

vendo ser admitido como assistente litisconsorcial. Fora daí, pode continuar a promover livremente sua ação individual de acordo com as regras processuais de competência.<sup>137</sup>

E, mesmo depois de eventualmente julgada procedente a ação civil pública ou coletiva, o lesado individual não deverá executar a parte que lhe toque no próprio bojo da ação coletiva.<sup>138</sup>

### 13. A competência para a liquidação e a execução

As questões sobre a competência para a liquidação e a execução na ação civil pública serão analisadas no Cap. 36, n. 7.

### 14. Considerações finais

Em suma, para determinar qual o foro competente para a ação civil pública ou coletiva, é necessário considerar: *a)* se a competência da Justiça federal ou estadual;<sup>139</sup> *b)* se a competência é em razão do local do dano (efeito ou potencial), ou do local da ação ou omissão;<sup>140</sup> *c)* se é caso de ajuizar a ação no foro do domicílio do autor.<sup>141</sup>

Convém insistir, não se podem confundir os *efeitos* que uma sentença pode produzir em todo o País, com a *jurisdição*, que o órgão judiciário pode ou não ter sobre todo o território nacional. Assim, para proibir a *comercialização* ou a *fabricação* de um medicamento em todo o País, será preciso ajuizar a ação civil pública ou coletiva junto ao Capital de Estado ou no Distrito Federal; mas para impedir a *fabricação* de um produto onde atualmente esteja sendo feito, a ação será ajuizada na comarca onde se situe a empresa produtora.<sup>142</sup> Em ambos os casos, porém, os *efeitos* das sentenças vão ser sentidos em todos os lugares do País. Mas a *imutabilidade* desses efeitos dependerá do resultado da lide (*secundum eventum litis*) e da natureza dos interesses que estão em jogo (difusos, coletivos ou individuais homogêneos), mas em hipótese alguma poderá depender da competência territorial do juiz, em que pese a írrita dilação em contrário da atual redação do art. 16 da LACP. Da mesma forma, jamais será o caso de ajuizar uma ação civil pública ou coletiva em cada comarca do País, para proibir a produção ou a comercialização do produto, pois isso seria negar todos os pressupostos e fins atinentes à defesa de interesses transindividuais em juízo.<sup>143</sup>

137. A propósito, *v.*, *ib.*, Cap. 36, ns. 5 e 7.

138. A propósito, *v.*, Cap. 36, ns. 5-7.

139. *V.g.*, arts. 109, I, da CR, e 93 do CDC.

140. LACP, art. 2º; CDC, art. 93, I; ECA, art. 209.

141. CDC, art. 101.

142. CDC, art. 93, I e II.

143. Sobre a imutabilidade da coisa julgada, *v.*, mais especialmente, o Cap. 37.

## CAPÍTULO 17 LEGITIMAÇÃO ATIVA

**SUMÁRIO:** 1. Legitimados ativos. 2. Representatividade adequada. 3. Legitimação das associações civis, dos partidos políticos, dos sindicatos e das fundações privadas: *a)* legitimados das associações civis; *b)* legitimados dos partidos políticos; *c)* legitimados dos sindicatos; *d)* legitimados das fundações privadas. 4. A legitimção ativa do Ministério Público. 5. Legitimação concorrente. 6. Ampliação da legitimção ativa. 7. Os cidadãos e os titulares de interesses individuais.

### Legitimados ativos<sup>1</sup>

A LACP e o CDC integram-se também no tocante à indicação dos legitimados ativos para a ação civil pública ou coletiva.<sup>2</sup>

Segundo a Lei n. 11.448/07, que deu nova redação ao art. 5º da LACP, têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: *a)* o Ministério Público; *b)* a Defensoria Pública; *c)* a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;<sup>3</sup> *d)* a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; *e)* a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil, e inclua, entre suas finalidades institucionais, a promoção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.<sup>4</sup>

1. Sobre a natureza da legitimação ativa, se ordinária ou extraordinária, *v.* Cap. 2.

2. LACP, art. 21; CDC, art. 90.

3. Propondo limites para a legitimação do Estado-membro em face da União, o voto do Min. Sepúlveda Pertence, no MS n. 21.059-1-RJ, STF Pleno, j. 05-09-90, *DJU*, 12-10-90, p. 11.486.

4. A propósito da legitimação ativa para a ação civil pública ou coletiva, *v.*, ainda CDC, art. 82; Lei n. 7.853/89, art. 3º; ECA, art. 210.

A esse rol de legitimados ativos à ação civil pública ou coletiva o CDC acrescenta "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".<sup>5</sup> Isso significa que órgãos públicos especificamente destinados à proteção de interesses transindividuais, ainda que sem personalidade jurídica, desde que autorizados pela autoridade administrativa competente, podem ajuizar ações civis públicas ou coletivas,<sup>6</sup> não se em matéria de defesa do consumidor, como também do meio ambiente, de pessoas idosas ou com deficiência, ou quaisquer áreas afins, que é consequência das normas de integração entre LACP e CDC. Esses órgãos públicos não podem, porém, *sponte sua*, ajuizar as ações dependentes de autorização da autoridade administrativa competente (princípio hierárquico), que pode ser específica ou genérica, mas, em qualquer caso, sempre necessária.

A Defensoria Pública já podia propor ações civis públicas ou coletivas, mesmo antes da Lei n. 11.448/07, à vista da permissão que lhe dava o art. 82, III, do CDC, uma vez que é órgão público destinado a exercer a defesa dos necessitados (CR, arts. 134 e 5º, LXXIV).<sup>8</sup> Entretanto, para evitar maiores controvérsias acadêmicas ou jurisprudenciais, o legislador afirmou, por expresse, a legitimidade ativa da Defensoria Pública.<sup>9</sup>

Tem sido questionada a atribuição dada pela lei infraconstitucional à Defensoria Pública para propor ação civil pública em defesa de um grupo indeterminável de pessoas. Entendem alguns que, assim fazendo, ela acabará defendendo pessoas necessitadas e não necessitadas, agindo, pois, fora de seus limites constitucionais; dessa forma, ela só poderia defender pessoas individualizáveis ou identificáveis, e não direitos transindividuais.<sup>10</sup>

O problema efetivamente é relevante, porque não raro o objeto de uma ação civil pública será a defesa de interesses difusos, ou seja, de grupos indetermináveis de lesados, entre os quais pode haver pessoas necessitadas e também não necessitadas.

5. CDC, art. 82, III.

6. Como o Procon ou órgãos equivalentes de defesa do consumidor. Também já se admitiu a legitimidade ativa da Procuradoria da Assistência Judiciária para a propositura de ações coletivas (REsp n. 181.580-SP, 3ª T. STJ, j. 09-12-03, v.u., rel. Min. Castro Filho, DJU, 22-03-04, p. 292).

