



ESCOLA SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

ANTONIO LAERTE GUEDES NETO

POSSIBILIDADE DA LEGITIMAÇÃO ATIVA DA DEFENSORIA
PÚBLICA EM FACE DO ARTIGO 82 DO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR

Fortaleza

2009

ANTONIO LAERTE GUEDES NETO

POSSIBILIDADE DA LEGITIMAÇÃO ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA EM FACE
DO ARTIGO 82 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Monografia apresentada ao curso de Especialização em Direitos Difusos e Coletivos da Escola Superior do Ministério Público e Fametro, como requisito parcial para obtenção do grau de especialista em Direitos Difusos e Coletivos.

Professor orientador: Prof.(a) Ms. Ângela Teresa Gondim Carneiro Chaves

Fortaleza

2009

ANTONIO LAERTE GUEDES NETO

Possibilidade da legitimação ativa da Defensoria Pública em face do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor.

Monografia apresentada ao curso de Especialização em Direitos Difusos e Coletivos da Escola Superior do Ministério Público e Fаметro, como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Direitos Difusos e Coletivos.

Local e Data de Aprovação: Fortaleza, __ de outubro de 2009.

BANCA EXAMINADORA

Assinatura: 

Prof. (a) Ms. Ângela Teresa Gondim Carneiro Chaves

Orientadora

Assinatura: *

Prof. Ms. Marcus Vinícius Amorim de Oliveira

Membro

Assinatura: 

Prof. (a) Ms. Lucilene Cavalcante de Paula

Membro

Dedico esta obra aos meus pais, Gilmar e Márcia, à minha irmã Lourdes, por acreditarem no meu potencial;

à minha orientadora professora Ângela Teresa Gondim Carneiro Chaves, pelo incentivo, confiança, paciência e respeito a mim dedicados na realização desta obra;

à minha namorada Marcela, pela paciência e compreensão;

aos meus familiares, amigos e colegas de especialização;

e a todos que direta ou indiretamente ajudaram no desenvolvimento e conclusão deste texto.

Antonio Laerte Guedes Neto

"A mente que se abre a uma nova idéia jamais voltará ao seu tamanho natural". (Albert Einstein)

RESUMO

GUEDES NETO, Antonio Laerte. **Possibilidade da legitimação ativa da Defensoria Pública em face do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor.** Fortaleza, 2009. Monografia – Escola Superior do Ministério Público e Fametro.

Estudo doutrinário e jurisprudencial acerca da importância da legitimação ativa dada à Defensoria Pública em ações de cunho coletivo. O Código de Defesa do Consumidor em seu abrangente artigo 82 aprova esta legitimação. O capítulo inicial revela os aspectos processuais da legitimação começando pelo conceito no dicionário da língua portuguesa e o conceito jurídico, uma distinção entre legitimidade e legitimação, assim como legitimidade *ad causam* e *ad processum*, e por fim é exposto um apanhado geral das espécies de legitimidade. O epicentro do capítulo seguinte trata das Ações Coletivas e suas particularidades. Inicia-se com um breve relato sobre as dimensões dos direitos fundamentais, a seguir a evolução dessas no Brasil, seus princípios, as espécies de tutela jurisdicional e suas influências no modelo brasileiro. Os dois últimos capítulos abordam mais especificamente o tema. Neles se trata da legitimação ativa em Ações Coletivas, apresenta-se um pequeno estudo do artigo 82 do CDC, e, por fim, se adentra nas funções primordiais da Defensoria Pública, suas prerrogativas, o acesso à justiça e a perfeita correlação entre esta instituição e a legitimação que lhe é perfeitamente cabível pelo dispositivo legal citado anteriormente.

Palavras-chave: Legitimação Ativa, Defensoria Pública, Código de Defesa do Consumidor.

SUMÁRIO

RESUMO.....	vi
1.INTRODUÇÃO.....	1
2. ASPECTOS PROCESSUAIS DA LEGITIMAÇÃO.....	3
2.1. Conceito.....	3
2.2. Distinção entre legitimação e legitimidade.....	4
2.3. Legitimidade <i>ad causam</i> e legitimidade <i>ad processum</i>	4
2.4. Espécies de legitimação.....	5
2.4.1. Legitimação ordinária.....	5
2.4.2. Legitimação extraordinária (substituição processual).....	6
2.4.3. Legitimação autônoma.....	9
2.4.4. Legitimação concorrente.....	10
3. AÇÕES COLETIVAS E SUAS PARTICULARIDADES.....	12
3.1. Dimensões dos direitos fundamentais.....	12
3.2. Evolução das ações coletivas.....	15
3.3. Princípios das ações coletivas.....	18
3.4. Espécies de tutelas jurisdicionais dos direitos coletivos.....	20
3.4.1. <i>Verbandsklage</i> (modelo alemão).....	20
3.4.2. <i>Class actions</i> (modelo anglo-saxão).....	21
3.5. As ações coletivas no Brasil e as <i>class actions</i>	23
3.5.1. Aspectos positivos e negativos das ações coletivas.....	24
4. LEGITIMAÇÃO ATIVA NAS AÇÕES COLETIVAS.....	29

4.1. Correntes doutrinárias acerca da legitimação no Brasil.....	29
4.2. Legitimação ativa (substituição processual).....	31
4.3. O artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor.....	32
4.3.1. Ministério Público.....	33
4.3.2. Legitimidade das entidades político-administrativas.....	34
4.3.3. Legitimidade de entidades e órgãos da administração pública.....	35
4.3.4. Legitimidade das associações civis.....	35
5. POSSIBILIDADE DA LEGITIMAÇÃO ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA EM FACE DO ARTIGO 82 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	37
5.1. Das funções da Defensoria Pública.....	37
5.2. Defensoria Pública e o acesso à justiça.....	40
5.3. Principais prerrogativas da Defensoria Pública.....	41
5.4. Defensoria Pública e o artigo 82 do CDC.....	42
5.5. Fundamentação Jurídica.....	46
5.6. ADI 3943.....	48
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
7. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.....	53

1. INTRODUÇÃO

A tutela coletiva, após o surgimento da terceira geração de direitos humanos, vem ganhando importância nos sistemas jurisdicionais dos países ocidentais que a possuem como sistema jurídico romano-germânico ou anglo saxão.

Por ter esta influência no mundo contemporâneo, e ainda persistir muita discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da tutela coletiva, e em especial sobre a legitimação para agir nestas ações, é que este tema foi escolhido.

No sistema jurídico brasileiro, a tutela coletiva teve seu nascimento no início do século XX em que o tema pouco era tratado na legislação e muito menos no campo da efetividade processual. A Lei nº 4.717/65 previa o instituto da Ação Popular, mais tarde no ano de 1985 surgiu outra importante lei que trata sobre a Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), já no fim da década de 80 a Constituição Federal Cidadã deu *status* constitucional a este tipo de ação por meio do artigo 5º nos incisos, XXXV, LXX, LXXIII e 129, inciso III. Por fim, para completar o ciclo no ano de 1990 foi editado o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que trouxe bastantes inovações no campo material e processual a respeito da proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A Defensoria Pública, órgão que ganhou bastante importância no sistema jurisdicional brasileiro após edição da Carta Política de 1988, e ainda foi reforçado com a lei complementar nº 80/94, que dispõe sobre suas prerrogativas, funções, o seu dever em proporcionar o acesso à justiça aos hipossuficientes em qualquer demanda jurisdicional.

Uma interpretação mais favorável e abrangente da legislação que trata dos direitos coletivos leva o operador do direito a entender como perfeitamente normal o ajuste da Defensoria como legitimado ativo, ainda mais após uma leitura do artigo 82 da Lei nº 8.078/90.

Para o estudo do tema, que tem como objeto a possibilidade de legitimação ativa da Defensoria Pública, foi aplicado o método de abordagem o indutivo. Daí se recorreu a teorias, leis e decisões jurisprudenciais para poder chegar a conclusões

satisfatórias, e tentar demonstrar a probabilidade da inserção desta instituição no pólo ativo para propositura de Ações Coletivas.

Esta monografia, realizada por meio de um levantamento bibliográfico, apresenta a definição de conceitos, uma análise histórica sobre o instituto, uma abordagem atual da legitimação das Ações Coletivas e da Defensoria Pública.

2. ASPECTOS PROCESSUAIS DA LEGITIMAÇÃO

2.1. Conceito

Legitimação, segundo dicionário da língua portuguesa significa: 1 Ato ou efeito de legitimar. 2 Habilitação ou justificação documentada para certos e determinados fins. 3. Reconhecimento autêntico dos poderes de representantes do povo ou de nação estrangeira, sem o qual não lhes é lícito exercer as respectivas funções. 4 Meio jurídico por efeito do qual os filhos naturais se tornam legítimos por casamento subsequente dos pais. (<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=legitimação> , acesso em 11/08/09)

Juridicamente, ser legitimado é ter idoneidade para a prática de determinado ato ou suportar seus efeitos, ser parte no conflito objeto da lide, isto é requisito indispensável para a perfeição do ato jurídico. É a titulação que deixa o sujeito, em determinada posição jurídica, na qual ostenta certa titularidade para atuar diante de algum outro sujeito ou objeto.

Essa titularidade é o embasamento pelo qual o sujeito adquire posição ou prerrogativa que se impõe ou pode impor diante dos demais membros da coletividade. Diz-se que se tem a legitimação quando se está situado dentro de uma área delimitada pelo regramento jurídico, ou seja, é a norma jurídica que elege quem vai ser legitimado. Esta pode ser dada a uma única pessoa (física ou jurídica), a um grupo de pessoas ou para toda coletividade.

A legitimação ou legitimidade da parte é condição da ação juntamente com o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. Sem a existência de tais condições, o Estado-juiz não irá prestar a tutela jurisdicional, assim extinguirá o processo sem resolução do mérito, visto que são requisitos necessários à validade e existência da relação processual.

2.2 Distinção entre legitimação e legitimidade

Um ponto nisso deve ser destacado, é que boa parte da doutrina afirma que há distinções entre legitimação e legitimidade.

A legitimação é a idoneidade do sujeito para a prática de determinado ato ou para suportar seus efeitos, que advém em regra da titularidade de determinada relação jurídica ou de situação factual que possua efeitos legais. O aspecto prioritário para verificar a legitimação é o direito abstratamente arguido mediante o Estado-juiz que irá estabelecer uma conexão entre o fato narrado e o desfecho.

A legitimidade é a atribuição subjetiva da ação, ou seja, a identidade daquele que propôs a ação com o que teve seu direito lesionado. (Dinamarco, 2001, p. 196) É reconhecida como a idoneidade do sujeito para a prática de um determinado ato conforme sua posição na relação jurídica que o qualifica.

Em regra, isso advém da pertinência subjetiva com a norma material que é controversa. O Código de Processo Civil no artigo 6º afirma existirem exceções: Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei. Este dispositivo que consta no ordenamento legal pátrio foi influenciado diretamente do direito processual italiano.

Legitimidade é qualidade da parte que integra o polo ativo ou passivo da ação. No âmbito do direito processual civil pode ser uma condição da ação ou legitimidade *ad causam* ou ainda um pressuposto processual de validade ou legitimidade *ad processum*.

2.3 Legitimidade *ad causam* e legitimidade *ad processum*

A doutrina majoritária atual afirma que deve ser feita uma diferenciação entre legitimidade para a causa e a legitimidade processual, estas não se confundem.

A capacidade processual, que é definida como a capacidade de estar em juízo, ou seja, de realizar atos processuais com efeitos jurídicos no próprio nome ou por conta de outro é equivalente a legitimidade *ad processum*, não devendo, por isso, ser confundida com a legitimidade *ad causam*.

A legitimidade para causa é condição da ação e defesa (titularidade para figurar em uma ação, seja no polo ativo seja no polo passivo), sem legitimidade *ad causam* ninguém pode propor ou contestar uma ação. Já a processual é a capacidade para estar em juízo, capacidade de exercício de direitos relativos ao feito jurisdicional, não se confunde com a capacidade de ser parte.

Donizetti (2007, p. 55) afirma que:

“A capacidade processual não se restringe aos entes personalizados (pessoas físicas ou jurídicas). A massa falida, o espólio, a herança vacante ou jacente (arts. 1.819 e 1.822 do CC, e art. 12, III, IV e V do CPC), a massa do insolvente (art. 766, II), as sociedades sem personalidade jurídica (art. 12, VII) e o condomínio têm capacidade processual. Tais entes, segundo a doutrina e a jurisprudência, são pessoas formais ou morais, dotados de personalidade jurídica (RSTJ 1/503).”

Ser detentor de direitos, legitimado para causa e para o processo, não é regalia somente de entes personalizados, pois o direito processual brasileiro dá a possibilidade de instituições despersonalizadas de serem detentoras de direitos e, assim, poderem estar em juízo para defendê-los.

