A LEGITIMAÇÃO CONGLOBANTE NAS AÇÕES COLETIVAS: A SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL DECORRENTE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Homenagem ao Prof. Dr. José Manuel de Arruda Alvim

Hermes Zaneti Junior

Doutor em em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração e Mestre em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração pela UFRGS. Professor adjunto visitante brasileiro na graduação e mestrado da UFES.

RESUMO: A substituição processual nas ações coletivas decorre não só da expressa disposição da lei, mas, também, quando autorizada pelo sistema. Fora dessas hipóteses não há substituição processual, que neste trabalho foi denominada de "legitimação conglobante".

Palavras-chave: Substituição Processual; Ações Coletivas; Controle Jurisdicional.

ABSTRACT: Processual substitution on collective actions follows not only from the dispositions of the Law, but also when authorized by the system. Out of this hypothesis there is no room for processual substitution, denominated in this work as "conglobating legitimation".

Key words: Replacement Procedure; Collective Actions; Judicial Review.

1 AS TRÊS TEORIAS ADOTADAS NO BRASIL: LEGITIMAÇÃO ORDINÁRIA, LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA POR SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL E LEGITIMAÇÃO PARA CONDUÇÃO DO PROCESSO

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

No nosso ordenamento, a tendência jurisprudencial e doutrinária passa por reconhecer como preponderante a teoria da legitimação extraor-

dinária por substituição processual como a melhor forma de garantir uma efetiva e adequada tutela dos direitos coletivos *lato sensu*[1].

O problema, contudo, toma alguma complexidade e novo fôlego ao incluir dois complicadores.

Na doutrina alienígena[2], saindo da tese da legitimação extraordinária por substituição processual, aparecem algumas dúvidas. A *primeira* é a ideia, muito difundida em ordenamentos jurídicos europeus e mesmo em países da América Latina, de que *as formações sociais têm interesse e poder de coercibilidade* (atrelado à vontade) para impulsionar a máquina judiciária, em atenção a seus objetivos institucionais, o que geraria sua *legitimação ordinária* (exercício de direito próprio em nome próprio); a *segunda*, revela-se na constatação de que na *legitimação expressa em algum texto normativo* (Constituição, Código de Defesa do Consumidor, Código de Processo Civil, etc.), o intérprete perceba uma *legitimação objetiva*, por característica intrínseca ao texto, legal e autônoma, que lhe autorize o "direito a condução do processo", de caráter *exclusivamente*

[1] O Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento, ratificou esse entendimento com relação aos sindicatos, conferindo-lhes a mais ampla representatividade dos direitos dos trabalhadores: Conforme noticiado no Boletim Informativo do STF n. 431 (RE-214668). **"***Sindicato e Substituição Processual:* Concluído julgamento de uma série de recursos extraordinários nos quais se discutia sobre o âmbito de incidência do inciso III do art. 8º da CF/88 ("ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas;") — v. Informativos 84, 88, 330 e 409. O Tribunal, por maioria, na linha da orientação fixada no MI 347/SC (DJU de 8.4.94), no RE 202063/PR (DJU de 10.10.97) e no AI 153148 AgR/PR (DJU de 17.11.95), conheceu dos recursos e lhes deu provimento para reconhecer que o referido dispositivo assegura ampla legitimidade ativa ad causam dos sindicatos como substitutos processuais das categorias que representam na defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais de seus integrantes. Vencidos, em parte, os Ministros Nelson Jobim, Cezar Peluso, Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie, que conheciam dos recursos e lhes davam parcial provimento, para restringir a legitimação do sindicato como substituto processual às hipóteses em que atuasse na defesa de direitos e interesses coletivos e individuais homogêneos de origem comum da categoria, mas apenas nos processos de conhecimento, asseverando que, para a liquidação e a execução da sentença prolatada nesses processos, a legitimação só seria possível mediante representação processual, com expressa autorização do trabalhador". (RE n. 193.503/SP, RE n. 193.579/SP, RE n. 208.983/SC, RE n. 210.029/RS, RE 211874/RS, RE n. 213.111/SP, RE n. 214.668/ES, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, j. em 12.6.2006.). Os autores nacionais entendem, quase como senso comum, que quando se tratar de direitos individuais homogêneos sempre haverá substituição processual. Nesse sentido, DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de segurança coletivo – legitimação ativa.* São Paulo: Saraiva, 2000. p. 122.

[2] Sobre o tema, ver as considerações de TROCKER, Nicolò. *Processo e costituizione.* Milano: Giuffrè, 1974. p. 218.

processual, sem vínculo com o direito subjetivo material[3].

