

CONTROLE OPE JUDICIS DA LEGITIMIDADE NAS DEMANDAS COLETIVAS - ESTUDO DE CASO

Marcel Vitor de M. e Guerra ¹

Marcia Vitor de M. e Guerra ²

SUMÁRIO: Introdução; 1 Definição do modelo brasileiro de legitimidade nas demandas coletivas: substituição processual; 2 Legitimidade das associações e seu controle judicial; 3 Questão da pertinência temática: Estudo de caso; Considerações Finais; Referências das fontes citadas.

RESUMO

Busca-se sistematizar um novo perfil da legitimação processual, consubstanciada na tendência de se permitir a fixação da legitimidade coletiva, pelo magistrado, por meio do que se denominou *representação adequada*. Trata-se de uma nova visão calcada em uma maior proximidade entre o Direito Material e o Direito Processual, a partir da percepção de que a legitimidade resulta de uma situação jurídica oriunda de uma situação de fato, que o direito protege. Analisa-se o caso do Diretório Central dos Estudantes de uma Universidade capixaba que foi declarada sem legitimidade para proteger o meio ambiente de seu campus universitário. De modo que se percebe a necessidade de superar o modelo estático de legitimação coletiva brasileira, para um novo modelo, agora mais adequado aos escopos da tutela coletiva e aos contornos constitucionais, que prevê a representação adequada, pelo magistrado, a partir de todo ordenamento. É a inclusão da chamada legitimidade *ope judicis*.

PALAVRAS-CHAVE: Legitimidade Ativa; Ação Civil Pública; Controle *ope judicis*.

ABSTRACT

Seeks to systematize a new profile of procedural legitimacy, reflected in the tendency to allow the establishment of collective legitimacy, by the magistrate, through what is called representation. This is a new view based on a proximity

¹ Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Professor adjunto do Centro Universitário de Vila Velha-UVV-ES e da Escola Superior do Ministério Público do Espírito Santo. Advogado. marcel.guerra@uvv.br

² Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Servidora pública Federal do Ministério Público da União. marciavitormg@hotmail.com

between the right material and procedural law, from the perception that the legitimacy of a clear legal situation arising from a situation of fact, the law protects. Examines the case of the Central Directory of Students, a University of Espirito Santo which has been declared without standing to protect the environment of their campus. So that one perceives the need to overcome the static model of collective legitimization of Brazil, for a new model, now more appropriate to the scope of collective protection and constitutional boundaries, which provides for adequate representation, the magistrate, from every land. It is the inclusion of so-called ope judicis system.

KEY-WORDS: Active legitimacy; class action; ope judicis system.

INTRODUÇÃO

A evolução das relações econômicas da sociedade capitalista criou a chamada sociedade de massa e, com ela, novos direitos e conflitos mais complexos. Tal cenário demandou, por parte do Estado, uma adaptação da tutela jurisdicional, como a idealização de novos instrumentos e técnicas processuais aptos a viabilizar uma efetiva e adequada proteção desses direitos da coletividade e, deste modo, garantir o amplo acesso à justiça.

No Brasil, como resposta a essas novas necessidades, criou-se um microssistema normativo específico para a tutela desses direitos, os direitos coletivos. Tal privilégio, vale lembrar, tem como pano de fundo, a necessidade de se garantir um dos alicerces de um Estado Democrático Constitucional de Direito, que seja o amplo acesso à justiça.

Um dos instrumentos de maior relevância desse microssistema normativo é, sem dúvida, as ações coletivas. Elas representam uma ferramenta fundamental na busca por esse escopo constitucional, o amplo acesso à justiça, na medida em que permitem, por meio de inúmeros legitimados, através da *substituição processual*, a proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, garantindo ainda, um tratamento uniforme das situações em litígio, economia processual e o equilíbrio entre as partes.

Há uma ruptura com o modelo tradicional do processo civil, de base individualista, surgindo a necessidade de se adequar diversos institutos processuais a essa nova sistemática coletiva. Dentre esses institutos situa-se o da legitimação para agir, que, tradicionalmente vinculado à titularidade do direito material discutido, passa a necessitar de uma nova base conceitual em vista da não rara impossibilidade de se atribuir individualmente a titularidade desses direitos coletivos.

Trata-se da ampliação do controle judicial da adequada legitimação, a partir da análise *in concreto* da adequada representação dos legitimados, controle que permitirá fixar a legitimidade *ad causam* nas ações coletivas a partir das realidades concretas da sociedade e com base em todo o ordenamento jurídico e não apenas em uma norma específica.

Estuda-se um caso específico, a legitimidade de uma associação, Diretório Central dos Estudantes Prof. Aly da Silva do Centro Universitário de Vila Velha-ES, constituída há mais de vinte anos, representando mais de dez mil universitários, para ajuizar uma ação civil pública para interditar empresa poluidora do meio ambiente, produtora de cimento e concreto, situada ao lado da Instituição Superior de Ensino.

