

**LEGITIMIDADE PARA AGIR NAS AÇÕES COLETIVAS:
a importância da distinção entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos**

RICARDO SILVA COUTINHO

Doutorando em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela FMU-SP e Especialista em Direito pela UNDB-MA. Procurador do Município de São Luís-MA. Professor da Universidade Paulista - UNIP.

São Paulo

2014

Resumo: O presente trabalho trata dos critérios para distinção entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e sua importância para a análise da legitimidade para agir nas ações coletivas. O estudo também versa sobre as condições da ação, a causa de pedir e o mérito no contexto dos direitos coletivos. No mesmo sentido, propõe uma nova concepção acerca institutos de direito processual sob a ótica do sistema de direitos e interesses metaindividuais. Pretende o presente artigo fomentar as discussões sobre as dinâmicas dos direitos coletivos a partir de institutos processuais advindos do direito alemão e do direito norte-americano. Finalmente, este trabalho se propõe ao exame da coisa julgada e seus efeitos nas ações coletivas.

Abstract: This paper discusses the factors to differentiate diffuse rights, collective and individual rights common, as well as its relevance for analyzing the legitimacy to act in collective actions. The study also discusses the conditions of action, the cause of action and merit in the context of collective rights. In the same vein, we propose a new conception about institutes otica procedural law under the system of rights and interests metaindividual. This article intends to foster discussion about the dynamics of collective rights from institutes proceedings arising from German law and U.S. law. Finally, this work proposes the examination of res judicata and its effects on collective actions.

Legitimacy to act in collective action: the importance of the distinction between homogeneous diffuse, collective and individual rights

Palavras-chaves: Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos; Ações coletivas.

Keywords: Rights diffuse, collective and individual homogeneous; Class actions.

LEGITIMIDADE PARA AGIR NAS AÇÕES COLETIVAS: a importância da distinção entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

1. Introdução.

O mundo atualmente testemunha uma série de acontecimentos relacionados ao que Ulrich Beck e Manuel Castells chamam, respectivamente, de sociedade de risco e revolução digital. Com efeito, a identificação do fenômeno da massificação, que nos conduz à idéia de sociedade de massa, ou, ainda, de consumo de massa, corolário de um modo de produção hipertrofiado, cujas interferências atingem a liberdade e a igualdade, bem como as noções acerca de soberania e cidadania, conduzem a um complexo intrincado que parte desses fenômenos em direção aos direitos coletivos, que, em última instância, deságua nas implicações decorrentes do processo judicial coletivo, tema deste breve ensaio.

Sem embargos, o advento dos meios de comunicação de massa, especialmente a rede de computadores, os movimentos sociais engendrados nessas formas de comunicar, inclusive aqueles fomentados nas redes sociais, ainda, o surgimento de um processo judicial de massa e a definição legal de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos em nosso ordenamento jurídico, também interessam a esta análise.

O artigo presente busca provocar uma discussão acerca das ações judiciais coletivas, ou seja, ações que transcendem a esfera típica dos direitos individuais de índole liberal. Com efeito, o exercício do direito de ação numa relação jurídico-processual que envolve uma coletividade de indivíduos ganha novos contornos na medida em que se apresentam diante do intérprete do Direito as categorias dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O tema adquire maior complexidade na medida em que se investigam alguns institutos tipicamente de direito processual no contexto dos direitos metaindividuais. Então, o processo coletivo possui as mesmas bases fundamentais de um processo individual? Colocando a questão de outra maneira: é possível afirmar que as condições da ação, os efeitos da coisa julgada e o conceito de legitimação, na seara do processo coletivo – apenas para citar alguns importantes institutos da ciência processual –, possuem contornos idênticos tanto na

conjuntura dos direitos individuais (de índole notadamente liberal) quanto no campo dos direitos transindividuais?

Interessa a esse estudo, portanto, apontar os importantes reflexos na processualística do nosso ordenamento ao se considerar a natureza coletiva da ação, desde a origem da relação jurídico-processual, identificando novos aspectos dentro desse processo coletivo, traçando uma investigação que leve em conta uma realidade relativamente nova, diferente da análise de um processo genuinamente individual, até chegarmos aos efeitos dessa sentença coletiva, onde a coisa julgada recebe um peculiar tratamento pela legislação brasileira.