7. LACP, art. 21, e CDC, art. 90.

8. Nesse sentido, REsp n. 555.111-RJ, 3ª T. STJ, j. 05-09-06, m.v., rel. Min. Castro Filho, DJU, 18-12-06, p. 363.

9. LACP, art. 5º, II, com a redação da Lei n. 11.448/07.

10. Nesse sentido, a fundamentação da ADIn n. 3.943-DF, ajuizada em 2007 pela Conamp junto ao STF, ainda não julgada.

Para corretamente enfrentar e responder a questão, primeiramente é necessário buscar o embasamento constitucional da Defensoria Pública. Segundo o art. 134 da Constituição, "a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV". Por sua vez, este dispositivo inclui, entre os direitos e garantias fundamentais, não só individuais como coletivos, o dever do Estado de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Por sua vez, na esfera infraconstitucional, a Defensoria Pública é conceituada como "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal".<sup>11</sup> Inserem-se, em suas funções institucionais, entre outras: a) a promoção de orientação jurídica e a defesa dos necessitados, em todos os graus; b) a promoção da ação civil pública e de todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; c) a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição.<sup>12</sup>

A seguir, cumpre buscar o alcance da expressão "necessitado", cuja defesa é a razão de ser da Defensoria Pública. "O conceito jurídico de necessitado, contido no parágrafo único do art. 2º da Lei n. 1.060/50, é mais amplo do que o de *pobre* ou *miserável*, não está vinculado a determinado limite de valor de renda mensal ou de patrimônio e, sim, à impossibilidade de pagamento das despesas processuais sem prejuízo do próprio sustento ou da família."<sup>13</sup>

Assim sendo, não cremos seja acertado o entendimento restritivo ao propósito das atribuições da Defensoria Pública, porque negaria aos próprios fundamentos do processo coletivo se pudesse ela defender um único necessitado, ou até todos eles, desde que o fizesse um a um, mas não os pudesse defender a todos, de uma só vez, num único processo coletivo. Todas as razões que levaram a Constituição e as leis a instituir o processo coletivo (possibilitar economia processual

11. LC n. 80/94, art. 1º, redação dada pela LC n. 132/09.

12. LC n. 80/94, art. 4º, I, VII e VIII, redação dada pela LC n. 132/09.

13. REsp n. 555.111-RJ, 3ª T. STJ, j. 05-09-06, m.v., rel. Min. Castro Filho, e, na mesma citada, o voto da Min. Nancy Andrighi, DJU, 18-12-06, p. 363. No mesmo sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso, Contribuição esperada do Ministério Público e da Defensoria Pública na prevenção da atomização judicial dos megaconflitos, RP, 16/152.

com a substituição processual do grupo lesado, evitar decisões contraditórias, assegurar efetivo acesso à Justiça etc.) — todas elas estarão frustradas se por absurdo lhe negássemos a possibilidade de atuar na defesa global de todo o grupo necessitado, obrigando-a à defesa de cada integrante do grupo individualmente considerado. Não nos pressiona o argumento de que, assim, a Defensoria Pública estaria invadir atribuições do Ministério Público, seja porque as atribuições de *parquet* na promoção da ação civil pública não lhe são exclusivas, seja porque, embora tenha ele atribuições inconfundíveis com as da Defensoria Pública, existem áreas de superposição entre ambos, como também existem entre Ministério Público e Procuradoria do Estado, sem que com isso cada qual perca sua identidade.

Em suma, nosso entendimento é o de que a Defensoria Pública pode propor ações civis públicas ou coletivas, em defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos de pessoas que se encontram na condição de necessitados, ou seja, de quem tenha insuficiência de recursos para custear a defesa individual,<sup>14</sup> mesmo que, com isso, em matéria de *interesses difusos* (que compreendem grupos indetermináveis de lesados), possam ser indiretamente beneficiadas terceira pessoas que não se encontrem na condição de deficiência econômica até porque não haveria como separar os integrantes desse grupo atômico.<sup>15</sup> Apenas no tocante à defesa de *interesses coletivos* em sentido estrito ou de *interesses individuais homogêneos* (nestas duas hipóteses temos grupos determináveis de lesados), é mister que os beneficiários da ação sejam pessoas necessitadas, para que a Defensoria Pública possa exercer em seu favor o processo coletivo.

Pode a Ordem dos Advogados do Brasil ajuizar ações civis públicas?

Enquanto órgão encarregado da representação e defesa da classe dos advogados, a Ordem dos Advogados do Brasil também recebeu da lei legitimação para propor ações civis públicas ou coletivas.<sup>16</sup> Essas ações envolverão verdadeira substituição processual da classe, e ora serão propostas pelo seu Conselho Federal, ora pelos presidentes dos Conselhos e das Subseções da entidade.<sup>17</sup>

Mas, afora as ações em defesa da própria classe dos advogados, poderia a OAB também ajuizar ações civis públicas ou coletivas para a

defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, representados por grupos alheios ao seu quadro associativo?

Segundo o art. 44 da Lei n. 8.906/94, a OAB constitui serviço público, sendo dotada de personalidade jurídica e forma federativa, visando por finalidade: *a)* defender a Constituição, a ordem jurídica do Poder Judiciário, os direitos humanos, a justiça social, e promover a pacificação da cultura e das instituições jurídicas; *b)* promover a boa aplicação das leis, pela rápida administração da Justiça, e a perfeição da cultura e da representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados no País. Sua natureza jurídica é de autarquia federal especial,<sup>18</sup> e, como tal, pode ajuizar ações civis públicas de observância comparável com seus fins legais. Quando zela pela observância dos interesses transindividuais de expressão social (como os do meio ambiente), os das pessoas com deficiência, os dos consumidores em geral), e ainda não apenas defendendo garantias fundamentais das próprias pessoas (sejam elas ou não advogados ou estagiários), como também está atuando por direitos fundamentais de toda a coletividade; dessa forma, tal tutela se insere duplamente nos objetivos da entidade (art. 44, I e II, da LOAB). De qualquer forma, é necessário que haja compatibilidade entre a defesa judicial do interesse e as finalidades institucionais.<sup>19</sup>

Também as agências reguladoras podem, em tese, ajuizar ações civis públicas, pois são autarquias sob regime especial.<sup>20</sup> Podem fazê-lo isoladamente ou em litconsórcio com os demais colegitimados.<sup>21</sup>

Também os sindicatos e as comunidades indígenas podem propor ações coletivas.<sup>22</sup>

Além de admitir a defesa de interesses transindividuais por parte de associações civis, Ministério Público e comunidades indígenas,<sup>23</sup> a Constituição Federal criou mais uma forma de tutela jurisdicional coletiva: ou seja, o mandato de segurança coletivo, que pode ser impetrado por: *a)* partido político com representação no Congresso Nacional; *b)* organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.<sup>24</sup>

18. MC em RE n. 1.707-MT, STF Pleno, j. 1º-07-98, v.u., rel. Min. Moreira Alves, DJF 16-10-98, p. 6.

19. Sobre o alcance do princípio da especialidade, v., neste Cap., o tópico n. 2.

20. Furcio de Andrade Azevedo, *Agências reguladoras*, RGE, 49-50, 1998.

21. Sobre a intervenção das agências reguladoras no polo passivo do processo coletivo, v. Cap. 18, n. 6.

22. CR, arts. 5º, LXX, b, 8º, III, e 232. Sobre a legitimação dos sindicatos, v., de forma mais especial, o tópico n. 3 deste Cap.

23. CR, arts. 5º, XXI, 129, III, e 232.

24. CR, art. 5º, LXX. Sobre a distinção entre mandado de segurança coletivo e o civil público, v. Cap. 6, n. 12.

14. Como se decidiu na ADInMC n. 538-RJ, STF Pleno, j. 16-08-91, nesse passo por v.u., rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU, 26-03-93, p. 5001.

15. No mesmo sentido é a lição de Pedro Lenza, *Direito Constitucional esquematizado*, p. 559, 12ª ed., Saraiva, 2008. Ainda, REsp n. 555.111-RJ, 3ª T. STJ, j. 05-09-06, m.v., rel. Min. Castro Filho, DJU, 18-12-06, p. 363; REsp n. 912.849-RS, 1ª T. STJ, j. 26-02-08, v.u., rel. Min. José Delgado, DJe, 28-04-08; El n. 70.029.303.153, TJRS, j. 15-05-09, m.v., rel. Des. Leo Lima, *Newsletter Jurídica IOB*, 2.197.

