê, então, que na ponderação entre a economia processual e o devido processo legal, este último resta sobrelevado, já que é a base de todo o sistema de legitimação ativa e, por conseguinte, o antecedente lógico e necessário para a definição dos efeitos subjetivos da sentença.

Novamente se afirma que a impossibilidade de extensão dos efeitos da sentença a todos que se encontrarem na situação jurídica controvertida é característica da legitimidade típica das associações, o que não impede, contudo, que outros entes cuja legitimidade é ampla – a exemplo do Ministério Público – possam vir a juízo para fins de uma tutela ampla deste mesmo direito. Ou seja: apenas se afirma que as associações civis não são os entes legitimados para a defesa irrestrita de direitos individuais homogêneos, eis que, neste particular, seu agir encontra-se limitado por diversos elementos.

Não se pode olvidar que, quando se trata de direitos individuais homogêneos, a sua tutela coletiva é autorizada por meio da sistemática da substituição processual. Deste modo, deve sempre se investigar o vínculo ou interesse daquele que vem a juízo, eis que se trata de condição imprescindível à própria validade da legitimação extraordinária e à correta delimitação da legitimidade que foi atribuída àquele ente.

Assim, é necessária a fiscalização dos limites da legitimidade das associações e demais entes legitimados à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, pois se trata de medida que visa evitar distorções no sistema e, principalmente, situações de abuso de direito, em que se valem as associações civis desta suposta prerrogativa de defesa coletiva dos direitos individuais de toda a comunidade apenas para auferir benefícios pecuniários ou para pressionar os réus. A definição destes limites de legitimidade, inclusive, integra o direito de defesa do réu, que, ao se defender, deve estar ciente das limitações, ainda que abstratas, da substituição processual daquele ente que vem a juízo.

5.2.2.4.6. Se a limitação dos efeitos subjetivos vier expressa na sentença, a alteração desta orientação em sede de liquidação ou cumprimento acarretaria ofensa à coisa julgada

A jurisprudência pátria, ao se omitir quanto à imprescindível análise do âmbito de legitimidade do ente que vem a juízo nas ações coletivas para a adequada delimitação dos sujeitos vinculados pela sentença, acaba por admitir a eficácia que for determinada pela sentença transitada em julgado, independentemente de maiores indagações ou verificação do acerto do que for determinado. Assim, entende, por exemplo, que, se a sentença proferida em demanda proposta por associação em defesa de direitos individuais homogêneos consignou que seus efeitos beneficiariam todos os indivíduos residentes em um determinado Estado da Federação – ou seja, efeitos para além do âmbito de associados da entidade autora –, não seria possível alterar esta orientação em sede de liquidação ou cumprimento de sentença, sob pena de ofensa à coisa julgada.

O equívoco desta concepção, no entanto, reside justamente quanto à possibilidade de trânsito em julgado desta delimitação equivocada do universo de substituídos fixada pela sentença transitada em julgado.

Com efeito, os limites subjetivos da legitimidade das associações na tutela dos direitos individuais homogêneos são determinados sobretudo pela Constituição Federal, que é enfática ao atribuir as entidades associativas legitimidade restrita à defesa dos interesses de seus associados apenas. Desta forma, acaso a sentença proferida em ação proposta por associação na defesa de direitos individuais homogêneos se olvide da limitação constitucional e determine que seus efeitos se estendem para além do âmbito dos associados da entidade autora, a única conclusão que se afigura cabível é que esta delimitação errônea de efeitos não transitará em julgado, na medida em que encerra uma grave violação constitucional.

Como observa Enrico Tulio Liebman, a coisa julgada funciona como sanatória geral dos vícios do processo. No entanto, existem alguns vícios maiores e graves, como é o caso da inconstitucionalidade, que sobrevivem à coisa julgada, que, portanto, passará a ser apenas “coisa vã, mera aparência e [que] carece de efeitos no mundo jurídico”.²⁴¹ Neste caso, existe

²⁴¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. 1947, p. 182.

nulidade *ipso iure*, que impede a sentença de passar em julgado, possibilitando, assim, a impugnação deste ato nulo a qualquer momento.²⁴²

Ou seja, diante do relevante papel da constituição no Estado Democrático de Direito – na medida em que expressa a vontade soberana de uma nação –, a sua observância é medida que impõe, de modo que “a coisa julgada não pode servir de empecilho ao reconhecimento da invalidade da sentença proferida em contrariedade à Constituição Federal”.²⁴³

Assim, não pode o juiz, ao promover a liquidação ou execução do julgado se eximir de avaliar a constitucionalidade da sentença proferida, ao argumento de que aquele entendimento seria imutável, por força do óbice da coisa julgada. A averiguação da constitucionalidade deverá se fazer presente em todos os momentos do processo, de forma que, verificando o juiz que a sentença foi proferida ao arrepio das disposições constitucionais, deverá agir de forma a extirpar do *decisum* o vício detectado.

No caso *sub examine*, portanto, não podem os julgadores se esconder por detrás do véu da coisa julgada para se furtarem ao imprescindível exame quanto à constitucionalidade da limitação de efeitos fixada pela sentença. Nesta tarefa, urge novamente que o magistrado tenha em vista o perfil constitucional da associação autora, que é o principal elemento para a adequada determinação dos limites subjetivos de sua legitimidade. Assim, a correta liquidação e execução da sentença dependerá do reconhecimento da inconstitucionalidade e consequente nulidade da premissa segundo a qual a sentença poderia vincular todos os habitantes do Estado, devendo os procedimentos liquidatórios e executivos serem autorizados apenas no que tange aos associados da entidade autora, pois esta é a única eficácia possível da sentença de acordo com o nosso ordenamento jurídico.

Ao assim proceder, os magistrados contribuirão não apenas para o pleno atendimento da normas constitucionais, como também evitarão a perpetuação de premissas equivocadas e que em nada contribuem para o fortalecimento do sistema de processo coletivo.

²⁴² FARIA, Juliana Cordeiro de; THEODORO JÚNIOR, Humberto. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coord.) *Coisa julgada inconstitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 122.

²⁴³ *Ibidem*, p. 125.

5.2.3. Sindicatos x Associações

Outra questão polêmica diz respeito à equiparação indiscriminada entre a situação dos sindicatos e associações, como se tratasse de entes similares, com funções semelhantes perante o ordenamento jurídico.

Esta orientação passou a ser repetida em diversos julgados no âmbito do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em se afirma, de forma genérica que sindicatos e associações teriam legitimidade para defender interesses de toda a categoria e não apenas de seus filiados:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE TÍTULO JUDICIAL ORIUNDO DE AÇÃO COLETIVA PROMOVIDA POR ENTIDADE DE CLASSE, NA QUALIDADE DE SUBSTITUTO PROCESSUAL. POSSIBILIDADE.