Nesse desiderato, cumpre identificar quais os critérios mais eficazes existentes em nosso sistema jurídico para diferenciar os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Nesta vereda, cabe aqui uma crítica sobre a utilização das mesmas premissas do processo individual no estudo do processo coletivo. Faz-se, por oportuno, uma breve alusão ao direito norte-americano, sobretudo em relação às *class actions* e ao instituto da *adequacy of representation*, e ao direito alemão, no que concerne ao *selbständige prozeßführungsrecht* ligado à teoria do *Parteien Kraft Amts* aplicável às ações coletivas (*verbandsklagen*).

2. Critérios da distinção entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A distinção entre as categorias de direitos e interesses coletivos é relevante para que se tenha uma adequada compreensão das dinâmicas apresentadas pelo sistema de direitos metaindividuais no Direito brasileiro, sobretudo quanto à legitimidade de agir. Sob o gênero *direitos coletivos lato sensu*, estão as espécies *direitos coletivos (stricto sensu)*, *direitos difusos* e *direitos individuais homogêneos*. São direitos correlativos a uma visão menos individualista de sociedade, onde se asseguram às coletividades a defesa em juízo de direitos que transcendem a esfera individual de interesses.

Desde que o homem, ser social, se organizou em sociedade, passaram a existir certos interesses que não pertenciam a indivíduos determinados, mas, de modo geral, a toda a sociedade. Havia direitos da comunidade, que não eram propriamente direitos subjetivos, já que a comunidade em si

mesma considerada não possuía personalidade jurídica, qualquer que fosse o sistema jurídico que se estivesse examinando (FERRAZ, MILARÉ e NERY, 1984, p. 47).

Tais categorias de direitos foram introduzidas em nosso ordenamento por meio da Lei n. 8.078/1990, conhecido como Código de Defesa do Consumidor (CDC). Aliás, a previsão constitucional para a edição desta lei se encontra no art. 48, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), assim como também há vasta disposição na Carta acerca da defesa do consumidor, conforme se extrai, por exemplo, o art. 5º, XXII, e o art. 170, V.

Pois bem, no que tange ao CDC, merece ênfase o teor do parágrafo único, do art. 81, onde se encontram os critérios legais para a referida distinção entre direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. No citado dispositivo, o legislador menciona as expressões “natureza indivisível”, “pessoas indeterminadas” e “circunstâncias de fato” referindo-se aos interesses e direitos difusos; “natureza indivisível”, “grupo, categoria ou classe” e “relação jurídica base” relacionando-os com os interesses e direitos coletivos; e, finalmente, fala o legislador em “origem comum” ao mencionar os interesses e direitos individuais homogêneos. Neste sentido, conforme assevera Consuelo Yoshida (2006, p. 3):

O direito positivo elegeu basicamente dois critérios para caracterizar e diferenciar as três modalidades de direitos e interesses meta ou transindividuais: 1) um critério objetivo, relativo à indivisibilidade ou divisibilidade do objeto (bem jurídico); e 2) um critério subjetivo, referente à indeterminabilidade ou determinabilidade dos titulares, que são ligados por 'circunstâncias de fato', por uma 'relação jurídica-base' ou pela 'origem comum': são os elementos comuns que justificam e possibilitam a tutela jurisdicional coletiva.

Com razão, YOSHIDA (2006, p. 4) destaca esses dois critérios de diferenciação entre as categorias de direitos coletivos *lato sensu*, um subjetivo e outro objetivo:

a) Critério Objetivo: (in) divisibilidade do bem jurídico;

b) Critério Subjetivo: (in) determinabilidade dos titulares.

Evidentemente, nada há de novo em se referendar tais considerações. Contudo, resta um breve esclarecimento sobre os traços distintivos entre essas categorias de direitos coletivos: é preciso uma interação entre esses critérios a fim de que possa aferir a natureza e a dinâmica da relação jurídico-processual de índole coletiva. Não basta, então, uma simples análise dos critérios objetivos e subjetivos, há também de se fazer uma observação acerca da sentença. Neste sentido, o interprete deve se voltar à causa de pedir e ao pedido, a fim de que se tenha uma abrangente visão sobre a coisa julgada. Portanto, é necessário conjugar os critérios objetivos e subjetivos, aliados à análise da causa de pedir, pedido e sentença, sobretudo no que tange aos efeitos da coisa julgada.