16. Lei n. 8.906/94, arts. 44, I, 49, 54, II e XIV.

17. Lei n. 8.906/94, arts. 49 e 54, II e XIV.

A lei e a jurisprudência têm ampliado o rol de legitimados para a defesa de interesses transindividuais, admitindo que ações em prol de interesses coletivos já pudessem ser ajuizadas pelo antigo *massa falida*,<sup>25</sup> por comissão de representantes de adquirentes de unidades em condomínios ou incorporações,<sup>26</sup> por condôminos de edifícios de apartamentos.<sup>27</sup>

As sociedades cooperativas podem ajuizar ações civis públicas. Não podem, pois sua personalidade associativa volta-se para atividade econômica; elas não se confundem, pois, com as associações civis.<sup>28</sup>

Por fim, e o cidadão: pode dar início ao processo coletivo?

Ação civil pública ou ação coletiva não; mas o cidadão, por sua qualidade de substituto processual, propor ação popular, a qual em alguns casos poderá ter caráter coletivo, idêntico ao de uma ação civil pública, quando se trate, *v.g.*, de defender o meio ambiente ou o patrimônio cultural.<sup>29</sup>

Quanto à natureza da legitimação ativa para o processo coletivo, reportamo-nos às considerações do Cap. 2.

## 2. Representatividade adequada

Segundo o sistema da LACP e do CPC, para ajuizar ações civis públicas ou coletivas, ou interverem na qualidade de litisconsortes ou assistentes litisconsorciais no polo ativo, as associações civis precisam deter representatividade adequada do grupo que pretendam defender em juízo.<sup>30</sup> Essa representatividade é aferida à vista do preenchimento de dois requisitos:

*a) pertinência temática* — requisito indispensável, que corresponde à finalidade institucional compatível com a defesa judicial do interesse;

25. CPC, art. 12, III.

26. Cf. art. 50, da Lei n. 4.591/64; RESP n. 30.181-SP, 3ª T. STJ, j. 28-11-99, m.v., rel. Min. Eduardo Ribeiro, RSTJ, 69/284.

27. Cf. art. 22, § 1º, *al.*, da Lei n. 4.591/64; v. RESP n. 10.417-SP, 3ª T. STJ, j. 12-91, v.u., rel. Min. Eduardo Ribeiro, RSTJ, 29/462; RESP n. 32.239-SP, 3ª T. STJ, j. 04-94, v.u., rel. Min. Eduardo Ribeiro, RSTJ, 59/280; RESP n. 412.774-SP, 2ª T. STJ, j. 06-02, v.u., rel. Min. Eliana Calmon, DJU, 19-08-02, p. 161. Já se admitiu até mesmo a legitimidade do condomínio para a defesa de interesses coletivos, ainda que não regida a convenção (RESP n. 445.693-SP, 3ª T. STJ, j. 06-03-03, v.u., rel. Min. Ari Pargendler, DJU, 23-06-03, p. 356).

28. Cf. CC, arts. 53 e 1.093 e s.

29. CR, art. 5º, LXXIII. Sobre a distinção entre ação popular e ação civil pública, *v.* Cap. 6, n. 12.

30. LACP, art. 5º, V, *a*; CDC, art. 82, IV.

*há pré-constituição há pelo menos um ano nos termos da lei* — requisito que o juiz pode dispensar por interesse social, consoante a dimensão ou as características do dano, ou conforme a relevância do bem jurídico a ser defendido.

Em sua vez, para o ajuizamento do mandado de segurança contra a organização sindical, a entidade de classe ou a associação legalmente constituída sujeitam-se a requisitos semelhantes, pois devem estar em funcionamento há, pelo menos, um ano, em defesa de direitos legítimos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades. (dispensada, para tanto, autorização especial.<sup>31</sup>)

Segundo o art. 5º da LACP, com a redação que lhe deu a Lei n. 11.448/07, a ação civil pública, seja a principal ou a cautelar, poderão ser propostas: *a)* pelo Ministério Público; *b)* pela Defensoria Pública; *c)* pelo cidadão, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios; *d)* por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista; *e)* por associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, a preservação econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A redação original do dispositivo não primava pela clareza, pois parecia restar a dúvida sobre se os requisitos de pré-constituição e finalidade institucionais compatíveis apenas se aplicariam às associações, ou se também se estenderiam a outros coletivizados como autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista.

Com melhor técnica (desconsiderando o desnecessário neologismo “assemblar”), o inc. IV do art. 82 do CDC restringiu tais requisitos às associações, pois considerou legitimadas para a ação coletiva “as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos dos associados por este Código, dispensada a autorização assemblar”.

Com a redação que deu ao art. 5º a Lei n. 11.448/07, a dúvida já não persistia: os requisitos de representatividade adequada aplicam-se apenas às associações.

Examinemos mais detidamente esses requisitos de representatividade adequada das associações.

O primeiro requisito — *a pré-constituição de pelo menos um ano* — destina-se a estabelecer um tempo mínimo de existência para contribuir à associação condições legais de representatividade do grupo. O requisito não é imposto aos demais coletivizados ativos da LACP ou do CDC. Nesse pormenor pecou por falta de clareza a redação original do art. 5º, I, da LACP, mas o art. 82, IV, do CDC, deixou ver que o re-

31. Lei n. 12.016/09, art. 21.



quisito se limitava às associações legitimadas. De qualquer forma, como a redação que ao art. 5º da LACP deu a Lei n. 11.448/07, a questão agora ficou mais bem disciplinada. Cremos que, por identidade de razões, essa exigência também se aplica aos sindicatos, que são pessoas jurídicas de direito privado, com caráter associativo.<sup>32</sup>

Valendo-nos ainda da analogia, devemos estender o requisito de pré-constituição de um ano também às fundações privadas.<sup>33</sup> E isso porque parece claro que o escopo do legislador foi excluir da limitação temporal de pré-constituição somente os legitimados públicos, ou seja, os órgãos públicos ou entidades da administração direta ou indireta (CDC, art. 82, I a III). Assim, é de todo pertinente estender o requisito temporal de pré-constituição às fundações privadas, não às públicas.

Dessa forma, só os legitimados públicos não estão sujeitos aos requisitos de pré-constituição há pelo menos um ano. Um Estado ou um Município recém-criados podem imediatamente ajuizar ação civil pública ou coletiva; também de imediato uma autarquia ou uma empresa pública o podem. Nessa linha de entendimento, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que as empresas públicas estão legitimadas para o exercício de ação civil pública, não necessitando adimplir os requisitos exigíveis das associações.<sup>34</sup>

Para o ajuizamento de ação coletiva, pode o juiz dispensar o prazo de pré-constituição, se houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.<sup>35</sup> E, no sentido de tornar mais eficaz a defesa coletiva de interesses transindividuais, já se admitiu que o prazo de pré-constituição pode ser completado no curso da própria ação.<sup>36</sup> Por identidade de razões, deve-se aplicar analogicamente essa regra ao mandado de segurança coletivo (LMS, art. 21).

Já o segundo requisito — o de *pertinência temática* das associações — não pode ser dispensado pelo juiz (ao contrário do requisito da pré-constituição, que se pode relevar).<sup>37</sup> Tal pertinência significa que as associações devem incluir entre seus *fins institucionais* a defesa dos interesses objetivados na ação civil pública ou coletiva por elas propostas, dispensada, embora, a autorização de assembleia.<sup>38</sup> Em

32. CR, art. 8º.

33. A discussão sobre a possibilidade de fundações privadas ajuizarem ações civis públicas ou coletivas, v., neste Cap., o tópico seguinte.

