LEGITIMIDADE ATIVA NAS AÇÕES COLETIVAS

Marcelo Henrique Matos Oliveira[1]

Resumo: O presente estudo pretende analisar a legitimidade ativa nas ações coletivas e suas conseqüências. Para tanto, questiona a aplicação integral e acriticamente dos institutos presentes no Código de Processo Civil, vez que foram idealizados no século passado, influenciados pelos princípios liberais do individualismo. Em razão de características especiais, a análise da legitimidade no plano coletivo merece abordagem diferenciada, principalmente porque o ente que ajuíza a ação não é o titular do direito material, como ocorre, em regra, nas demandas individuais.

Palavras-chave: Direito Coletivo. Legitimidade. Natureza Jurídica. Representatividade Adequada

LEGITIMACY ACTIVE IN CLASS ACTIONS

***Abstract**: This study aims to examine the legitimacy active in class actions and their consequences. To both questions the uncritical and full implementation of the institutes in the Code of Civil Procedure, as were developed in the last century, influenced by liberal principles of individualism. Due to special features, analysis of the legitimacy on the collective merits differentiated approach, mainly because the entity that filing the suit is not the holder of the right material, as occurs normally in the individual demands.*

***Keywords**: Law Collective. Legitimacy. Legal Nature. Adequate representation*

[1] *Mestre em Direito Coletivo, Cidadania e Função Social pela Universidade de Ribeirão Preto/SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogado.*

1. INTRODUÇÃO

Os institutos processuais brasileiros foram criados a partir dos ideais liberais de cunho individualista, como se observa na leitura do artigo 6º do Código de Processo Civil. Todavia, com a evolução da sociedade, a revelação ou evidenciação de novos direitos e a massificação dos conflitos, surgiu a necessidade de criar novos mecanismos capazes de garantir a paz social de forma eficiente e segura.

É nesse cenário relativamente recente que surgiu o interesse pelo processo coletivo. A molecularização das demandas é um método eficaz de acesso à justiça, na medida em que a soma de esforços de todos aqueles que se encontram em uma mesma situação facilita a entrega da tutela jurisdicional com menor esforço e dispêndio de energia.

O presente trabalho analisa a legitimidade ativa nas ações coletivas, recorrendo à pesquisa bibliográfica doutrinária em revistas e livros jurídicos, além da inclusão de material jurisprudencial, com o escopo de estabelecer a pesquisa acadêmica no âmbito da prática judiciária.

Não se almeja esgotar o tema, nem explorar em sua totalidade todos os institutos aqui presentes, mas sim, refletir e buscar respostas para a efetividade do processo coletivo.

2. LEGITIMIDADE ATIVA NO PROCESSO INDIVIDUAL E COLETIVO

Segundo Liebman (2005, p. 208), a legitimidade é a individualização da pessoa a quem pertence o interesse de agir e da pessoa em relação à qual esse interesse existe: "decorre da distinção entre a existência objetiva do interesse de agir e a sua pertinência subjetiva". Isto é, quando a lei processual exige a presença do interesse de agir como condição para o exercício do direito de ação, exige também que ele exista na pessoa daquele que pode formular uma pretensão.

Em que pese esse posicionamento ainda ser sustentável no âmbito do processo individual, não deve ser aplicado de forma ampla à tutela coletiva. Em outras palavras, o conceito de legitimidade apresentado pela teoria eclética

de Liebman não deve ser aplicado de forma ampla por não contemplar a legitimidade para as ações coletivas, uma vez que só reconhece a legitimidade quando o titular da ação for o mesmo do direito material. Isso porque nas ações em que se pleiteiam direitos transindividuais, por vezes, o ente legitimado age como substituto processual, ou seja, em nome próprio na defesa de direito alheio.

José Carlos Barbosa Moreira (1969, p. 9) demonstra um conceito que se harmoniza com a realidade. Segundo ele, será parte legítima todo o ente que, no plano concreto, se enquadrar no esquema subjetivo previsto pelo ordenamento jurídico:

> Pra 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. A cada uma das partes, no modelo legal, corresponde, em princípio uma situação legitimante. Há, assim, necessariamente, uma situação legitimante ativa, que corresponde ao autor, e uma situação legitimante passiva, que corresponde ao réu, além de outras eventuais situações legitimantes, que correspondem aos diversos possíveis intervenientes. 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 essa pessoa se atribui, ou que ela mesma pretende assumir.