1. O sindicato ou associação, como substitutos processuais, têm legitimidade para defender judicialmente interesses coletivos de toda a categoria, e não apenas de seus filiados, sendo dispensável a juntada da relação nominal dos filiados e de autorização expressa.

Assim, a formação da coisa julgada nos autos de ação coletiva deve beneficiar todos os servidores da categoria, e não apenas aqueles que na ação de conhecimento demonstrem a condição de filiado do autor.

2. "Tendo a Associação Goiana do Ministério Público atuado na ação de conhecimento na qualidade de substituta processual dos seus filiados, ainda que não a tenha autorizado, expressamente, para representá-la naquele processo, a servidora tem legitimidade para propor execução individual oriunda da ação coletiva."²⁴⁴

Referido acórdão foi prolatado no bojo de ação civil coletiva, ajuizada pela Associação Goiana do Ministério Público, na qual postulava que fossem reconhecidas as perdas sofridas por seus associados em decorrência de equívocos na conversão de seus salários para URV (Lei 8.880/1994).

O Tribunal Federal da 1ª Região houve por bem limitar os efeitos da sentença aos filiados que autorizaram expressamente o ajuizamento da ação coletiva, afiliando-se ao entendimento de que a associação autora estaria agindo a título de representação e não substituição processual, o que seria, inclusive, o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

No entanto, esta orientação foi alterada no STJ, que considerou que os sindicatos e associações atuam como substitutos processuais e, portanto, têm legitimidade para defender os interesses de toda a categoria e não apenas os filiados, sendo dispensável autorização

²⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial nº 1153516/GO, da Sexta Turma, Brasília, DF, 05 de abril de 2010. DJe 26 de abril de 2010.

expressa. Para tanto, invocou dois julgados relativos à ações ajuizadas por sindicatos – e não por associações: (i) um relativo à situação que envolvia direito coletivo *stricto sensu*, que, por ser indivisível, acarreta a extensão dos efeitos da decisão para todos os integrantes da categoria, independentemente de serem ou não filiados ao sindicato autor e (ii) outro que, diante da previsão constitucional do art. 8º, III, admitiu a possibilidade de o sindicato agir em nome de toda a categoria.

Como se pode ver, portanto, jamais foi enfrentada a questão referente à espécie de direito tutelado, que é imprescindível para a correta delimitação dos institutos processuais aplicáveis, notadamente os limites da legitimidade do autor. E, mesmo em sede de agravo regimental, não houve a necessária identificação do direito tutelado, mas apenas remissão à suposta identidade entre a atuação dos sindicatos e associações:

Consoante entendimento firmado por esta Corte, o sindicato ou associação, como substitutos processuais, têm legitimidade para defender judicialmente interesses coletivos de toda a categoria, e não apenas de seus filiados, sendo dispensável a juntada da relação nominal dos filiados e de autorização expressa.

Nesse sentido, a formação da coisa julgada nos autos de ação coletiva deve beneficiar todos os servidores da categoria beneficiada, e não apenas aqueles que na ação de conhecimento demonstrem a condição de filiado do autor.

Deste modo, a conclusão de que os efeitos da sentença condenatória poderiam beneficiar todos os integrantes da categoria, independentemente de serem filiados à associação autora, decorreu da premissa de que as associações seriam entidades similares aos sindicatos e, então, estariam igualmente autorizadas a defender o interesse de toda a categoria.

Todavia, sindicatos e associações, principalmente diante do perfil constitucionalmente traçado para cada uma destas entidades, desempenham papéis diferentes na ordem jurídica, de modo que a sua atuação não pode ser simplesmente equiparada, na forma como promovida pelo acórdão em análise.

Com efeito, as associações são entidades que podem representar seus filiados, desde que expressamente autorizadas para tanto (art. 5º, XXI da CF). Já os sindicatos, estão autorizados a promover a defesa dos interesses coletivos e individuais da categoria que representam (art. 8º, III da CF).

Assim, verifica-se que mesmo em se tratando da defesa de direitos individuais homogêneos, que são de matiz individual e perfeitamente divisíveis entre seus titulares, os efeitos da decisão de ação proposta por sindicato poderá atingir mesmo aqueles que não são seus filiados, mas que são integrantes da categoria, na medida em que a Constituição lhe

atribui legitimidade para defesa de toda a categoria. Já no que tange à demanda proposta por associações para a defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos, os efeitos da decisão proferida serão restritos somente aos seus associados, já que a legitimidade conferida pela Constituição apenas atribui às associações aptidão para defesa de seus filiados.

Todavia, no que tange à defesa dos direitos essencialmente coletivos, que são transindividuais e indivisíveis, a própria indivisibilidade dos direitos envolvidos determina que os efeitos da decisão poderão, inevitavelmente, afetar a esfera de pessoas que não sejam afiliadas às associações, como anota Kazuo Watababe: “la naturaleza indivisible de los intereses o derechos ‘colectivos’ propiciará muchas veces la protección de personas que no pertenecen a las asociaciones autoras de acciones colectivas.”²⁴⁵

Desta forma, a equiparação entre a atuação das associações e sindicatos apenas se afigura possível em se tratando de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, eis que nestas hipóteses, os efeitos da decisão dependerão da indivisibilidade e transindividualidade do direito tutelado. No caso dos direitos individuais homogêneos, em que é possível identificar os titulares, teremos que, pela dicção constitucional, os efeitos da decisão estão restritos aos associados, no caso das associações civis ou poderão afetar toda a categoria, no caso dos sindicatos.

A este propósito, convém ainda reiterar que na defesa dos direitos essencialmente coletivos, os entes legitimados atuam como legitimados ordinários e não como substitutos, eis que o traço que lhes permite a defesa desses direitos é a sua aptidão para a tutela adequada e não o fato de substituírem ou não os titulares do direito lesado, até mesmo porque esses direitos são transindividuais. Assim, tecnicamente, apenas haverá a hipótese de substituição processual mencionada pelo acórdão em análise em caso de direitos individuais homogêneos, que, pela sua divisibilidade, autorizam que os legitimados venham, em nome próprio, na defesa destes direitos subjetivos alheios.

Analisando o objeto da ação sob exame, em que a autora busca o reconhecimento da irregularidade da conversão dos vencimentos dos servidores públicos para URV (pretensão declaratória), bem como a reparação dos danos individuais decorrentes da conversão equivocada dos vencimentos para URV (pretensão condenatória), verifica tratar-se de hipótese que envolve, ao mesmo tempo, direito coletivo *stricto sensu* e direito individual homogêneo, em que os direitos individuais nada mais são que um reflexo do direito coletivo.