34. REsp n. 236.499-PB, 1ª T. STJ, j. 13-04-00, m.v., rel. Min. Gomes de Barros, DJU, 05-06-00, p. 125.

35. LACP, art. 5º, § 4º; CDC, art. 82, § 1º.

36. REsp n. 705.469-MS, 3ª T. STJ, j. 16-06-05, v.u., rel. Min. Nancy Andrighi, DJU, 1º-08-05, p. 456.

37. CDC, art. 82, § 1º, *a contrario sensu*.

38. CDC, art. 82, III e IV.

palavras, essa pertinência é a adequação entre o objeto da ação e a finalidade institucional.<sup>39</sup>

As associações civis necessitam, portanto, ter finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse transindividual que pretendam tutelar em juízo. Entretanto, essa finalidade pode ser razoavelmente genérica; não é preciso que uma associação civil seja constituída para defender em juízo especificamente aquele exato interesse que se pretendeu na hipótese concreta. Em outras palavras, de forma correta, já se entendeu, p. ex., que uma associação civil que tenha por finalidade a defesa do consumidor pode propor ação coletiva em favor de consumidores que tenham desistido de consórcio de veículos, não se exigindo tenha sido instituída para a defesa específica de interesses de consumidores de veículos, desistentes ou inadimplentes.<sup>40</sup> Essa generalidade não pode ser, entretanto, desarrazoada, sob pena de admitirmos a criação de uma associação civil para a defesa de qualquer interesse, o que desnaturaria a exigência de representatividade adequada do grupo lesado.

Devemos perquirir se o requisito de *pertinência temática* só se aplica às associações civis, ou se também alcançaria as fundações privadas, sindicatos, corporações, ou até mesmo as entidades e os órgãos da administração pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica. Numa interpretação mais literal, a conclusão será negativa, já que a redação do art. 5º da LACP e do art. 82, IV, do CDC. Entretanto, não há a mesma razão, deve-se aplicar a mesma disposição. Os sindicatos e corporações congêneres estão na mesma situação que as associações civis, para o fim da defesa coletiva de grupos; as fundações privadas e até mesmo as entidades da administração pública também têm seus fins peculiares, que nem sempre se coadunam com a substituição processual de grupos, classes ou categorias de pessoas lesadas, cuja defesa coletiva de seus interesses.

Invocando os incs. XIX e XX do art. 37 da Constituição, Márcio Euzébio Elias Rosa observa, com propriedade, que, por conta do *princípio da especialidade*, "as entidades estatais não podem abandonar ou modificar os objetivos para os quais foram constituídas. Sempre atuarão vinculadas e adstritas aos seus fins ou objeto social. Não se admite, então, que uma autarquia criada para o fomento do turismo possa vir a atuar, na prática, na área da saúde, ou em qualquer outra diversa daquela legal e estatutariamente fixada".<sup>41</sup>

39. ADIn n. 1.282-SP, STF, *Informativo STF*, 253.

40. REsp n. 132.063-RS, 4ª T. STJ, j. 10-02-98, v.u., rel. Min. Rosado de Aguiar, DJU, 27-04-98, p. 341; REsp n. 222.569-SP, 4ª T. STJ, j. 17-05-01, v.u., rel. Min. Barros Monteiro, DJU, 27-08-01, p. 341; REsp n. 165.484-RS, REsp n. 172.224-RS, AgRsp n. 172.237-RS, todos do STJ.

41. *Direito Administrativo*, 4ª ed., p. 20, Saraiva, 2003.

Tomemos, p. ex., uma empresa pública ou uma autarquia. Não nos parece possa despender recursos públicos para a defesa de interesses transindividuais que não guardem relação alguma com o seu objeto. Assim, uma empresa de transportes públicos não se pode por a defender assinantes de linhas telefônicas...

Em suma, cremos que, analogicamente ao que sucede com as associações civis, se deve aplicar o requisito da pertinência temática a esses outros coletivizados.

Só não tem sentido exigir pertinência temática do Ministério Público, da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal. Em vista de sua vocação para a defesa de interesses públicos e interesses coletivos *lato sensu*, presume-se possam, em tese, defender interesses transindividuais de qualquer natureza, até mesmo interesses individuais homogêneos disponíveis, que tenham expressão social.<sup>42</sup>

Também não se exige pertinência temática dos partidos políticos, em vista de sua larga abrangência programática.<sup>43</sup>

Em outras palavras, apenas associações civis, sindicatos, fundações privadas e entidades da administração pública indireta, a nosso ver, devem estar especificamente destinados à defesa dos interesses transindividuais, objetivados na ação civil pública ou coletiva que, como legitimados ativos, pretendam propor.

Dificultando ou, em certos casos, até inviabilizando a tutela coletiva de direitos, o art. 2º-A da Lei n. 9.494/97, com a redação que lhe deu o art. 4º da Med. Prov. n. 2.180-35/01, estipulou algumas exigências extras para as ações civis públicas movidas por entidades associativas. Assim dispõe a norma: "A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator." Prossegue seu parágrafo único: "Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços."<sup>44</sup>

Parece-nos que a intenção do autor da medida provisória seria a de que as regras do art. 2º-A da Lei n. 9.494/97, só deveriam ser apli-

cas quando da defesa judicial de *interesses individuais homogêneos*, porque o proveito objetivado na ação será sempre divisível entre os interessados determináveis do grupo lesado. Entretanto, a medida protetiva parece não se dar conta de que, mesmo nas ações coletivas que se referem a defesa de interesses individuais homogêneos, não estamos lidando com o instituto da representação processual, e sim com a submissão ao processual de grupos lesados; e ainda não se dá conta de que, nessas ações de natureza coletiva, a coisa julgada só poderá formar-se em benefício das vítimas e sucessores, jamais em seu prejuízo. Dessa forma, é desarrazoado fazer exigências como se se tratasse de representação processual da parte (relação nominal de sócios e seus endereços),<sup>45</sup> e, mais ainda, pretender estabelecer a imutabilidade do *decisorium* por um critério absurdo, qual seja, o do domicílio do associado.<sup>46</sup> Esse dispositivo mal concebido, só se salva a exigência de cópia da ata da assembleia geral que autorizou a propositura da ação, ou, naturalmente, cópia dos próprios estatutos, se a autorização genérica já contém finalidade institucional da entidade. Mas, mesmo no tocante a esta parte, a medida provisória ainda seria inútil, pois, independente dela, o juiz já teria mesmo de aferir se está presente o pressuposto processual da autorização para agir.<sup>47</sup>

De qualquer forma, é inconstitucional a proibição de que uma entidade associativa defenda interesses transindividuais de seus associados que não tenham domicílio "no âmbito da competência territorial do órgão prolator". Essa proibição equivale à própria denegação de acesso coletivo à jurisdição ou, pelo menos, seria o mesmo que exigir a propositura de uma ação coletiva em cada comarca do País. Isso inviabilizaria a defesa coletiva do direito, negando ao grupo lesado o efetivo acesso à Justiça. Nesse sentido, em mandado de segurança coletivo, ajuizado por um sindicato nacional, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a exigência, mencionada no parágrafo único do art. 2º-A da Lei n. 9.494/97, não se aplica em relação aos órgãos da Justiça que tenham jurisdição nacional, porquanto abrangem todos os substituídos onde quer que tenham domicílio no território nacional.<sup>48</sup>

Na defesa judicial de *interesses coletivos*, considerados em seu sentido estrito, o proveito obtido, embora indivisível, beneficiará diretamente um grupo de pessoas determináveis. Assim, seria possível dizer que, em tese, o cumprimento das exigências do art. 2º-A da Lei n. 9.494/97 poderia dirigir-se também a eles. Mas seria imposição igualmente absurda. Da mesma forma que ocorre com a defesa coletiva de interesses individuais homogêneos, verdadeiramente só teria sentido

45. Nesse sentido, RE n. 182.543-SP, 2ª T. STF, j. 29-11-94, v.u., rel. Min. Carlos Velloso, DJU, 07-04-95, p. 8.900.

46. Sobre a coisa julgada, v. Cap. 37.

47. CR, art. 5º, XXI.

48. RMS n. 23.566-DF, j. 19-02-02, rel. Min. Moreira Alves, *Informativo STF*, 258.

42. AgRg no REsp n. 1.154.747-SP, 2ª T. STJ, j. 06-04-10, v.u., rel. Min. Humberto Martins, DJe, 16-04-10. A propósito, nada impede que o Ministério Público também o faça, quando a defesa assumia expressão social (v. Cap. 4, n. 15).