2.4. Espécies de legitimação

2.4.1. Legitimação ordinária

É a legitimação cerrada em que se limita a legitimação somente à pessoa que estiver diretamente relacionada ao objeto do direito em litígio. Marcada por uma época de acanhada dimensão demográfica em que poucos eram os conflitos. Hoje, com o elevado número de lides semelhantes, essa modalidade de legitimação tende a diminuir e, em um futuro próximo, passará de regra a ser exceção.

A legitimação ordinária ainda é a regra geral no ordenamento processual civil brasileiro, uma vez que somente a busca pelo direito mediante via processual só pode ser realizada pelo titular deste direito. Obviamente há exceções que estão

dispostas nos diversos dispositivos legais. Isso ocorre quando coincide na mesma pessoa o titular do direito e aquele que está em juízo.

Este tipo de legitimação não permite que sujeito diverso ao detentor do direito material possa pedir proteção deste, ou seja, em nome alheio, impondo assim que para cada processo semelhante entre pessoas diversas deverão existir ações autônomas.

Postula em nome próprio direito próprio, suporta o ônus da decisão judicial e somente ele é alcançado pela coisa julgada, ou seja, pela situação jurídica que se forma quando a decisão transita em julgado.

Carvalho Filho (2001, pág. 110), em sua obra que trata acerca da Ação Civil Pública, afirma que: "quando aquele que ajuíza a ação é o titular da pretensão, diz-se que tem legitimação ordinária."

A legitimação ordinária pode ser simples ou complexa, entende-se como simples nos casos em que a parte entra em juízo e nele permanece solitária, sem a menor necessidade de participação de terceiros colegitimados. A legitimação complexa é caracterizada quando a atuação do autor ou réu requer o concurso de todos os legitimados para a propositura da ação ou para figurarem no polo passivo da relação jurídica, como no caso de devedores solidários que são acionados pelo credor, todos devem estar perfeitamente habilitados no processo.

2.4.2. Legitimação extraordinária (substituição processual)

É uma legitimação mais aberta, que dá oportunidade de que outra pessoa possa pleitear em juízo direito de que não é titular. É exceção, mas poderá se tornar regra.

Este instituto processual teve seu início no Direito Germânico com o nome de "*Prozesstandschaft*", sendo Kohler o jurista que iniciou o estudo sobre o tema. Na Itália, o responsável pelo desenvolvimento do assunto foi Chiovenda, que denominou o instituto de "substituição processual", mais tarde o seu estudo influenciou a legislação italiana que inseriu no artigo 81 do Código de Processo Civil italiano a figura da legitimação extraordinária.

Tal legitimação facilita o acesso ao judiciário, haja vista que o custo de uma demanda coletiva é infinitamente inferior do que a de várias ações individuais que tramitam ao mesmo tempo requerendo a mesma tutela jurisdicional. Aqueles que não possuem renda suficiente para dispor de advogado e/ou custear um processo, podem se beneficiar de uma ação coletiva que só se torna possível graças à legitimação extraordinária assim como outros aspectos.

Evita, ainda, a possibilidade de sentenças opostas em casos semelhantes, visto que uma sentença em ação coletiva valerá para todos os habilitados no feito processual. O substituto (legitimado extraordinário) seria uma espécie de parte processual, enquanto que o substituído, parte material, por que será atingido pela coisa julgada, assim seu direito irá ser alcançado diretamente.

Não é exigido do legitimado extraordinário qualquer interesse, seja jurídico ou econômico, basta a autorização do legislador para que este possa ser apto a tornar-se legitimado extraordinário em um processo. Isso não quer dizer que este não possa ter algum tipo de interesse na causa.

A Constituição Federal de 1988 deu um passo à frente com relação a este tipo de legitimação. Pode-se notar no dispositivo do artigo 5º, XXI, que traz a representação associativa, na ação popular, *habeas corpus*, ação civil pública que consta no artigo 129, III, entre outros.

Este tipo de legitimação, fundada em lei, e esta, por sua vez, fundamentou-se em alguns aspectos como: predominância do interesse público sobre o interesse privado, no que trata de direitos indisponíveis; comunhão de direitos ou conexão de interesses em que coabitam a legitimidade ordinária e extraordinária; vinculação ao direito questionado ser atribuído a legitimado ordinário ou extraordinário.

Um exemplo prático de que a legitimação extraordinária é aplicada no ordenamento jurídico brasileiro pode ser visualizada em uma jurisprudência do Supremo Tribunal Federal onde afirma a legitimação do Ministério Público em ação civil pública em defesa do patrimônio público:

EMENTA: - Recurso extraordinário. Ministério Público. Ação civil pública para proteção do patrimônio público. - O Plenário desta Corte, no RE 208.790, em hipótese análoga à presente, entendeu que é o Ministério Público legitimado para propor ação civil pública

em defesa do patrimônio público. O conteúdo desse acórdão está assim resumido em sua ementa: "EMENTA: CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PAPA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CF. **Legitimação extraordinária** conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, conseqüentemente, na defesa do autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, pena de nulidade da ação (art. 17, § 4º, da Lei nº 8.429/92). Recurso não conhecido." Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário não conhecido.

Como se vê ocorre a substituição processual, ou quando a lei dá o direito a alguém que pode ser pessoa física, pessoa jurídica ou até mesmo alguns entes despersonalizados, de participar de uma relação processual em nome próprio, mas para defender direitos alheios.

É o poder concedido pela lei a alguém para que em nome próprio defenda direito de outrem, tanto como autor ou como réu. (Rocha, 2004, p.177)

Este tipo de legitimação é classificado pela doutrina como extraordinária, tem como característica que o legitimado, para agir na lide, não é o titular do direito ora em exame e que a decisão proferida em processo pode atingir os bens patrimoniais de terceiros.

É importante relatar que o substituto não pode, no processo, fazer atos que disponham dos direitos do substituído, mas pode praticar atos necessários à lide, no entanto existem ações que somente o titular do direito pode fazer e dispor. Embora sendo parte, sofre restrições quanto a determinados atos pelo fato de não ser o titular do direito em discussão.

A legitimação extraordinária pode ser subdividida em casos nos quais esta é outorgada por conta da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Isso ocorre quando o Ministério Público atua em processo que *a priori* o direito é privado, mas que, na realidade, este tem efeitos que vão muito além, atingindo o interesse da sociedade. A outra situação é quando a legitimação extraordinária é atribuída em decorrência de comunhão de direitos ou conexão de interesses.

As mais frequentes situações, nas quais a lei dá a autorização para a substituição processual ou legitimação extraordinária, são em ações de mandado de

segurança coletivo, Ação Popular, Ação Civil Pública e Ações Coletivas dispostas no Código de Defesa do Consumidor.

Na Ação Civil Pública, comumente se permite que se postule, em nome próprio, direito de outrem e, dessa forma, a ação é proposta por quem não é o titular do direito material. Denomina-se esta como um caso da legitimação extraordinária evidenciada.

2.4.3. Legitimação autônoma

É aquela legitimação em que a presença do legitimado ordinário é dispensada, basta a presença do legitimado extraordinário para que o contraditório se instaure, é uma subclassificação da legitimação extraordinária.

Um exemplo para este tipo de legitimação extraordinária pode ser vista no artigo 42 do Código de Processo Civil:

Art. 42. A alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes.

§1º. O adquirente ou o cessionário não poderá ingressar em juízo, substituindo o alienante, ou o cedente, sem que o consinta a parte contrária.

§2º. O adquirente ou o cessionário poderá, no entanto, intervir no processo, assistindo o alienante ou cedente.

§3º. A sentença, proferida entre as partes originárias, estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário.

Esta, por sua vez, é subdividida em autônoma exclusiva e autônoma concorrente. A primeira ocorre quando apenas o legitimado extraordinário pode figurar no polo ativo ou polo passivo da lide, e o legitimado ordinário vai somente intervir no feito quando já instaurado. Na segunda, tanto o legitimado ordinário quanto o extraordinário podem, sozinhos, propor a ação como também figurar nos polos processuais.

Esta categoria de legitimação é adotada no tocante às ações nas quais os direitos a serem tutelados são os coletivos, difusos ou individuais e homogêneos, haja vista que os direitos difusos e coletivos não possuem como predicado a individualidade, não se pode substituir a coletividade ou pessoas indetermináveis.

Parte da doutrina visualiza este tipo de legitimação quando trata das pessoas determinadas pela Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e também na Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) para propor estas ações coletivas, pois estes não agiriam com a mesma qualidade de substituto processual que atua em procedimento de cunho individual. (Brito, <http://jusvi.com/artigos/28576/2>, acesso em 25/08/09)

Um dos argumentos apresentados é o de que não se deve utilizar do sistema de legitimação empregado para ações de cunho individual para as ações de natureza coletiva, porque o objeto a ser tutelado, neste caso, é metaindividual.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹ já caminha ao entendimento deste tipo de legitimação:

EMENTA: Na ação civil pública atua o parquet como substituto processual da sociedade e, como tal, pode defender o interesse de todas as crianças do Município para terem assistência educacional. (...) Ilegitimidade que se configura a partir da escolha de apenas dois menores para proteger, assumindo o Ministério Público papel de representante e não de substituto processual.

Resta agora aguardar que esta legitimação seja aceita por toda doutrina e jurisprudência brasileira e não apenas por aqueles que são estudiosos do Direito Processual Coletivo. A essência de que o processo coletivo é distinto do processo individual deve ser aflorada por todos os processualistas e por todos os operadores do direito.

2.4.4. Legitimação concorrente

Acontece a legitimação concorrente quando todos os legitimados para figurar no polo ativo ou passivo da relação processual não se excluem; os legitimados concorrem igualmente entre si para a propositura da ação. Ocorre quando o substituto processual é parte no feito, porém o detentor do direito material em disputa mesmo estando substituído na lide não fica excluído desta.

Uma observação deve ser feita: caso o titular do direito e o substituto processual estejam no processo conjuntamente, tem-se aí, obviamente, um

¹ REsp 488.427/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.06.2007, DJ 06.08.2007 p. 471.

litisconsórcio, podendo ser ativo ou passivo, dependendo de qual posição que estes se encontrem, se como autores ou como réus no processo.

3. AÇÕES COLETIVAS E SUAS PARTICULARIDADES

Neste segundo momento pretende-se delinear os principais aspectos das ações coletivas, desde o seu início, evolução até a importância atual do Processo Coletivo como garantidor dos direitos fundamentais do homem.

3.1. Dimensões dos direitos fundamentais

Os Direitos fundamentais estão subdivididos em dimensões ou gerações que, na verdade, é apenas uma ordem cronológica com que estes direitos foram se efetivando na sociedade com o passar dos anos conforme a necessidade social de cada época, em que cada uma delas está traduzida nos ideais da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade).

Estes direitos de primeira dimensão são os contemporâneos do liberalismo político, que surgiram como resposta ao absolutismo monárquico vigente na maioria dos países europeus na época.

A interferência na vida individual por que cada cidadão sofria com esse tipo de regime estatal fez com que a população lutasse por direitos que viessem a proteger sua esfera individual, direitos meramente negativos¹ que visavam garantir as liberdades públicas. Refere-se a direitos civis e políticos como a liberdade de ir e vir, de livre pensamento, inviolabilidade do domicílio, liberdade de escolha de religião entre outros direitos individuais que eram atacados pelo Estado.

Com a intervenção mínima do Estado na sociedade e o fim da 1ª Grande Guerra Mundial, a sociedade se sentiu indefesa e necessitava de um maior apoio estatal. Passou então a exigir um Estado mais atuante, que implementasse programas de governo, surgiu, assim, o Estado do bem estar social.

Outra fonte de inspiração para estes direitos foi a teoria marxista, que, com o impacto da industrialização somado com graves problemas sociais e econômicos, levaram a população a buscar o reconhecimento de tais direitos com a finalidade de alcançar justiça social.

¹ Os Direitos Humanos de primeira geração são considerados negativos, haja vista que tendem a evitar intervenção estatal na liberdade individual, possui como característica a ação negativa dos poderes do Estado.

A segunda dimensão dos direitos fundamentais está ligada na participação direta do Estado na ascensão social do cidadão, isto ocorreu de modo inicial com a constituição mexicana de 1917 e, em especial, a da República de Weimar, na Alemanha em 1919. Estas Constituições incorporaram os direitos sociais, trabalhistas, culturais e econômicos na oferta dos direitos fundamentais. (Prado, http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=937, acesso em 10/09/09)

Nesse momento histórico, surgiram os direitos fundamentais de segunda dimensão, que são os direitos ligados ao social, ao econômico e ao cultural. São exemplos: direito ao trabalho, liberdade de sindicalização, assistência social, greve, férias, os direitos trabalhistas como um todo, educação, saúde, entre outros. Impõem ao Estado que atue de forma a garantir o suprimento de carências da coletividade.