²⁴⁵ Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. México: Porrúa, 2003, p. 9.

Como se vê, é apenas após a precisa identificação das espécies de direitos tuteladas que se afigura possível compreender a razão pela qual o julgado analisado promoveu a equiparação da atuação entre associações e sindicatos, que, como demonstrado, não é a regra do sistema. Apenas quando a ação envolver direitos essencialmente coletivos, como acontece no presente caso, que será possível admitir que sindicatos e associações ostentam legitimidade de mesma natureza (ordinária autônoma e não substituição processual) e que a decisão vinculará todos os membros da coletividade ou comunidade titular do direito violado.

Frise-se, contudo, que a questão ainda não foi definitivamente julgada, na medida em que a União interpôs recurso extraordinário para o STF, e que está sobrestado até o julgamento do RE nº 573.232/SC, que tem por objeto a definição dos exatos limites da expressão “quando expressamente autorizados” do art. 5º, XXI da CF.

No entanto, não nos parece que a questão principal envolvida nestes autos seja a necessidade ou não de autorização para ajuizamento de ação coletiva, nem a natureza da legitimidade da associação autora. O que está em jogo são os limites da legitimidade da autora, que dependem, sobretudo de seu perfil constitucional, bem como da espécie de direito tutelado.

Nesta ordem de ideias, reitera-se, mais uma vez, que, no processo coletivo, a adequada aplicação dos institutos processuais depende da precisa identificação da espécie de direito tutelada, pois as regras processuais estão a serviço do direito material, que será tão mais efetivo quanto mais for o processo adaptado às suas especificidades.

É neste sentido, portanto, que se invoca o julgado abaixo, no qual existe a adequada identificação da espécie do direito tutelado, que é devidamente empregado como o fator determinante para a delimitação da legitimidade do autor, bem como efeitos da sentença proferida, orientação esta que deve ser seguida à risca pelos Tribunais, com vistas à manutenção da lógica e da eficácia que se espera do processo coletivo:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II DO CPC NÃO CONFIGURADA. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO ACOBERTADA PELA COISA JULGADA. FUNDAMENTO AUTÔNOMO E SUFICIENTE À MANUTENÇÃO DO ARESTO E NÃO IMPUGNADO NO RESP. SÚMULA 283/STF. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO CLASSISTA. LEGITIMIDADE DO INTEGRANTE DA CATEGORIA PARA PROPOR EXECUÇÃO INDIVIDUAL DO JULGADO. RECURSO ESPECIAL DA UNIÃO DESPROVIDO.

1. Não se conhece da alegada afronta ao art. 535, II do CPC quando a parte recorrente se limita a afirmar, genericamente, sua violação sem, contudo, demonstrar especificamente quais os temas que não foram abordados pelo

acórdão recorrido. A deficiência na fundamentação do recurso atrai a aplicação, por analogia, da vedação prescrita pela Súmula 284 do STF.

2. O Tribunal de origem afastou a ocorrência de prescrição por entender que a questão encontra-se acobertada pela coisa julgada.

Referido fundamento, suficiente por si só à manutenção do julgado, no ponto, não foi especificamente impugnado pela recorrente em seu Recurso Especial, o que atrai a incidência, por analogia, da Súmula 283 do Pretório Excelso.

3. A indivisibilidade do objeto da ação coletiva, na maioria das vezes, importa na extensão dos efeitos positivos da decisão a pessoas não vinculadas diretamente à entidade classista postulante que, na verdade, não é a titular do direito material, mas tão somente a substituta processual dos integrantes da respectiva categoria, a que a lei conferiu legitimidade autônoma para a promoção da ação. Nessa hipótese, diz-se que o bem da vida assegurado pela decisão é fruível por todo o universo de integrantes da categoria, grupo ou classe, ainda que não filiados à entidade postulante.

4. Aquele que faz parte da categoria profissional (ou classe), representada ou substituída por entidade associativa ou sindical, é diretamente favorecido pela eficácia da decisão coletiva positiva transitada em julgado, independente de estar filiado ou associado à mesma entidade, tendo em vista que as referidas peculiaridades do microsistema processual coletivo privilegia a máxima efetividade das decisões nele tratadas, especialmente considerando que o direito subjetivo material (coletivo) se acha em posição incontroversa e já proclamado em decisão transitada em julgado.

5. Recurso Especial da União desprovido.²⁴⁶

²⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1338687/SC, da Primeira Turma, Brasília, DF, 23 de outubro de 2012. DJe 09 de novembro de 2012.

6. CONCLUSÕES

A análise abstrata da natureza dos direitos individuais homogêneos em cotejo com o perfil institucional das associações civis conduz à conclusão de que as associações, na defesa dos direitos individuais homogêneos, têm legitimidade apenas para a defesa de seus associados, exegese esta que é extraída do texto constitucional, da própria natureza da legitimidade extraordinária que se verifica nesta hipótese (substituição processual) e da exigência de representação adequada, plenamente compatível com o Direito Brasileiro.

No entanto, a prática revela que as espécies de direito passíveis de tutela pela via do processo coletivo não são estanques e independentes, mas sim interligadas e frequentemente cumuladas em um mesmo processo.

É o que se passa, por exemplo, na ação acima examinada (Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial nº 1153516/GO), em que associação ajuizou demanda buscando a declaração da irregularidade da conversão dos vencimentos de servidores públicos para URV (pretensão declaratória), bem como a reparação dos danos individualmente sofridos em razão desta irregularidade (pretensão condenatória). No que tange à pretensão principal, de natureza declaratória, o direito subjacente é um direito coletivo *stricto sensu*, porquanto indivisível, na medida em que não é possível reconhecer a irregularidade da conversão para uns e não para outros. Uma vez reconhecida a irregularidade da conversão, ela será oponível a todos os servidores atingidos. A pretensão indenizatória, por sua vez, diz respeito aos danos individualmente sofridos em decorrência da conversão irregular, tratando-se, portanto, de direito individual homogêneo. Ou seja: nesta mesma ação, existem duas pretensões diversas e, por conseguinte, duas espécies diferentes de direitos tutelados.

Todavia, ressaltai evidente a interdependência existente entre as duas categorias de direitos envolvidos neste caso, na medida em que os direitos individuais tutelados nada mais são do que um reflexo do direito coletivo *stricto sensu*. Com efeito, o pedido principal e preponderante da demanda é o de natureza declaratória, referente ao direito coletivo *stricto sensu* dos servidores públicos, eis que a reparação de eventuais danos individuais apenas terá espaço acaso julgado procedente a pretensão principal. Logo, sendo a pretensão principal referente a direito coletivo, forçoso que se reconheça que a sentença terá eficácia *ultra partes*, vinculando todos os servidores públicos atingidos pela conversão irregular.