43. Por identidade de razão, o STF já tem dispensado o requisito da pertinência temática em relação aos partidos políticos para o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade (ADInMC n. 3.059-RS, *Informativo STF*, 346).

44. Ainda sobre esse dispositivo, v., tb., o Cap. 16, n. 5, b.

processual ordenar a juntada da autorização em ata de assembleia em estatuto, para a propositura da ação; não tem sentido exigir a relação de nomes e endereços de associados e muito menos tentar limitar a imutabilidade da eficácia da sentença ao domicílio dos associados.

No tocante às ações civis públicas ou coletivas que objetivem a defesa de interesses transindividuais, é mesmo necessária a autorização de assembleia ou estatuto para que as associações civis ou, analogicamente, os sindicatos possam propô-las. Entretanto, em casos de ações que versem a defesa de *interesses difusos*, é ainda mais absurdo e despropositado querer fazer juntar à petição inicial a relação de nomes e endereços de associados, ou pretender que a imutabilidade da sentença só abranja os associados, ou sindicalizados que tivessem, "na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator". Isso porque o proveito pretendido na ação civil pública ou coletiva que verse interesses difusos será sempre indivisível e indeterminável (como numa ação coletiva que vise a impedir propaganda enganosa na televisão). Para que exija relação de nomes e endereços de associados, nessas condições, senão para dificultar ou impossibilitar a defesa do direito?

De outro lado, assim como não se lhes exige período mínimo de pré-constituição, também não se exigem requisitos de representatividade adequada do Ministério Público ou das pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), em tese, estarão todos legitimados a ajuizar ação civil pública ou coletiva. Quanto ao Ministério Público, seu interesse de agir é presumido, como disse Salvatore Satta, "o interesse do Ministério Público é expresso pela própria norma que lhe consentiu ou impôs a ação".<sup>51</sup>

Os demais legitimados, e até mesmo, a nosso ver, União, Estados, Municípios e Distrito Federal deverão ter *interesse concreto* na defesa do interesse objetivado na ação civil pública ou coletiva. Assim, p. ex., não teria um Município interesse em defender um bem domínial da União, nem o contrário.

Nelson e Rosa Nery mantêm, entretanto, entendimento diverso a respeito, e chegam a exemplificar que "o Estado federado do Sul, por exemplo, pode ajuizar ação civil pública na defesa do meio ambiente do Estado do Amazonas, porque o interesse processual na ação civil pública é aferível em razão da qualidade do direito tutelado: difuso, coletivo ou individual homogêneo. Quando o Estado federado move

ação civil pública, não está ali na tutela de direito seu, individual, mas do direito que transcende a individualidade".<sup>52</sup>

Sem embargo da respeitabilidade do posicionamento desses grandes dourinadores, não nos convencemos, *concessa venia*. Também as associações, as fundações e os demais legitimados coletivos não têm nem direitos próprios, ou *apenas direitos próprios*, e sim, especialmente, interesses transindividuais; nem por isso estão legitimados à defesa de interesses alheios às suas finalidades institucionais. Da mesma forma, a nosso ver, não teria sentido que, exemplificativamente, um Município gaúcho empregasse recursos públicos dos municípios para ajuizar ação civil pública em defesa de paisagem do Norte, que no Sul não se contempla. Seria diverso se no Norte estivesse havendo consumo de produtos agrícolas do Sul, e os consumidores nortistas passassem a sofrer danos por causa do uso impróprio de defensivos agrícolas pelo Estado produtor. Neste caso, um Município ou Estado do Norte teria todo interesse em ajuizar uma ação civil ambiental para impedir o uso do agrotóxico no Estado do Sul. Pensamos que aí, sim, estaria presente o interesse de agir.

Os requisitos de representatividade adequada e pertinência temática são pressupostos processuais, não condições da ação (estas são a legitimidade de partes, o interesse processual e a possibilidade jurídica). Uma associação civil pode estar constituída há menos de um ano e ter interesse processual (o juiz pode dispensar o pressuposto processual da pré-constituição, mas não pode dispensar uma condição da ação), ou, ao contrário, pode ter finalidade institucional para defender o meio ambiente e pode estar constituída há vários anos, mas, em concreto, não ter interesse processual.

Para ajuizar ação civil pública ou coletiva, a associação ou corporação deverão estar expressamente autorizadas, seja pelos estatutos, o que dispensa autorização em assembleia,<sup>53</sup> seja por deliberação da assembleia.<sup>54</sup>

*Quid juris* se, no curso de ação civil pública ou coletiva, vier a associação a perder a representatividade adequada? Se sua legitimidade ficar descaracterizada, o juiz pode reconhecer a carência até de ofício,<sup>55</sup> contudo, em face das peculiaridades da ação civil pública, outro legitimado poderá assumir a promoção da ação.<sup>56</sup>

52. *Constituição Federal comentada*, cit., notas ao art. 5º da LACP.

53. CR, art. 5º, XXI; CDC, art. 82, IV.

54. V. art. 2º-A da Lei n. 9.494/97, com a redação que lhe deu o art. 4º da Med. Prov. n. 2.180-45/01.

55. AgRg na ADIn n. 2.822-SP, STF Pleno, j. 23-04-03, m.v., rel. Min. Sydney Sanches, DJU, 16-05-03, p. 91.

56. LACP, art. 5º, § 3º, analogicamente.

49. A respeito da confusão que o administrador fez entre competência e coisa julgada, para editar suas medidas provisórias, v. Caps. 16 e 37.

50. V. Cap. 20.

51. *Diritto Processuale Civile*, Pádua, Cedam, 1967, v. I, n. 45, trad. livre.

### 3. Legitimação das associações civis, dos partidos políticos, dos sindicatos e das fundações privadas

O processo coletivo pode ser movido, entre outros coletivos, por entidades civis, como são as associações e sindicatos. Para isso, é necessária a ocorrência de uma destas hipóteses: *a)* ou estejam defendendo diretamente seus associados ou sindicalizados; *b)* ou estejam defendendo todo o grupo (incluindo não associados ou não sindicalizados), desde que isso seja compatível com seus fins institucionais.

Deve-se distinguir quando esses entes associativos defendem seus associados por meio de representação, e quando o fazem por meio da substituição processual. Na ação civil pública, na ação coletiva ou no mandado de segurança coletivo, agindo dentro de suas finalidades institucionais, a associação e o sindicato não precisarão de prova de seus associados para defender o grupo.