Porém, esses direitos fundamentais de segunda dimensão produzem alguns efeitos negativos, principalmente no que tange à baixa densidade normativa de seus textos legais, porque ainda depende diretamente da ação do Estado para poder ter sua aplicabilidade e funcionalidade de modo eficiente. Se não possuem esta ajuda, praticamente são inviáveis e não funcionais.

O momento histórico que clama por novos Direitos fundamentais é o do pós 2ª Grande Guerra Mundial, porque, após o holocausto ocorrido em todo o planeta, junto com a crescente e devastadora degradação do meio ambiente, as mudanças climáticas, a resposta da natureza contra toda a atividade humana de sugar seus recursos, a possibilidade de haver escassez de alimentos, recursos naturais essenciais à permanência do homem no planeta, isso fez com que a civilização humana clamasse por direitos não mais somente relacionados ao homem como ser individual, mas sim ao ser humano como coletividade, surgindo neste contexto os Direitos Difusos e Coletivos.

O direito à paz, ao meio ambiente equilibrado, à conservação do patrimônio histórico cultural entre outros direitos relacionados à coletividade são objetos da terceira dimensão dos direitos humanos.

A terceira dimensão dos Direitos humanos é a que levou a internacionalização dos Direitos fundamentais, recebe proteção que não se limita às fronteiras dos

países ou continentes. São respostas ao anseio internacional de melhores e pacíficas condições de vida.

No Brasil, um exemplo pode ser dado com o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, nesta lei se reconhece a vulnerabilidade do consumidor em face do fornecedor, além de verificar e apontar instrumentos de defesa e proteção à parte hipossuficiente da relação de consumo, o consumidor (Art. 4º, I, CDC). Desenvolve, também, sua ação efetiva ligada à presença positiva do Estado.

Uma nova corrente já começa a retratar os Direitos de quarta dimensão² que estão postos em decorrência do fenômeno da globalização, do fim das fronteiras geográficas (como já ocorre com a União Europeia), o homem deve ser visto como um ser universal e não mais como cidadão de determinado país. Em decorrência disso, os de quarta são os direitos relacionados à democracia, à informação, ao pluralismo, etc.

Afirma-se, também, que direitos de quarta dimensão são aqueles ligados ao biodireito, pesquisa genética, manipulação de genótipo de seres humanos como a utilização de células-tronco, congelamento de óvulos e espermatozóides, clonagem, eutanásia, distanásia e vários outros aspectos que envolvem a engenharia genética, medicina e o direito que afetam alguns direitos fundamentais, sendo, por isso, necessário fazer ponderações significativas entre os vários tipos de garantias humanas.

Uma doutrina mais moderna surge classificando os direitos inerentes à realidade virtual como direito fundamental de quinta geração. Influenciada pelo alto grau de desenvolvimento tecnológico da humanidade, que conjuntamente com a internet, passam a ter uma enorme importância na sociedade, assim como também o conjunto de direitos e deveres que a grande rede mundial de computadores trouxe aos seus usuários. E estes direitos e deveres devem ser resguardados contra os diversos tipos de violações pelas quais possam sofrer.

² O brilhante professor Paulo Bonavides é um dos precursores desta corrente que afirma existir direitos de quarta dimensão.

A positivação desta dimensão dos direitos humanos é quase inexistente, na maioria das vezes a analogia é o caminho a ser seguido pelos operadores jurídicos quando estes direitos estão sendo objeto de debates, violações ou proteção.

3.2. Evolução das ações coletivas

As Ações Coletivas possuem uma apropriada tradição jurídica na humanidade, porém, somente no século XX, é que esta teve sua formatação constitucional de direito fundamental. A Constituição Federal brasileira de 1988 deu status constitucional a este tipo de ação por meio do artigo 5º nos incisos, XXXV, LXX, LXXIII e 129, inciso III.

A primeira fonte principal da ação de cunho coletivo veio de Roma, com o antecessor da Ação Popular, na qual era atribuído o poder de agir em defesa da *res pública*. Isso acontecia em decorrência do vínculo que existia em razão do cidadão/bem público, porque havia uma forte conscientização do homem romano em preservar o bem público, que era patrimônio de todos os romanos. A consciência e a ideia de que a república pertencia ao cidadão de Roma era muito forte, e era dever seu defendê-la, isto se confirma na frase: "*Respublicae interest quam plurimus ad defendam suam causa*". (Didier, 2007, p. 23)

Com as Ações de Classes (*class actions* norte-americanas) que influenciaram bastante as ações coletivas aqui no Brasil, sua evolução advém da prática jurídica do sistema anglo-saxão no decorrer dos últimos 800 anos. (Didier, 2007, p. 24)

No Brasil, o Código Civil de 1916 buscava afastar das relações privadas qualquer ponto favorável à abertura para as tutelas coletivas. Pode-se notar facilmente observando o artigo 76 desta codificação, *in verbis*:

Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.

Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família.

Esse artigo teve a intenção de extinguir as ações de natureza popular que estavam vivas no ordenamento jurídico pátrio. O objetivo maior de Clóvis Bevilacqua era o de expurgar todo e qualquer resquício do direito público no Código Civil.

Dessa forma, tanto a Ação Popular como todas as outras Ações Coletivas em que o detentor do direito material não fosse um indivíduo concretamente identificado, seriam excluídos. Com a Constituição Federal de 1934 surgiu, no ordenamento jurídico brasileiro, o primeiro apontamento às Ações Populares, que haviam desaparecido por conta do já mencionado dispositivo do Código de Bevilacqua. A Lei nº 4.717/65 previa o instituto da Ação Popular.

Nos dias atuais, o texto constitucional garante o acesso à tutela jurisdicional oferecida pelo Estado, tanto para as ações de cunho individual como as de interesse coletivo. O artigo 5º em seu inciso XXV pode comprovar:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

A sistemática da Constituição leva a se interpretar a palavra "direito", contida no inciso acima, como direitos e deveres individuais, coletivos, difusos e individuais homogêneos.

A Lei nº 7.347/85, que trata sobre Ação Civil Pública, juntamente com o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), é a base legal no que se refere à tutela processual dos Direitos Coletivos.

Com base na legislação consumerista, criou-se uma nova Ação Coletiva, uma vez que na estrutura legal da ação civil pública não figuram senão os direitos difusos ou coletivos, que obviamente não compreendem direitos individuais, ainda que homogêneos. A Constituição Federal de 1988 dispõe sobre direitos difusos e coletivos, mas os parâmetros legais estão regulamentados no parágrafo único, do artigo 81 do CDC, assim como os direitos individuais homogêneos.

Com a sua vigência, o campo de manifestação dos direitos coletivos ou difusos deixou de ser apenas de atuação dos agentes do Poder Público, como na Ação Popular. A defesa coletiva tornou-se possível contra quem quer que cometa ofensa aos interesses coletivos ou difusos, seja um administrador público ou particular.

Ainda em fase de criação e aprovação encontra-se um Código de tutelas coletivas, o qual irá compilar os principais aspectos processuais referentes aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A influência dos processualistas italianos na década de setenta fez com que estes fossem fonte para os principais argumentos teóricos para a criação e identificação das Ações Coletivas brasileiras. Com a redemocratização e a valorização da instituição do Ministério Público, que ocorreu pela Lei complementar nº 40/1981, a então Lei Orgânica do Ministério Público traz, em seu art. 3º, a Ação Civil Pública como uma de suas funções institucionais. Posteriormente, a Lei nº 6.938/91, amparada por esta lei complementar, previu a Ação Civil Pública como atribuição do Ministério Público para a tutela jurisdicional do meio ambiente.

O Brasil tinha um ambiente bastante promissor para o desenvolvimento das Ações Coletivas, coisa que a farta safra de pensadores europeus não possuía, o que teve como consequência a não ocorrência do desenvolvimento prático deste tipo de ação no velho mundo.

Não só de influência europeia sofreu o sistema processual coletivo brasileiro, o direito anglo-saxão com suas "*class actions*" nortearam também as Ações Coletivas daqui. Gidi *apud* Didier (2007, p. 29) afirma que:

"Daí ser correta a expressão proposta por Antonio Gidi para a recepção das *class actions* norte-americanas no nosso direito processual, trata-se de um: transplante responsável."

Analisando também sob os aspectos de ordem sociológica e política referente às Ações Coletivas, pode-se observar uma relação com o princípio da economia processual, como, por exemplo, ao invés de milhares de consumidores que foram lesados por determinado prestador de serviços ou produtos ingressarem cada um com sua ação judicial individual, faz-se muito mais interessante que um dos legitimados ativos para propor Ação Coletiva ajuíze a ação representando todos os consumidores prejudicados. A economia que o judiciário terá é enorme, sem contar na celeridade, segurança jurídica, visto que apenas uma única decisão existirá e esta valerá para todos, o risco de haver decisões confrontantes com relação ao mesmo fato jurídico será drasticamente reduzido. Haverá uma redução de custos materiais, uniformização de julgamentos e como consequência uma harmonia social e credibilidade do poder judiciário.

No plano material, atualmente há abundante legislação, como, por exemplo, para a defesa das pessoas portadoras de deficiência (Lei nº 7.853/89); para apurar a responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários (Lei nº 7.913/89); para a proteção da Criança e do Adolescente - ECA (Lei nº 8.069/90); e para a defesa dos consumidores com o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que, além de definir materialmente os direitos coletivos ou difusos nascidos das relações de consumo, incluiu entre os casos de ação coletiva os “direitos individuais homogêneos” (art. 81, parágrafo único, III).

3.3. Princípios das ações coletivas

O processo coletivo, como todo instituto jurídico, possui princípios gerais que direcionam a matéria, que são fontes para doutrinadores (a maioria das vezes estes definem quais são estes princípios), legisladores, jurisprudências. Abaixo serão abordados os mais importantes, segundo boa parte dos estudiosos do tema.

Além de todos os princípios que norteiam o direito processual como um todo, os princípios demonstrados abaixo são mais específicos e voltados para a tutela coletiva.

- a) **Princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo:** nasce em confluência com a concepção atual do papel que exerce o poder judiciário que lhe foi dado pelo sistema constitucional de 1988, que é o de contribuir para que os direitos e garantias fundamentais sejam efetivados. Deve o judiciário flexibilizar os requisitos de admissibilidade processual para encarar o mérito do processo coletivo e, com isso, dar a legitimação necessária de que este precisa. Este princípio decorre da importância dos interesses a serem protegidos pelo rito processual coletivo.
- b) **Princípio da máxima prioridade jurisdicional da tutela jurisdicional coletiva:** é notório que sempre haverá o interesse da sociedade na tutela coletiva, portanto, este princípio determina que deve ser dado tratamento prioritário deste tipo de procedimento sobre os demais, pode-se justificar pela regra básica de que o interesse social se sobressai ao interesse individual. A Constituição Federal em seu artigo 5º, §1º, determina que deve haver

aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

- c) **Princípio da disponibilidade motivada da ação coletiva:** dispõe que sejam analisados os motivos da desistência da ação pelos seus legitimados ativos. Caso esta fundamentação seja infundada, cabe ao Ministério Público assumir a titularidade da ação e pô-la em andamento novamente. Esta regra ocorre quando a ação é proposta por algum dos legitimados ativos sem ser o *parquet*.
- d) **Princípio da presunção de legitimidade *ad causam* ativa pela afirmação do direito:** determina que somente com a afirmação do direito para que seja presumida a legitimidade para a causa, este princípio decorre da própria Carta Política, no que atente ao Ministério Público em seu artigo 127, que atribui o que se pode denominar de legitimidade institucional, pois basta que o direito social seja afirmado para que decorra com naturalidade a legitimação do MP. Isso também ocorre com o artigo 129, III, no que se refere aos Direitos Difusos e Coletivos.
- e) **Princípio da não taxatividade da ação coletiva:** pelo artigo 129, III, assim como os artigos 5, XXXV e 1 IV da Lei da Ação Civil Pública, qualquer direito coletivo poderá ser objeto de Ação Coletiva. Com isso, as limitações levadas tanto pela jurisprudência como por legislação infraconstitucional são consideradas inconstitucionais, haja vista que vão contra os artigos acima.
- f) **Princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum:** este princípio está implícito no artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor; persegue-se o máximo aproveitamento da prestação jurisdicional coletiva, para que seja evitada novas demandas individuais que tragam a mesma causa de pedir.
- g) **Princípio da máxima efetividade do processo coletivo:** este é proposto para que haja uma efetividade real do processo coletivo, evitando que esta efetividade fique apenas no plano formal. Todas as diligências necessárias devem ser realizadas para que a verdade seja obtida. Exige-se do magistrado todo o seu poder de julgador, determine a produção de toda prova que seja oportuna para o processo, de forma que a verdade real seja alcançada, tudo isso fundamentado no princípio do interesse social juntamente com os artigos

5, XXXV da Constituição Federal, artigo 83 do CDC combinado com o 21 da LACP.