O Estado democrático de Direito ao reconhecer os direitos transindividuais ao lado dos individuais, ampliou o acesso à justiça abrindo caminho para ampla e efetiva tutela dessas duas espécies, obrigando o processo a passar por transformações.

De acordo com o sistema apresentado no Código de Processo Civil, o manejo ou nascimento da ação pressupõe o preenchimento de certas condições, sem as quais o Estado não prestará a tutela jurídica solicitada, isto é, extinguirá o processo sem resolução do mérito, fenômeno denominado de carência da ação.

Dentre as condições está a legitimidade *ad causam*, tratada no artigo 6º do Código de Processo Civil: "Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei."

Como observa Manoel Antonio Teixeira Filho (1998, p. 14), a legitimidade para a propositura da ação foi pensada a partir da afirmação da titularidade do direito material. Havendo coincidência entre a relação jurídica processual e material, ocorre uma simetria lógico-jurídica entre legitimidade e titularidade.

A primeira parte do referido artigo dispõe sobre a legitimidade ordinária. O próprio sujeito lesado ou ameaçado em seu direito é quem deve provocar o judiciário, através do ajuizamento da ação. Tal fato é justificado, pois é acertado que o legislador deixe, à pessoa interessada, a iniciativa de pleitear em juízo seus direitos. Além disso, o titular é quem melhor sabe o momento e a conveniência para reclamá-lo. Ensina Luiz Rodrigues Wambie (2008, p. 162):

> Como regra geral, é parte legítima para exercer o direito de ação aquele que se afirma titular de determinado direito que precisa da tutela jurisdicional, ao passo que será parte legítima, para figurar no pólo passivo, aquele a quem caiba a observância do dever correlato àquele hipotético direito.

Excepcionalmente, o Código de Processo Civil autoriza a propositura da ação por pessoa estranha à relação jurídica. Nesse caso, diz-se que ocorreu a legitimidade extraordinária. Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini e Flávio Renato Correia de Almeida (2008, p. 162) afirmam:

> Excepcionalmente, porém, admite-se a substituição processual. Trata-se de alguém pleitear em nome próprio (ou seja, não mero curador) direito alheio, desde que autorizado por lei (CPC, art. 6º). Exemplo, o art. 3 da lei 1.533/51 que admite que, dentro de certas condições, um terceiro juridicamente interessado seja autor de mandado de segurança em nome próprio para defender direito cuja titularidade é de outrem.

A legitimidade extraordinária pode ser dividida em subordinada, quando a presença do legitimado ordinário for indispensável; ou autônoma, quando o legitimado extraordinário puder agir independente do Legitimado ordinário. A legitimidade extraordinária autônoma pode ser classificada em exclusiva, quando

somente o legitimado extraordinário puder agir em juízo; ou concorrente, quando for possível a atuação dos legitimados ordinários e extraordinários.

A legitimidade extraordinária autônoma concorrente, por sua vez, pode ser primária, quando o legitimado extraordinário puder agir a qualquer tempo; ou secundária, quando a atuação do legitimado extraordinário depender da inação do legitimado ordinário (MEDINA, 2010, p.40).

No âmbito coletivo, em razão de características especiais, a análise da legitimidade merece abordagem diferenciada, vez que o legitimado ativo não é titular do direito coletivo, como ocorre, em regra, nas demandas individuais.

O artigo 82, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor estabelece o seguinte rol:

> Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)
> I - o Ministério Público,
> II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
> III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;
> IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

De igual modo, o artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública arrola os legitimados para a propositura da Ação Civil Pública:

> Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).
> I - o Ministério Público;
> II - a Defensoria Pública;
> III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
> IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
> V - a associação que, concomitantemente:
> a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
> b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio

> ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Em 15 de janeiro de 2007, a lei nº 11.448 alterou o artigo 5 da lei de Ação Civil Pública para acrescentar a legitimidade da Defensoria Pública. Essa alteração veio para consolidar o entendimento jurisprudência que há tempos já previa tal possibilidade.