Como se sabe, a lei 7.347/85 exige pertinência temática para uma associação ser legitimada para defender direitos coletivos. E, os pretórios têm fixado o entendimento de ser imprescindível a menção expressa, no estatuto da associação, da finalidade de proteção ao meio ambiente. No caso em cotejo, o juiz de primeiro grau extinguiu o processo sem julgamento de mérito por ausência de pertinência temática da associação autora, agiu certo? É o que se pretende analisar.

1 DEFINIÇÃO DO MODELO BRASILEIRO DE LEGITIMIDADE³ NAS DEMANDAS COLETIVAS: substituição processual

Com a crise do positivismo jurídico, no pós-segunda Guerra Mundial, o Estado legislativo, reinante no século XIX, entra em crise e rompe com o paradigma da supremacia das leis, dando início ao movimento da constitucionalização de direitos.

Com efeito, reflexo da alteração de paradigma no plano do Direito para um estudo fundado mais no plano constitucional e de base principiológica, valorativa e transformadora, o positivismo jurídico é superado pelo fenômeno que vem sendo denominado pela doutrina de neoconstitucionalismo.⁴

No Brasil, sensível às influências européias ao longo da segunda metade do século XX, o movimento ganha contornos concretos com a promulgação da Constituição da República de 1988 que positivou diversos direitos e garantias materiais e processuais. A constitucionalização de normas processuais, dentro do que representou o fenômeno da descodificação, implicou a retirada do Código de Processo do centro do ordenamento processual⁵ e fez com que o processo assumisse papel de vanguarda nos ordenamentos modernos.

Hermes Zaneti Jr., nesse sentido, expõe que a Constituição de 1988 impôs uma radical transformação no espírito do discurso jurídico e judicial. Afirma que:

³ A legitimidade *ad causam*, para a demanda (a que se refere o presente escrito) e a legitimidade processual não se confundem. Segundo Giuseppe Chiovenda, a *legitimatío ad causam* "quer significar que, para receber o juiz a demanda, não basta que repute existente o direito, mas faz-se mister que o repute pertencente àquele que o faz valer e contrário àquele contra quem se faz valer." A *legitimatío ad processum*, ao revés, indica pressuposto processual. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Bookseller, 2002, v. 1, p. 222. Conf. ainda MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Bookseller, 1997, v. 1, p. 34.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista forense**, Rio de Janeiro, ano 102, vol. 384, 2006, p. 71-104; CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 6, 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 12 fev. 2009. Propondo o estudo do direito processual sob a perspectiva constitucionalizadora do Estado Democrático Constitucional de Direito, ver por todos: ZANETI Jr., Hermes. **Processo constitucional: O modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁵ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 6, 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 12 fev. 2009.

[Com a Constituição de 1988] Passou-se de um discurso fundado em regras codificadas, centradas no juiz, apodítico e demonstrativo, que aplicava o direito material posto e fundado nos direitos subjetivos preconcebidos, para um *discurso democrático, que relaciona autor, juiz e réu em colaboração, com viés problemático e argumentativo, fundado na participação das partes para obtenção da melhor solução jurídica*; em síntese, na garantia constitucional do contraditório.⁶

Nessa esteira, as normas processuais, constituídas à luz do Estado legalista, de cunho individualista e caráter privatista, característicos da fase do procedimentalismo científico, passam a ser objeto de uma interpretação constitucional mais aberta, por imposição de novas demandas sociais, aspirantes por uma visão pluridimensional do fenômeno processual.

A regra contida no art. 6º do vigente Código de Processo Civil⁷, construído numa base individualista de litígios, vincula a legitimidade ativa à afirmação da titularidade da relação jurídica material discutida no processo (legitimidade ordinária), salvo em casos de expressa autorização legal (legitimidade extraordinária). Assim, em se tratando de direitos coletivos, cuja titularidade difusa é a marca da sua definição e, considerando que, à época, não havia legislação própria que regulasse a matéria, restava patentemente prejudicada a utilização da pré-citada norma em sua visão clássica.

A doutrina, diante desse quadro, buscou soluções para que pudesse ser definida a legitimidade coletiva, por meio de sugestões como a legitimação concorrente e disjuntiva dos co-titulares agindo em juízo isoladamente ou mediante o direito à formação de litisconsórcio voluntário; legitimação de pessoas jurídicas (sociedades, associações) cujo fim institucional consistisse na defesa do interesse em litígio; legitimação do Ministério Público, dentre outros⁸.

⁶ ZANETI Jr., **Processo constitucional**, p. 55-56.