- h) **Princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum:** dispõe que, para se obter a proteção dos direitos coletivos, são admissíveis todos os tipos de procedimentos jurídicos, incluindo-se aí os antecipatórios, desde que apropriados a propiciar a correta efetivação do direito discutido.
- i) **Princípio da obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público:** este princípio está expresso no artigo 15 da LACP, assim como no artigo 16 da Lei LAP, que define que havendo desídia de algum dos demais legitimados ativos, cabe ao Ministério Público promover a execução coletiva.

3.4. Espécies de tutelas jurisdicionais dos direitos coletivos

Duas são as espécies que apresentam maior importância no mundo jurídico ocidental com relação à defesa em juízo dos Direitos Coletivos. O modelo europeu vindo da Alemanha é o *Verbandsklage*, é adotado na maioria dos países da Europa continental, com exceção dos países da região da Escandinávia. O segundo modelo de tutela jurisdicional é o das *class actions* que tem origem nos Estados Unidos da América e que foi bem difundido em países como Canadá, Brasil, Suécia entre outros. O último modelo é com certeza o que tem maior influência nos ordenamentos jurídicos ocidentais quanto à defesa dos direitos coletivos. (Didier, 2008, p. 56)

3.4.1. *Verbandsklage* (modelo alemão)

Este modelo segue o padrão alemão no que diz respeito às normas gerais de contratação do direito alemão. São as ações associativas; estas se encontram espalhadas em vários diplomas legais, geralmente juntas de dispositivos que tratam sobre direito material e processual pertinente à matéria regulada.

Os direitos dos consumidores foram tratados inicialmente, isso ocorreu no ano de 1976. Veio para acolher as pendências materiais que decorriam dos novos direitos que o consumidor ia adquirindo. Uma característica é a de que não há uma mutação do ponto de vista individual para a perspectiva comum, coletiva.

As demais peculiaridades deste tipo de tutela jurisdicional dos direitos coletivos são a legitimação ativa das associações tendo estas de escolher um sujeito

supraindividual para tutelar em nome próprio o direito que passa a ser considerado como seu. A distância da tutela dos direitos individuais de forma radical é uma de suas características, isto pode ser notado no direito italiano que foi influenciado por este modelo alemão. A lei ambiental italiana não prevê absolutamente nenhuma hipótese de tutela individual, toda responsabilidade do dano é voltada para a reparação ao Estado, o que diverge da responsabilidade aquiliana.

As associações têm duas possibilidades para atuarem na tutela dos direitos coletivos, a primeira é realizada por meio de delegação feita pelo indivíduo para que a associação o represente em juízo. Na realidade, não corresponde a uma tutela coletiva propriamente dita, haja vista que se faz valer mesmo é um direito individual. O segundo momento ocorre em situações em que as associações realmente representam e atuam em juízo referente a interesses supraindividuais. Não deve ser confundida com o litisconsórcio facultativo multitudinário, visto que são tutelados direitos individuais e não coletivos. (Didier, 2008, p. 58)

Com isso chega-se à conclusão de que danos coletivos não são realmente tutelados nesta espécie, que é utilizada de maneira mais ampla na Itália, França e Alemanha e em alguns outros países do velho continente.

3.4.2. *Class actions* (modelo anglo-saxão)

Este modelo é original de 1938, que discriminava as Ações Coletivas em: *true class actions* (verdadeiras ações de classes); *hybrid class actions* (ações de classes híbridas) e *spurious class actions* (ações de classe espúrias). Consta também de reformas advindas no ano de 1966 com a *rule 23*, que trouxe mudança nas três modalidades de *class actions* apresentando outras três mais efetivas. Além disso, trouxe requisitos que são: classe identificável; adequada representatividade; mínimo de componentes; conexão em questões de fato e direito; e similaridades nas pretensões e defesas. Houve uma nova mudança em 1983, porém sem muitas repercussões.

Com a necessidade de proteger os indivíduos ou grupos de pessoas contra lesões de massa que muito provavelmente iriam ficar sem a devida proteção por conta de motivos individuais ou por falta de benefícios claros diante de um processo lento e oneroso, fez-se imperiosa a criação deste tipo de ação.

O primeiro sinal de ressonância nos EUA da matéria foi percebido em julgamento proferido pelo Justice J. Story em *West v. Randall* ao afirmar que não seria exigível o litisconsórcio quando esse se tornasse opressivo e inconveniente para a defesa do direito, admitindo-se a litigância em grupo, mas registrando a não vinculação daqueles que não participaram da ação em relação à sentença. Trata-se de superação da forma para viabilização da tutela jurisdicional adequada. (Silveira, <http://direitoeprocessoblogspot.com/2008/04/algumas-consideraes-sobre-as-class.html> acesso em 22/09/09)

Pertinente também é que haja uma identidade de questões de fato de direito que venha a unir de forma comum todos aqueles que tiveram interesses violados, seja individualmente, pelo grupo ou classe. Nestas situações o interesse em tutelar os direitos coletivos em sentido *lato* é perceptível facilmente. Este instituto é mais prático, pois se volta para a integral proteção do direito violado.

A legitimação para estar em juízo na defesa de interesse de determinada categoria se faz presente só pelo simples fato de este possuir a mesma posição jurídica e tendo este a outorga da categoria. Porém, nisso se apresentam como pressupostos para que seja ajuizada a impossibilidade de reunião dos membros em face de seu grande número; as questões jurídicas e factuais devem ser comum a toda classe; o pedido ou defesa do litigante deve ser comum ao da classe e os litigantes devem atuar e proteger adequadamente os interesses da classe.

Esta legitimação do indivíduo ou de um grupo é assim caracterizada desde 1966 influenciada pela forte presença do controle judicial da adequada representação.

Legitimação é o ponto crucial das ações coletivas, a tutela dos interesses individuais; por si só, não apresenta maior complexidade, a dificuldade está na eleição daquele que irá representar a classe em juízo.

Neste sistema norte americano de tutela coletiva, faz-se necessário relatar que a análise da capacitação do advogado da parte representante é uma das principais garantias dos membros do grupo. Ainda que o advogado não seja a parte, dependendo de sua atuação, o processo pode tomar um rumo ou outro. Ademais, nestas Ações Coletivas, em função dos honorários, calculados sobre o total da causa, os advogados passam a ser, por vezes, os maiores interessados. Pouco importa a legitimação concedida pela lei, o que realmente interessa é verificar se os interesses foram adequadamente defendidos. O sistema norte-americano foi

pragmático e, por isso, eficiente. (Raupp, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9933> acesso em 21/09/09)

A sentença que define uma *class action* tem efeito vinculante quando confronta todos os membros da classe, é o conhecido por *right to opt out*. A tradução para o português seria direito de colocar-se a salvo da coisa julgada. Isso ocorre quando o membro entende ser melhor entrar judicialmente em Ação Individual, este tem o direito de sair do grupo que pertence à Ação Coletiva, devendo comunicar o legitimado que não tem interesse em ser representado na Ação Coletiva.

3.5. As ações coletivas no Brasil e as *class actions*

É manifesto que o Código de Defesa do Consumidor trouxe novidades em termos de tutela jurisdicional, como, por exemplo, a categoria dos interesses ou direitos individuais homogêneos, que são na realidade direitos subjetivos tradicionais, passíveis, ainda hoje, de tratamento processual individual, porém, também, agora, de tratamento coletivo, em razão de sua homogeneidade e de sua origem comum.

Entre as Ações Civas Públicas em defesa de direitos individuais homogêneos que estão previstas nos artigos 91 usque 100 do CDC, que se destinam à reparação dos danos individualmente sofridos, foi denominada "ação de classe brasileira", por encontrar seu precedente nas *class actions for damages* do sistema anglo-saxão. Mas, enquanto nos Estados Unidos da América, a experiência a respeito dessas ações já conta com 34 anos, aqui no Brasil a ação indenizatória dos artigos 91 e segs. do CDC ainda não passou da sentença condenatória genérica, constituindo uma incógnita a aplicação prática das normas atinentes aos processos de liquidação dos danos devidos às vítimas ou seus sucessores, sobretudo no campo dos prejuízos decorrentes de vício do produto. (Grinover, *Das class actions for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*. <http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2001/dezembro/2112/ARTIGOS/A03.htm>, acesso em 21/09/09)

Caso exista a situação em que a tutela jurisdicional dos direitos individuais no sistema brasileiro que inclua entre os direitos tutelados os individuais homogêneos,

essa característica deve levar possivelmente à inadmissibilidade da Ação Civil Pública que tenha como objetivo a defesa desta espécie de direitos coletivos.

Sendo os direitos heterogêneos, haverá impossibilidade jurídica do pedido de tutela coletiva. Chega-se, por esse caminho, à conclusão de que a prevalência das questões comuns sobre as individuais, que é condição de admissibilidade no sistema das *class actions for damages* norte-americanas, também o é no ordenamento brasileiro, que só possibilita a tutela coletiva dos direitos individuais quando estes forem homogêneos. Prevalendo as questões individuais sobre as comuns, os direitos individuais serão heterogêneos e o pedido de tutela coletiva se tornará juridicamente impossível.

3.5.1. Aspectos positivos e negativos das ações coletivas

As Ações Coletivas possuem algumas vantagens no que se refere às ações individuais, em termos de justiça e eficácia da decisão. Estes institutos podem ser abordados no direito brasileiro sob dois aspectos: o do interesse de agir e o da efetividade do processo. Contudo, antes, é preciso lembrar que, ao invés de exigir a superioridade (própria de um ordenamento, parte da doutrina³ ainda prefere a tutela processual individual à coletiva, como ocorre no Brasil), no sistema brasileiro, deveria se falar mais propriamente em necessidade de eficácia da tutela coletiva.

Deve ser observado que no sistema jurídico romano-germânico, as condições de necessidade e utilidade se situam no plano da economia processual³, visto que a prestação jurisdicional só deve ser utilizada quando necessária, em hipóteses em que o direito material for insuficiente para solucionar o litígio. A atividade jurisdicional é bastante dispendiosa tanto para o Estado prestador deste serviço, assim como as partes litigantes.

Estas ações têm um benefício que lhes é peculiar, que é o da enorme economia processual, nela toda uma classe de pessoas sejam elas determináveis ou indetermináveis podem ser habilitadas como parte em um único processo, no qual uma única sentença irá dar a mesma decisão para todos. O que não seria possível com inúmeras ações individuais tramitando em diversas comarcas, sendo sentenciadas de maneiras diversas e com um custo econômico altíssimo.

³ Que é outra característica marcante que a difere positivamente das ações individuais.

Outra vantagem destas é a da segurança jurídica. Um exemplo pode ser dado: determinado produto nocivo ao seu consumidor seja comercializado em larga escala no Brasil. Após a comprovação do malefício que este traz aos seus usuários, cada pessoa prejudicada resolva ajuizar ação individual em sua cidade. O custo financeiro para a movimentação processual será enorme, as decisões tomadas por cada magistrado com certeza irão ser das mais variadas, o que traz uma total insegurança jurídica. Uma pessoa com o fato jurídico idêntico ao de outra tem decisão completamente oposta, o que causa um total desconforto dos jurisdicionados perante o Poder Judiciário local e nacional.

Com uma única ação coletiva ajuizada por qualquer dos legitimados ativos disposto em lei, tramitando em uma única vara, será sentenciada por um único magistrado, que terá um único posicionamento com relação ao tema. Imagine-se o quanto será economizado, imagine-se a segurança jurídica desta decisão, que terá validade igual para todos os consumidores do nefasto produto, esteja ele residindo na comarca mais ao norte do país ou mais ao sul, serão todos atingidos pela mesma decisão. A segurança será preservada, o que só pode ser conseguido com as Ações Coletivas, esta garante também o acesso à justiça de inúmeras pessoas em uma só ação.

Na esfera processual, de forma bastante acertada e protetiva, o Código de Defesa do Consumidor se diferenciou do modelo norte americano no que diz respeito à possibilidade de o consumidor que teve seu bem jurídico lesado poder conduzir uma ação individual após a ação coletiva ter sido julgada improcedente, o que é uma vantagem necessária no modelo jurisdicional brasileiro.

Não só de vantagens é feita uma Ação Coletiva, estas também possuem seus pontos negativos que precisam ser melhorados, para que esta espécie de tutela se torne a mais utilizada e a superstição e medo das Ações Coletivas deve ser quebrado em ordenamento jurídico brasileiro.