Vale, mais uma vez, retornar sobre o tema, já que a legitimação para agir nas ações coletivas granjeou, no Direito nacional, o interesse dos juristas, mesmo que alguns tenham procurado vedar qualquer forma de legitimação, justamente por entender ofendidos os princípios e máximas do iluminismo processual, ultrapassando os textos acadêmicos para se tornar elemento cotidiano nos debates forenses. Em verdade, muito embora já tenhamos andado muito na afirmação do processo coletivo genuinamente brasileiro, não existe ação coletiva que não contenha um tópico expresso justificando, em preliminar, a legitimação do autor. Esta realidade tende a se aprofundar, na medida em que da expressa disposição legislativa, critério único que antes autorizava ao ajuizamento da ação, passamos gradativamente para o controle judicial da legitimação coletiva. Este controle será efetivado pelo juiz, no uso das, recentemente, fomentadas *defining functions* que lhes permitem determinar quem será *adequadamente legitimado para representar a classe*.

1.1 HISTÓRICO E DESENVOLVIMENTO: A DOUTRINA DA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL "CONGLOBANTE", DECORRENTE DE TODO O ORDENAMENTO JURÍDICO, E A TESE VENCEDORA DE ARRUDA ALVIM

> Art. 6º. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei. (Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil).

Retomando o tema, a regra de ouro sobre a legitimação determina que *o autor é o próprio titular do direito afirmado*. Assim, quando o titular do direito subjetivo se identifica com o autor, tem-se a legitimação ordinária; quando, porém, o direito subjetivo é defendido por terceiro (alheio à relação de direito material afirmada), em nome próprio, tem-se a legitimação extraordinária. O essencial à *figura da substituição processual* (espécie de legitimação extraordinária[4]) é que *a parte legitimada não se afirma titular*

[3] Cf., como partidários desse entendimento para as demandas coletivas, na doutrina brasileira, GIDI, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.* São Paulo: Saraiva, 1995. p. 41 e NERY JÚNIOR, Nelson. "Mandado de segurança coletivo". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1990, n. 57, p. 151-158.

[4] Por exemplo, ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro.* São Paulo: RT, 1979. p. 132-133; DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado*

do direito material. A *regra ordinária diz o contrário*: o usual, o comum, é que *o próprio titular do direito subjetivo seja o legitimado.*

Nesse sentido, transcreve-se aguda lição da doutrina:

> Na verdade, o fenômeno da substituição processual, nome latino devido à CHIOVENDA, consiste, precisamente, na circunstância de que, quem é parte no processo, por definição, não se afirma ser titular do direito material. Há, pois, uma autêntica dissociação, na titularidade, no que tange ao direito de ação. Materialmente, é um o titular, ou seja, no campo do Direito Privado; no campo do processo, é outro o titular do direito de ação.[5]

Como ficam essas colocações quanto às ações coletivas? A doutrina, como se adiantou, ao tentar justificar a legitimação para defesa nas ações coletivas, elaborou três correntes principais, a saber, a legitimação extraordinária por substituição processual, a legitimação ordinária das "formações sociais" decorrente de uma leitura ampla do art. 6º do CPC e a "legitimação autônoma" para condução do processo, espécie de legitimação extraordinária[6].

Barbosa Moreira foi o autor que encabeçou a tese da *substituição processual* (legitimação extraordinária) em ações coletivas. Para o autor, esta substituição se daria independente de expressa autorização legal, podendo ser depreendida do todo do sistema jurídico.

Trata-se de expressa admissão por José Carlos Barbosa Moreira da clássica lição do *Maestro* Arruda Alvim, o sistema poderia aceitar que a simples menção de legitimado diverso do titular de direito ou a expressa autorização legal (a exemplo dos dispositivos da CLT – art. 513 – e do Estatuto da OAB antigo – art. 1º, § 1º da Lei 4.215, de 27.4.1963)[7], mesmo não sendo reconhecida de forma taxativa a substituição, significaria a abertura para a legitimação extraordinária.

---

de segurança coletivo: legitimação ativa, cit., p. 85.

[5] ARRUDA ALVIM, José Manuel. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 1975. p 427-428.

[6] Identificadas por GIDI, *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*, cit., p. 40-41.

[7] Esses dispositivos legais chegaram a ser utilizados para tutela em mandado de segurança de direitos dos associados dos sindicatos ou membros da OAB, porém, sua aceitação sempre foi rara e esporádica. Cf. STF, Pleno, MS n. 18.428/DF, Rel. Min. Barros Monteiro, RTJ 54/71; e STF, Pleno, MS n. 20.170/DF, Rel. Min. Décio Miranda, RTJ 89/397.