⁷ Art. 6. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 198-199; GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 38-45; 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. 90-97; OLIVEIRA Jr., Waldemar Mariz. Tutela

À época, poucas eram as situações em que entidades estavam legitimadas à tutela coletiva de seus membros, como a prevista na Lei 4.215/63 que determinava que à OAB cabia representar os interesses dos advogados e os individuais relacionados ao exercício da profissão.⁹

Em 1981, representando um claro avanço no tema, entra em vigor a lei que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), responsável pela legitimação do Ministério Público para propositura de ação de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente.¹⁰

Kazuo Watanabe criticava a omissão quanto à possibilidade de tutela de direitos coletivos perante o Judiciário. Sugeriu, assim, independentemente das alterações legislativas que se impunham necessárias, uma interpretação extensiva do art. 6º do CPC, que fosse consoante às necessidades práticas de acesso à justiça e que permitisse às associações, bem como a outros corpos intermediários, o ajuizamento de demandas em prol da sociedade. Defendia, portanto, a natureza ordinária da legitimação ativa desses entes.¹¹

Essa necessidade de se flexibilizar a interpretação do art. 6º também foi visualizada por Barbosa Moreira,¹² que defendeu sua eventual viabilidade, com a tutela de direitos difusos, por pessoa física, a partir do art. 892, 1ª parte do CC/16, que trata das obrigações indivisíveis, (atual 260 CC/02).

Frente às soluções que se apontavam hábeis à resolução da problemática da titularidade ativa da demanda coletiva, dentre as quais a instituição de legitimação concorrente e disjuntiva dos co-titulares, a legitimação de pessoas

jurisdicional dos interesses coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 17-23.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela dos interesses difusos. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 45.

¹⁰ Art. 14, § 1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

¹¹ WATANABE, Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir, p. 90.

¹² O autor trata a questão da legitimidade nas ações coletivas como um dos pontos sensíveis da problemática processual dos interesses coletivos ou difusos. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 99.

jurídicas (sociedades e associações) e a legitimação de órgãos públicos, concluía Barbosa Moreira, seguindo Mauro Cappelletti, que proceder à combinação de tais soluções representaria, com grande probabilidade, a melhor forma de se atingir resultados mais positivos.¹³

E essa foi, de fato, implantando inicialmente um modelo de legitimidade *ope legis*, a solução encontrada pelo legislador brasileiro¹⁴, ao prever, na Lei 7.347/85 e na Lei 8.078/90, um amplo rol de legitimados¹⁵, indo ao encontro do que se denominou de *universalização do processo e da jurisdição*¹⁶ e, certamente, contribuiu, e ainda contribui, para o fomento da democracia participativa no Estado Democrático de Direito “que se manifesta na estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos possibilidades efetivas de aprendizado da democracia, de participação nos processos decisórios, de exercício do controle crítico nas divergências de opinião e da produção de *inputs* políticos democráticos.”¹⁷

O presente escrito funda sua pesquisa na corrente que acolhe a teoria da legitimação extraordinária por substituição processual como a melhor forma de garantir uma efetiva e adequada tutela dos direitos coletivos *lato sensu*.

Nesse sentir, acolhe-se, ainda, a doutrina capitaneada por Arruda Alvim que considera a legitimação como decorrente do ordenamento, de modo a admitir a substituição processual por determinado ente, ainda que este não venha

¹³ Solução a que Mauro Cappelletti denominou de mista ou plúrima. CAPPELLETTI; GARTH, **Acesso à justiça**, p. 65-66, e que BARBOSA MOREIRA chamou de eclética. Ressalte-se que, sem embargo de não utilizar a denominação *plúrima* ou *mista*, tal solução já vinha sugerida por Mauro Cappelletti em trabalho anterior. Conf. CAPPELLETTI, Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, p. 143-145.

¹⁴ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa. In MILARÉ, Édis (Coord.) **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 42.

¹⁵ Solução consagrada na Constituição da República, no art. 129, § 1º.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo, Malheir os, 1994, p. 304.

¹⁷ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Processo constitucional, democracia e direitos fundamentais. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 407; Conf. ainda ZANETI Jr., **Processo constitucional**, p.60-61.

expressamente elencado num rol taxativo de legitimados em abstrato, mas a partir de uma *interpretação sistemática*.¹⁸

Com efeito, a leitura do ordenamento a partir da Constituição da República permite afirmar que o substituto processual não é somente aquele definido pela lei, mas também pelo magistrado que o determina, no caso concreto, por meio do controle da legitimação adequada, em conformidade com as premissas do ordenamento jurídico, inclusive a da necessidade de garantir a tutela jurisdicional adequada.

Sob tal entendimento é que a presente pesquisa demonstra configurada a legitimidade ativa para a propositura de uma lide coletiva a partir do ordenamento como um todo e não somente a partir de autorização de uma norma legal específica. Seguindo essas premissas, por exemplo, é possível justificar, com efeito, a legitimidade do Ministério Público para a propositura de mandado de segurança coletivo ou a legitimidade do Diretório Central dos Estudantes para a propositura de Ação Civil Pública Ambiental, não obstante inexistente qualquer menção expressa em dispositivos legais ou constitucionais a abordar o assunto.