#### a) Legitimação das associações civis

Costuma-se destacar o papel do chamado "terceiro setor" na defesa de interesses transindividuais. E o que vem a ser esse *terceiro setor*? Convencionou-se chamar de *primeiro setor* o Estado; de *segundo setor* as empresas privadas; de *terceiro setor* aquele constituído pelas organizações privadas, sem fins lucrativos, que geram ou produzem bens e serviços em áreas de relevante interesse público e social como as organizações não governamentais (conhecidas como ONGs) as cooperativas, as associações e fundações.

Nos últimos anos, tem assumido importância crescente o papel das entidades não governamentais, seja na defesa do interesse público primário, seja na defesa do meio ambiente, do consumidor e outros interesses transindividuais. Entendemos salutar esse crescimento, pois o Estado não tem tido capacidade de atender à demanda de serviços sociais, passando essas entidades a colaborar, controlar e até a complementar atividades importantes para o desenvolvimento social, cultural, político e econômico do País.

Seguindo essa tendência mundial de valorização das entidades associativas de fins não econômicos, entre nós assumiu grande relevo a inovação trazida pela Lei n. 7.347/85,<sup>57</sup> depois ratificada na Constituição de 1988 e reiterada no Código do Consumidor,<sup>58</sup> segundo a qual passou a ser permitido que as associações civis exercitassem a defesa de interesses transindividuais do grupo, classe ou categoria de pessoas que as compoñham, desde que observados os requisitos de representatividade adequada. As associações alcançaram, assim, legitimidade para

movê-la em ação civil pública ou coletiva, tanto seus associados como seus membros. Entretanto, para que as associações possam propor ações civis públicas ou coletivas, não se lhes exige tenham sido reconhecidas como *organizações sociais* ou *organizações da sociedade civil de interesse público*, pois esse reconhecimento só importa para os efeitos das leis ns. 9.637/98 e 9.790/99, e não para fins de legitimação ao processo coletivo.<sup>59</sup>

A Constituição de 1988 assevera que "as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente" (art. 5º, XXI). Como a Lei 9.637/98 estabelece em *representar*, entendem alguns que aí se cuida apenas de representação em sentido estrito, enquanto no mandado de segurança coletivo, *representar*, sim, é que teríamos verdadeira *substituição processual* (art. 5º, XXX, b).<sup>60</sup> A distinção, porém, soa artificial, pois a representação é elemento de legitimação ordinária, que decorre naturalmente do mandado, ao contrário da substituição processual, que é extraordinária e só pode ser conferida por lei — e desta garantia pretendeu cuidar a Constituição em ambos os dispositivos.

De qualquer forma, coube à legislação infraconstitucional estabelecer as vias para que a defesa coletiva pudesse ser empreendida,<sup>61</sup> e o Código Civil dar o conceito de associação. Para ele, *constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos*.<sup>62</sup> A associação distingue-se da sociedade, pois nesta as pessoas reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados (CC, art. 981). "Sob o sistema do CC, as sociedades podem ser *empresárias* (que supõem uma atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de serviços, e que devem ser registradas na Junta Comercial), e *simples* (próprias de profissionais liberais que trabalham em conjunto, bem como de outros que exercem profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, e cujo registro é feito nos Cartórios de Registro Civil das Pessoas Jurídicas)."<sup>63</sup>

Enquanto pessoas jurídicas de direito privado voltadas a finalidades culturais, sociais, caritativas, religiosas etc., as associações são as mais diversificadas, como as entidades de classe, os grêmios estudantis, as entidades literárias, as associações de bairro etc. Nos limites de seus

59. Em 1998, foi ajuizada no STF a ADIn n. 1.923-DF, contra diversos dispositivos da Lei n. 9.637/98, ainda não julgada.

60. RE n. 364.051-SP, 1ª T. STF, j. 17-08-04, v.u., *Informativo STF*, 357.

61. LACP, art. 5º, e CDC, art. 82, IV.

62. CC, art. 53. A associação distingue-se da sociedade, pois nesta as pessoas reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados (CC, art. 981).

63. Hugo Nigro Mazzilli e Wander Garcia, *Anotações ao Código Civil*, p. 278, notas ao art. 982, ed. Saraiva, 2005.

57. LACP, art. 5º, I e II, na sua redação original.

58. CDC, art. 82, IV.



ins estatutários, têm, pois, legitimidade para defender em ação coletiva seus associados. Exemplificativamente, a jurisprudência tem admitido com acerto, a legitimidade ativa para a ação civil pública ou coletiva *a)* dos centros acadêmicos para defender os estudantes em matéria de interesses individuais homogêneos;<sup>64 b) das associações de moradores de bairro para defender o meio ambiente;<sup>65 c) das associações de funcionários para obter benefícios coletivos;<sup>66 d) dos sindicatos de função de direito afeto à categoria que representam.<sup>67</sup></sup></sup></sup>

Segundo o inc. XI do art. 5º da Constituição, é necessária a autorização dos associados para que a entidade associativa os defenda, mas essa autorização poderá decorrer não só de assembleia geral, como também de seus estatutos, ou mesmo de deliberação da diretoria, se o permitirem seus atos constitutivos.<sup>68</sup>

O art. 82, IV, do CDC, dispõe que as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esse Código podem ajuizar a ação coletiva, dispensada, porém, a autorização de assembleia geral.

Por que o CDC dispensou a autorização de assembleia? Porque se a associação incluir entre seus fins institucionais a defesa dos direitos e interesses dos consumidores, já terá havido a bastante autorização estatutária.

Da mesma forma, se uma entidade associativa de classe estiver votada estatutariamente à defesa de interesses judiciais e extrajudiciais dos associados, dispensar-se-á autorização específica destes últimos.

64. REsp n. 1.189.273-SC, 4ª T. STJ, j. 1º-03-11, v.u., rel. Min. Luís Felipe S. Lomão, DJe, 04-03-11.

65. REsp n. 332.879-SP, 2ª T. STJ, v.u., rel. Min. Eliana Calmon, DJU, 10-03-03, p. 150; REsp n. 876.931-RJ, 2ª T. STJ, j. 10-08-10, v.u., rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe, 10-09-10.

66. EDecI no REsp n. 949.494-RJ, 1ª T. STJ, j. 27-04-10, v.u., rel. Min. Luiz Fux, DJe, 10-05-10.

67. REsp n. 1.181.410-RJ, 2ª T. STJ, j. 20-04-10, v.u., rel. Min. Herman Benjamin, DJe, 19-05-10. A propósito da legitimação dos sindicatos, *vide*, mais especificamente, o tópico 3, c, neste Cap.

68. O STJ entendeu que, nesses casos, dispensam-se formalidades, como a prova de que os associados tenham conferido autorização expressa ou a evidência de que tenham aprovado o ajuizamento da ação em assembleia (REsp n. 805.277-RS, 3ª T. STJ, j. 23-09-08, m.v., rel. Min. Nancy Andrighi, *Informativo STJ*, 369). No RE n. 573.232-SC, ainda não julgado, em 15-05-08 o STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão que discute a necessidade de autorização expressa dos associados para o ajuizamento da ação coletiva.

69. No mesmo sentido, dispõe a Súm. n. 629 do STF que a impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes.

do ajuizamento ao mandado de segurança coletivo, a organização sindical, a comunidade de classe ou a associação devem estar legalmente constituída e, em funcionamento há, pelo menos, um ano, e só podem agir em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus associados ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que persegua as suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Cabe aqui levantar outra questão. Suponhamos que uma associação civil decida em assembleia, por maioria, a ajuizar uma ação coletiva em proveito de um interesse transindividual de seus associados. eventual procedência do pedido só será aproveitável, *in utilibus*, pelos seus associados que tenham autorizado expressamente o ajuizamento, e o proveito obtido se estenderá a todos os associados?