Senão, basta que se coloque em parênteses a possibilidade (ou não) da individualização do direito declarado pela decisão de mérito, ou seja, se é possível (ou não) individualizar e repartir os efeitos da decisão entre os integrantes daquela coletividade. Nesse caso, podem coexistir tanto a dimensão individual quanto metaindividual de interesses e direitos. Isso significa que o exercício da pretensão em sede de direitos coletivos não pode obstar o exercício individual dessa mesma pretensão. Daí a pertinência das regras concernentes ao efeito da coisa julgada em processo coletivo, inseridas nos arts. 103 e 104, do CDC, dentre as quais a exigência de suspensão das ações individuais para que se tenha os efeitos da coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes*.

Essas considerações levam à conclusão de que a distinção deve ser deslocada para o julgamento do caso concreto, ou seja, quando da declaração da norma individual e concreta. Cada caso deve ser posto sob criteriosa análise para que se extraia da relação litigiosa os elementos necessários para essa distinção. O que determinará o exame da legitimidade para agir nessas ações coletivas.

Para ilustrar as considerações aqui sustentadas, demonstrando a complexidade dos direitos aduzidos numa demanda coletiva, destacamos a AC 200651110009230, cuja Relatora é a Desembargadora Federal Maria Alice Paim Lyard, tramitando na Sexta Turma Especializada do TJ/RJ.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MPF. INCRA. ANULAÇÃO DE PORTARIA. COMUNIDADE QUILOMBOLA. ILHA DE MARAMBAIA. LEGALIDADE. Ação Civil Pública em que se objetiva a nulidade de Portaria do INCRA que tornou insubsistente o ato que publicou o Relatório Técnico de Identificação, Delimitação, Levantamento Ocupacional e Cartorial das comunidades de quilombos da Ilha de Marambaia, Município de Mangaratiba - RJ. Nada há de ilegal na atuação administrativa. O referido Relatório tampouco poderia ser publicado, haja vista que a fase procedimental de negociações e as avaliações pelo Governo Federal sequer tinham sido esgotadas. Não havia ainda uma solução definitiva para a regularização do território da comunidade quilombola. Inteligência dos artigos 10 e 11 do Decreto nº 4.887/2003. Os vícios resultantes de lapso exclusivamente imputável à própria Administração pedem a pronta autotutela, nos termos do artigo 53 da Lei nº 9.784/1999, além da Súmula nº 473 do STF. Sentença de improcedência mantida. Apelo desprovido. Decisão: Decide a Sexta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto da Relatora.

Nesta ação civil pública identificamos o Ministério Público Federal, de um lado, e o INCRA, de outro. Contudo, nada impede que participe da demanda a Associação dos Moradores da Região afetada. Também é possível que qualquer um dos partícipes dessa coletividade, individualmente, proponha uma ação judicial, a fim de exercer seu direito de ação autônomo e específico. Todas essas pretensões terão como base o mesmo suporte fático. Neste sentido, podem coexistir demandas individuais, coletivas, difusas, decorrentes de um mesmo suporte fático.

O aprofundamento da análise da causa de pedir possibilita que se compreenda a razão pela qual as três modalidades de direitos e interesses metaindividuais, ao mesmo tempo que são

inconfundíveis entre si, por suas características específicas, podem, no caso concreto, apresentar implicações, relações e interferências recíprocas, pois podem derivar da(s) mesma(s) causa de pedir (YOSHIDA, 2006, p. 2).

Outra conclusão possível é de que o exame do processo coletivo deverá se pautar nas dinâmicas da própria relação jurídica de natureza metaindividual, respaldado por essa distinção de categorias (coletivos, difusos e individuais homogêneos), considerando, por óbvio, suas diferenças com os direitos tipicamente individuais. Isso pode significar um afastamento, em certa medida, da vetusta visão individual de certos institutos de direito processual, tais como a legitimação extraordinária e/ou substituição processual.

3. Condições da ação no processo coletivo.

Desde a polêmica entre os romanistas alemães Bernard Windscheid e Theodor Muther sobre a “actio” romana e do sentido que deveria ser emprestado modernamente à ação (CINTRA; DINAMARCO; e GRINOVER, 1996, p. 123), considerada um dos importantes momentos da ciência processual, muito se discute sobre as teorias em torno do direito de ação e das condições da ação. Aliás, os pressupostos processuais, as condições da ação e a análise do mérito, se apresentam ao direito processual brasileiro como destacados suportes para o desenvolvimento da estrutura processual que atualmente se experimenta.