Entretanto, embora a lei não restrinja, o Superior Tribunal de Justiça, baseado na Constituição federal, estabelece como limitador a atuação exclusiva em prol dos necessitados:

> Se é certo que a defensoria Pública está investida desses poderes, também é certo que a constituição estabelece, sob o aspecto subjetivo, um limitador que não pode ser desconsiderado: a Defensoria cumpre a defesa "dos necessitados" (CF, art. 134), ou seja, dos "que comprovarem insuficiência de recursos" (art. 5º, LXXIV). Essa limitação, que restringe a legitimidade ativa a ações visando à tutela de pessoas comprovadamente necessitadas, deve ser tida por implícita no ordenamento infraconstitucional, como, v.g., no art. 4º da LC 80/94 e no art. 5º, II da lei 7.347/85. Sustentamos esse entendimento também em sede doutrinária (Processo Coletivo, 2 ed, SP: RT, p. 77). E foi justamente assim que entendeu o STF quando apreciou a constitucionalidade do art. 176, §2º, V e f, da constituição Estadual do Rio de Janeiro, que trata de legitimação dessa natureza (Adin-MC 558-8, Pleno, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 26.03.93).(Voto do Min. Teori Albino Zavascki, Resp 912849/RS, DJ 28.04.2008)

A legitimação nas demandas coletivas é exclusiva, pois só são legitimados à propositura dessas ações aqueles indicados na lei ou no ordenamento jurídico. Essa legitimação é autônoma, vez que não depende de qualquer autorização dos titulares do direito material posto em causa. Também é concorrente, na medida em que possibilita qualquer co-legitimado a propositura dessas ações, ou até mesmo a ingressar como assistente em litisconsórcio. E, por fim, é disjuntiva ou simples, já que os co-legitimados poderão figurar sozinhos na demanda, não sendo necessário o ajuizamento em conjunto da ação.

3. NATUREZA JURÍDICA DA LEGITIMIDADE ATIVA NAS AÇÕES COLETIVAS

Como se observou, foi transferida do cidadão para as entidades arroladas no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor e artigo 5º da Lei de Ação civil Pública a missão de ajuizar e conduzir as ações coletivas; passando a ser encaradas como verdadeiras representantes do corpo social, seja ele compreendido pela integralidade da comunidade, seja referível a grupos, categorias ou classes justificáveis seja, por fim, constituído por vítimas ou sucessores de danos a direitos qualificados como individuais homogêneos.

Esse fato levanta a discussão sobre a natureza jurídica da legitimidade ativa para a propositura das demandas coletivas. A doutrina se divide em: legitimação ordinária; legitimação extraordinária por substituição processual; legitimação autônoma para condução do processo e legitimação processual coletiva.

Inspirado pela doutrina alemã e italiana, Kazuo Watanabe reconhece como legitimação ordinária a defesa de direitos transindividuais pelas entidades civis, ligados aos fins associativos. Utilizou-se, para tanto, de uma leitura ampla do artigo 6º do Código de Processo Civil (DIDIER JÚNIOR, ZANETI JÚNIOR, 2008, p. 209).

A crítica feita a esse entendimento é que, ainda que o legitimado ativo possua o mesmo interesse na tutela do direito coletivo violado, ele, além de defender seu interesse, defende também o interesse de cada integrante do grupo. Nesse sentido Hugo Nigro Mazzilli (2008, p. 65):

> [...] De nossa parte, cremos que, ainda que o legitimado ativo compartilhe o interesse na restauração da ordem jurídica lesada, nas ações de índole coletiva ele faz muito mais do que defender direito próprio: nessas ações está em jogo interesse de cada integrante do grupo, tanto que a imutabilidade do *decisum* poderá alcançar todo o grupo (coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*).

Em outras palavras, ainda que esteja institucionalmente defendendo direito próprio, também estará defendendo o direito de várias outras pessoas como, por exemplo, o das associações, do próprio Estado ou do Ministério Público.

A legitimidade extraordinária por substituição processual é adotada majoritariamente pela doutrina. De um modo geral, substituição processual refere-se ao fenômeno por meio do qual alguém, autorizado por lei, postula em juízo, em nome próprio, direito alheio (MIRANDA, 1974, p. 241). Nas ações civis públicas ou coletivas para a defesa de interesses transindividuais, os legitimados substituem processualmente a coletividade de indivíduos lesados.