O reconhecimento desta conversão irregular, por sua vez, gera efeitos imediatos na esfera individual dos servidores integrantes da classe beneficiada pela sentença, pois se a conversão dos vencimentos dos servidores para URV não obedeceu aos comandos legais, a

necessidade de reparação dos danos individuais decorrentes deste ilícito é consequência lógica imediata.

Destarte, a tutela dos direitos individuais homogêneos nada mais é do que um desdobramento da tutela do direito coletivo *stricto sensu*, prevalecendo, portanto, os efeitos *ultra partes* da sentença (art. 103, II do CDC), de modo que todos os membros da coletividade titular do direito poderão vir a juízo para obter a reparação de seus danos individuais.

Esta mesma conclusão pode ser obtida ao se considerar a eficácia executiva da sentença declaratória, que autoriza a execução do comando judicial que acerta a relação jurídica discutida na demanda independentemente de nova ação. Assim, mesmo que não houvesse sido expressamente formulado pedido de natureza condenatória, todos os integrantes da classe beneficiada pelos efeitos da sentença poderiam promover a sua liquidação e execução da decisão que reconhece a irregularidade de conversão de seus vencimentos, dispensando a necessidade de demandas condenatórias autônomas, em homenagem à efetividade e economia processual.

Neste cenário, o pedido condenatório formulado pela associação em conjunto com a pretensão declaratória não tem o condão de restringir os efeitos da sentença referente ao direito coletivo *stricto sensu*. Embora no que tange aos direitos individuais homogêneos as associações apenas tenham legitimidade para defender seus associados apenas, o que determina o universo de indivíduos que podem vir a juízo requerer a reparação de seu dano é o direito coletivo, que, uma vez julgado procedente, gera efeitos na esfera subjetiva de todos os membros da classe, que, portanto, restam autorizados a perseguir a reparação de seus prejuízos por meio da liquidação e execução da sentença.

A associação até poderá promover a liquidação dos danos individuais de seus associados, mas, nesta hipótese, agirá como representante processual, sendo necessária autorização específica para tanto.

Diante deste panorama, conclui-se, então, que a restrição da legitimidade das associações e dos efeitos da sentença apenas ao universo de associados somente se verificará na hipótese em que a ação envolver exclusivamente direitos individuais homogêneos, caracterizados por pretensão de natureza condenatória.

Quando houver somente pretensão declaratória ou constitutiva – que evidencia a existência de direitos difusos ou coletivos *stricto sensu* –, ou mesmo quando esta for cumulada com pretensão de natureza condenatória referente a direitos individuais homogêneos, a sentença projetará seus efeitos para todos os membros da coletividade ou

comunidade titular do direito, que poderão liquidar a sentença para a reparação dos danos subjetivamente sofridos, eis que esta é uma consequência lógica da própria natureza essencialmente coletiva do direito tutelado e do processo civil brasileiro, que permite a eficácia executiva da sentença declaratória.

Logo, é apenas em um cenário em que houver tutela de direito essencialmente coletivo que se justifica, por exemplo, a suspensão *ex officio* das pretensões individuais correlacionadas, pois, nestas hipóteses, o acertamento dos direitos essencialmente coletivos tem caráter prejudicial em relação aos danos individualmente suportados, tratando-se, portanto, de medida que irá efetivamente contribuir para a economia e celeridade processual, sem acarretar nenhum prejuízo à esfera de disponibilidade dos cidadãos.

É neste sentido, portanto, que se afirma que a principal dificuldade enfrentada no bojo do processo coletivo consiste na identificação da espécie de direito material e no seu enquadramento dentre das categorias elencadas no art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Este desafio resta ainda mais evidente ao se considerar que a pretensão deduzida é um dos principais elementos para a correta categorização dos direitos essencialmente e acidentalmente coletivos, o que também revela que, quando se fala em processo coletivo, toda e qualquer consideração, deve ser feita tendo em vista o caso concreto.

Como demonstrado, a depender da espécie do direito material, diversas serão as regras processuais aplicáveis. Assim, apenas a adequada e rigorosa identificação da(s) espécie(s) de direito(s) envolvido(s) no processo coletivo é capaz de garantir a aplicação das regras processuais pertinentes e que são essenciais para a manutenção da lógica do sistema de processo coletivo brasileiro. A definição equivocada da espécie de direito tutelada é nociva ao desenvolvimento do processo coletivo, na medida em que acarreta a aplicação de regras processuais inadequadas à situação fática tutelada.

A necessidade de adequada identificação da espécie de direito tutelada com base na pretensão delineada é também uma preocupação presente no âmbito do direito norte-americano. Com efeito, a versão original da *Federal Rule of Civil Procedure n° 23*, datada de 1938, trazia a definição das espécies de direito passíveis de defesa como critério de cabimento das ações coletivas. Neste contexto, as ações coletivas passaram a ser classificadas como *true*, *hybrid* ou *spurious class actions*, cujas características eram definidas a partir das peculiaridades da espécie de direito tutelado. Assim, a título exemplificativo, em uma *true class action*, que pressupunha a existência de uma unidade absoluta de interesses entre os membros de todo o grupo, a sentença proferida seria oponível a todos os membros ausentes, independentemente do resultado da demanda.

No entanto, esta classificação revelou-se de difícil aplicabilidade no âmbito da prática, provocando incontáveis divergências jurisprudenciais que passaram a afetar a congruência do sistema, principalmente ao se considerar tratar de país filiado à *commom law*, que se baseia precipuamente nos precedentes judiciais vinculativos.

Desta forma, não restou outra alternativa ao legislador norte-americano senão promover a alteração da redação da norma, com vistas a facilitar e tornar o processo coletivo mais efetivo. Assim, em 1966, abandonou-se a definição baseada na espécie de direito material tutelado, instituindo-se, então, “categorias centradas essencialmente na espécie de tutela processual requerida”.²⁴⁷

Destarte, considerando-se que o modelo do processo coletivo brasileiro foi inspirado pela redação original da sistemática das *class actions* norte-americanas, a solução que se apregoa para a superação das dificuldades decorrentes da subsunção das hipóteses fáticas às categorias abstratas da Lei é similar à encampada pelos Estados Unidos da América: a efetividade que se espera do processo coletivo apenas poderá ser alcançada ao se promover a adequada identificação da espécie de direito protegido com base nas peculiaridades do caso concreto e, principalmente, à luz da pretensão ou tipo de tutela processual requerida.