A concepção aqui adotada considera apropriada a comunhão entre as teorias favoráveis à natureza concreta da ação e a corrente abstrata, cuja síntese seria a ação como direito à sentença de mérito, contudo, não nos debruçaremos sobre essa discussão, deixando o leitor apenas com essa informação a fim conhecer a linha de pensamento aqui desenvolvida. Neste sentido, muito embora o direito de ação não esteja condicionado a um impedimento – posição que se aproxima da teoria abstrata da ação (e autônoma, pois independe do direito material) – o direito à obtenção de sentença de mérito encontra-se submetido às chamadas condições da ação, que se consubstanciam como verdadeiros obstáculos ao seu pleno exercício. Kazuo Watanabe afirma que a carência da ação não significa a inexistência da ação, mas apenas a incidência de óbices legítimos ao seu regular exercício.

Esta maneira de ver o direito de ação deve ser examinada à luz da dinâmica dos direitos coletivos, pois, considerando um grupo, uma classe, ou mesmo uma multiplicidade indeterminada de sujeitos, o direito a uma sentença de mérito deve estar afinado à idéia de que a ação poderá ser intentada indefinidamente até que se tenha uma decisão a respeito da questão conflituosa em si, sem a qual permanece essa coletividade detentora do direito de ação.

Mas esse debate não se encerra nesse ponto, pois mesmo obtendo uma decisão de mérito, os sujeitos pertencentes a essa coletividade podem ter preservado o direito de ingressar individualmente com a ação, desde que não tenham sido alcançados pelo mérito da sentença exarada naquela ação coletiva, como ocorre nas situações previstas no art. 104, do CDC. Ademais, nos casos de improcedência do pedido (individuais homogêneos), e nas hipóteses em que essa improcedência for decorrente de insuficiência de provas (coletivos e difusos), fica preservado o direito de ação, conforme se extrai do art. 103, do CDC. Portanto, se vê claramente a necessidade de uma adaptação à teoria das condições da ação às dinâmicas dos direitos metaindividuais, atribuindo-lhe novos contornos.

A legitimação para as ações coletivas está a revelar um necessário redimensionamento dos interesses, decorrente de uma maior participação da sociedade nos mais amplos setores, em prol do fortalecimento dos ditames democráticos. Em vista disso, a concepção tradicional de pressupostos processuais e de condições da ação há de merecer a necessária adaptação, em verdadeira ortopedia jurídica, para que se possa extrair o máximo de rendimento dos novos parâmetros e institutos processuais (SHIMURA, 2006, p. 54.).

No que tange às condições da ação, quesito que particularmente interessa a esse estudo, tem-se, conforme a concepção de Enrico Tullio Liebman, o *interesse de agir* e a *legitimidade ad causam*. Aqui se leva em conta a reconsideração do autor feita na 3ª edição do seu *Manuale* abandonando a *possibilidade jurídica do pedido* como mais uma das condições da ação, uma vez que tal quesito estaria acampado no interesse ou subsumido ao mérito da causa. Afora as íntimas relações entre interesse de agir e legitimidade *ad causam*, que torna

difícil mesmo uma distinção, o presente estudo se concentrará na legitimidade para agir nas ações coletivas.

4. Legitimidade *ad causam*.

Muitas foram as teorias que surgiram a partir do desenvolvimento da ciência processual moderna a respeito da legitimidade *ad causam*. Para Giuseppe Chiovenda (1965, p.435, *apud* ROCHA, 2007, p. 95) a legitimidade se apresentaria como condição para o direito a uma sentença favorável (ação como direito autônomo e concreto). Por seu turno, Enrico Redenti (1911, p. 297 *apud* ROCHA, 2007, p. 97) sustentou que a legitimidade não é pressuposto processual e nem condição da ação, mas condição de obtenção de sentença de procedência. Já para Salvatore Satta (1959, p. 355 *apud* ROCHA, 2007, p. 98) a análise da legitimidade é sempre uma decisão de mérito.

No contexto do direito alemão, Konrad Hellwig (1967, p. 127 *apud* ROCHA, 2007, p. 99), por meio das noções de *sachlegitimation*, propôs o exame da legitimidade em sua acepção material (titularidade da coisa litigiosa). A partir dessa visão foi desenvolvido o conceito de *prozeßführungsrecht* como sendo o poder de discutir judicialmente as pretensões ou para condução de litígios. O conceito de *sachlegitimation* se dirige ao conceito de *prozeßführungsrecht* como equivalente processual da legitimidade material.