O modelo brasileiro adotou ainda uma legitimidade concorrente e disjuntiva¹⁹, a saber: um modelo de legitimidade no qual a atuação de um ente não exclui a de outro e ocorre independentemente de autorização ou anuência dos demais. É possível a todos os legitimados, de modo concorrente, habilitar-se à ação coletiva, desde que preenchidos os requisitos legais.

Nesses termos, considerando que os entes legitimados agem na tutela de direitos pertencentes a uma coletividade e, portanto, na tutela de direitos alheios, sua atuação representa os anseios da sociedade. Nessa qualidade, atuam, ou no mínimo deveriam necessariamente atuar, no papel de autênticos

¹⁸ "A palavra *lei*, no art. 6º, *deve ser entendida como sistema*, no que se compreende decreto, lei complementar, etc." ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 426.

¹⁹ Quanto à atecnicidade do termo utilizado pela doutrina, bem observa Antonio Gidi que "Em vernáculo, 'disjuntivo' quer significar a proposição composta de dois predicados, sendo que apenas um deles pode ser atributo do sujeito com exclusão do outro. É o 'ou-excludente' da Lógica Formal." GIDI, **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**, p.38, nota 91.

porta-vozes da população. No entanto, como bem observou Antonio do Passo Cabral, a técnica da legitimação extraordinária, sem embargo de permitir a tutela dos direitos da coletividade muitas vezes dispersa geograficamente, implica também, por vezes, dificuldades nas afirmações de fato, tendo em vista o distanciamento, não raro, existente entre o legitimado extraordinário e os fatos a serem expostos.²⁰

Disso se extrai a importância e a necessidade de se proceder ao controle da atuação de tais entes, pelo que se denominou de *representação adequada*, instituto largamente aplicado no modelo de litígio coletivo norte-americano e que o Brasil, malgrado com algumas resistências, vem buscando programar, em uma clara evolução do modelo de legitimação *ope legis* para o modelo *ope judicis*²¹.

Trata a representação adequada, em linhas gerais, de requisito necessário ao regular desenvolvimento da ação coletiva, consubstanciada na análise de determinadas características, atinentes aos legitimados e aferíveis durante toda a condução processual, necessárias para demonstrar, no caso concreto, se os legitimados se apresentam habilitados a uma atuação adequada e eficiente dos interesses da sociedade.

Ressalte-se que essa é uma tendência que vem sendo vislumbrada não somente no Brasil, mas também em vários países de tradição da *civil Law*, conclusão extraída do Relatório Geral²² sobre as novas tendências em tema de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas dos países de *civil Law* elaborado no âmbito do XIII Congresso Mundial de Direito Processual, realizado em Salvador, Bahia, no ano de 2007.

²⁰ CABRAL, **A causa de pedir nas ações coletivas**, p. 64.

²¹ Nesse sentido, afirmam Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr. que: "Hoje, na jurisprudência, começa a perseverar o controle judicial da adequada legitimação, seguindo a tendência dos ordenamentos modernos de acompanhar, pelo juiz, a adequada representação das partes envolvidas. Portanto, correta a doutrina ao afirmar que a legitimação no Brasil não se limita ao legislador, ocorrendo também o controle *ope judicis*. Um dos casos em que esse controle tem se mostrado mais rigoroso é na legitimação do Ministério Público." DIDIER Jr.; ZANETI Jr., **Curso de direito processual civil**, p. 338-339.

²² GRINOVER; WATANABE; MULLENIX, **Os processos coletivos nos países de "civil Law" e "common Law"**, p. 250.

2 LEGITIMIDADE DAS ASSOCIAÇÕES E SEU CONTROLE JUDICIAL

As associações, bem como os sindicatos e os partidos políticos também estão autorizados a demandar ações coletivas, para a tutela de direitos e interesses difusos que transcendem a esfera individual de seus membros e associados. Nessa base, atribuir legitimidade aos corpos intermediários, para tutelar direitos da coletividade, certamente, implica novas formas de gestão da coisa pública.

Pela maior proximidade com a sociedade²³ e sua maior independência frente aos organismos estatais, de modo geral, esses grupos intermediários, em especial as associações, por vezes, mostram-se mais sensíveis aos apelos sociais e, portanto, adequadas representantes dos seus interesses. Do mesmo modo, o crescimento de sua atuação representa, ao mesmo tempo, o fomento da participação social nas decisões judiciais e contribui para a evolução da democracia participativa²⁴, no que representa “o exercício de uma nova liberdade.”²⁵

A legitimidade dos órgãos do Poder Público é subsidiária; mostra-se fundamental até o desenvolvimento e organização da sociedade civil, ao mesmo tempo em que trata “uma técnica destinada a retroceder o seu crescimento a partir do momento em que a sociedade civil organizada assuma a plenitude da sua tarefa de autoproteção e autoconservação.”²⁶

Com efeito, diante dos inúmeros obstáculos a ser enfrentados para que se tenha acesso ao judiciário, muitos indivíduos se vêem desestimulados a litigar em face, muitas vezes, de grandes empresas, mais poderosas economicamente e ainda na incerteza da obtenção de um provimento favorável. Nesse compasso, as associações, entidades privadas criadas com o escopo de tutelar esses novos

²³ Acerca da necessidade de haver uma maior aproximação do ente legitimado com a realidade fática, conf. CABRAL, **A causa de pedir nas ações coletivas**, p.64.

