

Devido processo coletivo: um esboço sobre a identificação e o controle da substituição adequada das massas

Felipe Silva Noya¹

Sumário: 1 Introdução. 2 As ações coletivas frente ao devido processo legal. 2.1 A dupla face do devido processo legal. 2.2 Garantias correlatas. 2.2.1 A garantia à participação no processo: o significado do contraditório e da ampla defesa. 2.2.2 A neutralidade do magistrado: a extensão do conceito do juiz natural. 2.3 O devido processo legal coletivo; 3 A legitimação *ad causam*. 4. A legitimação coletiva e as teorias da representação. 4.1 A controvérsia doutrinária acerca da natureza jurídica da legitimação para agir nas ações coletivas. 4.2 As teorias da representação coletiva. 4.2.1 Teoria da corporação de fato. 4.2.2 Teoria da hipossuficiência. 4.2.3 Teoria do consentimento. 4.2.4 Teoria do interesse. 4.2.5 Teoria institucional. 5 Por uma representação adequada: o controle judicial da legitimação nas ações coletivas. 5.1 A representatividade e a representação adequada. 5.2 O controle judicial da legitimação nas ações coletivas. 6 Conclusão. 7 Referências.

1 Introdução

A progressiva complexidade da sociedade e a intensificação das relações de massa ensejaram a positivação e até mesmo a constitucionalização

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS). Analista Técnico Administrativo da Defensoria Pública da União em São Paulo e Assessor da Defensora Chefe. Mestrando em Direito Público na UFBA (Teoria do Processo e Tutela dos Direitos) e pós-graduando em Direito Processual Civil.

de direitos titularizados por grupos de indivíduos às vezes identificáveis, outras não.

A consagração de tais direitos foi seguida do desenvolvimento de ações coletivas que configuram importante instrumento de defesa de três categorias de direitos: os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

De fato, o tratamento individualista clássico vigente no direito processual civil demonstrava-se incapaz de tutelar de forma eficaz tais direitos, seja por que esses “novos direitos” implicam um tratamento isonômico dificilmente observado se intentadas dezenas de ações com o mesmo objeto, seja porque o sistema clássico impõe uma identidade entre a parte processual e a parte material.

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

Nessa senda, a legitimação *ad causam* coletiva surge com premente necessidade de ser estudada, principalmente ao se contrapor o processo coletivo à cláusula do devido processo legal, sendo imperativa para se aferir a própria legitimidade dos efeitos da decisão e do próprio desenvolver procedimental.

Atenta a isso, a processualística brasileira desenvolveu baremas para a construção da legitimidade da representação coletiva, tendo em vista as peculiaridades de tal tutela e suas repercussões na seara individual.

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

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

Atento a tais fatores, iniciamos a pesquisa através da delimitação do conceito do devido processo legal e de sua adequação ao processo coletivo, através da reformulação de conceitos clássicos.

Passaremos, então, à análise da legitimação para a causa como elemento processual genérico, com o escopo de explicar a sua aceção e apontar as peculiaridades que adquire no âmbito da tutela em massa.

Finalizamos a pesquisa com o estudo acerca da possibilidade de controle judicial da legitimação coletiva.

Vale apontar, por fim, por apego à clareza conceitual, que ao nos referirmos durante o estudo à representação coletiva, não estamos desconsiderando que tal instituto, em verdade, não trata de representação tecnicamente entendida, mas sim de substituição processual. Utilizamos apenas por tal expressão ser corriqueira na doutrina.

2 As ações coletivas frente ao devido processo legal

2.1 A dupla face do devido processo legal

O devido processo legal teve origem na *Charta Magna* elaborada sob o reinado de João Sem-Terra e foi fruto da insurgência dos nobres ingleses devido à tensão sociopolítica existente na região.²

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

“Assegurava-se, pois, que nenhum ‘homem livre’ seria privado de seus bens jurídicos maiores – vida, propriedade, liberdade –, sem que antes tivessem sido atendidas exigências formais, quais sejam, o julgamento por seus pares (*judgement of his peers*) e o respeito à lei da terra (*law of the land*). Isso significava que os direitos naturais do homem somente poderiam sofrer limitações com respeito aos procedimentos e ao direito comumente aceito e sedimentado nos precedentes judiciais.”³

2 BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 156.

3 BRAGA, Paula Sarno, ob. cit., p. 160.

Essa face formal da cláusula do devido processo legal foi aceita e perdurou entre os séculos, influenciando as Cartas coloniais da América do Norte e, posteriormente, a própria Constituição dos Estados Unidos, notadamente através das 5^a e 14^a emendas.⁴

De fato, essa garantia se deu inicialmente, conforme afirma Carlos Roberto Siqueira Castro⁵, no âmbito penal, figurando como verdadeiro requisito de validade da jurisdição nessa instância, mas acabou por se espalhar nas esferas civis e, mais recentemente, na administrativa.

Embora restrita ao âmbito formal, a cláusula do devido processo legal já era reconhecida através de garantias explícitas e implícitas no estatuto constitucional norte-americano, que tomavam como escopo a equalização da relação processual, principalmente através dos instrumentos de participação que concretizavam a ampla defesa e o contraditório. Atento a isso, Humberto Theodoro Júnior assevera que:

“Como parte das garantias fundamentais, o *due process of law* pressupõe que ninguém pode ser afetado em sua esfera jurídica sem ter sido ouvido e vencido em juízo, em procedimento que, ainda, respeite sua dignidade pessoal. Na verdade, o princípio do *contraditório*, sem o que não se pode admitir o processo como democrático, não é senão um simples aspecto do direito fundamental e genérico da igualdade de todos perante a lei, que, no campo da justiça, se traduz na igualdade das partes no processo”.⁶

Assim, originariamente o devido processo legal não legitimava o questionamento dos atos do Poder Público, incluindo-se aqui a própria lei, de forma que os primeiros julgados norte-americanos lhe deram aplicação sob um enfoque estritamente processual-formal.⁷

4 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 29.

5 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, ob. cit., p. 29.

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

7 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, ob. cit., p. 41-42.

Desse modo formulada, a cláusula do devido processo legal, em sua face formal (*procedural due process*), “nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível”.⁸

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

Em tal julgado, a Suprema Corte afirmou que:

“[...] é enfaticamente atribuição e dever do órgão judicial dizer o que é o direito. Aqueles que aplicam a regra nos casos concretos devem necessariamente esclarecer e interpretar essa regra. Se duas leis entram em conflito entre si, a corte deve decidir a operabilidade de cada uma. Então, se a lei estiver em oposição à Constituição: se ambas, lei e Constituição, são aplicadas em um caso concreto, então a corte deve também decidir o caso de acordo com a lei, indiferentemente à Constituição, ou de acordo com a Constituição, sem levar em consideração a lei: a Corte deve determinar qual dessas normas conflitantes governa o caso. Essa é a verdadeira essência da função judicial. [...] Aqueles, destarte, que subvertem o princípio de que a Constituição deve ser considerada, na justiça, como uma lei suprema, ficam reduzidos à necessidade de manter a justiça de olhos fechados para a Constituição, e ver apenas a lei. Essa doutrina iria subverter o verdadeiro fundamento das Constituições escritas. [...] Poderia ser essa a intenção daqueles que deram este poder, por assim dizer, de forma que a Constituição não deveria ser analisada? Esse é um caso nascido sob a Constituição que deveria ser decidido sem o exame do instrumento sob o qual ele nasce? Isso é muito extravagante para ser mantido.”⁹

8 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 70.

9 No original: “It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation

Tal precedente foi elaborado sob os anseios norte-americanos que repudiavam o Parlamento inglês, cujo poder preponderava em relação ao Judiciário e ao Executivo.

De fato, a supremacia do Poder Judiciário nos Estados Unidos foi uma resposta à exploração inglesa das colônias americanas, que possuía lastro em medidas controladoras e constritivas dos direitos dos colonos criadas pelo Parlamento inglês¹⁰, mas a sua consequência – abertura do precedente para o controle judicial das leis – espalhou-se para outros países, dando início à chamada face material do devido processo legal (*substantive due process*).

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

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

“Esta corte nunca se propôs a definir com precisão a expressão ‘devido processo legal’[...]. Foi suficiente dizer que havia certos princípios imutáveis de justiça inerentes à ideia de governo livre, dos quais nenhum membro da União poderia ignorar. As mesmas palavras foram utilizadas para a ‘Lei da Terra’ de cada Estado, da qual deriva sua autoridade originária do poder inerente e reservado ao Estado, manifestado nos limites desses princípios fundamentais de liberdade e justiça, os quais permanecem na base

of each. So if a law be in opposition to the constitution: if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law: the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. [...] Those then who controvert the principle that the constitution is to be considered, in court, as a paramount law, are reduced to the necessity of maintaining that courts must close their eyes on the constitution, and see only the law. This doctrine would subvert the very foundation of all written constitutions. [...] The judicial power of the United States is extended to all cases arising under the constitution. Could it be the intention of those who gave this power, to say that, in using it, the constitution should not be looked into? That a case arising under the constitution should be decided without examining the instrument under which it arises? This is too extravagant to be maintained”. (Disponível em: <<http://www.lectlaw.com/files/case14.htm>>. Acesso em: 15 out. 2010. Nossa tradução).

10 BRAGA, Paula Sarno, *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*, cit., p. 171.

de todas as nossas instituições civis e políticas. O limite de todo o controle do qual o Estado goza nos procedimentos desta corte, tanto nos casos cíveis quanto nos penais, é objeto apenas da qualificação de que esse procedimento não deve trabalhar a fim de negar os direitos fundamentais ou conflitar com cláusulas específicas e aplicáveis da Constituição Federal.”¹¹

No Brasil, conforme assevera Adhemar Ferreira Maciel¹², a Constituição Federal de 1988 foi pioneira na utilização da referida cláusula, quando, inspirada nas Emendas ns. 5 e 14 da Constituição norte-americana, consagrou, em seu artigo 5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Notável que na segunda metade do século XX, como assevera José Joaquim Calmon de Passos¹³, houve a constitucionalização do processo, alargando o conceito do devido processo legal para o do devido processo constitucional, uma vez que:

“[...] compreendido o direito como algo não *dado* aos homens pela natureza, mas por eles *produzido*, revelou-se fundamental entender-se o processo de sua produção, que se percebeu ter matrizes políticas, devendo, portanto, para legitimar-se, adequar-se a quanto *estabelecido constitucionalmente para sua produção*, em qualquer de seus níveis. Disso resultou, por exemplo, e para mencionar apenas uma das mais significativas consequências no âmbito do processo, erigir-se o direito de ação, cuja autonomia

11 “*This court has never attempted to define with precision the words ‘due process of law’. [...] It is sufficient to say that there are certain immutable principles of justice which inhere in the very idea of free government which no member of the Union may disregard. The same words refer to that law of the land in each State, which derives its authority from the inherent and reserved powers of the State, exerted within the limits of those fundamental principles of liberty and justice which lie at the base of all our civil and political institutions. The limit of the full control which the State has in the proceedings of its courts, both in civil and criminal cases, is subject only to the qualification that such procedure must not work a denial of fundamental rights or conflict with specific and applicable provisions of the Federal Constitution.*” Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/211/78/case.html>>. Acesso em: 15 out. 2010. Nossa tradução).