Aqui cabe uma breve consideração a respeito da concepção de *prozeßführungsrecht*. Esse conceito aproxima-se da legitimidade *ad causam* no direito processual pátrio, muito embora no direito alemão não se fale em condições da ação, somente em pressupostos processuais. O *prozeßführungsrecht* se origina da idéia de titularidade da relação jurídica controvertida e servirá à determinação das chamadas “*Partes Exatas*” (*richtige parteien*) presentes no direito alemão.

Enrico Liebman (1992, p. 144 *apud* ROCHA, 2007, p. 104) trata da “condição de existência da ação” (ou obstáculos ao seu exercício), desenvolvendo a concepção de que sem legitimidade não se pode chegar ao mérito. A noção de *Le Giuste Parti* de Liebman se aproxima da idéia de *Parte Exata* de Hellwig, neste sentido, muito embora essas concepções não sejam exatamente as mesmas, é possível afirmar que há alguma similaridade entre as posições desses autores.

Essa breve explanação a respeito da legitimidade *ad causam* serve de intróito para a análise da legitimidade para agir nas ações coletivas, suscitando a pergunta se haveria um critério em atenção ao qual se admitiria como legitimado um dado sujeito em determinado processo coletivo. A questão ontológica de *quem propôs a ação(?)* e *em face de quem foi proposta a ação(?)* se põe ao lado da questão deontológica de *quem deve propor(?)* e *em face de quem deve ser proposta(?)*. A partir desse ponto é possível chegar à noção de *situação legitimante*, como sendo uma resposta aceitável a indagação a respeito da existência de um critério de legitimação.

5. Critérios para legitimação: Situação Legitimante (Relação Jurídica Legitimante).

O jurista italiano Francesco Carnelutti (1951, p. 312 *apud* ROCHA, 2007, p. 107) considera o juízo de aparência como situação legitimante, a que poderíamos chamar de *legitimidade aparente*. Já Luigi Monacciani (1951, p. 318 e ss, *apud* ROCHA, 2007, p. 108) cita uma suposta “relação prodrômica”, cuja noção informa a existência de uma relação indicativa de legitimidade (um nexo teleológico para com a relação principal).

Dieter Leipold (1978, p. 70 *apud* ROCHA, 2007, p. 111), a respeito dessa situação legitimante dispõe sobre a chamada Teoria da Representação (*vertretertheorie*), onde o representante age em nome alheio direito alheio. A partir dessa idéia é possível se chegar à Teoria do Cargo (*amtstheorie*) onde em nome próprio se exerce direito alheio. Já a Teoria do Órgão (*organtheorie*), seria uma concepção que concilia as duas vertentes anteriores. A *Parteien Kraft Amtes* de Leipold guarda semelhanças com a noção de *Sostituzione ufficiosa* de Liebman (ainda, *sustituzione processuale* de Chiovenda).

No processo individual a situação legitimante pode ser vista como a afirmação da titularidade da relação jurídica controvertida. Mas, e no caso das ações coletivas, onde se observa situações em que não há vínculo de titularidade material, como se dará a situação legitimante?

Luciano Velasques Rocha (2007, p. 109), cuja obra sobre o tema muito serviu para esse breve estudo, afirma que muito embora se possa admitir que a legitimidade *ad causam* busque fora da relação processual alguns elementos para sua configuração, *é a*

conformação processual destes elementos materiais que determinará a situação legitimante. O que nos leva de volta à distinção entre os direitos individuais e os direitos metaindividuais, e, nesse último caso, à diferença entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. De fato, a natureza dos direitos coletivos *lato sensu* servirá de substrato para análise da situação legitimante nas ações coletivas, a exemplo da análise do rol de legitimados para agir na Ação Civil Pública, previsto no art. 5º, da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública).

A idéia de conter na legislação um rol específico de legitimados para agir na ação civil pública, dentre os quais destacamos o Ministério Público, se relaciona com uma concepção de *situação legitimante* existente no direito alemão chamada de *Parteien Kraft Amtes*, que numa tradução livre para o português pode-se dizer *Parte Ex Officio*. Mas esses legitimados estariam agindo em nome próprio (legitimação ordinária) ou em nome alheio (legitimação extraordinária)?