Com acerto, o plenário do Supremo Tribunal Federal, acompanhando voto do Min. Sepúlveda Perence, entendeu que, nas ações coletivas públicas ou coletivas, a entidade de classe está legitimada a defender todos seus associados, e não apenas aqueles que deram autorização expressa em assembleia geral ou por autorização específica nos estatutos para que se efetuasse a defesa coletiva.<sup>71</sup> Afinal, nas ações civis públicas, verifica-se a figura da *substituição processual*, por meio de legitimação extraordinária; dessa forma, diversamente do que ocorreria na mera *representação*, as associações e sindicatos substituem todo o grupo de lesados, e não somente aqueles que lhes deram autorização para agir.<sup>72</sup>

Pode uma associação defender interesses transindividuais que não sejam de seus próprios associados?

Em tese, a resposta também é positiva,<sup>73</sup> havendo mesmo precedente unânime do Plenário do STF a admitir que os benefícios do *declassamento* no processo coletivo se estendam a associados admitidos de fora do ajuizamento da ação.<sup>74</sup>

Quando uma associação defende interesses *difusos* ou *coletivos*, reconhece-se facilmente possa buscar proveito em favor de todo o grupo lesado, e até de quem dela não seja associado. Isso é inevitável, dado o caráter indivisível dos interesses difusos e coletivos. Assim, se uma associação de defesa do meio ambiente ou do consumidor ajuizar

70. Lei n. 12.016/09, art. 21.

71. AO n. 152-8-RS, STF Pleno, j. 15-09-99, m.v., vencido o rel. Min. Carlos Velloso, DJe, 03-03-00, p. 19, *Informativo STF*, 180.

72. RE n. 182.543-SP, 2ª T. STF, j. 29-11-94, v.u., rel. Min. Carlos Velloso, DJU, 11-04-95, p. 8.900.

73. Nesse sentido, AgRÉsp n. 651.038-PR, 3ª T. STJ, j. 03-08-04, v.u., rel. Min. Nancy Andrighi, DJU, 23-08-04, p. 237.

74. EDecI em AgRg na SL 16-1-SP, STF Pleno, j. 29-11-07, v.u., rel. Min. Marco Aurélio, DJU, 1º-02-08, p. 148.

ação civil pública ou coletiva para zelar pela qualidade do ar que respiramos, ou para combater propaganda enganosa divulgada pela televisão, a eventual procedência beneficiará não apenas seus associados (interesses difusos). Da mesma forma, se uma associação de defesa dos moradores de um bairro pretende impedir o lançamento de poluição na represa que abastece de água potável não só o próprio bairro, mas toda a cidade, a procedência beneficiará associados e não associados (interesses difusos). E, mesmo quando ajuíze ação coletiva para anulação em contrato de adesão, pode estar a beneficiar outras pessoas que se encontram na mesma condição (interesses coletivos).

Mas, quando uma associação civil ajuíze uma ação de indenização letiva para a defesa de *interesses individuais homogêneos*, a discussão é maior: o proveito a ser obtido só se limitaria a seus associados?

O art. 103, III, do CDC, dispõe que, em matéria de interesses individuais homogêneos, a procedência será *erga omnes*, para beneficiar *todas as vítimas e seus sucessores*. Como as associações civis públicas estão em pé de igualdade com os demais legitimados civis para a defesa de interesses transindividuais, nada impede que o pedido seja feito em nome da associação para que os associados sejam beneficiados. Fazem benefício também pessoas que delas não são associadas. O que importa é que tenham pré-constituição temporal mínima e finalidade institucional compatível com a defesa do interesse pretendido.

Nessa linha, corretamente o STJ já reconheceu que as associações de moradores de bairros podem ajuizar ações de natureza coletiva em proveito de grupos maiores que apenas seus próprios associados, já tem ainda admitido a legitimidade de associações civis para pleitear em juízo em favor de todos quantos se encontrem na situação alcançada por seus fins, ainda que dela não sejam associados.<sup>76</sup> Entretanto, para os fins do mandado de segurança coletivo, a organização sindical a entidade de classe ou a associação só podem agir em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados.<sup>77</sup>

Diz a letra b do inc. V do art. 5º da LACP que a associação será admitida à propositura da ação civil pública caso "inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico

científico, histórico, turístico e paisagístico".<sup>78</sup> Naturalmente, esse rol não é exclusivo, à vista da interpretação sistemática da lei, que admite a possibilidade da ação civil pública para a defesa de quaisquer interesses individuais e coletivos (art. 1º, IV), e não apenas daqueles mencionados na letra b do inc. V do art. 5º.<sup>79</sup>

Assim, a questão incomum, que já compareceu, entretanto, nos foros, é a de saber se uma associação civil pode defender em juízo interesses de um grupo de associados, quando esses interesses contrariam os de um grupo de associados. O STJ recusou-lhe a possibilidade, por entender que, assim fazendo, a associação estaria contrariando em parte a finalidade institucional.<sup>80</sup>

Pode a associação civil gozar dos benefícios da assistência judiciária gratuita, para ajuizar uma ação civil pública ou coletiva?

A LACP apenas as dispensa de antecipação de despesas processuais. Contudo, são mais amplos os benefícios da assistência judiciária, que incluem a dispensa de honorários de advogado.<sup>81</sup>

Tratando-se de associação que não disponha de recursos para pagar as despesas do processo, ainda mais porque sem fins lucrativos, a jurisprudência tem admitido a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita em seu favor.<sup>82</sup>

É uma associação de associações? Poderá ajuizar uma ação civil pública ou coletiva?

O papel da associação de associações já vinha sendo bastante discutido no tocante ao ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade. Numa dessas ocasiões, ficou bem evidenciado ser uma visão equivocada supor que esse tipo de associação só devesse defender os interesses das suas associadas, isto é, das associações que congrega. Como bem percebeu o Min. Sepúlveda Pertence, "O paralogismo é patente. A entidade é de classe, da classe reunida nas associações estaduais que são filiadas. O seu objetivo é a defesa da mesma categoria social. E a falta de uma determinada categoria se reunir, por mimetismo com a organização federativa do País, em associações correspondentes a cada estado, e essas associações se reunirem para, por meio de uma entidade nacional, perseguir o mesmo objetivo institucional de defesa de classe, a meu ver, não descaracteriza a entidade de grau superior como

75. REsp n. 31.150-SP, 2ª T. STJ, j. 20-05-96, v.u., rel. Min. Ari Pargendler, DJU, 10-06-96, p. 20.304.

76. Nesse sentido, v. REsp n. 157.713-RS, 3ª T. STJ, j. 06-06-00, v.u., rel. Min. Eduardo Ribeiro, RT, 784:188; REsp n. 302.192-RJ, 4ª T. STJ, j. 10-04-01, v.u., rel. Min. Rosado de Aguiar, DJU, 25-06-01; REsp n. 132.724-RS, 3ª T. STJ, j. 15-12-00, v.u., rel. Min. Ari Pargendler, DJU, 19-04-01, p. 162; REsp n. 72.994-SP, 3ª T. STJ, j. 19-04-01, m.v., rel. Min. Menezes Direito, RSJ, 152:291; REsp n. 132.502-RS, 4ª T. STJ, j. 26-08-03, v.u., rel. Min. Barros Monteiro, DJU, 10-11-03, p. 193.

77. Lei n. 12.016/09, art. 21.

78. Com a redação da Lei n. 11.448/07.

79. Em sentido contrário, v. José dos Santos Carvalho Filho, *Ação civil pública*, 6ª ed., p. 135-136, Lumen Juris, 2001.