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

13 PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 351, p. 110, jul./set. 2000.

fora teorizada no século XIX, à categoria de direito fundamental, cujo objeto passou a ser o dever do Estado-juiz de prestar sua atividade jurisdicional com vistas a produzir o direito aplicável ao caso concreto, fazendo-o não de modo arbitrário ou pretensamente racional, sim com obediência irrestrita a quanto disposto como *devido processo constitucional*.¹⁴

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

A Suprema Corte norte-americana, no precedente *Solesbee v. Balkcom*, em voto do Justice Frankfurter, vinculou o devido processo legal a princípios morais tão enraizados na sociedade que os tornam seu próprio fundamento.¹⁵

A jurisprudência brasileira, todavia, afastando-se de preceitos jus-naturalistas, conforme se verifica no voto do Ministro Celso de Mello, no âmbito da MC ADI n. 1.407, parte de premissas mais concretas, de forma a conceituar a cláusula do devido processo legal não apenas como restrição de caráter procedimental à atuação do Poder Público, mas antes como verdadeiro poder de tutelar os direitos da sociedade contra atos legislativos desprovidos de razoabilidade.¹⁶

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

14 PASSOS, José Joaquim Calmon de, *Instrumentalidade do processo e devido processo legal*, cit., p. 110.

15 “*It is now the settled doctrine of this Court that the Due Process Clause embodies a system of rights based on moral principles so deeply embedded in the traditions and feelings of our people as to be deemed fundamental to a civilized society as conceived by our whole history. Due Process is that which comports with the deepest notions of what is fair and right and just.*” (Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/339/9/case.html>>. Acesso em: 15 out. 2010).

16 “É preciso salientar, neste ponto, que a cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo artigo 5º, LIV, da Constituição – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter procedimental à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão substantiva, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do substantive due process of law reside, pois, na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.” (STF – ADI n. 10.603-8, rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 out. 2010).

“[...] na verdade, a ideia central dos princípios da proporcionalidade/razoabilidade – cujos sentidos são convergentes – é, em suma, a proibição dos excessos no exercício do Poder Estatal. Os atos estatais devem ser: i) *substancialmente adequados* para alcançar o resultado pretendido, considerando-se que os meios escolhidos devem ser aptos a conduzir ao fim almejado; ii) *realmente necessários* para obter tal fim, aferindo-se se não haveria outros meios menos gravosos para o cidadão; iii) e enfim, *estritamente proporcionais*, ou seja, ponderados os valores em jogo, não se pode malferir aquele de maior valia; as vantagens com a prática do ato estatal devem superar as desvantagens. [...] Como se pode notar, é essencial para o estudo do princípio do devido processo legal substancial essa sua identificação com o princípio da proporcionalidade/razoabilidade, vez que permite a melhor compreensão do seu significado e alcance.”¹⁷

Dessa forma, em que pese a dificuldade de se estabelecer um conceito sólido, a doutrina¹⁸ o põe como verdadeira amálgama de princípios, consubstanciando verdadeira síntese de garantias fundamentais sempre aplicada em sua inteireza, embora seus corolários possam ser ponderados.

2.2 Garantias correlatas

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

Nelson Nery Junior¹⁹ chega ao extremo de afirmar que bastaria a consagração expressa da referida cláusula, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal, para que se inferissem todas as normas processuais cujo escopo fosse a própria justiça. Seria, “por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies”.²⁰

17 BRAGA, Paula Sarno, *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*, cit., p. 192.

18 Ibidem, p. 181.

19 NERY JUNIOR, Nelson, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 60.

20 Ibidem, p. 60.

Nesse sentido, diversas normas são extraídas do instituto analisado, de forma que a doutrina²¹ põe como principais garantias correlatas não apenas a isonomia e o juiz natural, mas acrescem a estes o contraditório, a ampla defesa, a publicidade dos atos processuais, a vedação das provas ilícitas e a motivação dos atos judiciais.

Embora as garantias acima arroladas guardem imensa relevância, a presente pesquisa ficará restrita a tratar mais minuciosamente daquelas que, *a priori*, poderiam consubstanciar certo óbice à aceitação das demandas coletivas, de forma que o foco será dado não apenas no direito à participação processual (contraditório e ampla defesa), mas também na questão da (im)parcialidade do magistrado (elemento intrínseco ao juiz natural), cuja repercussão, notadamente devido à circunscrição de seus poderes, se fazem de assaz importância para o deslinde desta pesquisa.

2.2.1 A garantia à participação no processo: o significado do contraditório e da ampla defesa

Conforme opina Eduardo Juan Couture²², a obrigatoriedade de ouvir a outra parte é fórmula que resume o princípio da igualdade, de forma que o contraditório seria ícone da igualdade formal.

Nesse sentido, o aludido princípio limitaria a atuação do julgador, quando apresentada petição ou formulada nova pretensão, salvo situações excepcionais, a prévia oitiva da parte contrária.²³

Todavia, já com Eduardo Juan Couture²⁴, há a advertência de que tal regra não deve ser tomada em bases aritméticas, mas antes deve ser entendida como uma “razoável igualdade de possibilidades no exercício da ação e da defesa”.²⁵

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

22 COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1978. p. 183.

23 Ibidem, p. 183.

24 Ibidem, p. 185.

25 No original: “razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y de la defensa” (COUTURE, Eduardo Juan, ob. cit., p. 185, nossa tradução).

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

“O contraditório implica uma relação de forças e isso nem sempre está de acordo com a justiça. Vários institutos processuais, da assistência jurídica gratuita às providências cautelares, do litisconsórcio ao Ministério Público e à intervenção assessoria, devem ser considerados à luz desse princípio.”²⁶

Mais atualmente, Luiz Guilherme Marinoni²⁷ fixou concepção ampliadora do contraditório, não o restringindo de forma incondicional aos limites traçados pela legislação, partindo, para tanto, da premissa de que a regra legal pode trazer restrições indevidas ao direito de impugnação da pretensão do autor, o que ensejaria a análise do controle de constitucionalidade da lei. Vincula-se, assim, o contraditório ao *substantive due process of law*.

Todavia, o princípio do contraditório não deve restar reduzido a esse caráter formal, também chamado de bilateralidade da audiência, mas deve se estender ao poder de influência das partes. Há a obrigatoriedade não apenas de permitir que a parte seja ouvida, mas, sobretudo, de que possa influenciar na decisão final.²⁸

Deve-se lembrar, no entanto, que o direito fundamental ao contraditório não impõe a obrigatoriedade da presença do réu como essencial para o desenrolar legítimo do processo, “o que é indispensável é que se coloque o réu na condição de poder defender-se”²⁹, o que encerraria o âmago da garantia.

26 No original: “El contradictorio implica una relación de fuerzas y esto no siempre va de acuerdo con la justicia. Varios institutos procesales, del patrocinio gratuito a las providencias cautelares, del litisconsorcio al ministerio público y a la intervención accesoría, deben ser considerados a la luz de este principio.” (CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. v. 1, p. 113, nossa tradução).

27 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 308.

28 DIDIER JUNIOR, Fredie. *Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2005. p. 44.

29 SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil*. 7. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1, p. 300.

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

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

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

Salutar, desse modo, que a ampla defesa é instituto mais amplo do que o contraditório, sendo este inserido naquela como um dos meios de sua concretização, uma vez que, como bem salienta Delosmar Mendonça Junior³⁰, “o contraditório é o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, esta se realiza através do contraditório”.

Não obstante a essencialidade, no processo, do contraditório para a aferição do respeito à ampla defesa, outros preceitos são igualmente importantes. Nesse sentido, o próprio duplo grau de jurisdição não aceita limitações sem lastros fundamentantes legítimos, como ocorre, por exemplo, na necessidade de recolhimento de multas aos cofres públicos³¹, ou o próprio recolhimento ao cárcere que, conforme decidiu

30 MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. *Princípio da ampla defesa e da efetividade no processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 55.

31 “Mandado de segurança – Recurso administrativo. Recolhimento da multa. Prejudicialidade com o julgamento do recurso em razão da medida liminar. Direito de ampla defesa. 1. Não se considera prejudicado o mandado de segurança em razão do julgamento do recurso administrativo por força da medida liminar se o direito pleiteado necessita de definição jurisdicional considerando a disciplina da Constituição Federal. 2. O recolhimento da multa aos cofres da unidade federada como condição de recorribilidade atinge o direito de ampla defesa do contribuinte, garantido pelo constituinte dos oitenta. 3. Recurso extraordinário desprovido.” (STF – RE n. 170145/SP, rel. Min. Menezes Direito, j. 15.04.2008. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 set. 2010. Grifo nosso).

recentemente o Supremo Tribunal Federal³², viola o devido processo legal, por configurar lesão à garantia do duplo grau de jurisdição, aqui posto como corolário da ampla defesa.

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

Em relação ao autor, o contraditório se faz visível não só nos casos de reconvenção, pedido contraposto e resposta a recursos interpostos pela outra parte, hipóteses nos quais figurará como verdadeiro demandado (terá uma pretensão veiculada contra si), mas ainda na própria réplica, na qual terá a oportunidade de se manifestar sobre a defesa deduzida pelo réu.

2.2.2 A neutralidade do magistrado: a extensão do conceito do juiz natural

Analisando a doutrina pátria³³, já fixamos em outra ocasião³⁴ a amplitude do princípio do juiz natural, no direito de se ver uma pretensão analisada “por um ente imparcial, independente, preestabelecido por norma geral, cujas competências estariam bem definidas por normas processuais constitucionais ou infraconstitucionais”.

Por tal conceito, aferem-se garantias de ordem formal e material aceitas pela doutrina que dizem respeito não apenas ao *animus* existente no julgamento, mas também à própria repartição de funções jurisdicionais – competência – e processuais – atos dos sujeitos envolvidos na relação processual.

32 STF – HC n. 88.420, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17.4.2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 set. 2010.

33 A doutrina analisada esteve circunscrita a Fredie Didier Junior (*Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*, cit.), Ada Pellegrini Grinover (O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, p. 11-29, jan./mar. 1983) e Nelson Nery Junior (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit.).

34 NOYA, Felipe Silva. Repercussões práticas do princípio do juiz natural. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, Porto Alegre, v. 7, p. 246, 2007.

Antônio do Passo Cabral³⁵, ao discorrer acerca das funções processuais e da potencial parcialidade dos sujeitos que as exercem, estabeleceu a diferença entre imparcialidade – critério subjetivo – e imparcialidade – critério objetivo, ambas envolvidas no conceito do juiz natural.³⁶

Nesse sentido, o vocábulo imparcialidade significaria a ausência de elemento anímico no agir do julgador, exigindo “uma ausência de comprometimento senão por razões estritamente decorrentes das previsões do ordenamento”³⁷, enquanto a imparcialidade diria respeito à própria repartição funcional no processo, não estando restrita à fixação da competência.

Em verdade, o critério objetivo analisado por Antônio do Passo Cabral³⁸ está vinculado às funções procedimentais distribuídas pela lei, de forma que, como pontua o autor:

“[...] a imparcialidade é um estatuto, aferível objetivamente, pertinente apenas à estrutura e organização do labor procedimental, da distribuição de funções processuais entre os vários sujeitos envolvidos, refletida num juízo comparativo, um cotejo entre as figuras processuais em abstrato, em tese, com o ato ou função específica a praticar em um dado processo.”³⁹

Assim, percebe-se a relevância do formalismo para a adstrição do juiz natural, uma vez que é essa forma preestabelecida que irá evitar os excessos, não apenas de uma parte em relação à outra, mas, acima de tudo, prevenirá as partes de potenciais arbitrariedades do magistrado.