Sobre a gênese, interpretação e especialidade do instituto, expõe Arruda Alvim:

> O Direito brasileiro, à semelhança do Direito italiano vigente, conquanto tenha acolhido o instituto da substituição processual, o fez *negativamente,* de forma que a ocorrência efetiva de *substituição será sempre excepcional*, só nos casos em que a lei expressamente o admita. Conseqüentemente, devemos advertir liminarmente, há que se *afastar a idéia da chamada substituição processual voluntária,* que, na doutrina do Código de 1939, era, por alguns, admitida.[8]

Mesmo que afastada a substituição voluntária, Arruda Alvim vai mais longe que a doutrina italiana, antevendo o que estamos agora denominando de legitimação conglobante[9], uma legitimação extraordinária que decorre de todo o ordenamento jurídico, que este impõe ou fomenta: "Entretanto *pode-se admitir a substituição processual mesmo que não venha prevista expressamente no texto legal,* mas quando deflua do sistema", conclui, "A palavra *lei,* no art. 6º, *deve ser entendida como sistema*, no que se compreende decreto, lei complementar, etc."[10]. Isto ocorre, como é sabido, porque o sistema brasileiro não prevê a obrigatoriedade de disposição expressa da substituição processual, como no sistema italiano (art. 81, CPC italiano)[11].

---

[8] ARRUDA ALVIM, José Manuel. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 1975.

[9] Com essa denominação, entendemos a legitimação extraordinária permitida pelo ordenamento, mesmo que não expressa na lei, por não estar contrariada por norma jurídica ou em desacordo com os princípios do ordenamento coletivo. Dessa forma, com a adoção de tal denominação, prestamos nossa justa homenagem aos juristas do direito penal, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, pela importante contribuição científica na elaboração deste conceito: "A *tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal*, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas, como acontece no caso do oficial de justiça, que se adequa ao "subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel" (art. 155 do CP), mas que não é alcançada pela proibição do "não furtarás". A função deste segundo passo do juízo de tipicidade penal será, pois, reduzi-la à verdadeira dimensão daquilo que a norma proíbe, deixando fora da tipicidade penal aquelas condutas que somente são alcançadas pela tipicidade legal, mas que a ordem normativa não quer proibir, precisamente porque as ordena ou as fomenta." ZAFFARONI; PIERANGELI, *Manual de Direito Penal,* São Paulo: RT, 1997. p. 461. Cf. Vale aduzir a síntese de Rogério Greco: "Na lição de Zaffaroni e Pierangeli, não é possível que no ordenamento jurídico, que se pretende como perfeito, uma norma proíba aquilo que outra imponha ou fomente." GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, vol. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 177.

[10] ARRUDA, ALVIM. *Código de processo civil comentado.* p. 426.

[11] Cf. 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. 110-123. p. 111, nota 1.

1.2 OUTRAS FORMAS DE VER O PROBLEMA: AS TESES CONTRÁRIAS (LEGITIMAÇÃO ORDINÁRIA E LEGITIMAÇÃO AUTÔNOMA PARA A CONDUÇÃO DO PROCESSO)

Por sua vez, com inspiração na doutrina italiana e alemã, Kazuo Watanabe propugnou pela *legitimação ordinária* das entidades civis para defesa de direitos metaindividuais, ligados, sempre, aos fins associativos (*Verbandsklage*)[12]. Fez, assim, uma leitura ampla do art. 6º do CPC[13].

Esta tese, de suma importância na equitativa distribuição da justiça e na valorização dos corpos sociais, foi adotada, mesmo que parcialmente, entre outros, por juristas do renome e da expressão de Ada Pellegrini Grinover: "O objeto do mandado de segurança coletivo pode ter influência no tipo de legitimação", assim para os que entendem que as chamadas "formações sociais" agem em defesa de seus objetivos institucionais, ao fazê-lo em defesa do "grupo", como titulares do próprio direito alegado, tem-se legitimação ordinária (regra do art. 6º do CPC, dilatada); quanto aos demais casos, tem-se substituição processual[14]. Ainda nesse sentido, justamente pela importância do paradigma, manifestou-se Barbosa Moreira, entendendo que "*de lege lata*" desde que se percebesse o "[...] algo distinto da mera soma dos interesses individuais: um interesse *geral* da coletividade, qualitativamente diverso e capaz de merecer tutela como tal" e que fosse atribuível à própria associação, poderia esta agir como titular, em função de suas atividades[15].