²⁴ LEAL, **Ações coletivas**, p. 131.

²⁵ PERIM Jr., Ecio. Aspectos relevantes da tutela coletiva do consumidor no direito italiano em face do direito comunitário europeu. *Class actions* norte-americanas e a experiência brasileira **Revista de direito do consumido**, São Paulo, v. 38, 2001, p. 21.

²⁶ GIDI, **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**, p. 36.

direitos, dispõe de melhores condições e preparo para enfrentar os pesados ônus processuais e obter um provimento judicial mais satisfativo.

Dispõe o art. 5,^a da Lei 7.347/85, que a legitimidade das associações está condicionada ao preenchimento dos seguintes requisitos: a) estar constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil e; b) incluir entre as suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A imposição de tais requisitos certamente vem no intuito de se evitar lides temerárias por meio de associações despreparadas que demandam, sem qualquer propósito relevante. Mas não é só. O fato de uma associação preencher tais requisitos não a legitima como uma adequada representante dos interesses da sociedade, fazendo-se necessária a avaliação, pelo magistrado, de outros elementos que impliquem uma atuação de fato eficaz e vigorosa.

Atribuir legitimidade para enfrentar uma complexa lide coletiva a pequenas associações não é o que se pretende evitar, mas não é dado "permitir que uma ação coletiva seja proposta por associação manifestamente incapaz de tutelar adequadamente os interesses do grupo no processo, seja por incompetência, por falta de interesse real no litígio, por existência de interesses conflitantes, parcialidade ou mesmo má-fé."²⁷

A legislação admite o afastamento do requisito da pré-constituição (art. 82, § 1º do CDC e art. 5^a, § 4º da LACP), pelo magistrado, quando for manifesto o interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido, inclusive, tendo em vista o sistema intercomunicante do microssistema coletivo, quando se estiver diante de mandado de segurança coletivo²⁸. Muitos autores, que consideram o modelo brasileiro como sendo *ope legis*, admitem ser essa uma hipótese de abertura do

²⁷GIDI, A. "class action" como instrumento de tutela coletiva dos direitos, p. 130.

²⁸WATANABE, et. al., **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 1021. Em sentido contrário, conf. SHIMURA, Sérgio. O papel da associação na ação civil pública. In MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita (Coord.) **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin 2005, p. 160; ABELHA RODRIGUES, **Ação civil pública e meio ambiente**, p. 76.

sistema nacional, ainda que de modo temperado, ao modelo *ope judicis* de controle da adequada representação²⁹.

Todavia, na verdade, a dispensa de tal requisito não configura controle da representação adequada das associações³⁰, conforme menciona a maioria da doutrina. Nesse caso, o magistrado dispensa o requisito da pré-constituição não porque, no caso concreto, verifica ser a associação um ente adequado à tutela dos direitos em questão, mas porque *o manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido* assim impõe a conduta do magistrado.

Fator que deve ser analisado pelo magistrado, para fins de controle da adequada representação, além de outros, é se o tipo de direito a ser tutelado pela associação se mostra compatível com as finalidades institucionais da instituição, ao que a doutrina vem denominando de *pertinência temática*.

Essa é uma questão deveras interessante. Impor uma restrição ao juiz no sentido de prendê-lo ao disposto expressamente no estatuto pode ir de encontro às finalidades da exigência do requisito. Exigir a pertinência temática tem um propósito: defender um direito coletivo cuja tutela representa o objetivo e a razão da existência de determinado ente, leva a uma conclusão, ainda que superficial, de que tal ente é adequado a representar citado direito em juízo, uma vez que teve sua criação pautada nesse mister.