Também é função do formalismo o controle do equilíbrio entre as partes, concretizando-se em dois planos: no normativo, através da distribuição de poderes entre os litigantes; e no fático, mediante o desen-

35 CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JUNIOR, Fredie Souza (Coords.). *Teoria do processo*: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 99-123.

36 Para Antônio do Passo Cabral, a imparcialidade estaria justificada no próprio Estado do Direito, embora chame a atenção para a costumeira vinculação entre imparcialidade e juiz natural (ob. cit., p. 103).

37 CABRAL, Antônio do Passo, Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal, cit., p. 101.

38 Ibidem, p. 101.

39 Ibidem, p. 106.

volvimento do procedimento em concreto.⁴⁰

Não obstante o formalismo restar ligado indissociavelmente tanto à efetividade quanto à segurança do processo, seu excesso se mostra contrário ao próprio direito, de forma que seria necessária atenção às particularidades do caso concreto, a fim de adaptar a norma a ser aplicada, além do que, como afirma Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “para afastar as consequências nefastas do formalismo excessivo, pernicioso ou negativo, mostra-se necessário que o jurista, o operador prático do direito, muna-se de ferramentas que impeçam tal desvio de perspectiva”.⁴¹

Por tal fato, o juiz natural, entendido no âmbito do devido processo legal, deve respeitar as normas preestabelecidas, mas não pode se manter prisioneiro do formalismo exacerbado, de forma que para se aferir a existência ou não de arbitrariedade, deve-se olhar o caso concreto e ponderá-lo com a atuação do magistrado.

É a partir dessa noção que se perceberá e se legitimará a atuação do julgador nos casos concretos, sem que, para tanto, deva-se necessariamente imputar parcialidade ao magistrado.

2.3 O devido processo legal coletivo

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

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

40 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JUNIOR, Fredie Souza (Coords.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 127.

41 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, ob. cit., p. 137.

Afastando-se dessa limitação, Mauro Cappelletti⁴² já altercava a modificação dos moldes individualistas, acreditando que as alterações no sistema procedimental que focava exclusivamente o interesse material, principalmente para a fixação da legitimação para a representação em juízo, e a iniciativa particular, concretizavam a mais profunda “evolução do direito judiciário na época contemporânea”.⁴³

Mesma percepção já possuía José Carlos Barbosa Moreira⁴⁴ quando, ao defender a ação popular, apontou a necessidade da socialização – palavra criticada pelo autor por imprimir, em certas ocasiões, sentido diverso daquele que almejava – do processo, libertando-o de amarras individualistas, de forma a tratá-lo com as peculiaridades que os “novos direitos” trouxeram ao campo processual.

Assim, não basta a elaboração de procedimentos formais adequados para a proteção de direitos metaindividuais, mas são necessárias, sobretudo, profundas alterações substanciais nos sistemas procedimentais⁴⁵. Mesma lição é trazida por Mauro Cappelletti:

“Eis, portanto, porque mesmo os milenares princípios de defesa e de contraditório se revelam insuficientes diante das mutantes exigências da sociedade contemporânea. Tal insuficiência, por outro lado, não significa abandono, mas superação. É necessário superar sistemas de um garantismo processual de caráter meramente individualístico, um garantismo justamente – mesmo se por acaso muito incondicionalmente – criticado na refletida palestra de Vittorio Denti. Em segundo lugar, deve nascer um novo e mais adequado tipo de garantismo que eu gostaria de definir como ‘social’ ou ‘coletivo’, conceito não somente para a salvaguarda dos indivíduos em um processo individualístico, mas também para a salvaguarda dos múltiplos e extremamente importantes novos

42 CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 5, p. 130, jan./mar. 1977.

43 Ibidem, p. 132.

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

45 SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas y la legitimidad para la defensa de intereses difusos y colectivos. In: GIDI, Antônio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coords.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un código modelo para Iberoamérica*. México: Porrúa, 2003. p. 120.

grupos e ‘corpos intermediários’ que também reclamam acesso à justiça para a tutela de seus interesses. Somente deste modo, enfim, será integralmente atuado o preceito constitucional, que quer não apenas o respeito do direito de defesa e, portanto, do contraditório (art. 24, § 2º, da Constituição italiana), mas, também, uma efetiva tutela dos direitos e interesses legítimos (art. 24, § 1º, em confronto com o art. 3º) e, portanto, também dos direitos e dos interesses que a própria Constituição ou outras leis atribuem às ‘formações sociais’ nas quais o homem ‘desenvolve sua personalidade’ (art. 2º). Para resumir em poucas palavras aquilo que deveria ser um longo discurso, direito que a lição comparativa poderia traduzir-se, por esse motivo, na fórmula: *adequada representatividade*.⁴⁶

Rodolfo Camargo Mancuso⁴⁷ giza que os direitos de ser ouvido, de ser citado e o de apresentar defesa são substituídos pelo direito de ser ouvido, citado e defendido através de um *representante*, o que impõe uma *representatividade adequada*⁴⁸ que, por seu turno, nos leva à análise, mais abaixo, dos poderes procedimentais do magistrado e a pretensa (im)parcialidade quando examina a legitimidade dessa representação.

Note-se que a adequada representatividade não pode estar restrita ao plano teórico, o que enseja não apenas a análise da idoneidade dos representantes, trabalho ao qual as teorias da representação coletiva se debruçam, mas antes impõe a elaboração de outros instrumentos processuais que obstaculizem a inidoneidade *in concreto* do representante.

46 CAPPELLETTI, Mauro, Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, cit., p. 154-155.

47 MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*: teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 282.

48 “Esse instituto, desconhecido do processo individual, alicerça no processo coletivo a legitimação, exigindo que o portador em juízo dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos apresente as necessárias condições de seriedade e idoneidade, até porque o legitimado é o sujeito do contraditório, do qual não participam diretamente os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas. Embora a legislação atual não mencione expressamente a representatividade adequada, ela inquestionavelmente pode ser vislumbrada em normas que dizem respeito à legitimação das associações. No Código projetado, a representatividade adequada está acoplada aos requisitos objetivos que acompanham as normas sobre legitimação e deverá ser aferida pelo juiz quando o legitimado for pessoa física e nas ações coletivas passivas.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JUNIOR, Fredie (Coords.). *Teoria do processo*: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 33).

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

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

Dessa forma, a coisa julgada *secundum eventum probationes* é meio eficaz para garantir, na prática, a adequada representatividade, sem a qual os indivíduos que deveriam estar albergados pelos efeitos da decisão coletiva não podem por ela serem afetados, sob pena de se violar o devido processo legal coletivo.

A concepção de devido processo legal coletivo, todavia, não deve ser limitada à representatividade adequada, embora esse âmbito seja essencial para a legitimidade do processo, mas deve tomar conotação ampla, a fim de abarcar também princípios incidentes sobre a própria postulação, principalmente a inafastabilidade da jurisdição.

Verifica-se nessa linha que o sistema de formação da coisa julgada *secundum eventum litis* também ganha relevo no respeito ao devido processo legal coletivo, uma vez que as normas não podem impedir o acesso à tutela jurisdicional.

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

Essa característica, porém, não desvirtua a natureza individual dos direitos objeto da ação coletiva, e impedir o ingresso individualizado de seus titulares seria lesão inaceitável à inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal.⁴⁹

49 Conforme aponta Antonio Gidi, a princípio, os direitos individuais homogêneos se mostram como aqueles tradicionalmente considerados no sistema do *civil law*, claramente individualizáveis e divisíveis. Em verdade, tal instituto representaria uma reformulação no tratamento procedimental, a fim de se alcançar unitarismo nas decisões, relacionando direitos individuais de múltiplos indivíduos em uma única ação (Class actions in Brazil: a model for civil law countries. *American Journal of Comparative Law*, v. 51, p. 357, 2003).

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

Em arremate, a substituição do modelo individualista por um formato coletivo do procedimento deve ser precedida de uma construção idônea que deve levar em especial consideração, embora não ponha de lado outros fatores acima citados, a legitimidade para a representação coletiva, o que perpassa a abrangência do conceito da *legitimatío ad causam* e das teorias fundamentantes da representação das massas.

3 A legitimação *ad causam*

Conceituada desde a origem como “a pertinência subjetiva da lide nas pessoas do autor e do réu, por parte da ordem jurídica, como sendo as pessoas facultadas respectivamente a pedir e contestar providência que é objeto da demanda”⁵⁰, não se confunde com o direito genérico à ação, uma vez que, embora todos os sujeitos de direito possam acionar o Poder Judiciário, “ninguém está autorizado a levar ao Judiciário de modo eficaz, toda e qualquer pretensão, relacionada a qualquer objeto litigioso”.⁵¹

Assim, Donaldo Armelin⁵² afirma que:

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

50 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 127.

51 DIDIER JUNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 227-228.

52 ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 80.

A legitimação *ad causam*⁵³, nesses termos formulada, permite a identificação de duas espécies amplamente divulgadas pela doutrina, a ordinária e a extraordinária.

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

Luiz Fernando Belinetti⁵⁴ aduz que a legitimidade extraordinária é permitida de forma excepcional pela legislação naqueles casos nos quais aquele que na inicial afirma a titularidade e legitimidade materiais não possui, pelo ordenamento jurídico, poder para exercer tal afirmação em juízo, de modo que outra pessoa – esta sim titular da legitimação extraordinária – deverá ir ao Judiciário.

Tal hipótese, porém, seria apenas umas das faces assumidas pela legitimação extraordinária, denominada como autônoma⁵⁵ e exclusiva, em contraponto à classificada como autônoma e concorrente, que, por sua vez, conforme se depreende nas lições de José Carlos Barbosa Moreira⁵⁶, “não cancela a legitimação ordinária do titular da situação jurídica

53 Para Fredie Didier Júnior, “[...] os principais aspectos da legitimidade *ad causam*: a) trata-se de uma situação jurídica regulada por lei (‘situação legitimante’; ‘esquemas abstratos’; ‘modelo ideal’, nas expressões normalmente usadas pela doutrina), em que se atribui o poder jurídico de conduzir determinado processo; b) é qualidade jurídica que se refere a ambas as partes do processo (autor e réu); afere-se diante do objeto litigioso, a relação jurídica substancial deduzida – ‘toda legitimidade baseia-se em regras de direito material, embora se examine à luz da situação afirmada no instrumento da demanda; trata-se de uma condição transitiva, relacional’, pois, ‘acha-se ligada a uma determinada situação e afere-se em face de dadas pessoas’.” (*Pressupostos processuais e condições da ação*: o juízo de admissibilidade do processo, cit., p. 229).

54 BELINETTI, Luiz Fernando. Ação e condições da ação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 96, p. 265, out./dez. 1999.

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

56 MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Ibidem*, p. 10.

litigiosa [...]. Tão somente concorre com ela, tornando indiferente, para a verificação da regularidade do contraditório, que no processo figure apenas o legitimado extraordinário, apenas o ordinário, ou ambos”.

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

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

“Como se viu em Chiovenda, a doutrina examina a substituição *vis a vis* à representação. O método é comparativo. Na substituição processual, a parte age, em juízo, em nome próprio, na defesa de direito de alheio. Tal não se passa com a representação. Neste, o representante defende direito do representando, em nome deste e, não em nome próprio. Na substituição processual, o substituto é titular da ação. O substituto é parte na relação processual. O substituído não é parte. Na representação, a titularidade da ação é do representado. A parte, na relação processual, é o representado e não o representante.”