No que tange especificamente à legitimidade das associações, temos que o Direito norte-americano apenas autoriza as entidades associativas a buscar provimentos de natureza declaratória ou de injunção. Assim, considerando-se que estes provimentos são típicos de direitos indivisíveis – eis que uma declaração ou injunção é necessariamente oponível a todos e não apenas a alguns –, conclui-se que as associações, na sistemática das *class actions*, somente podem tutelar direitos essencialmente coletivos, mas não os direitos individuais, que são divisíveis e comumente atrelados à pretensões de natureza condenatória.

Desta forma, acaso seja reconhecida a procedência de algum direito difuso ou coletivo *stricto sensu*, eventual reparação dos danos individuais (pretensão condenatória) decorrentes da mesma situação fática que originou o direito essencialmente coletivo deverá ser buscado por meio de ação individual manejada pelo titular do direito ou por meio de ação coletiva proposta por indivíduo, conforme a regra de legitimação das *class actions*, pois as associações não tem legitimidade para defender pretensões de natureza condenatória.

O Direito Brasileiro, por sua vez, atribuiu às associações legitimidade tanto para a tutela dos direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos *stricto sensu*), quanto para a

²⁴⁷ ROQUE, André Vasconcelos, *Class actions: Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* JusPodium: Salvador, 2013, p. 61.

defesa dos direitos individuais homogêneos. Na defesa dos direitos essencialmente coletivos, agem as associações como legitimadas ordinárias ou autônomas, e, por se tratar de direitos objetivamente indivisíveis e subjetivamente transindividuais, os efeitos da sentença serão *erga omnes* ou *ultra partes*, alcançando todos os membros da coletividade ou comunidade titular do direito violado.

Já no que pertine aos direitos individuais homogêneos – cerne da presente investigação –, agem as associações civis como substitutas processuais e, assim, bem como em atenção ao texto constitucional, sua legitimidade é restrita ao seu universo de associados, que é, portanto, o seu âmbito de representatividade adequada.

Sob a luz da orientação norte-americana, seria possível concluir, em um primeiro momento que, no Brasil, acaso as associações que viessem a juízo na defesa de direitos essencialmente coletivos, não seria possível extrair da sentença quaisquer efeitos quanto aos direitos individuais dos beneficiados, que, deveriam ser perseguidos em ação própria, quer coletiva ou individual.

No entanto, como demonstrado, referida concepção é contrária ao sistema processual civil brasileiro, sobretudo no que tange à eficácia executiva da sentença declaratória, além de desconsiderar as interrelações existentes entre os direitos essencialmente e acidentalmente coletivos. Com efeito, a sentença que reconhece a procedência de pedido declaratório ou constitutivo referente a direito coletivo *lato sensu* pode provocar reflexos no plano individual dos membros da classe ou comunidade titular do direito.

Assim, negar a estes indivíduos a possibilidade de liquidação e execução da sentença que versa sobre o direito coletivo para fins de reparação dos seus danos seria providência não apenas inadequada à natureza do direito tutelado e à eficácia natural das sentenças declaratórias e constitutivas, mas também oposta aos atuais anseios de economia processual, celeridade e efetividade – e que inclusive consistem no objetivo precípua do processo coletivo.

Apesar das diversas e profundas reflexões que o tema desperta, espera-se que o presente trabalho possa ao menos despertar os aplicadores do Direito para a necessidade de se promover a rigorosa identificação da espécie de direito tutelado, que, no entanto, não pode ser realizada de modo abstrato, senão diante do caso concreto e em atenção às pretensões deduzidas e às eventuais conexões entre as espécies de direito envolvidas, eis que se trata de medida imprescindível para a aplicação das regras processuais pertinentes.

Outrossim, em face da iminência dos julgamentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal e da tramitação do Projeto de Lei do Senado nº 282/2012, que visa a reformar

diversos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, pretende-se enriquecer e auxiliar no debate das questões submetidas a julgamento e envolvidas na proposta legislativa, ressaltando-se, mais uma vez, a necessidade de adequação entre os instrumentos processuais e a espécie de direito material tutelado.

Ademais, a correta fixação dos limites da legitimidade das entidades associativas e dos efeitos da decisão proferida a depender da espécie de direito tutelado tem o papel de evitar a propagação de demandas temerárias e da mercantilização das associações, que se valem da insegurança jurídica para obter efeitos os mais amplos possíveis, evidenciando verdadeiro abuso de direito, além de fortalecer o direito de ampla defesa dos réus, que já ingressarão nas ações coletivas cientes dos possíveis efeitos da sentença a ser prolatada.

Espera-se ainda que os esclarecimentos apresentados sobre as diversas facetas do agir das associações – como a natureza da legitimidade e a conseqüente desnecessidade de autorização expressa dos associados – auxiliem na superação das controvérsias existentes servindo, portanto, de estímulo para o ajuizamento de ações coletivas por parte das associações, na medida em que se trata de uma das formas mais democráticas e legítimas de proteção coletiva de direitos (individuais) e de direitos coletivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Artigos em periódicos:

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 404, p. 09-18, jun.1969.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 61, p.187-200, jan./mar. 1991.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. La iniciativa de la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos: un aspecto de la experiencia brasileña. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 68, p. 55-58, out./dez. 1992.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de processo*, v. 35, n. 186, p. 87-107, jul. 2010.

BERTOOGNA JÚNIOR, Oswaldo. Ação Civil Pública. Legitimidade. Principais aspectos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n. 133, p. 7-26, mar. 2006.

BUCCI, Eduardo Sadalla. Legitimidade de associação na fase de liquidação de sentença de direitos individuais homogêneos com inversão do ônus da prova: estudo de caso. *Revista de processo*, v. 35, n. 189, p. 285-316, nov. 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de processo*, v. 21, n. 82, p. 92-151, abr./jun. 1996.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, n. 438, p. 23-35, abr. 1972.

DIZ, Nelson Nascimento. Apontamentos sobre a legitimação das entidades associativas para a propositura de ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos de consumidores. *Revista forense*, v. 96, n. 350, p. 113-126, abr./jun. 2000.

FERNANDES, André Dias. Limites imanentes à substituição processual na fase de cumprimento das ações coletivas. *Revista forense*, v. 106, n. 412, p. 405-412, nov./dez. 2010.

FERREIRA, Marcus Vinícius Vita; FONSECA, Rodrigo Garcia da; RIVITTI, Maria Augusta da Matta. A eficácia territorial da sentença proferida em ação civil pública. *Revista de processo*, v. 219, p. 279-290, maio.2013.

GARRIDO, Renata Lorenzetti. Legitimidade Ativa das Associações para Propositura de Ações Coletivas. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 16, p. 89-102, 1993.