Cabe ressaltar, contudo, que esta lição é complementar à anteriormente exposta, na qual o jurista aponta sua aderência ao conceito de

[12] Sobre a Verbandsklage cf. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil Vol. 4: Processo Coletivo. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 54 e ss.

[13] WATANABE, Kazuo. *Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). Tutela dos Interesses Difusos. São Paulo: Max Limonade, 1984. p. 85-96. Esp. p. 90 et seq. Particularidade a respeito da legitimação ordinária pode ser aferida em DANTAS, op. cit., 117-120 e conclusão nº 10. O autor utiliza-se da doutrina da "presentação" das sociedades comerciais, propugnada por Pontes de Miranda, para construir a sua teoria da legitimação ordinária. Embora criativa essa solução não pode ser aqui endossada. Isto porque o autor não examina a questão do ponto de vista da substituição processual exclusiva e autônoma, exemplo dogmático em que a legitimação extraordinária é regra, e única forma de exercício da pretensão jurisdicional.

[14] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto*. Revista de Processo. São Paulo, v. 15, n. 57, p. 96-101, jan./mar., 1990. p.101. Também assim, VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo – la legittimazione ad agire*. Milão: Giuffrè, 1979, p. 150.

[15] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre o problema da efetividade do processo*. p. 35.

substituição processual proposto por Arruda Alvim, não incorrendo o autor em nenhuma contradição. Apenas fica demonstrada a existência de diversas alternativas "criativas" ao aplicador da norma e aos operadores jurídicos, para não deixar o direito coletivo sem tutela jurisdicional por falta de legitimado.

Ao contrário da impressão *supra*, entende-se, no presente trabalho, que a substituição processual seja mais efetiva, não diferindo, por ora, em seus efeitos práticos, da legitimação ordinária referida. Uma observação relevante, para esse desiderato, é a de que ambas *as correntes foram desenvolvidas em momento anterior à edição da Lei da Ação Civil Pública* que estatuiu, expressamente e pela primeira vez, a legitimação a diversos entes que não os titulares dos direitos subjetivos discutidos. Antecede, igualmente, o "microssistema das ações coletivas" que estabeleceu o CDC, portanto, de *lege ferenda*, parece não haver necessidade, hodiernamente, da construção de uma legitimação ordinária para a efetiva tutela dos direitos coletivos *lato sensu,* bastando a já aceita legitimação por substituição processual[16].

Outra é senda seguida por Nelson Nery Junior, que defende, combativamente, o que denomina *"legitimação autônoma" para a condução do processo*. Tomemos seu exemplo partindo do mandado de segurança coletivo. A norma do mandado de segurança seria processual no inc. LXX e material no inc. LXIX, atingindo, portanto, direito individual, coletivo ou difuso. Nesse sentido, seria forçoso concluir que "o conceito de mandado de segurança coletivo prende-se *à atribuição de legitimidade ativa 'ad causam' para a impetração da ação de segurança*, e não ao direito material que por intermédio dele se defende"[17].

---

[16] Reconhece isto, o próprio Prof. Kazuo Watanabe, que defendia essa concepção (WATANABE, Kazuo. "Processo civil de interesse público: introdução". *Processo civil e interesse público – o processo como instrumento de defesa social.* Carlos Alberto de Salles (org.) São Paulo: RT, 2003, p. 18.)

[17] NERY JÚNIOR, Nelson. *Mandado de segurança coletivo.* p.157. "A dicotomia clássica legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito", arrematando com o entendimento de que "a legitimidade para a defesa de direitos difusos e coletivos em juízo não é extraordinária (substituição processual), mas sim legitimação autônoma para a condução do processo (*selbständige Prozeßführungsbefugnis*): a lei elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo". (NERY JR., Nelson, e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 1.885). Em sentido se-

Ora, cabe aqui uma crítica: *essa assertiva afasta a atual aproximação entre o direito material e o processo* (instrumentalidade)[18]. Portanto, apesar da relevância dessa opinião, não se encaixa a solução à realidade dogmática do País, até porque a regra do inc. LXIX é, sabidamente, uma regra também processual e não material. Antonio Gidi, na esteira do pensamento de Nery Jr., também adota a legitimação autônoma, entendendo, assim, "desunir a legitimidade processual da titularidade do direito material objeto do processo"[19].