No entanto, conforme já traçado em linhas anteriores, o controle da legitimidade adequada impõe a análise de outros aspectos. Assim, insuficiente submeter o critério da pertinência temática a uma simples conferência objetiva, ou seja, a uma simples leitura estatutária. Fazer constar, como finalidade estatutária de determinado ente, a tutela de inúmeros direitos coletivos, sem qualquer cuidado

²⁹Nesse sentido, conf. ALMEIDA, **Direito processual coletivo brasileiro**, p. 519; ABELHA RODRIGUES, **Ação civil pública e meio ambiente**, p. 71; NERY Jr.; NERY, **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**, p. 1516. Em sentido contrário, não considerando ser o tempo mínimo de constituição um requisito para representatividade adequada, DINAMARCO, **Ação civil pública.**, p. 201. Segundo o autor "Esse *interesse social* não diz respeito à demanda em si, pois ele sempre estará presente, em tese, na demanda coletiva. [...] O interesse social a que se refere a lei é, portanto, *na dispensa do prazo de um ano.*"

³⁰A observação é feita por Antonio Gidi. GIDI, A. **Rumo a um código de processo civil coletivo**, p. 111.

e de modo aleatório, certamente, não satisfaz o requisito. Ou, ao contrário, o fato de o estatuto não mencionar expressamente a defesa de determinado direito difuso, como o meio ambiente, não o deslegitima imediatamente. Deve-se analisar o caso concreto. Por isso não parece ser o mais adequado impor uma regra restritiva ao juiz, de modo peremptório, vedando a sua análise acerca da conveniência ou não de determinado ente propor uma demanda coletiva.

Mais correto, repita-se, é, primeiramente, deixar ao juiz a análise da atuação do órgão em cada caso concreto. Não há dúvida de que o judiciário, de fato, não poderá intervir na constituição do estatuto da entidade (a associação ou o sindicato formaliza seu ato constitutivo da forma que melhor lhe aprover). No entanto, deverá analisar, em cada caso concreto, se o direito que a entidade se presta a tutelar se conforma com as finalidades do ente de modo geral, *interpretando de forma ampliativa, sempre*.

Ao contrário do que se pode inferir da simples leitura do dispositivo, as associações, bem como os sindicatos, não vão a juízo tutelar somente direitos de seus associados. Não se pode olvidar que os legitimados nas ações coletivas atuam na defesa dos direitos coletivos *lato sensu*, no regime de substituição processual e não como meros representantes³¹ de seus associados, esse sim um modelo de litígio individual, pelo qual se exige a autorização dos representados.

Evidencia-se, desse modo, a clara presença de controle do magistrado na aferição da legitimidade do ente associativo. Importante é que promova uma leitura ampla da norma, de modo a que se associe o termo associações a todas as formas de associativismo, como sindicatos e cooperativas³² e até mesmo, partidos políticos.

Ressalte-se que, malgrado o reconhecimento da importância, bem como da necessidade de se fomentar a iniciativa de lides coletivas por parte das associações, no Brasil, sua atuação na tutela dos direitos coletivos ainda se mostra incipiente. Com efeito, à frente das ações coletivas ainda se encontra o

³¹ Conf. ABELHA RODRIGUES, **Ação civil público e meio ambiente**, p. 74-75.

³² WATANABE; et. al, **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 841.

Ministério Público, o que demonstra uma sociedade pouco participativa e atuante.

Nesse mesmo entendimento, também expõe, Pedro Dinamarco, a necessidade de se estabelecer incentivos para a participação das associações, pois, segundo afirma, essa participação "representa a forma mais democrática de participação popular na administração da justiça (democracia participativa), do mesmo modo que é a atuação do cidadão por meio da ação popular."³³

Visualizando tal quadro, Antonio Gidi³⁴, de forma pioneira e buscando incentivar a atuação do órgão, elenca, no seu Anteprojeto de Código Modelo, algumas medidas, como a previsão de honorários premiais, que, certamente, caso consideradas, implicaria uma atuação mais enérgica e participativa da sociedade por meio das suas entidades associativas.

Sem dúvida, o calcanhar de Aquiles da participação das associações em lides coletivas é o requisito da pertinência temática. A prática da mera leitura dos estatutos, caracterizado por uma interpretação restritiva e literal, revela grave insensibilidade e desconhecimento quanto às possíveis formas de atuação das associações, maior exemplo é o caso que se analisará que envolve um Diretório Central de Estudantes na defesa do meio ambiente contra empresa poluidora sediada ao lado da Universidade.

3 QUESTÃO DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA: ESTUDO DE CASO

O Diretório Central dos Estudantes-DCE de uma Instituição de Ensino Superior do Estado do Espírito Santo ajuizou uma ação civil pública em face de uma empresa produtora de cimento e concreto que polui o ar atmosférico de toda localidade,

³³DINAMARCO, **Ação civil pública**, p. 247.

³⁴Consulte-se, GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: A codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

principalmente do campus universitário, uma vez que a empresa poluidora está sediada ao lado da Universidade, vizinhos portanto.

A constante emissão de poluentes no ar, verdadeira poeira preta como é conhecida na região, qualificada por recentes acidentes que ocasionaram pequenas explosões no local, levou a comunidade dos estudantes, formada por mais de dez mil pessoas, que convivem no campus, diuturnamente, a buscarem tutela jurisdicional estatal.