Seria inviável buscar reparação do direito lesado se todos os prejudicados necessitassem propor as ações individualmente. Tal fato poderia gerar milhões de decisões contraditórias e desestimularia outros indivíduos a defender seus direitos, além de gerar insegurança jurídica. Hugo Nigro Mazzilli (2008, p. 65) nesses termos afirma:

> A legitimação extraordinária ou especial dá-se em proveito da efetividade da defesa do interesse violado. Nas lesões a interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas, seria impraticável buscar a restauração da ordem jurídica violada se tivéssemos de sempre nos valer da legitimação ordinária, e, com isso, deixar a cada lesado a iniciativa de comparecer em juízo, diante do ônus que isso representa (não só os relacionados com o custeio da ação, como os de caráter probatório). A necessidade de comparecimento individual à justiça, sobre impraticável quando de lesões idênticas a milhares ou milhões de pessoas, produziria ainda dois efeitos indesejáveis: a) os poucos que se aventurassem a comparecer em juízo receberiam inevitáveis decisões contraditórias, o que, sobre injusto, ainda seria grave descrédito para o funcionamento do sistema; b) a grande maioria de lesados acabaria desistindo da defesa de seus direitos, o que consistiria em verdadeira denegação de acesso à jurisdição para o grupo.

Segundo essa corrente, não sendo o legitimado ativo o titular do direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, a legitimidade só poderá ser extraordinária por substituição processual. No mesmo sentido Teori Albino Zavascki (2008, p. 77) assevera:

> Considerada a natureza transindividual dos direitos tutelados, não há como, em ação civil pública, imaginar a hipótese de legitimação ativa ordinária de que trata o art. 6º do CPC, ou seja, a legitimação pessoal de quem se afirma titular do direito material. Tratando-se de direito difusos ou coletivos (=sem titular), a legitimação ativa é exercida,

> invariavelmente, em regime de substituição processual: o autor da ação defende, em nome próprio, direito de que não é titular. Pode-se afirmar, por isso mesmo, que esse regime, de natureza extraordinária no sistema comum do processo civil, é o regime ordinário na ação civil pública.

Araken de Assis também entende ser a legitimidade extraordinária por substituição processual:

> Existem várias explicações para o problema da legitimação ativa para a ação coletiva, e, conseguinte, o reconhecimento da legitimidade dos chamados "corpos intermediários". Porém, a solução é unívoca: todos admitem a legitimidade. Os legitimados a propor ação coletiva – o adjetivo "coletivo" se aplica ao objeto do processo, e, não, propriamente ao processo em si – não são titulares do direito posto em causa. Este é o aspecto que me parece essencial e decisivo. Designar a respectiva legitimidade, nesta contingência, como autônoma (NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, Código de processo civil anotado, p. 1.866, 5.ª ed. São Paulo: RT, 2001) ou extraordinária – substituição processual –, que é meu entendimento (ARAKEN DE ASSIS, Substituição processual, n.° 3, pp. 71- 72, Revista da Ajuris. V. 93. Porto Alegre: s/e, 2004), representa, sobretudo, um tema acadêmico. A opinião dominante, inclusive distinguindo interesses institucionais, do interesse posto na causa, resolve adequadamente o tema, assinalando que o legitimado ativo não é o titular do interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo objeto do processo, e, portanto, só pode se tratar de legitimação extraordinária (PEDRO LENZA, Teoria geral da ação civil pública, n.° 3.3.2.3, p. 185, São Paulo: RT, 2003). (TJ/RS, ACÓRDÃO, APELAÇÃO CÍVEL, QUARTA CÂMARA, Nº 70014404784, COMARCA DE ERECHIM, DESEMBARGADOR ARAKEN DE ASSIM, JULGAMENTO 12/04/2006.)

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça compartilham da mesma posição:

> CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PUBLICA PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. Art. 129, DA CF. Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda coletividade e, consequentemente, na defesa de autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a inciativa do próprio ente público na defesa de seu

> patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, pena de nulidade da ação (art. 17,§4º, da lei 8.429/92). (STF, RE208790/SP, 2000)

> O Ministério Público detém legitimidade para a propositura de ação civil pública com o fito de obter pronunciamento judicial acerca da legalidade de suas cláusulas constantes de contrato de plano de saúde. A legitimação extraordinária justifica-se pelo relevante interesse social e pela importância do bem jurídico a ser tutelado. (STJ. Resp 208068/SC, Rel Min. Nancy Andrighi, DJ 08.04.2002)

A substituição processual possui eficácia apenas no plano processual. Aquele que propõe a ação em nome próprio, para a defesa de direito de outrem, não o substitui na relação de direito material. Por isso, não poderá praticar atos que acarretam em disposição do direito, tais como a transação e o reconhecimento do pedido.