De maneira bastante genérica e superficial, é possível dizer que a legitimação ordinária ocorre quando se trata de pretensão própria, e a legitimação extraordinária versa sobre pretensão alheia. A despeito dessa classificação (legitimação ordinária e extraordinária), considera-se infértil essa discussão quando falamos em ações coletivas¹, por se tratar de uma nova categoria pertencente à esfera dos direitos metaindividuais, o que acarreta em certa dissintonia entre critérios de classificação tipicamente de índole individual e a necessidade de se compreender as novas dinâmicas coletivas. Por conta desses fatores, parece-nos clara a idéia de que os legitimados previstos no aludido art. 5º, da Lei de Ação Civil Pública, agem em nome próprio autonomamente.

6. Legitimidade para agir nas ações coletivas.

No contexto de uma ação coletiva, deve o operador do direito se perguntar *quem legitimar, a que título legitimar, e qual situação legitimante deverá fundamentar essa legitimidade?* O intérprete estará certamente diante da busca por um adequado critério de escolha indagando-se sobre a utilização ou não dos mesmos mecanismos do processo

¹ "Na ação coletiva, no âmbito do processo de conhecimento, em rigor, descabe perquirição se tal legitimação seria ordinária ou extraordinária, uma vez que os legitimados serão sempre os catalogados expressamente em lei. O legislador entendeu que tais legitimados são os "adequados", não permitindo outras discussões, nem pelo próprio lesado, nem pelo juiz (salvo na apreciação do requisito da pré-constituição da associação, cf. parágrafo 4º do art. 5º, da LACP)" (SHIMURA, Sérgio. Tutela coletiva e sua efetividade. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 52).

individual. Não basta, por conseguinte, apenas acrescentar a adjetivação “coletivos” a esses mesmos mecanismos processuais, deve, sobretudo procurar compreender os novos contornos da relação jurídica coletiva e encontrar dentro da ciência processual uma adequada forma de satisfazer as exigências da cláusula *due process of law*, de maneira que garanta a ampla defesa e o contraditório (*right to be heard* e o *rechliches gehör*).

O problema, situado no contexto da dogmática jurídica, conduz à conclusão de que a compreensão plena sobre a legitimidade para agir nas ações coletivas pode ser aperfeiçoada mediante a utilização da noção de situação legitimante, o que pode significar uma nova interpretação acerca da noção de titularidade da relação jurídica material, posicionando-a de maneira secundária em detrimento da conformação processual dos elementos materiais da relação jurídica coletiva. De modo que, em cada caso, o operador do direito deverá promover um juízo de avaliação da situação legitimante a partir do suporte fático, onde serão considerados os planos da linguagem (semântica, sintaxe e pragmática), a distinção dentre as categorias dos direitos metaindividuais (difusos, coletivos, individuais homogêneos), a causa de pedir (e o pedido), aliados a uma análise do alcance da coisa julgada (a partir da causa de pedir e do pedido).

A primeira consideração a ser feita diz respeito ao fato de que a legitimacao, nos interesses difusos, não pode ser resolvida em termos de perquirição sobre a titularidade da pretensão (...) A ótica deve ser *objetiva*, isto é: deve-se dar prevalência aos aspectos da relevância social do interesse e da capacidade representativa de seu portador (esses serão os títulos jurídicos); o portador desses títulos não o será em termos de exclusividade, mas de veículo ou instrumento idôneo a solicitar a tutela para aquele interesse (MANCUSO, 2000, p. 170).

Ao lado dessas considerações, posicionam-se algumas teorias extraídas do direito comparado que, muito embora não se apliquem exatamente ao direito brasileiro, podem servir como importantes parâmetros de aperfeiçoamento fornecendo subsídios para medidas *de lege ferenda*. Destacam-se, dentre essas teorias, a Adequacy of Representation, do direito norte-americano e o conceito de *selbständige prozeßführungsrecht* advindo do direito alemão.

6.1 A Teoria da representação adequada (*adequacy of representation*)

A teoria da Representação Adequada (*standing to sue*), extraída da *Class Action* do direito americano apresenta-se como uma espécie de solução pragmática ligada ao sistema de *stare decisis* (precedente jurisprudencial). Na *Adequacy of Representation* substituiu-se a idéia de *titularidade* de direitos em favor da noção de *aptidão* para defesa de direitos. Será representante adequado aquele que tiver aptidão para tutelar a situação jurídica litigiosa. Mas a quem compete o poder de aquilatar esta representação adequada? O sistema do *Common Law* atribui essa competência de regular a adequação da representação ao Juiz da causa. A Professora Ada Pellegrini Grinover sustentou tese segundo a qual o controle da adequada representatividade pelo juiz não seria contrário ao ordenamento jurídico pátrio. Antonio Gidi propõe o controle da representatividade adequada no direito brasileiro *de lege data*. O *Código de Processo Civil Modelo* para países ibero-americanos coloca nas mãos do magistrado o controle da representatividade adequada do legitimado².