Presente na doutrina, ainda, a distinção feita entre a substituição processual e a legitimação extraordinária, tomando aquela conteúdo mais restrito que esta. Para essa parte da doutrina⁵⁷ haveria substituição processual quando o legitimado extraordinário agisse em decorrência da omissão do legitimado ordinário, havendo, consequentemente, verdadeira substituição da parte.

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

Resta claro, dessa forma, que a legitimidade extraordinária está vinculada à relação existente entre substituído e substituto, em situações excepcionais, e, portanto, determinadas de forma taxativa pela lei, não

57 ARMELIN, Donaldo, Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro, cit., p. 132-133.

estando, porém, limitada ao polo ativo, mas abrangendo também o polo passivo da demanda.⁵⁸

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

Como bem aponta Rodrigo Klippel⁵⁹, a questão da legitimação *ad causam* recuperou a sua posição de evidência na doutrina, devido ao robustecimento da tutela dos interesses metaindividuais, uma vez que tal ponto mostra-se de salutar importância para a idoneidade dos procedimentos judiciais em massa, o que ensejou construções doutrinárias para conformá-la às demandas coletivas.

4 A legitimação coletiva e as teorias da representação

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

Atento a isso, Antonio Gidi⁶⁰ apontou a necessidade de se abandonar as concepções tradicionais, que exigiam um interesse pessoal e direto no resultado do litígio.

Uma dessas modificações demandada pela aceitação das ações coletivas é a referente à titularidade da qualidade de representante coletivo,

58 As principais características da legitimação extraordinária são arroladas por Fredie Didier Junior: a) somente autorizada por lei, b) o legitimado atua como parte, c) pode ocorrer tanto no polo passivo quanto no polo ativo, d) salvo disposição em contrário, a coisa julgada estenderá seus efeitos ao substituído, e) o substituto processual também pode ser sujeito a sanções processuais, f) o legitimado extraordinário possui apenas poderes de gestão do processo, sendo-lhe vedado poderes de disposição do direito, e, g) a inexistência de legitimação extraordinária não leva à resolução do mérito da causa, mesmo para aqueles que consideram condições da ação como real exame de mérito (*Direito processual civil*: tutela jurisdicional individual e coletiva, cit., p. 192-194).

59 KLIPPEL, Rodrigo. *As condições da ação e o mérito à luz da teoria da asserção*. São Paulo: Scortecci, 2005. p. 57.

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

de forma que foram propostas soluções cujos exemplos são assim arrolados por Antonio Gidi:

“[...] propõe-se, por exemplo, a legitimação concorrente e disjuntiva de qualquer membro da comunidade ou coletividade lesada; a legitimação de pessoas jurídicas de direito privado (associações, entes despersonalizados) voltadas institucionalmente à defesa de tais interesses; a legitimação de órgãos do Poder Público (como o Ministério Público ou como o *ombudsman* dos países escandinavos) etc.”⁶¹

Essas soluções, porém, como bem salienta José Carlos Barbosa Moreira⁶², não são excludentes, *a priori*, entre si, mas antes admitem combinações que possam suprir eventuais defeitos existentes na adoção de uma das hipóteses de forma “pura”. Mesma combinação é defendida por Antonio Gidi, que assevera:

“[...] limitar a seleção da representação do grupo a apenas uma das três alternativas pode ser mais prejudicial do que benéfica à integridade do sistema, aos membros ausentes e aos demandados. Uma combinação das três opções, capacitando indivíduos, assim como as entidades públicas e privadas, para terem legitimação coletiva, ressalta tanto os aspectos positivos de cada enfoque quanto mitiga os problemas e riscos inerentes dos outros. As leis brasileiras sobre ações coletivas têm adotado um modelo pluralista, dando legitimação a uma ampla e diversa lista de entidades. Todavia, não há um modelo ideal. Outras jurisdições, ao decidir sobre a legitimação nas ações coletivas, devem considerar as peculiaridades e necessidades de sua sociedade.”⁶³

61 GIDI, Antonio. Legitimidade para agir em ações coletivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 14, p. 53, abr./jun. 1995.

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

63 No original: “Limitar la selección de la representación del grupo a solo una de las tres alternativas puede ser más perjudicial que benéfico a la integridad del sistema, a los miembros ausentes y a los demandados. Una combinación de las tres opciones, capacitando individuos, así como a entidades públicas y privadas para tener legitimación colectiva, promueve los aspectos positivos de cada enfoque en tanto que mitiga los problemas inherentes y riesgos de los otros. Las leyes brasileñas sobre acciones colectivas han adoptado un modelo pluralista, dando legitimación a una amplia y diversa lista de entidades. Sin embargo, no hay un modelo ideal. Otras jurisdicciones, al decidir sobre la legitimación en las acciones colectivas, deben considerar las peculiaridades y necesidades de su

A construção apontada adota uma legitimação concorrente, uma vez que aquela atribuída a um dos entes não exclui a do outro; exclusiva, aqui entendida como sinônimo de taxativa, e disjuntiva, “no sentido de não ser complexa, vez que qualquer uma das entidades colegitimadas poderá propor, sozinha, a ação coletiva sem necessidade de formação de litisconsórcio ou de autorização por parte dos demais colegitimados”.⁶⁴

Os problemas de tais características não passaram despercebidos por José Carlos Barbosa Moreira⁶⁵ que, ao analisar o instituto da ação popular, aponta como risco não apenas a possibilidade de colusão entre um dos colegitimados e a autoridade responsável pelo ato irregular, mas também a eventual hipótese de desistência da ação ou sua extinção por negligência do representante coletivo.

Não obstante tais possibilidades, a própria legislação cuidou de dar integridade ao sistema, elaborando meios de intervenção não apenas do Ministério Público, notadamente como *custos legis*, mas sobretudo dos demais colegitimados.⁶⁶

Dessa forma, é o próprio José Carlos Barbosa Moreira⁶⁷ que afirma a compatibilidade da solução de legitimação concorrente e disjuntiva com a sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, *in verbis*:

“Seja como for, em termos genéricos, não parece difícil demonstrar que a solução da *legitimatío* concorrente e ‘disjuntiva’ se harmoniza com a sistemática do direito brasileiro. Não constitui fenômeno pouco familiar a esta, com efeito, reclamar uma pessoa em juízo a satisfação de interesse que seja, ao mesmo tempo, ‘próprio’ e ‘alheio’. Tratando das obrigações indivisíveis, estatui o Código Civil, art. 892, 1ª parte, que ‘se a pluralidade for de credores, poderá cada um destes exigir a dívida inteira’. Como

sociedad.” (GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil*, cit., p. 71-72, nossa tradução).

64 GIDI, Antonio, Legitimidade para agir em ações coletivas, cit., p. 55.

65 MOREIRA, José Carlos Barbosa, A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”, cit., p. 118.

66 Ibidem, p. 118.

67 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Legitimação para agir. In: *Temas de direito processual civil*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 201.

a indivisibilidade é, precisamente, uma das características essenciais da estrutura dos ‘interesses difusos’ [...], basta, para resolver o problema, operação hermenêutica simples que desprenda da acepção rigorosamente técnica as palavras ‘credores’ e ‘dívida’.”⁶⁸

Ademais, importa também o estudo acerca da natureza jurídica dessa legitimação, cujos contornos são amplamente debatidos pela doutrina.

4.1 A controvérsia doutrinária acerca da natureza jurídica da legitimação para agir nas ações coletivas

A doutrina focada na legitimação para agir nas ações coletivas restringiu-se à elaboração de três correntes relativas à sua natureza jurídica.

Assim, o primeiro eixo doutrinário, prevalecente na doutrina atual, conforme aponta Rodolfo de Camargo Mancuso⁶⁹, trata tal legitimação como extraordinária, entendendo que o representante coletivo, ainda nas ações que veiculem direitos individuais homogêneos, vai a juízo em nome próprio para a tutela de direitos e interesses alheios.

Por seu próprio conceito se infere a sua excepcionalidade, principalmente quando em contraposição ao mandamento do artigo 6º do Código de Processo Civil, de forma que sua possibilidade no Brasil decorre exclusivamente de permissão legal.

Todavia, como assevera Antonio Gidi⁷⁰, o dispositivo citado foi uma importação do artigo 81 do Código de Processo Civil italiano, que dispõe que “fora dos casos expressamente previstos pela lei, ninguém pode fazer valer no processo em nome próprio direito alheio”.

Percebe-se, portanto, em que pese a semelhança dos dispositivos, que o Código de Processo Civil brasileiro suprimiu o vocábulo “expressamente”, fato esse que ensejou relevante modificação na concepção da norma.

68 MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Legitimação para agir*, cit., p. 201. Embora o autor se refira ao Código Civil de 1916, o Código Civil de 2002 traz disposição semelhante, ao tratar da solidariedade ativa, apontando, em seu artigo 267, que “cada um dos credores solidários tem direito a exigir do devedor o cumprimento da prestação por inteiro”.

69 MANCUSO, Rodolfo Camargo de, *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*, cit., p. 409.

70 GIDI, Antonio, *Legitimidade para agir em ações coletivas*, cit., p. 56.

Atento a isso, Arruda Alvim⁷¹ defende a possibilidade de se inferir do próprio ordenamento jurídico, entendido como um todo, a autorização, que não necessita estar expressa em legislação processual. Tal doutrina foi seguida por José Carlos Barbosa Moreira, que aponta:

“O direito brasileiro, à semelhança do italiano, consagra o princípio da *coincidência* entre a legitimação para a causa e a afirmada titularidade da relação jurídica material discutida no processo. Tal é a *regra* que enuncia o artigo 6º do Código de Processo Civil de 1973, em termos correspondentes à tradução quase literal do artigo 81 do *Codice di Procedura Civile* peninsular: ‘Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei’. Há uma diferença: o texto brasileiro não exige que as exceções sejam *expressas*, podendo no melhor entendimento, inferir-se do sistema legal (cf. ARRUDA ALVIM, *Código de processo civil comentado*. São Paulo, 1975. v. 1, p. 426).”⁷²

Aliás, o mesmo ensinamento se extrai quando José Carlos Barbosa Moreira⁷³ se refere à legitimação das entidades associativas descrita pela Constituição Federal, que podem ser expressas ou previstas de maneira genérica numa disposição legal.

Kazuo Watanabe⁷⁴, expoente do segundo posicionamento doutrinário, defende a natureza ordinária da legitimação *ad causam* coletiva, através de uma operação hermenêutica aberta do artigo 6º do Código de Processo Civil.

71 Arruda Alvim, apud MOREIRA, José Carlos Barbosa, A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”, cit., p. 111.

72 MOREIRA, José Carlos Barbosa, A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”, cit., nota n. 1, p. 111. No mesmo sentido: “O dispositivo transcrito corresponde à tradução que literal do art. 81 do Codice di Procedura Civile italiano. Há uma diferença: o texto brasileiro não exige que as exceções sejam expressas, podendo no melhor entendimento, inferir-se do sistema legal (cf. ARRUDA ALVIM, *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo, 1975. v. 1, p. 426).” (MOREIRA, José Carlos Barbosa, Legitimação para agir, cit., nota n. 7, p. 33).