De igual forma, mesmo os atos de natureza processual que possam indiretamente comprometer a higidez do direito estão indisponíveis para o substituto processual como, por exemplo, a confissão.

Ressalte-se, ainda, a substituição processual só pode ser admitida quando autorizada expressamente por lei ou decorrer do sistema.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (1996, p. 1414), almejando afastar a dicotomia entre legitimidade ordinária e extraordinária, posicionam-se no sentido de haver uma verdadeira legitimação para a condução do processo quando se tratar de direitos difusos e coletivos. No caso dos direitos individuais homogêneos sustentam que haverá a substituição processual, traduzindo-se em uma legitimação extraordinária. Esses autores apontam que:

> Na verdade, o problema não deve ser entendido segundo as regras de legitimação para a causa com as inconvenientes vinculações com a titularidade do direito material invocado em juízo, mas sim, à luz do que na Alemanha se denomina de legitimação para a condução do processo (selbstandige Prozefuhungsbefugnis), instituto destinado a fazer valer em juízo os direitos difusos, sempre que se tenha de recorrer aos mecanismos de direito material para explicar a referida legitimação. (NERY JÚNIOR, 1997,p.111)

Esse também é o posicionamento de José Manoel de Arruda Alvim Neto (1977, p. 156) , que ensina:

> No sistema das ações coletivas, pois, melhor é referir-se a uma legitimidade autônoma, *ex lege,* por definição, sempre havendo descoincidência entre o que postula e os beneficiários desta postulação, salvo, por exemplo, na hipótese de interesses e direitos individuais homogêneos, em que há o fenômeno da substituição processual, até mesmo pelos dizeres do texto legal.

Entretanto, há quem prefira criar um novo instituto, argumentando que os conceitos clássicos estabelecidos no Código de Processo Civil não são adequados a análise dos pressupostos e condições da ação de natureza coletiva. Nesse sentido, afirma Luiz Manoel Gomes Júnior (2008,p. 85):

> A nosso ver, nas Ações Coletivas estará sempre presente uma *legitimação processual coletiva* que é, justamente, a *possibilidade de almejar a proteção dos direitos coletivos lato sensu (difusos, coletivos e individuais homogêneos)*, ainda que haja coincidência entre os interesses próprios de quem atua com os daqueles que serão, em tese, beneficiados com a decisão a ser prolatada.

Assim, embora haja vários entendimentos sobre a legitimidade no âmbito coletivo, todos a admitem, de modo a privilegiar o amplo acesso à justiça, a celeridade e a economia processual.

4. LEGITIMAÇÃO PLÚRIMA E MISTA

O problema da legitimação é um dos mais controversos para a teoria dos processos coletivos, principalmente se comparado ao processo individual. No Brasil, o legislador estabeleceu a legitimação plúrima e mista. É plúrima porque existem vários legitimados previstos em lei. Também é mista porque dentre os legitimados existem órgãos públicos e privados, tais como o Ministério Público, Defensoria Pública, Associações, dentre outros.

Existem, entretanto, exceções. Apenas a ação popular tem a legitimação

exclusiva do cidadão, mas permite que, nos casos de desistência ou abandono infundado, o Ministério Público dê continuidade à ação.

Tratando-se de improbidade administrativa, a lei não admite a propositura da ação por meio das associações, vez que compete apenas à pessoa jurídica lesada e ao Ministério Público, conforme artigo 17 da lei 8.429/92: "A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar".

Interessante é o teor do artigo 129, §1º da Constituição Federal que expressamente dispõe sobre a Legitimação do Ministério Público: "§1º - A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta constituição e na lei".

Todavia, esse órgão não está entre os entes legitimados para a propositura do Mandado de Segurança Coletivo:

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

Como se observa, a nova lei que entrou em vigor em outubro de 2009, não mudou essa realidade, o que causa estranheza, já que essa limitação não é coerente com o sistema processual coletivo, que busca ampliar o sistema de legitimação visando à efetividade da tutela desses direitos.

5. O CONTROLE JUDICIAL SOBRE A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA

Por representatividade adequada entende-se a possibilidade do ente

legitimado de tutelar adequadamente os direitos materiais postos na causa. Existem dois sistemas para aferição, o *ope legis* e o *ope judicis*.