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

Dessarte, "como esclarece Friedrich Lent, a distinção entre legitimidade (*Sachelegitimation*) e o direito de conduzir o processo (*Prozessführungsrecht*) surge como necessária quando o direito material separa a titularidade do direito material do direito de conduzir o processo retirando este do titular daquele direito e atribuindo-o a um terceiro. Este tem, então, direito de conduzir o processo versando sobre direito que não lhe diz respeito"[20].

---

melhante, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 58-59; FREIRE Jr., Américo Bedê. "Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada". *Processo civil coletivo*. Rodrigo Mazzei e Rita Nolasco (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 67; VIGLIAR, José Marcelo. *Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.* Salvador: Edições JUSPodivm, 2005, p. 65-66.

[18] Sobre o tema, ver nossa Teoria circular dos planos, bem como os trabalhos de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sobre o formalismo-valorativo. Cf. os textos coligidos na coletânea: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo.* Guilherme Rizzo do Amaral e Fábio Cardoso Machado (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

[19] GIDI, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. p. 41.

[20] Cf. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 115-116.

O CDC, no art. 81, parágrafo único e incisos, *ao estabelecer os titulares dos direitos coletivos lato sensu, excluiu-os da legitimação ad causam e expressamente determinou os entes legitimados no art. 82*. Assim ocorre, também, com o mandado de segurança coletivo e a ação civil pública, etc. São titulares do direito material, subjetivo, os mesmos titulares determinados pelo art. 81, parágrafo único e incisos, conforme o caso, sendo, porém, a legitimação exclusiva e autônoma conferida concorrentemente aos partidos políticos, sindicatos, entidades de classe e associações, no primeiro caso, e a administração pública, direta e indireta, Ministério Público e associações, no segundo, ambos por substituição processual.

2 ANÁLISE CRÍTICA DAS TEORIAS DA LEGITIMAÇÃO ORDINÁRIA E DA LEGITIMAÇÃO AUTÔNOMA PARA A CONDUÇÃO DO PROCESSO

Cabe, consequentemente, apresentar neste momento as críticas às correntes da legitimação ordinária e do direito de conduzir o processo, conforme segue.

Revela-se incorreta a tese da *legitimação ordinária*, que poderia advir do entendimento de que os legitimados para agir são os "adequados portadores" deduzindo *interesse próprio* em juízo e, ao mesmo tempo, *interesse de todos que se identificam no direito coletivo lato sensu*, para obtenção de um provimento de mérito extensível à coletividade[21]. Ocorre que da adoção dessa teoria resultaria *"irrefutável a necessidade da pesquisa em torno das finalidades estatutárias* dos entes que se afirmaram legitimados para agir em juízo, eis que é de sua constatação que ressalta a afirmada titularidade da lide e, portanto, a *legitimação ordinária*"[22]. Assim, *estaria reduzida a participação e aplicação das ações coletivas a uma mera conferência formal de adequação aos estatutos.* Não se trata de legitimação ordinária. Por outro lado, não há, evidentemente, *capitis diminutio*, ocorrendo um reconhecimento, pelo direito, da posição de titular de direito subjetivo ao sindicato, entidade de classe ou associação, em decorrência da sua afinidade temática com o direito objetivo violado (meio ambiente etc.), dar-se-á legitimação ordinária para impetrar ação

[21]VIGORITTI, Vicenzo. Interesse collettivi e processo: la legitimazione ad agire. Milano: Giuffrè, 1979. p. 150.

[22] BUENO, Cassio Scarpinella. "A legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo CF/88, art. 5º, LXX". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1997, n. 88, p. 195.

ordinária individual ou algum outro procedimento especial cabível, por exemplo, o mandado de segurança individual (caso anômalo).

Ocorre que a integração entre os aspectos individuais e coletivos revelou-se traço da sociedade contemporânea e resultou na proteção *de lege lata* conferida pelo art. 5º, inc. XXXV da CF/88 a todos os direitos, quer individuais, quer coletivos, indistintamente. De forma diferente, porém, com o mesmo resultado prático, foram dadas soluções na Itália e Alemanha, onde os textos constitucionais previam apenas a tutela de direitos individuais e particulares (próprios), como expõe Trocker: os "Art. 24, parágrafo 1º e art. 19, parágrafo 4º, prevêem que a ação proposta objetive a tutela dos *próprios* direitos e interesses"[23].