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

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Sistema coletivo: porque não há substituição processual nas ações coletivas. *Revista de processo*, v. 38, n. 221, p. 461-472, jul. 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada *erga omnes*, *secundum eventum litis* e *securium probationem*. *Revista Forense*, v. 126, p. 3-19, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre legitimação e coisa julgada. *Revista Forense*, v. 361/5, mai.-jun. 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Cultural dimensions of group litigation: (Brazilian national report)*. *Revista de processo*, v. 37, n. 214, p. 361-366, dez. 2012.

GUETTA, Mauricio. Análise acerca da legitimidade ativa da defensoria pública em ações civis públicas ambientais. *Revista de Processo*, v. 37, n.211, p. 39-60, set.2012.

HIGA, Flávio da Costa. Breves apontamentos sobre as *class actions for damages*. *Justiça do trabalho*, v. 28, n. 329, p. 29-54, mai. 2011.

MALCHER, Wilson de Souza. A legitimação para agir nas ações coletivas – um panorama comparativo das legislações espanhola e brasileira. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 55, p. 134-163, set./out. 2008.

MARTINS, Fernando Dal Bó. A eficácia territorial da sentença no processo coletivo. *Revista de processo*, v. 38, n. 219, p. 43-88, mai. 2013.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas. *Revista de processo*, v. 37, n. 209, p. 243-265, jul. 2012.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A legitimidade ativa do indivíduo nas ações coletivas. *Revista de processo*, v. 38, n. 220, p. 33-48, jun. 2013.

PACHECO, Claudio Meneses. Notas sobre la “representatividad adecuada” en los procesos colectivos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 175, p. 244-277, set. 2009.

PASSOS, J. J. Calmon de. Especificidade das ações coletivas e das decisões de mérito nelas proferidas. *Revista de Direito do Trabalho*.v. 123, jul. 2006.

PEREIRA, Thiago Merege. A representação adequada no direito processual civil coletivo brasileiro e o controle judicial em cada caso concreto: uma abordagem de *lege lata*. *Revista de processo*, v. 36, n. 202, p. 419-453, dez. 2011.

ROCHA, Ibraim José das Mercês. A ação coletiva no direito americano: uma interpretação de seus fundamentos. *Revista forense*, v. 108, n. 416, p. 153-179, jul./dez. 2012.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Notas sobre a coisa julgada nas ações coletivas. *Revista de processo*, v. 37, n. 207, p. 43-82, maio 2012.

ROQUE, Andre Vasconcelos. Origens históricas da tutela coletiva: da *actio popularis* romana às *class actions* norte-americanas. *Revista de processo*, v. 35, n. 188, p. 101-146, out. 2010.

SALLES, Carlos Alberto de. *Class actions*: algumas premissas para comparação. *Revista de processo*, v. 34, n. 174, p. 215-236, ago. 2009.

SANTIAGO Y CALDO, Diego. Legitimidade e a representatividade adequada nas ações coletivas: um estudo comparado entre a legislação brasileira e a experiência norte-americana. *Revista de processo*, v. 37, n. 205, p. 231-248, mar. 2012.

TESHEINER, José Maria Rosa. Ações coletivas pró-consumidor. *Ajuris*, v. 19, n. 54, p. 75-106, Porto Alegre, mar.1992.

TESHEINER, José Maria Rosa, Partes e legitimidade nas ações coletivas. *Revista de processo*, v. 35, n. 180, p. 9-41, fev. 2010.

TESHEINER, José Maria Rosa. Aplicação do direito objetivo e tutela de direitos subjetivos nas ações transindividuais e homogeneizantes = *Class actions in brazilian law*. *Revista brasileira de direito processual*, v. 20, n. 78, p. 13-28, abr./jun. 2012.

VENTURI, Elton. Apontamentos sobre o processo coletivo, o acesso à justiça e o devido processo legal. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 4, p. 13-39, jan./abr. 1997.

VIANA, Flávia Batista. Algumas considerações sobre as “*class actions*” norte-americanas (pequenos contrapontos com as ações coletivas brasileiras). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 159, p. 93-117, mai. 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Tutela diferenciada. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 135, n. 180, p. 42-54, fev./2010.

Livros, monografias e relatórios no todo:

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: A tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito processual: (arts. 6º, VIII, 38 e 81 a 119)*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1993.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 13. ed. rev. e atual. de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, t.2.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI, Hermes Jr.. *Curso de Direito Processual Civil: Processo coletivo*. v. 4., 5. ed. Salvador: JusPodium, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1999.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Ação civil pública*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos: hacia um código modelo para Iberoamérica*. México: Editorial Porrúa, 2003.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES JUNIOR, Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. 2.ed. São Paulo: SRS, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

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: Revista dos Tribunais, 2007.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos. 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores: lei 7.347/85 e legislação complementar*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

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

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: Teoria Geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Temas atuais de direito processual civil, v. 4).

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NEGRÃO, Ricardo. *Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa*. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2004.

NERY JR., Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NOLASCO, Rita Dias; MAZZEI, Rodrigo. *Processo civil coletivo*. São Paulo: QuartierLatin, 2005.

PEREIRA DA SILVA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. v. I, 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROCHA, Luciano Velasque. *Ações coletivas: o problema da legitimidade para agir*. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions: Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* JusPodium: Salvador, 2013.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. *Associações civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Procedimentos especiais*. v. III, 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Partes de livros, monografias:

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. In: *Temas de Direito Processual: Terceira Série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 183-192.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: *Temas de direito processual: Terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 193-221.

CARVALHO, Acelino Rodrigues. A natureza da legitimidade para agir no sistema único de tutelas coletivas: uma questão paradigmática. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (coord). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos – Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25-65.

GIDI, Antonio. Cosa juzgada en acciones colectivas. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGO, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. México: Porrúa, 2003, p. 261-295.

GIDI, Antonio. Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. México: Editorial Porrúa, 2003. p. 25-38.

GIDI, Antonio. La representación adecuada en las acciones colectivas brasileñas y el avance del Código Modelo. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGO, Eduardo Ferrer (coord.) *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. México: Porrúa, 2003, p. 142-153.

GIDI, Antonio. Legitimación para demandar en las acciones colectivas. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGO, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. México: Porrúa, 2003, p. 107-117.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas. Relatório geral – *civil law*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petrônio. (Coord.). *Direito processual comparado*. Rio de Janeiro: Forense; Brasília, DF: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2007.