O sistema *ope judicis*, preponderante nos Estados Unidos, reconhece ao juiz o poder-dever de verificar a adequada representação, sendo que nesses casos o controle será no caso concreto, em decisão fundamentada, segundo critérios não taxativos indicados na lei. Esse controle é utilizado, excepcionalmente, no Brasil.

O sistema utilizado no Brasil, em regra, é o *ope legis*, que exige que a adequação seja previamente determinada em lei, sendo que somente o legislador poderá prever requisitos para a legitimação. Esses requisitos estão previstos de forma taxativa e haverá a referência expressa aos entes legitimados.

Eurico Ferraresi (2009, p.112) leciona que nos Estados Unidos a discussão a cerca da representação adequada demonstra maior importância, principalmente porque a ação coletiva quando julgada improcedente prejudicará os direitos na esfera individual:

> A discussão ganha importância nos Estados Unidos, uma vez que a coisa julgada nas *class actions* opera *pro ET contra*, diversamente do que ocorre no sistema brasileiro. No Brasil, a coisa julgada é *secundum eventum litis* e não prejudicará o litigante individual. No sistema norte-americano, a ação coletiva julgada improcedente produzirá efeitos na esfera individual. Talvez por esse motivo a doutrina americana demonstre maior preocupação com o requisito da representatividade adequada.

Na verdade, a representatividade adequada é um atributo da legitimidade. Segundo Maximilian Fierro Paschoal (2007, p. 113), a representatividade adequada está intimamente ligada à legitimidade, de modo que uma não existe sem a outra.

Kazuo Watanabe (1992, p. 535) salienta que por seu intermédio "se controlam os possíveis abusos no ajuizamento de ações coletivas, como também se afere, em alguns países, a efetividade da coisa julgada"

De acordo com o microssistema processual coletivo brasileiro, as entidades legitimadas pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei de Ação

Civil Pública para o ajuizamento das ações coletivas estão autorizadas a pleitear qualquer pretensão de natureza transindividual.

Isso decorre da presunção de adequada representatividade em relação a todos os titulares desses direitos. Assim, a princípio, no caso concreto, não cabe aferição *ope judicis* a respeito do condicionamento para a legitimidade.

Todavia, diante dos exageros no exercício da legitimação, a doutrina e a jurisprudência evidenciam um movimento para transferir ao juiz da causa a tarefa de aferir a aptidão da entidade que se apresenta em juízo para conduzir o processo coletivo:

> Contudo, tendo em vista pretensos *exageros* ou *abusos* apontados pela doutrina e pela jurisprudência quanto ao exercício da referida legitimação ativa para a propositura de ações coletivas (críticas direcionadas, em especial, ao Ministério Público quando ajuíza ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos disponíveis e às associações civis quando pretendem tutelar direitos coletivos independentemente de autorizações prévias de seus associados), já se percebe um movimento no sentido de transferir ao magistrado a tarefa de aferir, no caso concreto, se a entidade que se apresenta em juízo ostenta, ou não, idoneidade suficiente à condução da demanda coletiva. (VENTURI, 2007, p. 220)

Observe que não é incomum a propositura de ações coletivas por entidades que não possuem comprometimento real, idoneidade técnica e financeira para a defesa dos direitos transindividuais.

Antônio Gidi (2002, p. 69) argumenta que é possível exigir dos magistrados o controle de admissibilidade através da apreciação da idoneidade do autor:

> Apesar de não estar expressamente previsto em lei, o juiz brasileiro não somente pode, como tem o dever de avaliar a adequada representação dos interesses do grupo em juízo. Se o juiz detectar a eventual inadequação do representante, em qualquer momento do processo, deverá proporcionar prazo e oportunidade para que o autor inadequado seja substituído por outro, adequado. Caso contrário, o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito. Se o juiz, inadvertidamente, atingir o mérito da causa, a sentença

> coletiva não fará coisa julgada material e a mesma ação coletiva poderá ser re-proposta por qualquer legitimado.