73 MOREIRA, José Carlos Barbosa, Ações coletivas na constituição federal de 1988, cit., p. 190.

74 WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 90.

Subsídio a esse eixo doutrinário é dado, *de lege lata*, por José Carlos Barbosa Moreira⁷⁵, que afirma:

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

A terceira parte da doutrina, representada por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁷⁶, defende uma legitimação autônoma para a condução do processo, entendendo, para tanto, que nas ações coletivas há a tutela de direitos cuja titularidade é indefinida, o que não ocorre nos casos de legitimação extraordinária, em que se vai a juízo em defesa de direitos ou interesses de outro previamente identificado.

Para esses autores, apenas nas ações que tenham como objeto direitos individuais homogêneos, devido às suas peculiaridades, há legitimação extraordinária.

Não parece adequada a criação de um gênero especial para a classificação da natureza jurídica da legitimação coletiva, uma vez que, conforme lembra Fredie Didier Junior:⁷⁷

“Toda vez que exista uma incoincidência entre o legitimado a estar no processo e o sujeito da relação jurídica material deduzida em juízo, fenômeno que ocorre na tutela coletiva, com a particularidade de o ‘titular do direito’ (o agrupamento humano) não

75 MOREIRA, José Carlos Barbosa, Legitimação para agir, cit., p. 35.

76 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 1.885.

77 DIDIER JUNIOR, Fredie, *Pressupostos processuais e condições da ação*: o juízo de admissibilidade do processo, cit., p. 264.

estar autorizado a atuar em juízo na sua defesa. Não é necessário, assim, construir uma terceira espécie de legitimação, própria das ações coletivas [...]. Se não há identidade entre quem está no processo e o titular da situação jurídica discutida, há legitimação extraordinária. A situação, porém, não é exatamente igual à generalidade dos casos de legitimação extraordinária, porque o regime da coisa julgada coletiva é bastante diferente, construído de modo a prejudicar o mínimo possível o ‘titular do direito’ (art. 103 do CDC). O que é diferente, porém não é a legitimação coletiva, mas o processo coletivo.”

Ademais, a ausência de definição dos titulares do direito discutido não é elemento a ser levado em conta na hora de se definir a natureza jurídica do instituto, principalmente quando se percebe que aquele direito será atribuído a uma coletividade que será, na qualidade de coletividade, titular do direito, ainda que os indivíduos que formem essa massa não possam ser identificados.

Também a legitimação ordinária parece descabida para integrar a natureza jurídica da legitimação coletiva, eis que não há identidade entre parte processual e parte material, ainda em sede de ações que veiculem direitos individuais homogêneos, figurando inidônea a interpretação do artigo 6º do Código de Processo Civil defendida pelo segundo eixo doutrinário.

O Supremo Tribunal Federal vem seguindo a corrente que atribui ao instituto ora em comento uma natureza extraordinária, conforme se infere da ementa seguinte, *in verbis*:

“Processo Civil – Sindicato. Artigo 8º, III, da Constituição Federal. Legitimidade. Substituição processual. Defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais. Recurso conhecido e provido. O artigo 8º, III, da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido.” (STF – RE n. 210. 029-3/RS, p. 17.08.2007).

Fixada a natureza jurídica da legitimação coletiva, resta analisar as teorias que dão legitimidade a essa representação.

4.2 As teorias da representação coletiva

A reformulação no devido processo legal e a busca pelo representante adequado para a tutela coletiva dos direitos transindividuais e individuais homogêneos não se restringiu à elaboração de um modelo representativo, mas antes incluiu a análise da legitimidade dessa representação.⁷⁸

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

É o que se passa a analisar.

4.2.1 Teoria da corporação de fato

A idade moderna desenvolveu a ideia de personalidade jurídica como a aptidão para desempenhar um papel na sociedade como sujeito de direitos e obrigações.⁷⁹

Dessa forma, de acordo com lição de Orlando Gomes⁸⁰, essa aptidão para agir juridicamente foi conferida não apenas à pessoa física, mas também à pessoa jurídica, de forma que, como aponta Marcio Flávio Mafra Leal, “o surgimento da *corporation* moderna e das teorias que lhe respaldam, sugere que todas as espécies de grupo que almejam o reconhecimento de um direito deveriam assumir (ou tentar assumir) a forma de pessoa jurídica”.⁸¹

Tal construção, portanto, exigia a formação de uma corporação com os fins de representação judicial da classe integrante da associação, ainda que a essa formação não fosse concedida verdadeira personalidade

78 LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 53.

79 GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 142.

80 Ibidem, p. 142.

81 LEAL, Márcio Flávio Mafra, ob. cit., p. 54.

jurídica. Exigia-se, assim, apenas o agrupamento corporativista que resultava no reconhecimento institucional da classe representada, além de significar seu consentimento para a representação coletiva judicial.

Esse agrupamento despersonalizado não visa ao reconhecimento da personalidade jurídica, tendo como único objetivo a própria legitimação para agir, consoante ensinamento de Márcio Flávio Mafra Leal⁸², uma vez que “seus membros não possuem, em tese, qualquer interesse em comum para além do fato de compartilharem um mesmo direito enquanto coletividade política social. Frequentemente, muitos desses componentes do grupo nem mesmo se conhecem, tornando-se uma *classe* por força do direito material que lhe é atribuído”.

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

“Em que pesem valiosas opiniões que alertam para a inconveniência ou já para a impossibilidade jurídica de outorga de legitimação a grupos sociais não personificados, que se propõem à tutela de interesses difusos, já tivemos ocasião de lembrar ‘que a exigência da personificação jurídica do grupo, se é adequada às ações individuais (onde ‘justa parte’ é o *titular da pretensão*), deve ser vista com certos temperamentos quando se trate de ações objetivando a tutela de interesses superindividuais, pela natureza mesma desses interesses. Uma larga margem do fenômeno coletivo ficará desprovida de tutela se os seus portadores, para serem aceitas na Justiça como tal, tiverem que, prévia e necessariamente, se aglutinarem em pessoas jurídicas perfeitamente instituídas e reconhecidas pelo Estado’.”⁸³

De importante relevo é a lembrança de que também o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública não põem como requisito para a representação coletiva a personalidade jurídica, exigindo

82 LEAL, Márcio Flávio Mafra, *Ações coletivas: história, teoria e prática*, cit., p. 56-57.

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

apenas a constituição da associação⁸⁴, nos termos da lei civil, por mais de um ano, além de sua finalidade social incluir essa faculdade.⁸⁵

Não obstante o quanto apontado, o Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende da ementa do acórdão exarado no Recurso Especial n. 711.264, parece exigir a personalidade jurídica para que se dê legitimação *ad causam*, ao menos para os sindicatos, sem o que não haveria de se falar em representatividade.

Problemas maiores encontram os grupos efêmeros e ocasionais⁸⁶, pois há certa resistência ao reconhecimento da adequabilidade de seus representantes, embora, no Brasil, o requisito de prévia constituição possa ser dispensado no caso concreto⁸⁷, como se infere da própria legislação infraconstitucional.⁸⁸

84 O artigo 45 do Código Civil dispõe que a existência legal da pessoa jurídica se inicia com o registro do ato constitutivo no respectivo registro, o que parece, à primeira vista, impor a personalidade jurídica para que se defina ao ente a legitimação para a ação coletiva. Todavia, é de se admitir que a constituição das pessoas jurídicas de direito privado não necessitam dessa inscrição, conforme se infere das disposições que regem as chamadas sociedades em comum, artigos 986 ao 990, pelos quais se pode dizer que o próprio diploma legal considera como constituída a sociedade em momento anterior ao respectivo registro.

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

86 LEAL, Márcio Flávio Mafra, *Ações coletivas*: história, teoria e prática, cit., p. 57.

87 Nesse sentido: “Ação Coletiva – Associação de moradores. Requisito temporal. Dispensa. Possibilidade. Direitos individuais homogêneos. Indenização. Danos morais e materiais. Interesse de agir. Existência. 1 - É dispensável o requisito temporal da associação (*pré-constituição há mais de um ano*) quando presente o interesse social evidenciado pela dimensão do dano e pela relevância do bem jurídico a ser protegido. 2 - O parágrafo 3º do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor é norma de direito material, no sentido de que a indenização decorrente da violação de direitos difusos, destinada ao fundo especial previsto no artigo 13 c/c o artigo 16 da Lei n. 7.347/85 não impede eventual postulação ao ressarcimento individual (homogêneo) devido às vítimas e seus sucessores atingidos. Esse dispositivo não retira da associação o interesse (necessidade/utilidade) de ajuizar a ação coletiva própria, em face de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, buscando a proteção do meio ambiente e a prestação de assistência médico-hospitalar. 3 - Recurso especial não conhecido.” (STJ – REsp n. 706.449/PR, rel. Min. Fernando Gonçalves, publicado em 09.06.2008, grifo nosso).

88 Lei de Ação Civil Pública: “Artigo 5º - [...] § 4º - O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica

4.2.2 Teoria da hipossuficiência

Para esta teoria, o vocábulo hipossuficiência se afasta do conceito de incapacidade, aproximando-se da noção de vulnerabilidade.

Essa vulnerabilidade, por sua vez, como aponta Márcio Flávio Mafra Leal⁸⁹, relaciona-se à inidoneidade dos representados para litigarem em busca de um determinado direito material, de forma que a busca pelo representante adequado serviria para a veiculação desses direitos de forma coletiva: “A defesa individual, por constatação empírico-social, presumivelmente, não seria levada a efeito em níveis aceitáveis.”⁹⁰

Na ação cujo objeto veicule direitos individuais homogêneos, a representação se justificaria quando constatada, ainda que de forma presumida, a superioridade econômica ou jurídica do representante, em razão dos representados, ou nos casos em que o valor a ser ressarcido, quando o dano individualmente considerado fosse mínimo, não instigasse o particular a ingressar em juízo.⁹¹

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

Os problemas dessa teoria não são esquecidos pela doutrina, que aponta:

“A teoria da hipossuficiência apresenta vários problemas. O primeiro deles refere-se à impertinência de seus fundamentos para sustentar o esquema representativo das ACDDs [ações coletivas de direitos

do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. (Incluído pela Lei n. 8.078, de 11.09.1990)”;

Código de Defesa do Consumidor: “Artigo 82 - [...] § 1º - O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos artigos 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.”

89 LEAL, Márcio Flávio Mafra, *Ações coletivas: história, teoria e prática*, cit., p. 57.

90 Ibidem, p. 58.

91 Ibidem, p. 58.

difusos], pois, como visto, a questão não é da vulnerabilidade do membro da comunidade, mas de legitimação para a ação.⁹²

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

[...]

Portanto, a teoria da hipossuficiência é capaz de demonstrar uma debilidade social e/ou jurídica dos membros de uma classe (*v.g.* consumidores). Porém, este fato, por si só, não pode ser aceito como razão bastante para retirar a autonomia desses indivíduos em dispor de seus bens e em proporem ações quando lhes aprouver.”⁹³

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

Ademais, a legitimação dada pelo Código de Defesa do Consumidor para a promoção de ações coletivas para a tutela de direitos dos consumidores visa a suprir a sua vulnerabilidade, de modo que garantir a um indivíduo-consumidor a legitimação necessária ao ajuizamento das demandas de massa seria um contra-senso.

4.2.3 Teoria do consentimento

A teoria do consentimento utiliza como elemento legitimante da representação coletiva o consentimento dos titulares do direito

92 A crítica aqui esboçada por Márcio Flávio Mafra Leal parte do pressuposto de que a teoria da hipossuficiência não é providencial para as ações coletivas de direitos difusos, porquanto nesses casos não há a aferição da vulnerabilidade dos representados, principalmente por eles serem, em verdade, uma massa não identificada, restando o âmbito de discussão naquele que deve representar adequadamente a comunidade (*Ações coletivas: história, teoria e prática*, cit.).