As doutrinas italiana e alemã foram desenvolvidas em bases diversas da legislação nacional. Versa o art. 24 da Constituição Italiana, primeira parte: "Todos podem recorrer em juízo para *proteger os próprios direitos e interesses legítimos*"[24]. Próprios. Portanto, o texto não admite abertura à proteção de direitos coletivos de titularidade indeterminada. Aliando, a essa visão, a necessidade de disposição expressa para a substituição processual (art. 81 do CPC italiano), vê-se a dificuldade que a doutrina encontrou para orientar, dentro dessa moldura, a legitimação e a defesa em direitos coletivos *lato sensu*, a solução mais plausível, naquele sistema, foi, portanto, construir a doutrina da legitimação ordinária, buscando, na finalidade associativa ou institucional, o elemento legitimador[25]. O art. 19 da Constituição alemã[26] segue a mesma linha. Observe-se que não há controle pelo juiz, como no sistema americano, mas mero preenchimento de requisito formal. A tendência internacional pela assunção de funções judiciais de controle é muito mais recente.

Como ocorreu aqui, os problemas surgiram nestes países, também, com relação à tradicional noção de legitimação para agir vinculada à titularidade do direito. Porém, como expõe Trocker, não se pode descuidar da "consideração que nas "liberdades dos modernos" o aspecto individual

[23] "Art. 24, comma 1º e art. 19, comma 4º, prevedono che l'azione proposta miri alla tutela dei *propri* diritti ed interessi." TROCKER, *Processo e costituzione*, p. 215.

[24] *CONSTITUIÇÃO do Brasil e Constituições estrangeiras*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987. p. 522.

[25] TROCKER, *Processo e costituzione*, p. 218.

[26] Versa o art. 19, 4, primeira parte da Constituição alemã: "Toda pessoa, cujos direitos forem violados pelo poder público, poderá recorrer à via judicial." (CONSTITUIÇÃO, op. cit. p. 133). Na Alemanha, a doutrina e a jurisprudência optaram por construção semelhante à italiana (ver argumentos expendidos na nota supra).

e o coletivo se integram reciprocamente", já que "o grupo ou o terceiro interessado (que se encontra em uma certa relação com o direito lesado), deduzindo em juízo um direito (formalmente de outro) faz valer em realidade também *um próprio interesse na reintegração da situação lesada*"[27], ou seja, é admitida, para fins de tutela, uma legitimação ordinária e autônoma dos grupos sociais em razão da impossibilidade constitucional de se tutelar direito fundamental alheio.

Outra orientação seguiu o sistema jurídico brasileiro, adotando a *substituição processual exclusiva e autônoma.* Deixou, assim, a titularidade definida em lei: 1) as pessoas indeterminadas, ligadas pelas circunstâncias do fato originário da lesão ou ameaça (direitos difusos, art. 81, § único, I, do CDC), 2) aos grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis pela sua relação jurídica base entre si ou com a parte contrária (direitos coletivos, art. 81, § único, II, do CDC); e, 3) considerou direitos individuais homogêneos, para fins de tratamento especial, molecular e coletivo, aqueles decorrentes de origem comum (art. 81, § único, III, do CDC), que não significa circunstâncias especiais nem temporais, e, sim, o mesmo agente lesivo e o mesmo tipo de lesão, ensejando tutela basicamente igual. *Para proteção desses direitos atribuiu a tutela processual a outros agentes que entendeu mais bem "aparelhados" para a ação*[28].

Portanto, por sua vez, também inadequado demonstra-se o instituto do direito de conduzir o processo (*Prozessführungsrecht*). A legitimação autônoma (direito de conduzir o processo) é uma busca alternativa ao intrincado e muitas vezes fugidio à lógica formal instituto da substituição processual, resguardadas as diferenças entre os sistemas[29], *é compreensível*

---

[27] No original: "trascura la considerazione che nelle 'libertà dei moderni' l'aspetto individuale e quello collettivo si integrano reciprocamente."; segue: "Il grupo o il terzo interessato (che si trova in un certo rapporto con il diritto leso), deducendo in giudizio un diritto (formalmente altrui) fa valere in realtà anche un *proprio* interesse alla reintegrazione della situazione garantistica lesa." (TROCKER, *Processo e costituzione*, p. 218).

[28] Exceção ao quanto foi dito, e hipótese rara, talvez única, de atribuição de capacidade de ser parte a uma "comunidade", é a previsão contida no art. 37 da Lei Federal n. 6.001/73 (Estatuto do Índio): "Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio".