GUEDES, Clarissa Diniz. A Legitimidade Ativa na Ação Civil Ação Civil Pública e os Princípios Constitucionais. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. (org.). *Processo Civil Coletivo*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, v. I, p. 1-83.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. Notas sobre la definición de intereses difusos, colectivos e individuales homogêneos em el código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGO, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos*. México: Porrúa, 2003, p. 39-44.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.) *Temas Atuais de Direito Processual Civil*, v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O direito processual coletivo, a legitimidade para agir nas ações coletivas e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.) *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.753-786.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Associações Cíveis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; WATANABE, Kazuo (coord.). *Direito Processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 114-135.

MULLENIX, Linda S. New trends in standing and res judicata in collective suits. General report – common law. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petrônio. (Coord.) *Direito processual comparado*. Rio de Janeiro: Forense; Brasília, DF: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2007, p. 500-533.

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: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 883-914

SOUZA, José Augusto Garcia de. A legitimidade coletiva da Defensoria Pública à luz do princípio da generosidade. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita. (Org.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1-28.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A ação coletiva ajuizada por associação civil na defesa de direitos individuais homogêneos e a sentença genérica: a problemática da execução coletiva. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord.) *Processo civil: novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, 487-529.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coord.) *Cosa julgada inconstitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 77-126.

THEODORO, JÚNIOR. Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais do processo civil no Brasil. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.), *Constituição e processo: A contribuição do Processo no Constitucionalismo Democrático Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

WATANABE, Kazuo. Tutela dos Interesses Difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.) *A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

WATANABE, Kazuo. Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGO, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. México: Porrúa, 2003, p. 3-13.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Derechos colectivos lato sensu: La definición conceptual de los derechos difusos, de los derechos colectivos stricto sensu e de los derechos individuales homogéneos. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGO, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. México: Porrúa, 2003, p. 45-62.

ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluizio Gonçalves de Castro Mendes; WATANABE, Kazuo (coord.). *Direito Processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 33- 38.

Artigos em periódicos eletrônicos:

ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. Disponível em: <http://www.academia.edu/214089/A_TUTELA_DE_DIREITOS_INDIVIDUAIS_HOMOGENEOS_E_AS_DEMANDAS_RESSARCITORIAS_EM_PECUNIA>. Acesso em: 18 set. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte americana. *De jure*: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 8 jan./jun. 2007. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/211/prote%C3%A7%C3%A3o%20coletiva%20direitos_Barroso.pdf?sequence=1>. Acesso em: 09 set. 2013.

FARIA, Luis Cláudio Furtado. O problema da legitimação das associações civis para o ajuizamento de ações coletivas: a representação adequada e o abuso de direito (um estudo de caso). Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=871>. Acesso em: 01 nov. 2013

GALEA, Felipe Evaristo dos Santos. Comentário de jurisprudência: nova visão do Superior Tribunal De Justiça sobre o artigo 16 da lei da ação civil pública. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_PUC-comentario-a-jurisprudencia-execucao-artigo-16-LACP2site.pdf>. Acesso em: 25 set. 2013.

GUIDO, Fernanda Silva. A legitimidade para ajuizamento de ações coletivas no âmbito do Direito do Consumidor. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_fernanda.pdf>. Acesso em: 04 nov.2013.

PRATES, Marília Zanella. Adequação da ação coletiva para a tutela dos direitos individuais homogêneos. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 10 out. 2009. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=12> Acesso em: 10 mar. 2013.

RAUPP, Eduardo Caringi. A tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos – considerações sobre a adequada representação e a extensão dos efeitos da coisa julgada. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, vol. 1, n. 2, 01 jan. 2010. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=21> Acesso em: 10 mar. 2013.

ROSSI, Maria Paula Cassone. A questão da limitação territorial da coisa julgada: uma hipótese de antinomia aparente no microsistema de direitos coletivos. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/grupo_de_pesquisa_texto_antinomia_coisa_julgada1.pdf>. Acesso em 10 mar. 2013.

TORRES, Artur. Processo Coletivo comparado: “*Class actions for damages*” e ação coletiva para a tutela dos direitos individuais. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, 01 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/revista-eletronica/43-volume-4-numero-1-trimestre-01-01-2013-a-31-03-2013/1068-processo-coletivo-comparado-class-actions-for-damages-e-acao-coletiva-para-a-tutela-dos-direitos-individuais>>. Acesso em: 04 nov.2013

VALCANOVER, Fabiano Haselof. Legitimidade ativa e passiva em matéria de Ação Civil Pública e Ações Coletivas. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, 01 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/1210-legitimidade-ativa-e-passiva-em-materia-de-acao-civil-publica-e-aco-es-coletivas>>. Acesso em: 04 nov.2013.

ANEXOS

Rule 23 da Federal Rules of Civil Procedure

(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.

(b) Types of Class Actions. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if:

(1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of:

(A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or

(B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests;

(2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or

(3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include:

(A) the class members' interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions;

(B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members;

(C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and

(D) the likely difficulties in managing a class action.

(c) Certification Order; Notice to Class Members; Judgment; Issues Classes; Subclasses.

(1) Certification Order.

(A) Time to Issue. At an early practicable time after a person sues or is sued as a class representative, the court must determine by order whether to certify the action as a class action.

(B) Defining the Class; Appointing Class Counsel. An order that certifies a class action must define the class and the class claims, issues, or defenses, and must appoint class counsel under Rule 23(g).

(C) Altering or Amending the Order. An order that grants or denies class certification may be altered or amended before final judgment.

(2) Notice.

(A) For (b)(1) or (b)(2) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), the court may direct appropriate notice to the class.

(B) For (b)(3) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language:

(i) the nature of the action;

(ii) the definition of the class certified;

(iii) the class claims, issues, or defenses;

(iv) that a class member may enter an appearance through an attorney if the member so desires;

(v) that the court will exclude from the class any member who requests exclusion;

(vi) the time and manner for requesting exclusion; and

(vii) the binding effect of a class judgment on members under Rule 23(c)(3).

(3) Judgment. Whether or not favorable to the class, the judgment in a class action must:

(A) for any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), include and describe those whom the court finds to be class members; and

(B) for any class certified under Rule 23(b)(3), include and specify or describe those to whom the Rule 23(c)(2) notice was directed, who have not requested exclusion, and whom the court finds to be class members.

(4) Particular Issues. When appropriate, an action may be brought or maintained as a class action with respect to particular issues.

(5) Subclasses. When appropriate, a class may be divided into subclasses that are each treated as a class under this rule.

(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.

(2) Combining and Amending Orders. An order under Rule 23(d)(1) may be altered or amended from time to time and may be combined with an order under Rule 16.

(e) Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise. The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise:

(1) The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal.

(2) If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate.

(3) The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal.

(4) If the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so.