A professora Ada Pellegrini Grinover (<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2001/dezembro/2112/ARTIGOS/A03.htm>, acesso em 21/09/09), que é uma das grandes estudiosas sobre o tema, discorre com bastante propriedade a respeito de algumas dificuldades apresentadas:

Se o provimento jurisdicional resultante da ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos não é tão eficaz quanto

aquele que derivaria de ações individuais, a ação coletiva não se demonstra útil à tutela dos referidos interesses. E, ademais, não se caracteriza como a via adequada à sua proteção. Explique-se: a ação civil pública de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, como é notório, conduz a uma sentença condenatória, genérica, que reconhece a responsabilidade do réu pelos danos causados e o condena a repará-los às vítimas ou a seus sucessores, ainda não identificados (art. 95 do CDC). Segue-se uma liquidação da sentença, a título individual, em que caberá provar, aos que se habilitarem, o dano pessoal e o nexo de causalidade entre este e o dano geral reconhecido pela sentença, além de quantificar os prejuízos. Ora, a prova do nexo causal pode ser tão complexa, no caso concreto, que tornará praticamente ineficaz a sentença condenatória genérica do art. 95, a qual só reconhece a existência do dano geral. Nesse caso, a vítima ou seus sucessores deverão enfrentar um processo de liquidação tão complicado quanto uma ação condenatória individual, até porque ao réu devem ser asseguradas as garantias do devido processo legal, e notadamente o contraditório e a ampla defesa. E a via da ação coletiva terá sido inadequada para a obtenção da tutela pretendida. (...) O problema situa-se especificamente no campo dos danos provocados por vícios do produto e está restrito à ação reparatória pelos prejuízos individualmente sofridos (a chamada "ação de classe brasileira"): ou seja, exatamente à ação prevista no art. 91 e segs. do CDC, a qual corresponde à class action for damages do sistema norte-americano. Mesmo com relação a estas ações de classe, a prova do nexo causal pode ser simples: na queda de um avião, num acidente provocado pelo desmoronamento de um edifício, na explosão de uma fábrica, na lesão aos consumidores por diferença de peso no produto vendido, a utilidade da sentença coletiva será inquestionável. Mas, em outros casos, tudo deverá ainda ser provado no processo de liquidação, tornando uma falácia a sentença condenatória genérica. Alguns exemplos darão a medida desta assertiva: tomem-se, em primeiro lugar, os próprios casos da experiência norte-americana, relativos à reparação dos danos provocados pelo tabaco, pela discriminação racial, pela prótese de pênis, pela contaminação do sangue e pelo asbesto. (...) Um exemplo colhido de ações de classe brasileiras pode ser o do pedido de indenização consistente no ressarcimento de fumantes pelos danos provocados pelo tabaco. Nesse caso, pode-se imaginar que a sentença coletiva, mesmo se favorável, afirme simplesmente que o fumo pode ocasionar danos à saúde, condenando a ressarcir aqueles que efetivamente sofreram prejuízos, desde que comprovado o nexo causal entre suas afecções e o uso do tabaco. Toda a prova deverá ser feita no processo de liquidação, e será exatamente a mesma que seria produzida em cada ação individual de conhecimento. A sentença coletiva não terá tido utilidade prática. E ainda que se admita que a sentença coletiva afirme que, por haver uma relação estatística incontestável entre o fato de fumar e a incidência de várias enfermidades, o tabaco ocasiona danos à saúde, mesmo assim o réu terá direito, em cada caso concreto de liquidação, ao contraditório sobre as condições pessoais de quem se habilita à indenização, alegando e provando o conhecimento pessoal do risco do produto, a pré-existência de doenças, o curso que a enfermidade teria tido mesmo sem o uso do tabaco, as causas do possível evento morte etc. Toda a defesa do

réu, enfim, concentra-se nas situações individuais. E assim, a necessidade de prova do nexos causal, extremamente complexa e diversa para cada indivíduo, despirá de eficácia a sentença genérica acaso proferida. Parece possível estabelecer uma correlação entre o requisito da prevalência dos aspectos comuns e o da superioridade (ou eficácia) da tutela por ações de classe. Quanto mais os aspectos individuais prevalecerem sobre os comuns, tanto mais a tutela coletiva será inferior à individual, em termos de eficácia da decisão. Na linguagem do Código de Defesa do Consumidor, quanto mais heterogêneos os direitos individuais, tanto menos útil a sentença genérica do art. 95 e inadequada a via da ação civil pública reparatória de danos individuais. Assim, no nosso sistema jurídico, à impossibilidade jurídica do pedido (supra, nº 6) acrescentar-se-á frequentemente a falta de interesse de agir (interesse-utilidade e interesse-adequação).

Diante disso, vê-se que uma problemática existe que é a da liquidação da sentença em alguns casos em que a comprovação do nexos causal é difícil, o que torna a Ação Coletiva desfavorável, visto que a comprovação desse nexos será similar a de um procedimento ordinário individual. Porém, em outras hipóteses em que há demonstração do nexos causal na liquidação da sentença é mais simples. Isso porque a tutela processual coletiva se mostra bastante eficaz, rápida, segura e pouco dispendiosa, como pode ocorrer em uma ação em que se peça a restituição de tributo inconstitucional, aplicação de índices de correção monetária, na qual a prova a ser produzida é bastante simples.

O processo coletivo deve ser um instrumento que se adeque à realidade jurídico-social, tornando-se apto a solucionar os litígios de direito material na esfera coletiva. Não deve ser admitida Ação Coletiva inidônea, sem que traga provimentos jurisdicionais realmente úteis, haja vista que irá acarretar somente descrédito e frustração dos jurisdicionados, assim como o desprestígio do Poder Judiciário.

Tende-se para que, cada vez mais, haja processo coletivo, social e que as demandas individuais diminuam, seguindo os entendimentos do direito material. Contudo, para que exista esse aumento de demandas sociais, faz-se necessário que estas tenham uma eficácia real, similar à eficácia que possui a lide individual, a sua sentença deve facilitar o acesso à justiça.

Não há o menor cabimento que, após toda uma batalha no procedimento coletivo, cada indivíduo terá de se submeter a uma liquidação na fase de execução do processo, realizando praticamente os mesmos atos que praticaria se estivesse

atuando em um processo individual, o que leva a um provimento jurisdicional do processo social ineficaz, sem melhorias para os cidadãos.

4. LEGITIMAÇÃO ATIVA NAS AÇÕES COLETIVAS

A legitimação nas Ações Coletivas é um assunto delicado, haja vista que muitas são as correntes que versam sobre o tema, e a representação processual é algo muito importante no procedimento jurisdicional. Alguma pessoa física ou jurídica ou alguma instituição, seja ela pública ou privada, irá defender interesses de inúmeras pessoas que tiveram seu direito material violado.

Ao contrário da tutela individual, em que o sujeito é soberano para demandar e proteger direitos que é titular. Na demanda coletiva, este papel é transferido para outro que a lei incumbiu como legitimado ativo.

4.1. Correntes doutrinárias acerca da legitimação no Brasil

A pluralidade de pensamentos e correntes sobre o tema não é algo que atinge somente aos juristas brasileiros, pelo contrário, no direito comparado há muitas correntes a esse respeito. A doutrina nacional, ao analisar a legitimação para agir nas Ações Coletivas, dividiu-se em três correntes principais, que são: a legitimação extraordinária por substituição processual; a legitimação ordinária das “formações sociais” que decorre de uma interpretação estendida do artigo 6º do Código de Buzaid; e a legitimação autônoma para conduzir o processo, que é uma espécie de legitimação extraordinária. (Didier, 2008, p. 208)

Barbosa Moreira foi o doutrinador que tomou a frente da teoria da substituição processual ou legitimação extraordinária em Ações Coletivas, que podia ser desconexa da autorização legal. A inspiração veio de Arruda Alvim, o qual defende que o ordenamento pode aceitar a simples alusão do legitimado pelo titular do direito ou a autorização legal, legalmente fundamentada pelo artigo 513 da Consolidação das Leis Trabalhistas e pelo artigo 1º, §1º do antigo Estatuto da Advocacia, Lei nº 4.215/63. Isso decorreria pelo fato de o ordenamento pátrio não prever a obrigação em dispor expressamente sobre quem irá representar em juízo o direito lesado de alguém.

Um dos maiores nomes do processo coletivo no Brasil, Kazuo Watanabe, é defensor da teoria da legitimação ordinária das instituições civis, que tem como finalidade a defesa de direitos supraindividuais, com uma interpretação extensiva do importante artigo 6º do CPC, que valoriza os corpos sociais. Esta teoria foi abraçada pela não menos importante jurista Ada Pellegrini Grinover por entender que estas instituições agem no processo não só na defesa dos integrantes da coletividade que tiveram seus direitos violados, mas também em nome de seus objetivos institucionais. Atua em amparo ao grupo e como titular do direito discutido no processo, com isso a legitimação é ordinária, nos demais casos a legitimação seria extraordinária. (Didier, 2008, p. 209)

A terceira corrente, que é seguida por Nelson Nery, afirma que há uma legitimação autônoma para guiar o processo, um exemplo que fundamenta esta corrente ocorre no mandado de segurança coletivo, no qual, para o autor, convém reformar ou prevenir ato ilegítimo ou abuso de poder. Com isso o dispositivo constante no inciso LXX é de natureza processual e o do inciso LXIX possui natureza material, ambos do artigo 5º da Carta Magna. Este pensamento não está muito adequado à realidade brasileira, visto que afasta o direito material da instrumentalidade do direito processual, até porque o inciso LXIX também é norma processual. Esta corrente também é apoiada por Antonio Gidi.

Uma das fontes desta última corrente doutrinária vem do direito comparado, mais precisamente do direito germânico com a teoria do direito de condução do processo ou *Prozessführungsrecht*, esta, por sua vez, fundamenta-se na autorização pelo direito objetivo em conduzir o processo por terceiro que não possua qualquer relação com o detentor do direito material debatido em juízo.

Didier (2008, p. 214) faz uma crítica a esta corrente:

...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, é compreensível dentro da chamada legitimação extraordinária por substituição autônoma exclusiva, já tradicionalmente aceita em nosso ordenamento. 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 *strictu 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.

4.2. Legitimação ativa (substituição processual)

Um dos principais motivos que levaram os legisladores a dispor sobre a substituição processual em demandas coletivas foi o de buscar uma solução para milhares de processos que debatiam o mesmo direito, sujeitando-se a decisões contraditórias e abarrotando o poder judiciário de ações idênticas (exceto pelo fator polo ativo), bem como o anseio por economia processual e acesso à justiça. Outro ponto que influenciou foi o de a defesa dos direitos difusos e coletivos estar em um plano secundário no judiciário, o que é absurdo em pleno século XX.

Deve ser observado também o disposto no artigo 6º do CPC, que diz que ninguém poderá pleitear direito alheio sem expressa previsão legal¹. Este preceito tem como função a de não expor alguém a uma situação da qual não queira participar.

No sistema jurídico brasileiro adota-se a premissa de que o legitimado ativo para ser legítimo deve ser expressamente citado em lei como ocorre: na Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), que legitima qualquer cidadão; a Carta Magna, que legitima pessoas jurídicas privadas no artigo 5º, LXX; a Lei nº 7.347/45 (Lei da Ação Civil Pública), que legitima o Ministério Público; a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que em seu artigo 82 legitima várias instituições sejam elas de natureza privada ou pública, entre outras leis coletivas.

O controle da legitimação deve ser feito para que vícios prejudiciais ao processo não ocorram ou sejam sanados de início sem trazer maiores prejuízos para os substituídos. Parte da doutrina afirma que no Brasil esse controle é feito somente analisando a lei que dispõem sobre o assunto, não cabendo ao magistrado realizar este controle. Segunda corrente, influenciada pela experiência norte-americana, parece ser mais adequada, e nesta é a de que esta averiguação deve ser realizada tanto pelo exame do texto normativo quanto pelo magistrado competente para julgar a demanda.

¹ A expressão "salvo quando autorizado em lei" é que traz a possibilidade da substituição processual no Brasil, regra que é de fundamental importância para o processo coletivo.

Havendo ilegalidade ou desistência acerca da legitimação ativa nas demandas coletivas, deve ser aproveitado todo o processo e feita a substituição da parte pelo Ministério Público ou algum outro legitimado que deve ser convocado ao processo por meio de edital. O anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos segue esta linha de raciocínio. (Didier, 2008, p. 215)

4.3. O artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor

Este é um dos mais importantes dispositivos da legislação jurídica pátria acerca do tema legitimidade ativa de Ações Coletivas. Trata dos legitimados para ingressar com ações que visam proteger direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos de que versa o parágrafo único do art. 81 da mesma lei. Abaixo a dicção completa do art. 82:

Art. 82. Para os fins do artigo 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I – o Ministério Público;

II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III – as entidades e órgãos da administração pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;

IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas no artigo 91 e seguintes, quando houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou características do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§§ 2º e 3º VETADOS.

O *caput* do artigo traz a legitimação concorrente, que foi concebida deste modo para haver uma maior proteção, de forma a garantir que estes direitos possam ser melhor tutelados e efetivados. Tem o interesse também em não privilegiar nenhuma entidade das que estão dispostas nos incisos do artigo, seja ela pública ou privada.