Ocorre que o juiz de primeiro grau sentenciou extinguindo o processo sem julgamento de mérito, por carência de legitimidade ativa da associação-DCE, fundamentando sua decisão na ausência de pertinência temática da associação com o direito coletivo em litígio. Uma vez que não há menção expressa da proteção desse direito no estatuto da referida associação. O que se coloca é, agiu certo o magistrado?

Ricardo de Barros Leonel coloca a pertinência temática como sinônima de interesse material. Desse modo, por exemplo, quanto à legitimação do MP, teria o legislador, ao legitimá-lo, presumido seu interesse material ou pertinência temática com relação a qualquer interesse metaindividual.

Essa é uma concepção que se afasta no presente *paper*, na medida em que a legitimidade, para tutela de direitos pertencentes a uma coletividade, não deve estar atrelada ao interesse material na causa, na medida em que se trata de concepção calcada numa visão individualista e privatista do processo, a semelhança do ordenamento norte-americano. Ademais, a atuação do MP ou de qualquer outro legitimado, repita-se, não se afigura isenta de controle pelo magistrado em razão das peculiaridades de cada caso concreto, peculiaridades que, por vezes, podem furtar ao um ente legitimado uma atuação efetivamente adequada.

Contudo, afirma o autor, tal presunção é atrelada somente ao *Parquet*, sendo que, quanto aos demais entes públicos, a aferição desse interesse específico na causa decorre da análise da atuação do ente legitimado em cada caso concreto.

“Esta constatação decorre das peculiaridades da própria existência, limites de atuação, e finalidade institucional de cada um destes entes.”³⁵

Elton Venturi, de outro lado, defende o afastamento da análise do requisito a aduzir que o que se revela necessário vislumbrar é a efetiva tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, “na medida em que tal proteção se revele útil e necessária.”³⁶

Ainda nesse sentido, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery observam que o interesse processual na ACP é aferível em razão da qualidade do direito tutelado: difuso, coletivo ou individual homogêneo.³⁷

À semelhança do que já foi defendido neste ensaio, observa-se que o importante é que o magistrado examine, *in concreto*, se as circunstâncias que se apresentam tornam aquele autor um legitimado adequado a estar em juízo.

Desse modo, o que se pretende firmar é a necessidade de o magistrado, em um segundo momento de análise da legitimação coletiva, valer-se também de outros critérios para, no caso concreto, definir se o autor da ação coletiva é, de fato, um adequado representante dos interesses daqueles que não se podem fazer presentes em juízo.

Como bem observou Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr., “A exigência da representatividade adequada não pode tornar-se uma alternativa para ‘sentenças processuais’ vedando o enfrentamento da matéria de fundo. [...] A relevância das questões em debate impede solução tão drástica e ineficiente”³⁸.

Nesse passo, mais adequado é que o juiz providencie a substituição do ente considerado ilegítimo, ou melhor, inadequado à condução do processo, à semelhança do que ocorre quando o Ministério Público ou outro ente legitimado é chamado a assumir a ação popular ou a ação civil pública em caso de desistência

³⁵LEONEL, **Manual do processo coletivo**, p. 164.

³⁶VENTURI, **Processo civil coletivo**, p. 211 Ainda nesse sentido, NERY Jr.; NERY, **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**, p 1320.

³⁷ NERY Jr.; NERY, **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**, p. 1531.

³⁸DIDIER Jr.; ZANETI Jr., **Curso de direito processual civil**, p. 209.

ou abandono do processo pelo autor, *ex vi* do art. 9ª da Lei 4.717/65 e art. 5º, § 3º, da Lei 7.347/85.³⁹

No caso em cotejo, o estatuto do DCE estabelece, entre as suas finalidades, a de "*concorrer para o aprimoramento das instituições democráticas*" e a ação civil pública representa um importante instrumento para a concretização da democracia participativa.

Mas não é só. Instituir um modelo de controle da legitimação adequada representa, por corolário lógico, o respeito à garantia constitucional do acesso à justiça e à participação popular pelo processo, porque os membros ausentes far-se-ão ouvir por meio de um ente competente e qualificado a levar seus anseios ao Judiciário.

Somente o controle judicial concreto da legitimidade ativa das ações coletivas, permitirá a análise sensível do possível interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

No caso, os mais de dez mil estudantes que freqüentam diariamente o campus, os funcionários, egressos e comunidade local representam os principais interessados na tutela do meio ambiente da região, uma vez que sentem de forma direta e contundente os efeitos nefastos da poluição produzida.

O perfil de um estudante universitário, nos dias atuais, é caracterizado por uma inserção na realidade que cerca a universidade, nos problemas sociais da sociedade, exercendo atividades de extensão e pesquisa direcionadas para a mudança da realidade política, econômica e social. Essa comunidade possibilita o experimento das teorias e idéias produzidas no campus. Ademais, essa é a grande importância do conhecimento científico produzido em uma Instituição de Ensino Superior, transformar a realidade que nos cerca, iluminando e evoluindo a sociedade.