(5) Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e); the objection may be withdrawn only with the court's approval.

(f) Appeals. A court of appeals may permit an appeal from an order granting or denying class-action certification under this rule if a petition for permission to appeal is filed with the circuit clerk within 14 days after the order is entered. An appeal does not stay proceedings in the district court unless the district judge or the court of appeals so orders.

(g) Class Counsel.

(1) Appointing Class Counsel. 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.

(3) Interim Counsel. The court may designate interim counsel to act on behalf of a putative class before determining whether to certify the action as a class action.

(4) Duty of Class Counsel. Class counsel must fairly and adequately represent the interests of the class.

(h) Attorney's Fees and Nontaxable Costs. In a certified class action, the court may award reasonable attorney's fees and nontaxable costs that are authorized by law or by the parties' agreement. The following procedures apply:

(1) A claim for an award must be made by motion under Rule 54(d)(2), subject to the provisions of this subdivision (h), at a time the court sets. Notice of the motion must be served

on all parties and, for motions by class counsel, directed to class members in a reasonable manner.

(2) A class member, or a party from whom payment is sought, may object to the motion.

(3) The court may hold a hearing and must find the facts and state its legal conclusions under Rule 52(a).

(4) The court may refer issues related to the amount of the award to a special master or a magistrate judge, as provided in Rule 54(d)(2)(D).

Rule 23 da Federal Rules of Civil Procedure. Tradução extraída da obra TUCCI, José Rogério Cruz e. *Class Action e Mandado de Segurança Coletivo*, São Paulo, Saraiva, 1990 apud BUENO, Cassio Scarpinella. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta.* *Revista de processo*, v. 21, n. 82, p. 92-151, abr./jun. 1996:

(a) Pressupostos da 'class action'

Um ou mais membros da classe podem demandar, ou serem demandados, comorepresentantes, no interesse de todos, se

- (1) a categoria for tão numerosa que a reunião de todos os demandados, comorepresentantes, se torne impraticável;
- (2) houver questões de direito e de fato comuns ao grupo;
- (3) os pedidos ou defesa dos litigantes forem idênticos aos pedidos ou defesas da própria classe; e,
- (4) os litigantes atuarem e protegerem adequadamente os interesses da classe.

(b) Pressupostos de desenvolvimento da 'class action'

Uma ação pode desenvolver-se como class action desde que satisfeitos os pressupostos da alínea a, e, ainda, se:

(1) o ajuizamento de ações separadas por ou em face de membros do grupo faça surgir risco de que:

(A) as respectivas sentenças nelas proferidas imponham ao litigante contrário à classe comportamento antagônico; ou que

(B) tais sentenças prejudiquem, ou tornem extremamente difícil, a tutela dos direitos de parte dos membros da classe estranhos ao julgamento; ou se

(2) o litigante contrário à classe atuou ou recusou-se a atuar de modo uniforme perante todos os membros da classe, impondo-se um final *injunctive relief* ou um *declaratory relief* em relação à classe globalmente considerada; ou se

(3) o tribunal entenda que as questões de direito e de fato comuns aos componentes da classe sobrepujam as questões de caráter estritamente individual, e que a class action constitui a tutela que, no caso concreto, mostra-se mais adequada para o correto e eficaz deslinde da controvérsia. Na análise de todos esses aspectos, o tribunal deverá considerar:

(A) o interesse individual dos membros do grupo no ajuizamento ou na defesa da demanda separadamente;

(B) a extensão e o conteúdo das demandas já ajuizadas por ou em face dos membros do grupo;

(C) a conveniência ou não da reunião das causas perante o mesmo tribunal;

(D) as dificuldades inerentes ao processamento da demanda na forma de class action.

(c) Pronunciamentos sobre a possibilidade de processamento na forma de 'class action': notificação, sentença, demandas parcialmente conduzidas como 'class action'

(1) Na primeira oportunidade, logo após o ajuizamento de uma class action, o tribunal deverá determinar se a demanda pode desenvolver-se como class action. Tal decisão pode ser condicional e pode ser alterada ou revogada antes da sentença de mérito.

(2) Em qualquer class action, fundada na alínea b(3), o tribunal deverá ordenar sejam notificados da existência da demanda todos os componentes do grupo. A notificação poderá ser pessoal àqueles cuja identificação seja possível com razoável esforço, e deverá ser a mais eficaz dentro das circunstâncias. Pela notificação, os componentes do grupo deverão ser informados de que

(A) podem requerer, no prazo fixado pelo tribunal, a exclusão da classe;

(B) a sentença, favorável ou contrária, será vinculante para todos os componentes do grupo que não requereram sua exclusão;

(C) qualquer componente da classe, que não requereu fosse excluído, pode, se desejar, intervir no processo, representado por seu advogado.

(3) A sentença proferida em uma class action fundada na alínea b(1) ou b(2), favorável ou contrária, será vinculante a todos aqueles que o tribunal declarar serem integrantes da classe. A sentença proferida em uma class action fundada na alínea b(3), favorável ou contrária, será vinculante a todos aqueles que o tribunal declarar serem integrantes da classe, bem como aqueles que foram notificados na forma da alínea c(2), e não requereram a sua exclusão.

(4) Se for entendido oportuno

(A) uma demanda pode ser ajuizada e processada como class action apenas para certas questões; ou

(B) uma classe pode ser dividida em subclasses, e cada uma destas será tratada como autônoma, aplicando-se as normas desta lei.

(d) Pronunciamentos sobre a condução da demanda

Durante o procedimento das demandas reguladas por esta lei, o tribunal pode:

(1) disciplinar o curso do processo ou adotar medidas para evitar inúteis repetições ou delongas na apresentação da defesa e das provas;

(2) dispor, para a tutela dos membros do grupo ou, ainda, para o correto desenvolvimento do processo, que todos ou apenas alguns componentes sejam informados, mediante notificação, do estado da demanda, ou da extensão dos efeitos da sentença, ou para saber se consideram a representação adequada e correta, para intervirem formulando pedido ou deduzindo defesa, ou, ainda, para participarem da demanda;

(3) impor condições aos representantes e intervenientes;

(4) dispor que dos autos sejam excluídas alegações referentes à tutela de membros ausentes do processo, e que a ação prossiga de conformidade com os termos da lei;

(5) regular todas as questões procedimentais. Tais determinações devem ser tomadas em consonância com a Regra 16, e podem ser modificadas ou revogadas conforme exija o caso sob exame.

(e) Renúncia e transação

Os litigantes não podem renunciar ou transigir no âmbito da class action sem autorização do tribunal, que disporá sobre a notificação na forma em que determinar, do conteúdo da renúncia ou da transação a todos os membros do grupo.