De igual forma, Pedro Lenza (2008, p. 190) entende ser possível que o juiz da causa negue seguimento à ação coletiva sempre que ausente a representação adequada:

> Assim, os requisitos da prevalência e da superioridade deverão ser aferidos pelo magistrado no caso concreto, cabendo-lhe, indeferir o processamento de qualquer ação de classe que não preencha os requisitos da homogeneidade e da origem comum (art. 81, parágrafo único, III, do CDC), ou, de modo mais amplo, sempre que o processo leve a um "resultado ineficaz (em termos de utilidade da decisão), inadequado (em termos de correspondência entre a pretensão de direito material e a tutela pretendida) ou injusto (em termos de limitação ao contraditório). Ou para corrigir o seu rumo, a qualquer momento, porquanto é sabido que não há preclusão sobre as condições da ação ou sobre as garantias do devido processo legal, que devem ser amplamente asseguradas ao réu no processo de liquidação".

Luiz Manoel Gomes (2008, p. 144), por sua vez, também sustenta o entendimento:

> Aderimos ao entendimento que é possível ao juiz, no Ordenamento Jurídico Brasileiro, avaliar se presente a representação adequada para determinado legitimado atuar na defesa de direitos coletivos. Também possível à parte contrária questionar a legitimidade do ente demonstrando, com ônus probatório sua, referida falta de aptidão para atuar na defesa dos interesses coletivos.

Não obstante, existem entendimentos mais conservadores como o de Álvaro Luiz Valery Mirra (2005, p. 46), que expõe: "Ressalte-se que, nos termos da lei, tais requisitos, além de necessários, são suficientes para a caracterização da representatividade adequada da associação civil."

No entanto, entender possível o controle da representatividade adequada *ope judicis* em determinados casos, demonstra avanço na busca pela efetividade da tutela coletiva, principalmente por evitar que demandas fadadas ao fracasso tramitem por um longo período e, ao final, sejam julgadas improcedentes.

Além disso, a coisa julgada, salvo por falta de provas, também acarretaria sérios prejuízos ao impedir o ajuizamento de outra demanda com o mesmo pedido e causa de pedir.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legitimidade ativa para a propositura das ações coletivas foi estipulada expressamente na lei, abrangendo os entes de direito público, associações, Ministério Público, autarquias, fundações e sociedades de economia mista, dentre outros. O legislador reconheceu que esses entes são adversários com maiores possibilidades de realizar a defesa dos direitos da coletividade, garantindo maior segurança e efetividade.

A natureza jurídica da legitimação causa divergência na doutrina, sendo que as correntes se dividem em ordinária, extraordinária e autônoma. No entanto, ainda há aqueles que refutam essa divisão, vez que baseada nos direitos individuais, reconhecendo que no caso dos direitos coletivos haveria uma nova classificação, denominada de legitimação processual coletiva.

A opinião majoritária, inclusive aplicada pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, resolve satisfatoriamente o tema, demonstrando que o legitimado ativo não é o titular do interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo objeto do processo, e, portanto, só pode se tratar de legitimação extraordinária.

Quanto às entidades legitimadas, conclui-se que estão autorizadas a pleitear qualquer pretensão de natureza transindividual, conforme a presunção de adequada representatividade. No entanto, em alguns casos, diante dos exageros no exercício da legitimação, a doutrina e a jurisprudência evidenciam um movimento para transferir ao juiz da causa a tarefa de aferir a idoneidade da entidade que se apresenta em juízo para conduzir o processo coletivo.

7. REFERÊNCIAS

ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Ação civil pública. **Revista de Processo.** n 87, jul-set, 1977.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**: Processo Coletivo. 3. ed. Bahia: Podivm, 2008.

FERRARESI, Eurico. **Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo.** Instrumentos Processuais Coletivos. São Paulo: Forense, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 3 ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. V. I.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Repro.** São Paulo: RT, n. 108, out/dez. 2002.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Curso de direito processual civil coletivo**. 2. ed. São Paulo: Srs, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, 2010.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. T. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública em defesa do meio ambiente**: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa. In MILARÉ, Édis (Coord.) *A ação civil pública após 20 anos:* efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamento para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 404, junho de 1969.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NERY JR., Nelson. **Principio de processo civil na constituição**.4 ed, São Paulo: RT,1997.

PASCHOL, Maximilian Fierro. **A representatividade adequada na ação coletiva brasileiro**. 2007. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, 2007.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Substituição processual**. São Paulo: LTr, 1998.

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.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Curso avançado de processo civil:** Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Curso avançado de processo civil:** Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WATANABE, Kazuo. Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações Coletivas, **Repro**. São Paulo, n. 67, jul-set. 1992.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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.