³⁹Conf. DIDIER Jr.; ZANETI Jr., **Curso de direito processual civil**, p. 209-210.

Entender que uma entidade, do porte de um Diretório Central dos Estudantes, entidade que representa todos os estudantes da universidade, que demonstrou sua força e legitimidade através de muita luta e sangue na defesa dos alicerces da Democracia, não poderia defender o meio ambiente que o cerca, ou seja, defender o, talvez, maior interesse dos estudantes, qual seja, o ar que ele respira, não nos parece sequer razoável.

Assim, mister é que, doutrina e jurisprudência nacionais implementem, no ordenamento, o sistema de controle judicial, *ope judicis*, corrigindo equívocos e interpretações diminutas, redutoras de garantias constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nova perspectiva do processo abandona, assim, seu caráter eminentemente privatista e ganha contornos publicistas, dentro do que se vem denominando de neoprocessualismo, fenômeno que se enquadra na nova fase metodológica processual⁴⁰, caracterizada por uma metódica aberta, pluralista e diferenciada pela ênfase nos valores constitucionais.

Esse novo paradigma, desse modo, impõe uma reanálise de antigos conceitos do Direito Processual, tradicionalmente voltados à tutela de interesses individuais das partes, para adequá-los ao novo modelo que hoje se apresenta sintonizado com o direito material. Essa mudança se reflete na produção normativa que, sensível às novas exigências da sociedade de massa, impõe a criação de técnicas processuais voltadas à efetivação de garantias fundamentais.

O desenvolvimento da tutela dos direitos coletivos certamente denota o escopo que o processo, por meio das ações coletivas, passa a ter, voltado não somente ao interesse das partes, mas à realização do bem comum. Ou seja, o processo

⁴⁰ Nessa esteira, tem-se o formalismo-valorativo, expressão entendida aqui como a nova fase metodológica do processo civil, cunhada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, fruto de estudos acadêmicos realizados no âmbito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

coletivo surge nesse cenário como importante instrumento de efetivação de objetivos constitucionais.

Reflexo do neoconstitucionalismo ou pós-positivismo no processo civil, representando uma redefinição desta categoria processual a partir de novas premissas metodológicas, caracterizadas pela mudança das bases interpretativas, voltadas para a efetivação de direitos e valores fundamentais, através do processo.

De modo que doutrina e jurisprudência nacionais devem adotar o sistema de controle judicial da representação adequada, evitando equívocos e interpretações restritivas das garantias constitucionais.

Nesse sentido, Gregório constrói que como os interesses difusos e coletivos têm, pelo texto constitucional, dignidade de direitos fundamentais, consoante estabelece o Título II, art. 5º, da CF, a tendência deve sempre pautar no sentido de ampliar a legitimidade ativa no direito processual coletivo. Isso possibilita a participação em massa dos entes sociais interessados, legitima a atuação do Poder Judiciário e garante a efetividade dos direitos sociais fundamentais no sentido de transformar a realidade social com mais igualdade e justiça. Esse é o papel do Estado Democrático de Direito, e o direito processual coletivo é instrumento fundamental para tanto.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. **Processo Civil Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes de uma nova proposta de codificação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista forense**, Rio de Janeiro, ano 102, vol. 384, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de processo**, São Paulo, ano 21, n. 82, 1996.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão. **Revista de processo**, São Paulo, ano 32, n. 147, 2007.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 12 fev. 2009.

CAPPELETTI, Mauro. Acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. **Revista de processo**, São Paulo, ano 16, n. 61, 1991.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Bookseller, 2002, v. 1.

DELGADO, José Augusto. Aspectos controvertidos da substituição processual. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 47, 1987.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, vol. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. **Civil procedure**. 4. ed. Hanbook series, 2005.

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

_____. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de processo**, São Paulo, ano 27, n.108, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos da admissibilidade. **Revista de processo**, São Paulo, ano 26, n. 101, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

KLONOFF, Robert. H.; BILICH, Edward K. M. **Class Actions and other multi-party litigation:** cases and materials. St Paul. West Group, 2000.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **A tutela dos interesses difusos.** São Paulo: Max Limonad, 1984.

_____. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 58, vol. 404, 1969.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante.* 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. In OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo.* São Paulo: Malheiros, 2007.

GUERRA, Marcel Vitor de M. e; GUERRA, Marcia Vitor de M. e. Controle ope judicis da legitimidade nas demandas coletivas - estudo de caso. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.3, 3º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

ZANETI Jr. Hermes. A Legitimação Conglobante nas Ações Coletivas: A Substituição Processual Decorrente do Jurídico. In ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; NERY JUNIOR, Nelson; MAZZEI, Rodrigo; ALVIM, Theresa (Org.) **Direito Civil e Processo**: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.