[29] Já Chiovenda falava em substituição processual (*sostituzione processuale*) unindo o *Prozesstandschaft* de Kohler, com o *Prozessführungsrecht* de Hellwig, em um único conceito. O essencial ao conceito de substituição processual, em Chiovenda, é o fato de que alguém age por outro sem ser o seu representante no processo, ou seja, age em nome próprio. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 3° ed. Roma: s. ed, 1923. p. 596-597. (nota nº 1, § 36).

dentro da chamada legitimação extraordinária por substituição autônoma exclusiva, já tradicionalmente aceita em nosso ordenamento[30]. Assim, o autor é substituto processual, agindo sem necessidade de autorização, em nome do direito subjetivo de outrem e os próprios titulares individuais não podem fazer valer diretamente seus direitos subjetivos coletivos. Nenhum dos titulares do direito individual vinculado à pretensão coletiva (difusa, coletiva *stricto sensu* ou individual homogênea) pode atuar como parte no mandado de segurança coletivo, e assim, no processo coletivo em geral, que é exclusivo para os legitimados extraordinariamente pela lei.

A substituição processual acarreta, contudo, uma dificuldade: na doutrina clássica, os efeitos da litispendência e da coisa julgada se comunicam ao substituído. Porém, o sistema do CDC, prevendo esta situação, instituiu outra solução nos art. 103 e 104[31].

CONSIDERAÇÕES FINAIS: O CONTROLE JURISDICIONAL DA LEGITIMAÇÃO COLETIVA PELA LEGITIMAÇÃO CONGLOBANTE

O tema da legitimação adequada para ajuizar as demandas coletivas evoluiu, ou tende a evoluir, da determinação legal, *ope legis*, para a possibilidade do controle judicial, *ope judicis*. Não se aprovou, ainda, legislação específica, mas uma série de princípios e elementos de seu conteúdo já pode ser antevista. Em resumo, estamos atualmente na seguinte situação atual:

> Há quem afirme, como foi visto, que, no Brasil, para a averiguação da legitimação coletiva, é suficiente o exame do texto de lei. Não poderia o magistrado, por exemplo, afirmar que um ente

[30] Conforme ARMELIN: "[...] verifica-se que apenas uma concepção mais restrita da legitimidade *ad causam* ensejou tal elaboração, uma vez que, ontologicamente, não se distinguem o *Prozessführungsrecht* e a legitimidade extraordinária, centrada na substituição processual."(ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual brasileiro*. p.115).

[31] Para esta matéria, objeto de outro contexto, basta por ora, salientar que os efeitos da coisa julgada, apesar de representarem nexo relacional com a legitimidade, não são elementos caracterizadores desta, não fazem parte de seu conceito. Em ações coletivas, portanto, o legislador nacional optou pela substituição processual, instituto já conhecido no ordenamento jurídico. O que é diferente, porém, não é a legitimação extraordinária coletiva, mas, sim, o processo coletivo. cf. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil Vol. 4: Processo Coletivo. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 337 e ss.

> legalmente legitimado não tem, em determinado caso, o direito de conduzir o processo. Para esta doutrina, o legislador teria estabelecido um rol legal taxativo de legitimados, firmando uma *presunção absoluta* de que seriam 'representantes adequados', não cabendo ao magistrado essa avaliação. A verificação da *adequacy of representation* seria tarefa do legislador. A legitimação coletiva seria, pois, *ope legis*.
>
> Há outros, porém, que, com base na experiência americana (art. 23 das *Federal Rules*), admitem o controle judicial da 'representatividade adequada'. Ou seja, permitem que o magistrado possa examinar e controlar a legitimação coletiva. Para esses autores, não basta a previsão legal da legitimação. Parte-se da seguinte premissa, que parece correta: não é razoável imaginar que uma entidade, pela simples circunstância de estar autorizada em tese para a condução de processo coletivo, possa propor *qualquer* demanda coletiva, pouco importa quais são as suas peculiaridades. É preciso verificar se o legitimado coletivo reúne atributos que o tornem o representante adequado para a melhor condução de *determinado* processo coletivo, devendo essa adequação ser examinada pelo magistrado de acordo com critérios gerais, mas sempre à luz da situação jurídica litigiosa deduzida em juízo. Todos os critérios para a aferição da *representatividade adequada* devem ser examinados a partir do conteúdo da demanda coletiva.[32]

Como se defendeu, a análise da representação adequada deverá ocorrer em duas fases. Na primeira, "*verifica-se se há autorização legal para que determinado ente possa substituir os titulares coletivos do direito afirmado e conduzir o processo coletivo"; na segunda, "o juiz faz o controle in concreto da adequação da legitimidade* para aferir, sempre motivadamente, se estão presentes os elementos que asseguram a representatividade adequada dos direitos em tela"[33].