Contudo, entendemos que a *Adequacy of Representation*, para ser aplicada ao sistema jurídico pátrio, carece de previsão legal específica. Inexiste entre nós, além da previsão expressa para controle da adequação da representação, por exemplo, a estipulação de requisitos objetivos que orientem o Juiz no julgamento dessa representação. Quais seriam esses critérios? Dependeria, então, dos meios dos representantes para absorver o ônus (custos) da ação coletiva.

6.2 A teoria da Legitimação Autônoma

No contexto do direito alemão tem-se a teoria da Legitimação Autônoma (*selbständige prozeßführungsrecht*) desenvolvida por Walther Hadding. Esta teoria encontra-se, de certa maneira, muito ligada à teoria do *Parteien Kraft Amts* aplicável às ações coletivas (*verbandssklagen*).

² "De acordo com a posição dominante no Brasil, não há 'controle judicial' da adequação do representante nas ações coletivas. Essa era a posição, por exemplo, da Ada Pellegrini Grinover (mudou de posição em recente artigo: ações coletivas ibero-americanas) e é a de Pedro Dinamarco. Nelson Nery Jr. e Arruda Alvim vão além e dizem que o juiz está proibido de avaliar a adequação do representante. Portanto, segundo a doutrina majoritária brasileira, basta que o representante do grupo seja um dos entes legitimados pelo art. 82 do Código do Consumidor (ou art. 5o da Lei de Ação Civil Pública), para que ele possa livremente representar os interesses do grupo em juízo" (GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007, p. 129).

Tanto neste caso, quanto à teoria da *Adequacy of Representation*, aplicados subsidiariamente à compreensão do art. 5º, da LACP, conduz-nos à conclusão de que coube ao legislador, no momento da elaboração daquele texto legal, por meio do formal processo legislativo, escolher esses critérios de aferição da adequação da representação. De maneira que o controle sobre essa adequação ocorreu previamente, restando um rol específico de pessoas legitimadas para propor a ação coletiva. Essa legitimidade é autônoma em razão das funções institucionais de cada um dos legitimados. No caso das Associações ainda restou a exigência, em alguns casos, de comprovação de requisito objetivo (tempo de constituição da Associação) a ser avaliado pelo Juiz, contudo, afora esse caso, presumem-se legitimadas aquelas pessoas. Trata-se, no caso, de uma presunção legal.

7. Coisa julgada nas ações coletivas

O sistema jurídico brasileiro prevê algumas situações de abrandamento da coisa julgada que, dada a sua excepcionalidade, somente nos casos expressos taxativamente em lei (*numerus clausus*) é que poderiam mitigar a coisa julgada. Ao se fazer uma análise desse tema, de plano, afasta-se a idéia de relativização. Neste sentido, é fundamental deixar claro que aqui não se defende a relativização da coisa julgada, porém se admite que em determinados casos ocorra um abrandamento legal dessa coisa julgada, quando autorizado por lei. Tratam-se dos emblemáticos casos da ação rescisória, da revisão criminal, e da coisa julgada *secundum eventum litis*

A coisa julgada *secundum eventum litis*, seria a aquela em que os efeitos da decisão de mérito se amoldam conforme o resultado da lide (art. 18, da Lei de Ação Popular, e art. 103, CDC), admitida em nosso direito sob a forma de abrandamento dessa coisa julgada. Diferentemente, tem-se a coisa julgada *secundum eventum probationis*, ou seja, conforme o resultado da prova, não admita entre nós (NERY JR., 2004, p. 54).

Como dito anteriormente, a compreensão da coisa julgada nas ações coletivas, incluindo sua extensão e seus efeitos, servem para auxiliar na distinção entre direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Na mesma trilha, o exame da coisa julgada pode auxiliar na captação da adequada noção de situação legitimante, cujos reflexos reverberam na análise das condições da ação no contexto das lides coletivas.