93 LEAL, Márcio Flávio Mafra, ob. cit., p. 59.

discutido, de modo que se exige a consulta direta àqueles que serão vinculados pela sentença.⁹⁴

Tal construção ganha relevo na ação coletiva cujo objeto esteja restrito a direito individual homogêneo ou coletivo em sentido estrito, desde que, no último caso, os integrantes da classe sejam previamente identificados. É que nas demandas que versem sobre direitos difusos a indeterminabilidade de titulares do direito discutido inviabiliza o elemento legitimante central dessa construção, qual seja, o consentimento.⁹⁵

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

O Supremo Tribunal Federal, *v.g.*, fixou entendimento de que a expressa autorização dos representados pelo sindicato é elemento dispensável para a propositura da demanda coletiva, considerando, para tanto, que tal legitimação é ampla e caracteriza verdadeira hipótese de substituição processual. O julgamento do Recurso Extraordinário n. 210.029, cuja ementa foi acima transcrita, levou à edição da Súmula n. 629, que determina que “a impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”.

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

“Processo Civil – Ação civil pública. Legitimidade ativa. Sindicato. 1. Nas ações civis públicas pode o sindicato funcionar como substituto processual ou como representante de seus sindicalizados.

94 LEAL, Márcio Flávio Mafra, *Ações coletivas*: história, teoria e prática, cit., p. 63.

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

2. Como substituto processual não precisa de autorização, mas o interesse defendido deve ser não só do sindicalizado, mas também da própria entidade, se conectado for o interesse dela com o daquele. 3. Na hipótese de representação, há necessidade de autorização do sindicalizado, porque o interesse defendido é unicamente seu, sem conexão alguma com o interesse da entidade. 4. A autorização, seguindo posição jurisprudencial majoritária, pode ser considerada como formalizada pela juntada da ata de reunião do sindicato, onde constem os nomes dos presentes. 5. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ – REsp n. 228.507/RR, 2ª Turma, rel. para acórdão Min. Eliana Calmon, DJ, de 05.05.2004).

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

É fato que o inciso XXI do artigo 5º da Constituição Federal⁹⁶ exige a autorização expressa, mas esse mesmo dispositivo faz referência à representação, instituto processual incompatível com as demandas coletivas, nas quais há verdadeira substituição processual e, portanto, legitimação extraordinária.⁹⁷

Aliás, as demais disposições constitucionais que versam sobre ações coletivas, *v.g.* mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX) e ações ajuí-

96 “XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.”

97 “Administrativo e Processual Civil – Inépcia da petição inicial não reconhecida. Entidade associativa. Legitimidade para a propositura de ação coletiva. Hipótese de representação processual. Exigência de autorização expressa dos associados. Artigo 5º, XXI, da Constituição Federal de 1988. Inexistência de autorização para parte do pedido. Extinção parcial do processo sem julgamento do mérito. Função comissionada. Princípio da isonomia. Artigo 39, parágrafo 1º, da Constituição Federal. Lei n. 8.852/94. Parcela não integrante dos vencimentos. Impossibilidade de equiparação. 1. Não há que se falar em inépcia da inicial se a referida peça, embora não prime pela qualidade técnica, atende aos requisitos processuais, propiciando a compreensão do pedido e o julgamento da lide. 2. *O ajuizamento de ação ordinária por associação de classe para a defesa de interesses individuais de seus associados não configura hipótese de substituição processual, sendo de se aplicar, à espécie, unicamente, o artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, que regula a representação processual e exige autorização individual dos associados ou autorização genericamente concedida através de assembleia geral para a propositura do feito, a qual deve abranger todo o objeto da pretensão.* Não havendo autorização para propositura de ação versando sobre parte do pedido, extingue-se parcialmente o feito, de ofício, por ausência de legitimidade ativa.” (TRF 1ª Região – AC n. 2000.01.00.012917-3/RR, e-DJF1, de 15.04.2008, p. 18, grifo nosso).

zadas por sindicato (art. 8º, III) não determinam como item legitimante o consentimento, de forma que exigi-lo apenas das entidades associativas, com fulcro no inciso XXI do artigo 5º da Carta Magna, seria con-turbar o tratamento da legitimação para as ações coletivas.

Note-se ainda que infraconstitucionalmente a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor não trazem a exigência acima esboçada, tendo o último diploma a dispensado expressamente, como se infere do inciso IV de seu artigo 82.

Perfilhando o mesmo caminho, o artigo 21 da nova Lei do Mmandado de Segurança (Lei n. 12.016/2009) dispensa expressamente a auto-rização especial para o ajuizamento do mandado de segurança coletivo, tanto em relação aos sindicatos, quanto em relação aos entes associativos.

Também em sede jurisprudencial, a autorização dos substituídos não é elemento necessário, conforme se depreende de decisão do Superior Tri-bunal de Justiça, na qual restou consignada a igualdade de requisitos para a substituição processual do sindicato e das associações, *in verbis*:

“Processual Civil – Ação coletiva promovida por entidade de clas-se na qualidade de substituto processual. Direito individual homo-gêneo. Autorização. Desnecessidade. Execução individual. Possi-bilidade. Precedente da Corte Especial. 1. Os sindicatos e associa-ções, na qualidade de substitutos processuais, estão legitimados para ajuizar ações visando à defesa dos direitos de seus filiados, independentemente de autorização. 2. Desse modo, ainda que não tenha autorizado, expressamente, o sindicato de sua categoria para lhe representar na ação de conhecimento, o servidor tem legítimi-dade para propor execução individual oriunda de ações coletivas. 3. Agravo regimental desprovido.” (STJ – AgR n. 1.024.997/SC).

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

4.2.4 Teoria do interesse

Visando à superação da necessidade do consentimento, foi desenvol-vida na Inglaterra, em meados do século XIX, a teoria do interesse, que

trouxe um elemento legitimador diferenciado: “Esse elemento teórico seria a *identificação* do interesse do grupo com o interesse do autor, de forma que seja ‘inconcebível’ que o representado não aprove a representação de seu direito deduzido em juízo. Este é o cerne da teoria dos interesses.”⁹⁸

Márcio Flávio Mafra Leal⁹⁹ aponta alguns elementos teóricos que serviriam de lastro para essa teoria, dentre os quais o interesse não resstrito à própria propriedade do representante, mas antes estendido à própria questão discutida na ação coletiva, que ganha relevo.

Também o interesse deve estar vinculado à própria definição do grupo, de modo que “o interesse não só produz o liame entre representante-representado, como determina a própria existência do grupo ou classe, agregado em torno desse elemento comum, que se torna concreto por meio do pedido formulado em juízo”.¹⁰⁰

No sistema processual brasileiro, o liame entre os interesses do representante coletivo e dos representados é consagrado na exigência de que o ente associativo possua como finalidade institucional a promoção dos direitos tutelados na demanda de massa e é tão privilegiado pela jurisprudência que o Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental n. 786.463, entendeu que o benefício auferido pela ação coletiva se estende a todos os titulares dos direitos, não se restringindo, portanto, aos seus associados.

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

A pertinência temática, entendida como a repercussão da decisão no interesse do próprio demandante, foi consignada expressamente pelo Ministro Marco Aurélio no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade, ao examinar a constitucionalidade de ato normativo atacado pelo governador de Minas Gerais.

Dessa forma, nessa ação direta de inconstitucionalidade – ação classicamente coletiva –, foi declarado:

98 LEAL, Márcio Flávio Mafra, *Ações coletivas: história, teoria e prática*, cit., p. 63.

99 Ibidem, p. 67-68.

100 Ibidem, p. 68.

“Entrementes surge, no caso, outro dado a ser analisado pelo Plenário e que, sob a minha óptica, leva ao não conhecimento da ação. Está-se diante da impugnação pelo Estado de Minas Gerais de diploma que envolve as demais unidades federadas. Tem-se assentado que, assim sendo, indispensável é a demonstração da necessidade e da utilidade do pedido formulado, presentes os interesses do Estado requerente. [...] O convênio mostrou-se neutro em relação ao Estado de Minas Gerais, motivo pelo qual não se pode assentar, no campo do interesse, o atendimento ao pressuposto que legitima um Estado a atacar, no âmbito do controle concentrado, diploma emanado ou de Estado diverso, ou da União.” (STF – ADI n. 2747-6).

No âmbito associativo, a pertinência temática está vinculada ao interesse dos representados cujo ente com legitimação coletiva visa a defender, escopo esse consagrado como finalidade institucional.¹⁰¹

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

Também a nova Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/2009), em seu artigo 21, consagra a teoria do interesse, ao exigir que os partidos políticos, para a defesa de direitos coletivos *lato sensu*, atuem na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, além de pôr como necessário que o objeto da ação apresentada pelo sindicato ou ente associativo seja pertinente às suas finalidades.

Pelo exposto, nota-se a ampla consagração do interesse como fator legitimante para as ações coletivas no Brasil.

4.2.5 Teoria institucional

A representação nas ações coletivas que veiculem direito difusos não se mostra em harmonia com as teorias do interesse e do consentimento,

101 Nesse sentido, verificar: STF – ADI n. 15-2, rel. Min. Sepúlveda Pertence, p. 31.08.2007.

porquanto, tendo como parte tutelada uma coletividade indefinível, os elementos legitimadores de cada uma das teorias se mostram de aferição impossível.

A consagração do Estado Social e a própria positivação daquela classe de direitos levou à elaboração da teoria institucional ou objetivista, uma vez que, como explana Márcio Flávio Mafra Leal:

“Nesse caso, a legitimação não decorre propriamente da *representação* da *classe*, mas de uma atividade pública que tem estreita ligação com a estrutura constitucional do Estado-providência, que atribui às entidades legitimadas a incumbência de defesa e concretização de direitos difusos. Portanto, o título de legitimação para as ações coletivas encontra fundamento no direito material instituído no chamado Estado Social.”¹⁰²

A teoria institucional, portanto, foca a idoneidade da legitimação para agir não no critério de representatividade da classe, mas sim na necessidade de um ente que implemente os direitos difusos cuja titularidade é esparsa na comunidade.

A ausência de representatividade aqui, no entanto, não afasta a necessária análise de uma representação adequada, significando, em verdade, que embora o ente público não seja identificado como membro do grupo, ou não possua certa pertinência temática com a comunidade representada, deve-se mostrar, através de suas características, como idôneo para demandar a tutela judicial em massa.¹⁰³

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

102 LEAL, Márcio Flávio Mafra, *Ações coletivas: história, teoria e prática*, cit., p. 70.

103 Como assevera Márcio Flávio Mafra Leal, não se deve “confundir, nesse particular, *representação adequada*, sempre importante, com *representatividade*. A primeira diz respeito às qualidades do autor e a segunda se refere ao *mandato* (consentimento) ou identidade e vinculação do autor com os interesses reais da classe representada” (*Ações coletivas: história, teoria e prática*, cit., p. 77-78).

Essa solução, no entanto, como demonstrado por José Carlos Barbosa Moreira¹⁰⁴, pode, na prática, mostrar sérios inconvenientes, quando o dano a ser reparado pela demanda coletiva for causado pelo próprio Poder Público. Como aponta o autor, nem mesmo o Ministério Público se mostra integralmente idôneo para o desenvolvimento dessa tutela, uma vez que as garantias de independência do órgão apontado não são asseguradas de forma rigorosa, como se pode notar pelo próprio procedimento de escolha dos procuradores gerais.