A doutrina faz uma classificação da legitimidade do artigo 82 da seguinte maneira: **extraordinária**, pois haverá substituição da coletividade sempre; **autônoma**, a presença do legitimado ordinário quando identificado é dispensada; **exclusiva**, em relação à coletividade substituída, já que o contraditório se forma suficientemente com a presença do legitimado ativo; **concorrente**, pois os legitimados concorrem igualmente entre si para a propositura da ação e por fim é também **disjuntiva**, visto que a entidade poderá propor a ação sozinha, sem anuência, intervenção ou autorização dos demais legitimados e, caso haja litisconsórcio, é facultativo. (Mancuso, 2004, p. 187)

Não há que se falar em substituição processual, mas sim em legitimidade autônoma, pois o objeto da relação jurídica não pertence à entidade. O direito a ser protegido pertence a várias pessoas determináveis ou não; são direitos difusos ou coletivos. O que pertence à entidade é a ação, esta, sim, pode ser exercida com autonomia pela entidade, mas não o direito nela contido.

Afirmar que o legitimado ativo defende direito alheio em nome próprio é um raciocínio equivocado, já que o direito ali pleiteado não é um direito que necessite de identificação dos seus titulares. O direito difuso tem titulares indeterminados, o direito coletivo, apesar de possuir titulares determináveis, estes não necessitam se identificarem.

As instituições recebem da lei, por conta da natureza indivisível do objeto da ação, legitimidade autônoma para agir judicialmente. (Rizzatto, 2005, p. 709)

Nos direitos individuais homogêneos, há uma legitimação extraordinária, pois o titular do direito é determinado e o objeto tutelado é divisível.

4.3.1. Ministério Público

O inciso I legitima o *parquet* para ingressar com Ações Coletivas que visam defender direitos difusos e coletivos. Não há nenhuma novidade neste inciso, porquanto a Lei nº 7.347/85, Lei da ação civil pública em seu art. 5º e a Constituição Federal no art. 129, inciso III, assim dispõem respectivamente:

Art. 5. A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação: (...)

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...) III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Não há dúvidas quanto à legitimidade do Ministério Público para atuar nestas ações. Há ainda intervenções quanto à legitimação para se proporem demandas em que o objeto tutelado são direitos individuais homogêneos.

Uma pequena definição do que são estes direitos pode por fim a esta dúvida. Segundo o Código de Defesa do Consumidor, são interesses individuais homogêneos aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis que compartilhem prejuízos divisíveis de origem comum. Em *lato sensu* também são interesses coletivos. (Art. 81, §1º, III do CDC)

Conforme foi demonstrado acima, faz parte das atribuições do MP a propositura de ações coletivas com o objeto de proteger direitos individuais homogêneos.

O Ministério Público, mesmo quando não legitimado ativo, deve participar do procedimento legal como *custos legis*, ou seja, como fiscal da lei, estando amparado pelos art. 92 do CDC e 246 do CPC.

4.3.2. Legitimidade das entidades político-administrativas

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem legitimidade para arguir direitos protegidos pela Lei nº 8.078/90, porém que tenham natureza difusa, coletiva e individual homogênea. É bastante natural a legitimação desses entes, visto que o Estado deve zelar pelo bem estar social, e a garantia de que direitos dos cidadãos sejam efetivados, podendo eles ser de qualquer natureza. Faz parte das atribuições da entidade estatal dar o suporte ao cidadão.

Estando a União figurando em algum dos polos do processo, este deverá ser processado na Justiça Federal, as demais entidades sendo autoras a competência será da Justiça Estadual, com exceção se no outro polo estiver União, autarquia ou empresa pública federal. (Almeida, 2003, p. 193)

4.3.3. Legitimidade de entidades e órgãos da administração pública

O inciso III do artigo em estudo dá personalidade jurídica aos órgãos e entidades da Administração Pública, seja direta ou indireta, quando forem destinadas à defesa de interesses e direitos inseridos no Código de Defesa do Consumidor. Já as que não possuem essa qualidade processual, poderão ajuizar ações para contestar tais direitos. Podem ser citadas, com exemplo, essas instituições que ganham capacidade processual: Decon, Procon, e demais órgãos de defesa do consumidor.

Mazzilli (2006, p. 272 - 273) trata muito bem do assunto da seguinte forma:

Isso significa que órgãos públicos especificamente destinados à proteção de interesses transindividuais, ainda que sem personalidade jurídica, autorizados pela autoridade administrativa competente, podem ajuizar ações civis públicas ou coletivas, não só em matéria de defesa do consumidor, como também do meio ambiente, de pessoas portadoras de deficiência, de pessoas idosas, ou quaisquer áreas afins, o que é consequência das normas de integração entre a LACP e o CDC.

4.3.4. Legitimidade das associações civis

As associações civis estão autorizadas pelo inciso IV para ingressarem com Ações Coletivas com o intuito de proteger direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Duas ressalvas são feitas para que haja a legitimidade, a primeira é que estas associações tenham sido constituídas há pelo menos um ano e tenham como fim a defesa de interesses consumeristas. O CDC ainda dispensou a necessidade de autorização da assembleia da associação para poder propor ação coletiva.

O requisito do tempo de constituição da associação é formal e tem como função a de impedir que associações sejam criadas com a intenção apenas de propor ações coletivas do interesse de seus associados. Este pressuposto foi criado para dificultar a existência dessas entidades com finalidades duvidosas. O tempo de um ano é contado a partir do ajuizamento da ação para trás.

O segundo pressuposto, que é o da finalidade institucional tem o caráter de tornar coerente a atuação da associação. Não teria sentido que qualquer agregação que foi criada com finalidade diversa da de proteção de qualquer direito difuso e

coletivo venha a ter legitimidade ativa para propor Ação Coletiva que venha a defender tais direitos.

Nada impede que a entidade tenha finalidades diferentes, desde que uma delas seja a de defender interesses e direitos dos consumidores. Não há obstáculo também para associações que originalmente não tenham a finalidade do que trata o inciso IV do referido artigo, mas que altere seu estatuto para incluir este fim, o que lhe dará a devida legitimidade.

A dispensa da autorização da assembleia que vem na parte final do inciso veio facilitar a propositura da ação por parte das associações civis. Esta parte final foi criada para dispensar a autorização que é tratada no art. 5, XXI, da Carta Magna, que consta da seguinte redação: As entidades associativas quando expressamente autorizadas têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.

Sem esta disposição no final do inciso, ficaria muito difícil a propositura de Ação Coletiva por parte das associações, pois, a cada ação seria necessário convocar assembleia para votar a autorização, o que dificultaria bastante o início do procedimento judicial.

O parágrafo 1º do artigo 82 do CDC trouxe esta exceção para permitir que as associações criadas especialmente por vítimas de graves acidentes e que tenham sido concebidas recentemente, possam pleitear seus direitos em juízo.

Pode-se ver que o dispositivo faz alusão aos artigos 91 e seguintes, ou seja, os artigos que regulam Ações Coletivas para a defesa de direitos individuais e homogêneos, nos quais se enquadram os direitos de vítimas de acidentes.

O juiz, para poder dispensar o requisito, deve averiguar as exigências que são as seguintes: manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Quando estes pressupostos existirem, o juiz terá a obrigação de dispensar a constituição de um ano da associação, caso esta não possua tais exigências, o período de um ano persistirá.

5. POSSIBILIDADE DA LEGITIMAÇÃO ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA EM FACE DO ARTIGO 82 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A possibilidade de legitimação ativa da Defensoria Pública em Ações Coletivas não constitui tema pacífico na doutrina e jurisprudência, visto que, por anos, boa parte dos intelectuais e dos tribunais não admitiam de forma alguma que entes sem personalidade para este tipo de defesa judicial fossem admitidos. A visão intransigente do artigo 6º do Código de Processo Civil também favoreceu esta dificuldade de aceitação destes entes.

É missão constitucional da Defensoria Pública a defesa e promoção dos direitos e interesses dos necessitados, haja vista que a República Federativa do Brasil, Estado Democrático de Direito, tem como escopo extirpar a pobreza e diminuir as desigualdades, edificando uma sociedade livre justa e solidária.

Em consequência, a Defensoria Pública pode e deve atuar individualmente ao ser procurada pelo necessitado e, assim, deste resolver o seu problema particular, seja por meio de orientação jurídica, seja na resolução extrajudicial de um conflito, seja ajuizando ações judiciais. Entretanto, a instituição também pode e deve atuar de forma coletiva, pois a silueta individual não foi imposta pelo legislador ordinário, que, aliás, sempre utilizou o plural para falar dos necessitados. (Rocha, 2007, p. 49-50)

5.1. Das funções da Defensoria Pública

Para ser analisada a possibilidade da legitimação ativa da defensoria pública em face do artigo 82 da Lei nº 8.078/90, faz-se necessário tecer alguns comentários acerca de algumas funções deste importante órgão pertencente ao judiciário.

São funções institucionais da Defensoria Pública, estabelecidas na Lei Complementar nº 80/94: promover extrajudicialmente a conciliação entre as partes; patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública e ação civil, defesa em ação penal e ação civil; atuar como curador especial; exercer a defesa da criança e do adolescente; atuar junto aos estabelecimentos policiais e penitenciários; assegurar aos seus assistidos em processo judicial ou administrativo, e aos acusados, em geral, o contraditório e a ampla defesa; atuar junto aos Juizados Especiais; **patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado; patrocinar a Ação Civil Pública, entre outros. É instrumento de justiça social, como se pode depreender do entendimento expressado pelo Procurador Geral da República, e adotado pelo Ministro Sepúlveda Pertence como razão de decidir, *in verbis*:**

(...) ao contrário do alegado pelos requeridos, a norma inscrita no supratranscrito artigo 134, § 2º, da Constituição Federal é auto-aplicável e de eficácia imediata, haja vista ser a Defensoria Pública um instrumento de efetivação dos direitos humanos. De fato, o papel da Defensoria Pública como instrumento de afirmação da dignidade humana, através da garantia do acesso ao Poder Judiciário, é relevante e fundamental à construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, daí porque possui eficácia imediata a norma que assegura a autonomia da Instituição. (STF - ADI 3569. Rel. Min. Sepúlveda Pertence)

No mesmo sentido o Ministro Celso de Melo:

É imperioso ressaltar, desde logo, Senhor Presidente, a essencialidade da Defensoria Pública como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que também são titulares as pessoas carentes e necessitadas. É por esse motivo que a Defensoria Pública foi qualificada pela própria Constituição da República como instituição essencial ao desempenho da atividade jurisdicional. (STF - ADI 2903. Rel. Min. Celso de Melo)

A função da Defensoria Pública não é somente a de prover a assistência legal às pessoas físicas, há uma forte tendência para que as pessoas jurídicas que enquadrem no conceito de necessitadas possam ser assistidas por esta instituição. No Superior Tribunal de Justiça¹, também este tem aceitado tal posicionamento como pode ser observado:

¹ STJ - REsp 330188 – Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Neste sentido: STJ – REsp 258174 – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

EMENTA: Assistência judiciária. Pessoa jurídica. Precedentes da Corte. 1. Assentou a Corte ser possível à pessoa jurídica desfrutar do benefício da assistência judiciária, demonstrada a sua necessidade. No caso, o próprio Estado, pela Defensoria Pública, chamou a si a representação da empresa, sendo razoável supor-se a necessidade de tal patrocínio para o livre acesso à Justiça. 2. Recurso especial conhecido e provido.

Uma grande vitória da Defensoria foi a aprovação da Lei nº 11.448/2007, que alterou o artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública dando legitimidade à instituição para a ACP, conforme se pode ver no dispositivo abaixo:

Art. 2º O art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (grifos nossos)

O legislador infraconstitucional, como forma de dar valor genérico às regras do microssistema de processo coletivo criado pelo CDC, desdobrou a ampliação do rol de legitimados do inciso III de seu art. 82 ao rol da LACP ao definir que “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código do Consumidor”.

Desta forma, as Ações Civis Públicas que tenham por objeto “responsabilidade por danos morais e patrimoniais causadas a qualquer (...) interesse difuso ou coletivo” (art. 1º, *caput* e inciso IV, Lei nº 7.347/85) podem ser

manejadas por qualquer "entidade e órgão da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica" (art. 82, III, Lei nº 8.072/90), em forma de legitimação extraordinária, conforme a doutrina majoritária. (Rocha, 2007, p. 56)

Antes da edição da Lei nº 11.448/2007, a doutrina e jurisprudência eram poucos favoráveis à legitimação ativa da Defensoria para com Ações Coletivas, com exceção em duas ocasiões.

Um desses exemplos é apresentado por Fredie Didier (2008, p. 237):

Por exemplo, quando a associação de moradores procura a Defensoria Pública para o ajuizamento de uma ação com a finalidade de coibir um dano ambiental, o art. 7.347/85 autoriza a impetração pela associação. Nessa situação, o Defensor Público atuaria apenas como representante judicial, quer dizer, a parte autora seria a associação, legalmente constituída há mais de um ano, que por ser hipossuficiente economicamente, daria ensejo à representação pela Defensoria. A petição inicial terá a associação de moradores como representada em juízo pelo Defensor Público subscritor da peça.