8. Conclusões

Conforme tudo o que foi proposto no presente artigo, é possível afirmar que não basta acrescentar o termo “coletivo” aos mesmos institutos de direito processual reservados ao exame da relação jurídico-processo individual. Em tempo, é fundamental compreender as novas dinâmicas do processo coletivo e quais os seus reflexos na processualística moderna. É preciso que se reconheçam os novos contornos impostos ao direito processual por esse atual contexto deflagrado pelas ações coletivas. Neste sentido, devem ser revistos critérios, classificações e teorias do processo individual, de natureza tipicamente liberal, a fim de se avaliar como se comportam diante dessa concepção coletiva de direitos.

Com efeito, é muito relevante se apontar os adequados critérios de distinção entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, no intuito de aperfeiçoar a compreensão da legitimidade e da coisa julgada, bem como esses institutos processuais se comportam no âmbito das relações coletivas. Esse exame deve considerar o conteúdo normativo do art. 81, do CDC, importante dispositivo que trata do tema no ordenamento jurídico pátrio.

Dentre esses critérios de distinção das categorias de direitos metaindividuais, tem-se o critério objetivo, que analisa a divisibilidade do bem jurídico. Do mesmo modo, tem-se o critério subjetivo, debruçando-se sobre a determinabilidade dos titulares. Ao lado desses critérios, deve-se aliar o exame da causa de pedir e do pedido, assim como a sentença de mérito. A conjugação desses critérios é muito importante tanto para distinção entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, quanto para a própria análise da legitimidade para agir nas ações coletivas.

Outro ponto importante que se buscou algum avanço no presente artigo, diz respeito ao estudo da legitimidade *ad causam* no contexto da transindividualidade dos direitos, o que conduziu ao exame da *situação legitimante* no processo coletivo.

Para determinar essa situação legitimante, além da importância prática da distinção entre as categorias dos direito metaindividuais, é fundamental que se proceda a conformação processual da situação material, o que significa considerar o suporte fático a fim

de se extrair os elementos necessários, por meio da produção de uma linguagem processual, levando-se em conta cada caso a fim de produzir a norma individual e concreta.

Outro fator de relevância na identificação da situação legitimante nas ações coletivas é a análise da causa de pedir, do pedido, e do próprio mérito. Dentro dos ditames legais, respeitados o devido processo legal e o princípio da legalidade, deve o interprete identificar, a partir da análise desses elementos, qual a situação legitimante.

Quanto às teorias da *adequacy of representation* e da *selbständige prozeßführungsrecht*, produzidas, respectivamente, pelo direito norte-americano e alemão, é salutar destacar a possibilidade de se extrair dessas concepções bons frutos, contudo não nos parece possível uma imediata aplicação desses institutos em nosso direito, especialmente a teoria da Representação Adequada, por ausência de previsão legal e pela necessidade de se contextualizar tais medidas a nossa própria processualística. Muito embora se reconheça as virtudes desses institutos, tais providências são de *lege ferenda*, aptas a influenciar o nosso legislador para que as introduza de maneira adequada e prudente em nosso ordenamento, por meio de um processo legislativo que proporcione ampla discussão e debate.

9. Bibliografia

ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. O que isto? – o precedente judicial e as súmulas vinculantes. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

CINTRA, Antonio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel; e GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

COUTINHO, Ricardo Silva. O meio ambiente digital e a defesa do patrimônio cultural brasileiro: a poluição visual nos conjuntos urbanos de valor histórico. São Paulo: Editora Fiuza, 2012.

GOYTISOLO, Juan Vallet. Sociedad de masas y derecho. Madrid: Taurus, 1968.

FERRAZ, Antônio Augusto Melo de Camargo; MILARÉ, Édís; NERY Júnior, Nelson. A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos. São Paulo: Saraiva, 1984.

- GIDI, Antonio. A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007.
- HÄBERLE, Peter. El estado constitucional. Trad. Francisco Balaguer Callejón. México: Isidoro Saucedo, 2003.
- KRELL, Andreas J. Discricionariade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- LIEBMAN, Enrico Túlio. Manual de Direito Processual Civil. Vol. 1. Tocantins: Intelectos, 2003.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000.
- NERY JR., Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004.
- NUNES, Rizzato. Curso de direito do consumidor. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ROCHA, Luciano Velasque. Ações coletivas: o problema da legitimidade para agir. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- SILVA, José Afonso. Direito Ambiental Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SHIMURA, Sérgio. Tutela coletiva e sua efetividade. São Paulo: Editora Método, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TRENNEPOHL, Terence Dorneles. Direito ambiental empresarial. São Paulo: Saraiva, 2010.
- YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Tutela dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.