Essa restrição à independência funcional, todavia, não impediu que o órgão ministerial se especializasse na defesa de todos os direitos coletivos amplamente considerados, não se limitando aos difusos, de forma que a atuação do ente no processo coletivo mostra-se numerosa¹⁰⁵, não parecendo procedente a crítica também formulada por Mauro Cappelletti¹⁰⁶ acerca da atuação do Ministério Público.

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

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

“Delineia-se, assim, aquilo que a pesquisa comparativa parece indicar como o mais eficaz meio de solução de nosso problema:

104 MOREIRA, José Carlos Barbosa, Legitimação para agir, cit., p. 204-206.

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

106 CAPPELLETTI, Mauro, Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, cit., p. 137-140.

soluções compostas, articuladas, flexíveis, por si só capazes de dar uma adequada resposta a um problema assim complexo como é aquele da tutela jurídica dos novos, emergentes e vitais interesses coletivos. Tais composições e soluções consistem, essencialmente, no *juntar e integrar* a ação e o controle dos organismos governamentais com a iniciativa dos indivíduos e dos grupos privados diretamente ou, tão somente, indiretamente interessados.”¹⁰⁷

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

5 Por uma representação adequada: o controle judicial da legitimação nas ações coletivas

5.1 A representatividade e a representação adequada¹⁰⁸

A legitimidade da representação coletiva não se limita à análise dos fatores legitimantes, mas abarca também a questão da idoneidade do representante para o ato a que se propõe, idoneidade que no sistema norte-americano das *class actions* ganha contorno de pré-requisito para toda e qualquer ação de classe.¹⁰⁹

A representatividade, como já visto (nota n. 103), está intimamente ligada a determinado vínculo entre o representante e o representado, seja pela confusão entre interesses institucionais e pessoais, seja pelo consentimento.

107 CAPPELLETTI, Mauro, Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, cit., p. 143. No Brasil, a legitimação do indivíduo para a tutela coletiva encontra-se limitada à ação popular; portanto, embora restrita foi consagrada no ordenamento jurídico.

108 Embora seja costume a utilização da expressão “adequada representatividade”, optou-se por utilizar “adequada representação”, para que se evitasse confusão com a representatividade, nos termos formulados no texto.

109 GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 352, p. 4, out./dez. 2000.

A análise desse elemento, no entanto, conforme se absorve da teoria institucional, nem sempre é relevante, haja vista que, não obstante inexistir vínculo subjetivo entre o órgão estatal e os titulares da relação material discutida, a legitimidade se dará pelos próprios preceitos do Estado Social e pela capacidade de uma representação adequada, a ser abaixo analisada.

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

“E para orientar a demarcação, a partir do artigo 129, III, da área de interesses individuais homogêneos em que admitida a iniciativa do Ministério Público, o que reputo de maior relevo, no contexto do artigo 127, não é o incumbir à instituição a defesa dos interesses individuais e indisponíveis mas, sim, a dos interesses sociais. De um lado, a proteção aos interesses ou direitos individuais indisponíveis é função tradicional no Ministério Público, cujo instrumento não será, de regra, a ação coletiva, mas a ação individual, por substituição ao titular incapaz ou hipossuficiente, ou a intervenção no processo comum que lhe diga respeito (cf. J. Marcelo Vigliar, *Ação civil pública*, Atlas, 1999, p. 79). De outro lado, a eventual disponibilidade pelo titular de seu direito individual, malgrado sua homogeneidade com o de outros sujeitos, não subtrai o interesse social acaso existente na sua defesa coletiva. [...] O problema é saber quando a defesa da pretensão de direitos individuais homogêneos, posto que disponíveis, se identifica com o interesse social ou se integra no que o próprio artigo 129, III da Constituição denomina patrimônio social. Não é fácil, no ponto, a determinação do critério da legitimação do Ministério Público.” (STF – RE n. 2090-3).

Tal precedente embasou a jurisprudência da Corte Suprema¹¹⁰, mas, ao que parece acertadamente, teve substancial acréscimo na orientação do Superior Tribunal de Justiça, que:

110 Verificar os acórdãos nos processos AgR RE n. 204.200 e AgR RE n. 248.191.

“[...] já preconizava que o Ministério Público está legitimado para a defesa de interesses individuais homogêneos, exigindo apenas que tal proteção estivesse vinculada ao reconhecimento de relevante interesse social. Neste sentido, valem ser destacados os seguintes precedentes: REsp n. 58.682/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ*, de 16.12.1996; RMS n. 8.785/RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *DJ*, de 22.05.2000; REsp n. 207.336/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, *DJ*, de 11.06.2001; REsp n. 255.947/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ*, de 08.04.2002; REsp n. 279.273/SP, minha relatoria, *DJ*, de 29.03.2004; REsp n. 286.732/RJ, minha relatoria, *DJ*, de 12.11.2001; REsp 308.486/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ*, de 02.09.2002; REsp n. 509.654, minha relatoria, *DJ*, de 16.11.2004; REsp n. 547.170/SP, Min. Castro Filho, *DJ* 10.02.2004. Em junho de 2005, esta Corte flexibilizou seu entendimento inicial, procurando assegurar maior eficácia na prestação jurisdicional transindividual. Foi estabelecido, naquela oportunidade, que ‘*os interesses individuais homogêneos são considerados relevantes por si mesmos, sendo desnecessária a comprovação desta relevância*’ (STJ – REsp n. 635.807/CE, minha relatoria, *DJ* 20.06.2005).”

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

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

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

Desse modo, a análise da representatividade se mostra esvaziada, quando do exame da legitimação dos entes públicos, estando ela

centrada na questão da representação adequada que, por seu turno, ganha relevo não apenas para a aferição da atuação dos entes públicos, mas também na dos entes privados.

A concepção da representação adequada é dada por Álvaro Luiz Valery Mirra:

“A representatividade adequada a que fazemos referência é uma especial qualidade que tais titulares do direito de agir devem apresentar, consistente na aptidão para a defesa escrupulosa e eficiente, na esfera judicial, dos interesses da sociedade, em perfeita sintonia com as expectativas da coletividade na matéria, mesmo diante de litígios complexos e difíceis, muitas vezes contra os detentores do poder econômico (grandes grupos econômicos) e do poder político (os próprios governos).”¹¹¹

Esse conceito, todavia, não deve se restringir à escolha adequada em abstrato do representante coletivo, mas deve sobretudo envolver institutos que viabilizem na prática a aferição dessa idoneidade. Tal escopo é buscado por institutos como os regimes especiais de formação da coisa julgada, particular no qual discordamos de Márcio Flávio Mafra Leal¹¹², e da própria permissibilidade do controle judicial da legitimação coletiva.

Os elementos a serem analisados para a fixação da idoneidade visam a substituir a obtida pela própria titularidade do direito – nos juízos

111 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 116.

112 Para Márcio Flávio Mafra Leal, configura-se insustentável a doutrina pela qual só se estaria assegurando o devido processo legal quando se salvaguardasse o direito de ação individual nos casos de improcedência da ação, coisa julgada *secundum eventum litis*: “A ação só se estabiliza, como antes, no plano coletivo – o réu opõe coisa julgada contra autor coletivo – mas não no individual. Do ponto de vista teórico é insustentável, pois o adequado representante deixa de sê-lo pelo fato de ter perdido a ação.” (Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: aspectos políticos, econômicos e jurídicos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 73). Como já afirmado alhures, parece que o regime de formação da coisa julgada *secundum eventum litis* se propõe a resguardar o devido processo legal coletivo porque evita a lesão à inafastabilidade da jurisdição – o objeto das ações coletivas que veiculem direitos individuais homogêneos não são os mesmos das ações individuais – a adequada representação, porém, mostra-se afetada quando o representante coletivo sequer consegue levar ao juízo provas suficientes para a formação de sua convicção, seja ela positiva ou negativa em relação ao direito tutelado.

individuais –, devendo consagrar fatos dos “mais variados e complexos, que possam vir do passado de uma certa associação, a sua organização, financiamentos, fins sociais, amplitude numérica ou espacial, etc.”¹¹³

No Brasil, conforme aponta Antonio Gidi¹¹⁴, o legislador determinou um rol de legitimados que *a priori* poderiam representar isonômica e adequadamente os membros do grupo, parecendo restringir, em princípio, o poder judicial sobre tal questão.

Mauro Cappelletti¹¹⁵, porém, chama a atenção ao fato de que seria “absurdo esperar-se do legislador uma resposta *completa*, e ainda mais absurdo seria pretender-se uma resposta *uniforme* a cada tipo de parte ‘ideológica’. Parece inevitável, ao menos neste estágio inicial, [...] fazer-se ter consciência de uma certa discricionariedade do juiz”.

Dessa forma, nota-se a necessidade de analisar os poderes conferidos ao juiz para o controle judicial da legitimação coletiva.

5.2 O controle judicial da legitimação nas ações coletivas

De início, cabe relembrar que a imparcialidade do juiz não é aferida através dos atos processuais por ele realizado, mas sim através do elemento anímico que os lastreie.

Dessa forma, é possível a realização de diligências determinadas pelo juízo sem que elas impliquem necessariamente em violação ao princípio do juiz natural, eis que imparcialidade não se confunde com a imparcialidade, como acima delineado.

Naquela ocasião (2.2.2) foi apontada a necessidade de uma repartição legal das funções do magistrado, porém, na jurisdição coletiva, há a necessidade da reformulação da extensão desses poderes, alteração necessária para todo o devido processo legal, uma vez que, como afirma Adolf Homburger:

“O interesse público no ajuizamento da ação coletiva é muito maior do que no litígio civil ordinário. É função da corte proteger

113 CAPPELLETTI, Mauro, Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, cit., p. 156.

114 GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil*, cit., p. 74.

115 CAPPELLETTI, Mauro, ob. cit., p. 155.

tal interesse, assim como o interesse dos membros ausentes da classe. O uso bem sucedido das ações coletivas, portanto, requer um procedimento que se incline mais em favor de um ativismo judicial do que o ordinariamente consagrado no sistema americano.”¹¹⁶

Também é assente na doutrina de Mauro Cappelletti¹¹⁷ a ampliação do poder de cautela do magistrado, sem a qual a tutela dos direitos coletivos restaria prejudicada.

Nos Estados Unidos, a representação adequada (*adequacy of representation*) e seu controle judicial são consagrados expressamente na regra 23 da Federal Rules of Civil Procedure¹¹⁸ e, no Brasil, o Projeto de Lei

116 No original: “*The public interest in the prosecution of a class action is far greater than in ordinary civil litigation. It is the court’s function to protect that interest as well as the interests of the absent members of the class. The successful management of a class action, therefore, requires a procedure that leans more towards court-prosecution than ordinarily is the case in the American system.*” (HOMBURGER, Adolf. Private suits in the public interest in the United States of America. *Buffalo Law Review*, Buffalo, v. 23, p. 349, 1974, nossa tradução).