O segundo exemplo ocorre da previsão expressa do artigo em estudo do CDC, que em seu inciso III, que prevê a legitimação de órgãos de defesa do consumidor mesmo quando estes não possuem personalidade. Nesse caso, o órgão autor seria o da Defensoria Pública, como ocorre no Rio de Janeiro, onde o Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública deste Estado já age tutelando estes direitos atingidos e prestando a assistência jurisdicional aos hipossuficientes.

Verifica-se, porém, que esta conquista ainda não está completa, haja vista que ainda existem conflitos para considerar a Defensoria como apta a figurar entre as instituições elencadas pelo artigo 82 do CDC.

5.2. Defensoria Pública e o acesso à justiça

Não há como comentar o tema Defensoria Pública sem antes dispor sobre o princípio constitucional do acesso à Justiça (art. 5º, inciso XXXV). A grande razão desta instituição não só consiste apenas em assegurar aos desprovidos de recursos econômicos o acesso formal aos órgãos jurisdicionais, mas o acesso real e a proteção efetiva e concreta dos seus interesses, o acesso à ordem jurídica justa,

ou seja, a uma apurada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano.

A Defensoria Pública é a instituição guardiã dos direitos individuais da esmagadora maioria dos cidadãos brasileiros, haja vista as condições de miséria em que estes vivem. É o órgão político do Estado responsável pelo acesso à justiça (assistência jurídica) dos necessitados; pode-se observar no *caput* do artigo 134 da Constituição:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

O acesso à justiça não é realizado apenas com a Defensoria, mas com todo um conjunto de fatores deve ser levado em consideração, aparatos materiais, assim como instrumentais, com o aprimoramento na forma de prestação pelo Estado, além de meios processuais necessários para concretizar a justiça. Trata-se da garantia que a pessoa tem de que, no caso de violação dos direitos a ela pertencente, estes lhe sejam restituídos, de forma integral ou parcial, da maneira mais próxima daquela que em ocorreria caso não houvesse acontecido lesão.

Tudo isso, porém, só é possível com a integração de todo o aparato judiciário, o que, para isso, o necessitado dá início do processo com a Defensoria Pública e esta termina com rápida e eficaz decisão judicial, portanto todo o Poder Judiciário está incluído como garantidor do direito constitucional do acesso à justiça.

5.3. Principais prerrogativas da Defensoria Pública

Dentre o conjunto das inúmeras prerrogativas existentes nos artigos da Lei Complementar nº. 80/94 (Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências), limita-se a elencar as seguintes: contagem em dobro de todos os prazos; intimação pessoal e desnecessidade de mandato.

A prerrogativa da contagem em dobro de todos os prazos, esta tem por objetivo propiciar uma isonomia substancial, material e real entre as partes

envolvidas na lide, tratando, assim, os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida em que essa desigualdade se apresentar.

No tocante à prerrogativa de intimação pessoal, até mesmo em processos administrativos, observa-se que esta deriva da precisão de o Defensor Público melhor exercer a função trazida no bojo do artigo 134 da atual Carta Magna, qual seja: a orientação jurídica e defesa dos necessitados em todos os graus, na forma do artigo 5º, inciso LXXIV do aludido diploma legal.

No que tange à prerrogativa da desnecessidade de mandato ao Defensor Público, esta decorre do fato de que a natureza jurídica da representação do assistido em juízo emana de lei e investidura no cargo.

5.4. Defensoria Pública e o artigo 82 do CDC

O art. 82 inciso III do CDC traz a legitimação para o ajuizamento de Ações Coletivas das relações de consumo às entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica.

Com isso a doutrina e jurisprudência (de forma acanhada) vêm firmando entendimento que, para fins de tornar mais efetiva a Ação Civil Pública, deve ser utilizado um critério mais pluralista, de forma que sejam incluídos entre os legitimados para propor tal ação as entidades ou órgãos públicos mesmo que não possuam personalidade jurídica.

O STJ, no julgamento do REesp. 555111/RJ, assim decidiu:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NO JULGADO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA COLETIVA DOS CONSUMIDORES. CONTRATOS DE ARRENDAMENTO MERCANTIL ATRELADOS À MOEDA ESTRANGEIRA. MAXIDESVALORIZAÇÃO DO REAL FRENTE AO DÓLAR NORTE-AMERICANO. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO ÓRGÃO ESPECIALIZADO VINCULADO À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO.

I – O NUDECON, órgão especializado, vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando a defesa dos interesses da coletividade de consumidores que assumiram contratos de arrendamento mercantil, para aquisição de veículos automotores, com cláusula de indexação monetária atrelada à variação cambial.

II - No que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor, expressamente, que incumbe ao “Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

III – Reconhecida a relevância social, ainda que se trate de direitos essencialmente individuais, vislumbra-se o interesse da sociedade na solução coletiva do litígio, seja como forma de atender às políticas judiciárias no sentido de se propiciar a defesa plena do consumidor, com a conseqüente facilitação ao acesso à Justiça, seja para garantir a segurança jurídica em tema de extrema relevância, evitando-se a existência de decisões conflitantes.

Recurso especial provido.

Alguns Tribunais de Justiça como o do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul também possuem este entendimento:

Direito Constitucional. Ação Civil Pública. Tutela de interesses consumeristas. Legitimidade *ad causam* do Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública para a propositura da ação. A legitimidade da Defensoria Pública, como órgão público, para a defesa dos direitos dos hipossuficientes é atribuição legal, tendo o Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 82, III, ampliado o rol de legitimados para a propositura da ação civil pública àqueles especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código. Constituiria intolerável discriminação negar a legitimidade ativa de órgão estatal – como a Defensoria Pública – às ações coletivas se tal legitimidade é tranqüilamente reconhecida a órgãos executivos e legislativos (como entidades do Poder Legislativo de defesa do consumidor). Provimento do recurso para reconhecer a legitimidade ativa *ad causam* da apelante. (TJ/RS – AC 2.003.001.04832. Rel. Des. Nagib Slaibi Filho. Neste sentido: TJ/RJ – AI 3274/96 – Rel. Des. Luiz Odilon Bandeira).

A Defensoria Pública tem legitimidade, a teor do art. 82, III, da Lei 8.078/90 (Cód. De Defesa do Consumidor), para propor ação coletiva visando à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores necessitados. A disposição legal não exige que o órgão da Administração Pública tenha atribuição exclusiva para promover a defesa do consumidor, mas específica, e o art. 4º, XI da LC 80/94, bem como art. 3º, parágrafo único da LC 11.795/02 – RS, estabelecem como dever institucional da Defensoria Pública a defesa dos consumidores. (TJ/RS – AC 70014404784. Dês Rel. Araken de Assis)

O tema de interesses difusos e coletivos à idoneidade do portador do direito material cortejado deve ser o foco principal, desta forma o CDC outorgou a legitimação ativa para a entidade ou órgão da administração pública direta ou indireta ainda que sem personalidade jurídica.

Dessa forma, a Defensoria Pública, que é órgão essencial ao exercício da função jurisdicional, vem propondo Ações Cíveis Públicas para a defesa de interesses metaindividuais. Isso porque esta se trata de uma instituição que tem por uma de suas finalidades prestar assistência jurídica integral e gratuita a todos aqueles que disponham de poucos recursos e que sejam impossibilitados de ter o acesso à justiça sem ter prejuízo de suas despesas familiares.

É incontestável o reconhecimento da legitimação ativa para a propositura do processo coletivo à Defensoria Pública, de forma a cumprir o ditame constitucional de garantir aos necessitados o pleno acesso à justiça.

Em algumas constituições estaduais, como a do Rio de Janeiro, por exemplo, a Defensoria tem legitimidade para o ajuizamento de Ações Coletivas e esta se encontra enumerada entre as funções da instituição.

Jorge Bheron Rocha, em monografia acerca do tema da legitimação da Defensoria Pública para propor Ação Civil Pública, tece interessantes comentários:

Assim, o inciso III do art. 82, que alarga de sobremaneira o rol de legitimados, encontra-se no Título III do CDC, o que vale dizer que as ações cíveis públicas que tenham por objeto "responsabilidade por danos morais e patrimoniais causadas a qualquer (...) interesse difuso ou coletivo" (art. 1º, *caput* e inc. LACP), podem ser ajuizadas por qualquer "entidade e órgão da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica" (art. 82, III, CDC).

A Lei Complementar nº 80/94, por sua vez, já tinha prescrito que dentre as funções da Defensoria Pública estaria o patrocínio dos direitos e interesses do consumidor lesado, e, em sendo o direito consumerista um direito tipicamente transindividual, de acordo com as regras esculpidas no CDC, a instituição estaria legitimada à defesa dos direitos e interesses transindividuais dos consumidores, em todas as modalidades, ou seja, difusos, coletivos e individuais homogêneos.

De outra parte, tendo em vista a alteração realizada na LACP pelo CDC, a Defensoria Pública também passou a ter legitimidade ativa para ingressar com ação civil pública atuando na defesa do meio ambiente, bens e direitos de valor artístico,

52 estético, histórico, turístico e paisagístico, defesa da ordem econômica e da economia popular, e de qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

O CDC foi um passo à frente comparando-se a LACP, adotando um posicionamento vanguardista determinando a legitimação da Administração Pública Direta ou Indireta para propor ações coletivas que envolvessem direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. O que permitiu uma maior tonicidade no caráter público da tutela dos direitos fundamentais de terceira geração.

Outro ponto que se sobressai é em relação à Defensoria propor Ações Coletivas em que os beneficiados não são identificáveis, como no caso dos direitos difusos.

Este argumento poderia ser utilizado para poder diminuir a ação da Defensoria, porém, em um país como o Brasil, onde a grande maioria da população é constituída de cidadãos de baixa renda, este argumento não deve prevalecer, pois esta parcela da população é hipossuficiente e necessita da Defensoria Pública para ter acesso à justiça. Esta situação deve ser sempre comprovada em juízo, uma vez que a maioria dos assistidos pela Defensoria é formada por pessoas que não possuem condições financeiras para ter acesso à justiça.

Desse modo, demonstra-se que a missão inicial da Defensoria Pública é, sim, a de dar proteção aos necessitados. Por ser um órgão essencial à função jurisdicional e social do Estado Democrático de Direito não se limita à atuação judicial e, dessa forma, tem por dever assegurar a efetividade de todas as garantias constitucionais. Assim está legitimada a Defensoria Pública em igualdade de condições para concorrer com os demais legitimados ao patrocínio da Ação Civil Pública e demais Ações Coletivas na defesa dos direitos transindividuais.

Outra opção que deve ser mencionada é a possibilidade de haver um litisconsórcio entre o Ministério Público e Defensoria Pública para a representação dos interessados em ações que envolvam as tutelas Coletivas e Difusas.

5.5. Fundamentação Jurídica

Quanto aos direitos difusos, a Defensoria Pública está apta a ser legitimada ativa, tendo em vista que o artigo 81, inciso I, do CDC afirma que estes direitos são transindividuais, indivisíveis, os sujeitos são tratados como um todo e estão ligados a uma circunstância factual, como, por exemplo, o direito a um meio ambiente equilibrado.

Mesmo com a impossibilidade de comprovação da hipossuficiência do assistido pela Defensoria, esta é apta a representá-los em juízo. O primeiro fundamento é o do artigo 5º, LXXIV da CF, pelo qual é atribuído a este órgão a defender e orientar em todos os graus e de forma integral aos necessitados.

Resta claro que a realização desta garantia de acesso à ordem jurídica, que é justa aos necessitados, não foi condicionada à realização de forma individual, principalmente, porque a Constituição só se refere aos necessitados no plural, ou com um conjunto ou grupo a que se dirigirá às ações do Estado Democrático de Direito, o qual, diga-se de passagem, tem por desígnio a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

É notório que a maioria da população brasileira é formada por necessitados. Resta a Defensoria demonstrar uma compatibilidade entre a natureza do direito a ser tutelado e sua missão institucional, e a possível existência de necessitados como titulares do direito violado.

Alguns julgados do Supremo Tribunal Federal ajudam a corroborar o que foi dito:

Desnecessário enfatizar a significativa importância de que se reveste, em nosso sistema normativo, no plano jurídico, social e político, a Defensoria Pública, elevada à dignidade constitucional de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado e, nessa condição, reconhecida 80 como instrumento vital à orientação jurídica e à defesa das pessoas desassistidas e necessitadas.

É imperioso ressaltar, a todo momento, a essencialidade da Defensoria Pública como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas. (Trecho do voto do Min. Celso de Melo – STF – ADI 3643 – Rel. Min. Carlos Brito.)

De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apóiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República. (...) (STF – ADI 2903 – CELSO DE MELO)

Os direitos coletivos, por sua vez, conforme o inciso II do artigo 81 do CDC são direitos que possuem natureza indivisível, mas têm seus titulares determináveis enquanto grupo, categoria ou classe. Nestes direitos, a atuação da Defensoria mostra-se imprescindível, pois a defesa do direito não pode ser cindida a quem não seja carente de recursos.