Entendemos que, justamente neste segundo momento, deverá o juiz proceder na verificação da legitimação conglobante, isto é, se estão

[32] Cf. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil Vol. 4: Processo Coletivo. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 54 e ss.

[33] Idem, ibidem.

presentes os elementos indicativos de que haverá adequada representação pelo legitimado sem que este esteja contrariando o ordenamento jurídico e a finalidade da tutela coletiva.

O Projeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado pelo IBDP, consagra essa possibilidade de controle judicial da legitimação coletiva, nos seguintes termos[34]:

> Art. 20. Legitimação. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa: I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como: a – a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos; c – sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado; II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos, e individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, nos termos do inciso I deste artigo; III - o Ministério Público, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de interesse social; IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, quando a coletividade ou os membros do grupo, categoria ou classe forem necessitados do ponto de vista organizacional, e dos individuais homogêneos, quando os membros do grupo, categoria ou classe forem, ao menos em parte, hiposuficientes; V – as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e, quando relacionados com suas funções, dos coletivos e individuais homogêneos; VI - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, bem como os órgãos do Poder Legislativo, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos indicados neste Código; VII – as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas as primeiras à defesa dos interesses e direitos ligados à categoria; VIII - os

[34] Versão de janeiro de 2007, entregue ao Ministério da Justiça. Encontrável em "anteprojetos": <http://www.direitoprocessual.org.br>. Acesso em: 23 mar. 2007.

partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais; IX - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros. § 1° Na defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, qualquer legitimado deverá demonstrar a existência do interesse social e, quando se tratar de direitos coletivos e individuais homogêneos, a coincidência entre os interesses do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; § 2º No caso dos incisos I e II deste artigo, o juiz poderá voltar a analisar a existência do requisito da representatividade adequada em qualquer tempo e grau de jurisdição, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo seguinte; § 3º Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada (incisos I e II deste artigo), o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação; § 4º Em relação às associações civis e às fundações de direito privado, o juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição, quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano, pela relevância do bem jurídico a ser protegido ou pelo reconhecimento de representatividade adequada (inciso I deste artigo); § 5 º Os membros do Ministério Público poderão ajuizar a ação coletiva perante a Justiça federal ou estadual, independentemente da pertinência ao Ministério Público da União, do Distrito Federal ou dos Estados, e, quando se tratar da competência da Capital do Estado (artigo 22, inciso III) ou do Distrito Federal (artigo 22, inciso IV), independentemente de seu âmbito territorial de atuação; § 6º Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados, inclusive entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados; § 7 º Em caso de relevante interesse social, cuja avaliação ficará a

> seu exclusivo critério, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei; § 8º Havendo vício de legitimação, desistência infundada ou abandono da ação, o juiz aplicará o disposto no parágrafo 3º deste artigo; § 9º Em caso de inércia do Ministério Público, aplica-se o disposto no parágrafo único do artigo 8º deste Código.

O Código Modelo proposto por Antonio Gidi[35] e o Código de Processos Coletivos para a Ibero-América[36] também adotam essa postura.

O certo é que, se pretendemos evoluir para o controle da legitimação e para a legitimação passiva coletiva (*defendant class actions*), não podemos esquecer das sábias e fortes lições da doutrina, que, com a vitoriosa tese de Arruda Alvim já afirmava ser a substituição processual decorrente não só da expressa disposição da lei, mas também autorizada pelo sistema. Não haverá possibilidade de autorizar a substituição processual quando esta contrariar o ordenamento jurídico, ferindo o que aqui denominamos a "legitimação conglobante" por ele assegurada.

Data Recebimento: 19 de maio
Data Aceite: 30 de julho

[35] Os estudos de Antonio Gidi antecederam aos demais projetos, além destes podemos citar o trabalho da UERJ/UNESA, sobre a zelosa coordenação do Prof. Aloísio Gonçalves de Castro Mendes. Todos os projetos citados podem ser encontrados nos anexos ao Vol. 4 do Curso de Direito Processual Civil elaborado por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (Cf. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil Vol. 4: Processo Coletivo. Salvador: Juspodivm, 2007.).

[36] O Código Modelo de Processo Coletivo é um projeto do Instituto Ibero-americano de Direito Processual. Foi elaborado por uma comissão composta pelos seguintes juristas: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Anibal Quiroga Leon, Antonio Gidi, Enrique M. Falcon, José Luiz Vázquez Sotelo, Kazuo Watanabe, Ramiro Bejarano Guzmán, Roberto Berizonce e Sergio Artavia.