117 CAPPELLETTI, Mauro, Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, cit., p. 154.

118 “*Rule 23. Class Actions (a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.[...] d) Conducting the Action (1) In General. In conducting an action under this rule, the court may issue orders that: (A) determine the course of proceedings or prescribe measures to prevent undue repetition or complication in presenting evidence or argument; (B) require — to protect class members and fairly conduct the action — giving appropriate notice to some or all class members of: (i) any step in the action; (ii) the proposed extent of the judgment; or (iii) the members’ opportunity to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or to otherwise come into the action; (C) impose conditions on the representative parties or on intervenors; (D) require that the pleadings be amended to eliminate allegations about representation of absent persons and that the action proceed accordingly; or (E) deal with similar procedural matters. [...] g) Class Counsel. (1) Appointing Class Counsel. Unless a statute provides otherwise, a court that certifies a class must appoint class counsel. In appointing class counsel, the court: (A) must consider: (i) the work counsel has done in identifying or investigating potential claims in the action; (ii) counsel’s experience in handling class actions, other complex litigation, and the types of claims asserted in the action; (iii) counsel’s knowledge of the applicable law; and (iv) the resources that counsel will commit to representing the class; (B) may consider any other matter pertinent to counsel’s ability to fairly and adequately represent the interests of the class; (C) may order potential class counsel to provide information on any subject pertinent to the appointment and to propose terms for attorney’s fees and non-taxable costs; (D) may include in the appointing order provisions about the award of attorney’s fees or nontaxable costs under Rule 23(b); 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.*”

n. 3.034/84, que deu origem à Lei de Ação Civil Pública, trazia disposição semelhante, determinando ao julgador o dever de verificar a adequação do representante coletivo, disposição, todavia, suprimida no texto final.¹¹⁹

Não obstante a omissão legislativa, são encontradas na doutrina posições favoráveis ao controle judicial, havendo aqueles que gizam pela essencialidade da medida, conforme lição de Antônio Carlos Gudoni Filho¹²⁰ que, ao comentar acerca da ação popular, afirma:

“O controle judicial da representatividade adequada na ação popular é essencial, pois o autor popular é naquele momento, nada mais, nada menos, do que a própria coletividade em juízo. Tal mudança legislativa possibilitaria ao juiz o indeferimento de plano do processamento de ação popular, por falta do preenchimento do requisito representatividade adequada, quando proposta por cidadão que não transparecesse seriedade, credibilidade, ou apresentasse capacidade técnica, econômica e outras características indispensáveis ao prosseguimento da demanda.”

Atento a isso cabe perquirir a possibilidade desse controle, tendo em vista que o manejo das ações coletivas, seguindo a opção legislativa pela qual a legitimação é dada taxativamente nas hipóteses legalmente elencadas, traz problemas práticos, e ainda nos casos da representação coletiva ser exercida pelo Ministério Público.¹²¹

Assim, partindo de uma interpretação analógica, Ada Pellegrini Grinover não encontra óbice ao controle judicial da legitimação, notadamente devido à norma retirada *a contrario sensu* do parágrafo 1º do artigo 82 do Código de Defesa de Consumidor, de forma que:

“O artigo 82, parágrafo 1º, do Código de Defesa de Consumidor permite ao juiz dispensar a associação do requisito da pré-constituição há pelo menos um ano, quando haja manifesto interesse

119 MIRRA, Álvaro Luiz Valery, *Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado*, cit., p. 123.

120 GUDONI FILHO, Antônio Carlos. *Notas sobre a coisa julgada na ação popular*. p. 4. Disponível em: <http://www.epdireito.com.br/artigos/index.php?m=2&id_artigo=105>. Acesso em: 19 maio 2010.

121 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 361, p. 5, maio/jun. 2002.

social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. A análise atribuída ao juiz no caso concreto, para o reconhecimento da legitimação, está muito próxima do exame da ‘representatividade adequada’, podendo-se afirmar que, *a contrario sensu*, o juiz pode negar a referida legitimação, quando entender não presentes os requisitos da adequação. Por outro lado, a jurisprudência brasileira, após alguma tergiversação, tem se firmado na posição do reconhecimento da legitimação ao Ministério Público para as ações em defesa de direitos individuais homogêneos, somente na hipótese de o juiz reconhecer a relevância social dos referidos interesses. Este exame, que se faz caso a caso, implica a análise de algo muito próximo à representatividade adequada, dependendo do objeto da demanda ou da quantidade de pessoas envolvidas na causa.”¹²²

O controle judicial da representação adequada já foi objeto de análise dos tribunais pátrios, de modo que, não obstante a sua escassez, verifica-se a sua possibilidade. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹²³ já declarou a ilegitimidade ativa de uma associação cuja finalidade abrangia a defesa de direitos do consumidor. Nessa ocasião, foi determinada a inadequação na representação devido à falta de especificidade do objeto social, além da utilização pela associação de um prospecto no qual exigia o pagamento de “taxa de inscrição” para a ação civil pública.

Ponto particular esquecido pela doutrina e que tange à questão discutida é a norma do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, que impõe a extinção do processo sem exame do mérito, quando constatada carência de ação. Tal provimento, como se infere do parágrafo 3º do dispositivo citado, deve ser declarada de ofício, em qualquer grau de jurisdição.

122 GRINOVER, Ada Pellegrini, Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada, cit., p. 5.

123 “Consumidor e Processual Civil – Ação civil pública proposta por associação na defesa dos interesses dos consumidores, objetivando ver declaradas nulas cláusulas que reputa como abusivas em contrato de cartão de crédito da 2ª ré (C&A) administrado pela 1ª (Inovacard). Sentença de parcial procedência. Ilegitimidade ativa de associação de defesa do consumidor para propor ação civil pública na defesa de direitos individuais homogêneos. Ausência de autorização dos filiados e de representatividade adequada, esta última denotada por fatos verificados no curso da demanda. Provimento do apelo das rés para a colher a preliminar de ilegitimidade ativa, julgando-se extinto o processo sem exame do mérito.” (TJRJ – AC n. 02809/2003, rel. Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, 14.10.2005).

O cerne da controvérsia é resolvido pela noção de que cabe ao julgador declarar a ilegitimidade da parte e, para tanto, deve analisar a existência ou não de legitimação *ad causam* dos sujeitos envolvidos na demanda.

Nas ações individuais, como apontado no artigo 6º do Código de Processo Civil, essa legitimidade se dá através da titularidade do demandante em relação à situação material discutida, enquanto na jurisdição coletiva, conforme já discorrido acima, será aferida através da representatividade e/ou da representação adequada. Não parece, portanto, que haja óbice legislativo para o controle judicial do elemento discutido, configurando verdadeiro dever imposto pelo Código de Ritos Cíveis.

Ademais, considerar que a legitimação dada pela lei seria por si só suficiente para dar a idoneidade na representação seria fechar os olhos para problemas práticos não previstos pelo legislador, além de significar a desconstrução da face substancial do devido processo legal.

É corriqueiro na doutrina e na jurisprudência, como demonstrado acima, que é dever do Poder Judicial analisar a legitimidade das leis postas sob seu crivo, e, portanto, a questão da legitimidade não poderia se desviar dessa orientação, fato que levaria ao retrocesso de se considerar o juiz apenas como “a boca da lei”, suprimindo toda a construção do *substantive due process of law* e reduzindo a atuação judicial à reprodução de leis muitas vezes arbitrárias.

Enfim, tanto o princípio do devido processo legal, em sua face substancial, quanto o instituto da legitimação para a causa – no qual se encontra a representação adequada – impõe o controle judicial da *adequacy of representation*, o que permite a afirmação de que o Brasil não se afastou, embora tal fato não reste tão claro, do sistema norte-americano esculpido na *rule 23*.

6 Conclusão

Por tudo analisado, percebe-se que a reformulação de institutos típicos do direito processual individual é necessária para se fornecer uma tutela lídima dos direitos transindividuais e individuais homogêneos, muito embora essa reformulação deva ser bem delimitada, sob pena, ao revés, de se jurisdicionalizar a lesão aos direitos coletivos.

Nesse sentido é formulado o conceito do devido processo legal coletivo, que impõe uma participação dos substituídos por intermédio de um substituto que deve comportar atributos que o caracterizem como adequado, sendo exigida, em determinados casos, a representatividade, entendida como a identificação dos interesses dos substituídos com o do substituto.

Assim, conclui-se que a escolha desse representante é feita, a princípio, pela própria legislação regulamentadora das ações coletivas – optou-se, no Brasil, pelo sistema *ope legis* –, mas é dever do magistrado, notadamente quando focalizado o devido processo legal em sua face substancial, o controle, nos casos postos sob sua jurisdição, da idoneidade do substituto, sem o que a sentença jamais poderá alcançar os membros do grupo. A representação adequada, assim, é requisito essencial das ações coletivas e o julgador não pode se abster de efetuar o controle *in concreto*, sob pena de legitimar-se tutela inadequada dos direitos coletivos *lato sensu*.

7 Referências

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

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

BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: Juspodivm, 2008.

CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JUNIOR, Fredie Souza (Coords.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 99-123.

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

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. v. 1.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1978.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Direito processual civil: tutela jurisdiccional individual e coletiva*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2005.

_____. O controle jurisdiccional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas: o art. 82 do CDC. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 25, p. 50-56, abr. 2005.

_____. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 136-143.

GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

_____. Class actions in Brazil: a model for civil law countries. *American Journal of Comparative Law*, v. 51, p. 357, 2003.

_____. Legitimidade para agir em ações coletivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 14, p. 52-66, abr./jun. 1995.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 361, p. 3-12, maio/jun. 2002.

_____. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 352, p. 3-14, out./dez. 2000.

_____. Direito processual coletivo. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JUNIOR, Fredie Souza (Coords.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007.

_____. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, p. 11-29, jan./mar. 1983.

HUDONI FILHO, Antônio Carlos. *Notas sobre a coisa julgada na ação popular*. p. 4. Disponível em: <http://www.epdireito.com.br/artigos/index.php?m=2&id_artigo=105>. Acesso em: 19 maio 2010.

HOMBURGER, Adolf. Private suits in the public interest in the United States of America. *Buffalo Law Review*, v. 23, Buffalo, p. 343-394, 1974.

KLIPPEL, Rodrigo. *As condições da ação e o mérito à luz da teoria da asserção*. São Paulo: Scortecci, 2005.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: aspectos políticos, econômicos e jurídicos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 66-77.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

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

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

_____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. *Princípio da ampla defesa e da efetividade no processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 114-135.

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

_____. Ações coletivas na constituição federal de 1988. *Revista de Processo*, v. 61, São Paulo, p. 187-200, jan./mar. 1991.

_____. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*, ano 58, v. 404, p. 9-17, jul. 1969.

_____. Legitimação para agir. In: *Temas de direito processual civil*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NOYA, Felipe Silva. Repercussões práticas do princípio do juiz natural. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, Porto Alegre, v. 7, p. 243-257, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIER JUNIOR, Fredie Souza (Coords.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 125-150.

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

SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas y la legitimidad para la defensa de intereses difusos y colectivos. In: GIDI, Antônio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coords.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia um código modelo para Iberoamérica*. México: Porrúa, 2003. p. 118-131.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil*. 7. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

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

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Marbury v. Madison*. 5 U.S. 137. Mr. Chief Justice Marshall. Fevereiro de 1803. Disponível em: <<http://www.lectlaw.com/files/case14.htm>>. Acesso em: 08 jul. 2008.

_____. *Sollesbee v. Balkcom*, 339 U.S. 9. Mr. Justice Black. 9 de novembro de 1908. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/339/9/case.html>>. Acesso em: 08 jul. 2008.

_____. *Twining v. State*, 211 U.S. 78. Mr. Justice Moody. 9 de novembro de 1908. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/211/78/case.html>>. Acesso em: 08 jul. 2008.

WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.