O argumento de que a instituição não pode ajuizar este tipo de ação por que pessoas com considerável poder econômico podem ser agraciadas pela Defensoria é negar o direito aos demais hipossuficientes que pertencem a mesma classe destes. Rocha (2007, p. 72), com muita propriedade, afirma:

Nesta toada, a exigência inflexível e formalista de atuação da Defensoria Pública condicionada à apuração da situação econômica de cada membro da coletividade, criaria um obstáculo praticamente inexpugnável à efetivação da tutela, quiçá tornando o procedimento tão intrincado, desgastante e dispendioso que a própria propositura da demanda judicial em defesa de toda a coletividade e inviabilizaria a atuação exclusiva em defesa dos necessitados.

Com relação aos direitos individuais e homogêneos que é definido pelo inciso III do art. 81 do CDC, seus titulares são determináveis e possuem objeto divisível. Estes direitos foram coletivizados para tentar diminuir a propositura de milhares de ações que objetivam a reparação de direito lesado de toda uma coletividade.

Com a averiguação no caso concreto da existência de hipossuficientes que tiveram seus direitos violados, a legitimidade da Defensoria se faz presente, mais uma vez é irrelevante a argumentação de que não-necessitados irão se beneficiar,

haja vista que seria uma injusta limitação ao acesso à justiça dos menos favorecidos.

Uma vez ajuizada a ação pela Defensoria Pública, esta só iria atuar em sede de execução ou liquidação de sentença daqueles que fossem necessitados, cabendo aqueles que possuem rendimentos contratarem causídico particular.

5.6. ADI 3943

É oportuno relatar, mesmo que de forma breve, sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade número 3943, promovida pela Associação Nacional do Ministério Público - CONAMP, que arguiu a inconstitucionalidade do inciso II da Lei nº 7.347/85, que teve sua redação alterada pela Lei nº 11.448/2007.

O argumento utilizado:

(...) padece de vício material de inconstitucionalidade, já que inclui a Defensoria Pública no rol de legitimados para a propositura de ação civil pública, caracterizando clara afronta aos arts. 5º, LXXIV, e 134, ambos da Constituição Federal.

(...) a Defensoria Pública foi criada para atender, gratuitamente, aos necessitados, aqueles que possuem recursos insuficientes para defender judicialmente ou que precisem de orientação jurídica. (...) a Defensoria Pública pode, somente, atender aos necessitados que comprovem, individualmente, carência financeira.

Portanto, aqueles que são atendidos pela Defensoria Pública devem ser, pelo menos, individualizáveis, identificáveis, para que se saiba, realmente, que a pessoa atendida pela Instituição não possui recursos suficientes para o ingresso em Juízo.

Por isso, não há possibilidade alguma de a Defensoria Pública atuar na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, como possuidora de legitimação extraordinária(...).

Conclui-se, pois, que a legitimidade ampla conferida à Defensoria Pública não pode prevalecer, em face dos artigos 5º, LXXIV, e 134 da Constituição Federal.

Ainda que se entenda poderem os defensores públicos propor ação civil pública, quando se tratar de interesses coletivos ou individuais homogêneos, não é constitucionalmente possível à Defensoria Pública ajuizar ação civil pública em relação a interesses difusos. Assim, há de ser dada interpretação conforme à Constituição, à Lei ora questionada, para que não sejam contrariados os dispositivos constitucionais acima mencionados.

A titularidade exclusiva e única da Ação Civil Pública não é do Ministério Público, a Constituição Federal realmente elencou como atribuição do MP a legitimidade para propor a ACP, porém não de forma exclusiva.

O artigo 129, em seu inciso IX, trata de um rol exemplificativo, haja vista que o Ministério Público pode exercer outras funções que lhe forem conferidas, não havendo exigência sequer de lei complementar para tanto, ressalvando-se, unicamente, que tais funções devem sempre estar orientadas pelas diretrizes finalísticas da instituição. O Supremo, na ADI de número 2794, que teve como relator o ministro Sepúlveda Pertence, entende da forma acima relatada.

A Carta Magna deixou ao legislador ordinário a possibilidade de legitimar outros entes.

A lei da ação civil pública originariamente inscreveu como legitimado para propô-la junto com o MP, União, Estado, Município, autarquias, fundações, sociedades de economia mista, empresas públicas, associações legalmente constituídas há mais de um ano, que tenham como finalidade institucional a defesa de direitos transindividuais.

Com o Código de Defesa do Consumidor e o seu artigo 82, o leque de legitimados foi estendido por força do inciso III, pois legitima qualquer entidade e órgão da administração pública direta ou indireta, mesmo que não possua personalidade jurídica e que tenham como escopo a defesa de direitos e interesses dispostos na lei 8.0778/90. E este rol do inciso III foi levado também para a lei da ACP.

Com isso, as ações civis públicas que tenham fundamento no artigo 1º, inciso IV da Lei nº 7.347/90, podem ser ajuizadas por qualquer dos legitimados do artigo 82 do CDC.

Não foi com a inclusão da Defensoria Pública que o *parquet* perdeu espaço para ajuizar as ACP. É sabido pela maioria daqueles que estão no meio jurídico que quase a totalidade das Ações Civis Públicas ajuizadas no país tem como o polo ativo o Ministério Público, que é a instituição mais atuante neste sentido. Apesar disso, no Estado do Ceará, até o ano de 2007, a Defensoria Pública havia impetrado 17 ACPs, dentre estas 5 em litisconsórcio ativo com o Ministério Público, o que demonstra que é melhor buscar uma parceria entre as instituições do que tentar retirar algo que uma conquistou ao longo dos anos com muito sacrifício, sempre tendo o interesse da população como primeiro plano.

Como já mencionado no presente trabalho monográfico, a legitimação é extraordinária, concorrente, disjuntiva, autônoma e exclusiva. Todas as instituições elencadas na LACP podem figurar no polo ativo.

Nesse ínterim, cai por terra o argumento ministerial de que a legitimação da Defensoria Pública para ingressar com Ação Civil Pública tendo por objeto os interesses transindividuais, formalizada pela Lei nº 11.448/07, importaria em óbice a atuação do Ministério Público. (Rocha, 2007, p. 63)

A legitimidade da Defensoria Pública fica indiscutível quando o bem ou valor jurídico, violado e identificados os lesados, estes são necessitados, mesmo que não sejam todos. A coletividade tem o direito de ser protegida dos vícios dos produtos em geral, em situações como esta nada a de se opor contra a atuação da Defensoria Pública.

O legislador deve buscar construir um sistema de proteção amplo, em uma sociedade com mais de 180 milhões de pessoas, onde a economia que prevalece é a de mercado capitalista, em que os lucros estão acima de qualquer coisa, faz-se imprescindível ter uma proteção jurídica extensa também para aqueles que não sejam mais fracos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode deixar de reconhecer a controvérsia que o tema suscita devido à possibilidade de legitimação ativa da Defensoria Pública diante das Ações Coletivas com fulcro no inciso III do artigo 82 do CDC.

Na primeira etapa, versou-se sobre os aspectos processuais da legitimação, com definições, classificações e diferenças entre as espécies. Foi tratado ainda sobre as Ações Coletivas em geral, seu fundamento histórico-legal, evolução, efetivação e suas particularidades.

Em um segundo momento, a legitimação em face das Ações Coletivas foi abordada, também as correntes doutrinárias existentes no Brasil, incluído um breve estudo referente ao artigo 82 do CDC. Tudo isso com uma visão abrangente que possibilita a efetivação da legitimidade da Defensoria Pública em nome do acesso à justiça e proteção dos hipossuficientes.

Por fim, foi ventilado acerca da instituição ora em debate, dispendo sobre suas funções, prerrogativas, Lei complementar nº 80/94, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3943, que foi proposta pela CONAMP com o intuito de retirar da Defensoria sua conquista obtida pela Lei nº 11.448/07.

Esta Ação Direta de Inconstitucionalidade não deve ser julgada procedente, a proteção da classe menos favorecida deve ser tratada de forma ampla para que os direitos deles sejam garantidos em face dos poderosos que possam vir a causar danos, sejam estes ambientais, consumeristas, entre outros.

A legitimação da Defensoria Pública deve ser vista como autônoma, haja vista que esta irá defender os interesses de seus assistidos. Não é toda Ação Coletiva que a instituição irá ter legitimação, somente naquelas em que houver interesse maior a ser tutelado, atinja, sobremaneira, os hipossuficientes,

aqueles que não possuem o devido acesso à justiça, enfim aqueles que por determinação constitucional devem ser assistidos pela Defensoria.

A luta pela consagração dos direitos fundamentais foi e continua grande, portanto, qualquer instrumento que possa ser utilizado em favor da defesa e efetivação destes direitos deve ser preservado, garantido e não suprimido do ordenamento jurídico. Os necessitados, pessoas sem o real acesso à justiça, têm na Defensoria Pública seu maior parceiro na busca em efetivar e obter seus direitos que foram retirados. Portanto, a possibilidade de legitimação da Defensoria Pública em face do artigo 82 do CDC e as Ações Coletivas devem permanecer e ser compreendido como perfeitamente válido para que o Estado Democrático de Direito prevaleça.

7. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALMEIDA, João Batista. **Manual de direito do consumidor**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. **Defensoria tem legitimidade para propor Ação Civil Pública**. (<http://jusvi.com/artigos/38207> acesso em 25/08/09)

BAPTISTA, Joaquim de Almeida. **Código do consumidor interpretado**. 3 ed. São Paulo: Iglu, 2000.

BRASIL. Constituição (2007). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei 5869/73. Brasília: DF, Senado, .

_____. **Código de defesa do consumidor**. Lei 8.078/1990. Brasília: DF, Senado, 1990.

_____. **Lei de Ação Civil Pública**. Lei 7347/1985. Brasília: DF, Senado, 1985.

_____. **Lei 11.448/2007**. Brasília: DF, Senado, 2007.

_____. **Lei Complementar 80/94**. Brasília: DF, Senado, 1994.

BRITO, Max Akira Senda de. **Breve considerações sobre as condições da ação**. (<http://jusvi.com/artigos/28576/2>, acesso em 25/08/09)

CAMPOS, Ingrid Zanella Andrade. **A evolução histórica internacional dos Direitos Humanos e a questão da relativização da soberania estatal**. (<http://jusvi.com/artigos/34672/1>, acesso em 10/09/09)

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil – processo coletivo vol. 04**. 1ª Ed. Salvador, Jus podium, 2007.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de Direito Processual Civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública: Comentários por artigo**. 3 ed. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Das class actions for damages a ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade**. (<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2001/dezembro/2112/ARTIGOS/A03.htm>, acesso em 21/09/09)

GUGLINSKI, Vitor Vilela. **Da legitimidade do Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos**. (<http://jusvi.com/artigos/23148> acesso em 25/08/09)

_____, Vitor Vilela. **Da legitimidade ativa da defensoria pública para a defesa coletiva dos consumidores**. Disponível em: <http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/consumidor/724-da-legitimidade-ativa-da-defensoria-publica-para-a-defesa-coletiva-dos-consumidores.html> . Acesso em: 15 de abril 2009.

KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Manual do consumidor em juízo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos – conceito e legitimação para agir**. 6 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENEZES, Felipe Caldas. **Defensoria Pública da União: princípios institucionais, garantias e prerrogativas dos membros e um breve retrato**

da instituição. Disponível em: http://www.dpu.gov.br/portaldpu/pdf/artigos/artigo_principios_institucionais_Felipe.pdf , acesso em 26 de setembro de 2009.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 2ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2005.

PRADO, Henrique Sartori de Almeida. **As dimensões dos direitos fundamentais e seu perfil de evolução**. (http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=937, acesso em 10/09/09)

QUEIROZ, Cláudia Carvalho. **A legitimidade da defensoria pública para propositura da ação civil pública**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7566> . Acesso em: 15 de abril 2009.

RAUPP, Eduardo Caringi. **A legitimação dos sindicatos para atuar como substituto processual**. (<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9933>, acesso em 21/09/09)

ROCHA, Jorge Bheron. **Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar Ação Civil Pública tendo por objeto direitos transindividuais**. Fortaleza, 2007.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade. **Interesse de agir nas ações de natureza coletiva**. (<http://jusvi.com/artigos/802> acesso em 26/08/09)

SILVEIRA, Daniel Coutinho da. **Alguns aspectos das class actions**. (<http://direitoeprocessoblogspot.com/2008/04/algumas-consideraes-sobre-as-class.html> acesso em 22/09/09)

SOARES, Paulo Brasil Dill. **Código do consumidor comentado**. 6 ed. Rio de Janeiro: Destaque, 2000.

ZENUN, Augusto. **Comentários ao código do consumidor**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.