80. RMS n. 15.311-PR, 2ª T. STJ, j. 20-03-03, v.u., rel. Min. Eliana Calmon, DJU, 11-01-03, p. 205.

81. Lei n. 1.060, art. 3º.

82. REsp n. 388.045-RS, CESP STJ, j. 1º-08-03, v.u., rel. Min. Gilson Dipp, DJU, 22-09-03, p. 252; REsp n. 431.239-MG, 4ª T. STJ, j. 03-10-02, v.u., rel. Min. Barros Monteiro, DJU, 16-12-02, p. 344.



des associativas em ações individuais, por meio de representação mas *interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos* podem ser defendidos pelo sindicato ou associações, em ações de caráter coletivo, por meio de substituição processual.<sup>98</sup> Assim, p. ex., o sindicato pode propor ação coletiva para questionar relação jurídica ilegal, de interesse da categoria por ele abrangida; a eventual procedência do pedido beneficiará toda a categoria, e não apenas os sindicalizados.

É verdade que o inc. V da Súm. n. 310 do TST chegara a dispor que: "Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade."<sup>99</sup>

Tratava-se, porém, de exigência descabida, tanto que a Súm. n. 310 foi revogada, embora com tardança.<sup>100</sup> Propondo ação de índole coletiva, o sindicato age como substituto processual e não como representante da categoria, de forma que, para ajuizar ação civil pública ou coletiva, não precisa exibir autorização específica de seus sindicalizados para comparecimento em juízo.<sup>101</sup> A legitimidade das organizações sindicais, entidades de classe ou associações para a ação coletiva é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual; assim não se exige autorização expressa para que elas compareçam em juízo, o que só seria exigível nos casos de representação.<sup>102</sup>

97. Nesse sentido, AgRE n. 225.965-DF, 2ª T. STF, j. 25-12-98, v.u., rel. Min. Carlos Velloso, DJU, 05-03-99, p. 14; REsp n. 281.434-SP, 6ª T. STJ, j. 02-04-02, v.u., rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU, 29-04-02, p. 328.

98. Apesar da redação mais restritiva da Súm. n. 310 do TST, a legitimação dos sindicatos não é menor do que a das demais entidades associativas. Nesse sentido, v. RE n. 211.872, *Informativo STF*, 98; REsp n. 567.257-RS, 5ª T. STJ, j. 06-11-03, v.u., rel. Min. Félix Fischer, DJU, 15-12-03, p. 394.

99. A Súm. n. 310 do TST não esgotava, porém, as possibilidades de substituição processual do grupo pelo sindicato (RR n. 499.215-98, TST, j. 2002, *Newsletter Síntese*, 586).

100. ERR n. 175.894-95, TST Pleno, j. 25-09-03, m.v.

101. Nesse sentido, v. MS n. 22.132-RJ, STF Pleno, j. 21-08-96, v.u., rel. Min. Carlos Velloso, DJU, 18-11-96, p. 39.848; RE n. 181.438-SP, STF Pleno, j. 28-06-96, v.u., rel. Min. Carlos Velloso, DJU, 20-09-96, p. 35.547; RE n. 210.029-RS, STF Pleno, j. 12-06-06, m.v., rel. Min. Carlos Velloso, DJe, 17-08-07, MS n. 7.319-DF, 3ª Sec. STJ, j. 28-11-01, v.u., rel. Min. Vicente Leal, DJU, 18-03-02, p. 168; REsp n. 295.875-MT, 5ª T. STJ, j. 15-02-01, v.u., rel. Min. Edson Vidigal, DJU, 26-03-01, p. 467; REsp n. 233.802-DF, 5ª T. STJ, j. 18-11-99, v.u., rel. Min. Gilson Dipp, DJU, 06-12-99, p. 125; MS n. 4.146-DF, 3ª Sec. STJ, j. 25-03-98, v.u., rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU, 20-04-98, p. 14.

102. Lei n. 12.016/09, art. 21. A Súm. n. 629 do STF dispõe que entidade de classe pode impetrar mandado de segurança coletivo em favor de seus associados, independentemente da autorização destes. No mesmo sentido: RE n. 182.543-SP, 2ª T.

Em sentido contrário, havia decidido o Superior Tribunal de Justiça, exigindo a apresentação da ata da assembleia do sindicato que autorizava o ajuizamento da ação e a relação nominal dos sindicalizados, por meio de substituição processual.<sup>103</sup> Assim, p. ex., o sindicato pode propor ação coletiva para questionar relação jurídica ilegal, de interesse da categoria por ele abrangida; a eventual procedência do pedido beneficiará toda a categoria, e não apenas os sindicalizados.

Na defesa de interesses transindividuais indivisíveis, absurdo seria o de que os sindicatos ou as associações tivessem de individualizar todos os substituídos na petição inicial, como queria o inc. V da Súm. n. 310 do TST, ou ainda o que o art. 2º-A da Lei n. 9.494/97, com a redação que lhe deu o art. 4º da Med. Prov. n. 2.180-35/01...

O sindicato está, portanto, legitimado à defesa judicial de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos integrantes da categoria, pouco importa estejam eles sindicalizados ou não.<sup>104</sup> Na defesa de interesses individuais homogêneos ou coletivos, eventual procedência do pedido formulado na ação civil pública ou coletiva a todos beneficiará, mas a improcedência só prejudicará aqueles que tiverem intervindo no feito como litisconsortes.<sup>105</sup> Já na defesa de interesses difusos do grupo, a improcedência por falta de provas não impede o ajuizamento de outra ação civil pública ou coletiva, desde que a nova ação esteja fundada em nova prova; entretanto, se transitar em julgado a sentença de improcedência fundada em motivo outro que não a falta de provas, não se admitirá o ajuizamento de outra ação civil pública ou coletiva com o mesmo objeto. Mas a improcedência das ações civis públicas ou coletivas não será óbice à eventual proposição de ações individuais.<sup>106</sup>

103. J. 29-11-94, v.u., rel. Min. Carlos Velloso, DJU, 07-04-95, p. 8.900; REsp n. 547.690-RS, 5ª T. STJ, j. 04-05-04, v.u., rel. Min. Jorge Scartezini, DJU, 28-06-04 p. 396.

104. MS n. 6.318-DF, 3ª Sec. STJ, j. 25-08-99, v.u., rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU, 13-09-99, p. 40 (julgamento originário); RMS n. 23.566-DF, 1ª T. STF, j. 19-02-01, v.u., rel. Min. Moreira Alves, DJU, 12-04-02, p. 67 (cassação do julgamento); MS n. 6.318-DF, 3ª Sec. STJ, j. 13-11-02, v.u., rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU, 02-12-02, p. 128 (julgamento final).

105. RE n. 193.503-SP, STF Pleno, j. 12-06-06, m.v., rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe, 24-08-07. Entretanto, se há conflito de interesses entre seus sindicalizados, o sindicato não pode defender uma parte da categoria em detrimento da outra (RMS n. 23.868-RS, 6ª T. STJ, j. 17-08-10, v.u., rel. Min. Maria Thereza de Moura, DJe, 30-08-10).

106. *Recitus*, assistentes litisconsorciais. Cf. CDC, art. 103, III, e § 2º, e LACP, art. 21. Sobre a imutabilidade da sentença dentro do grupo, v. Cap. 37.

106. LACP, art. 16; CDC, art. 103, I.



A legitimação dos sindicatos para o processo coletivo alcança, em tese, não só o processo de conhecimento como o de execução, nas mesmas condições que o poderia fazer qualquer associação civil. Observe-se que os sindicatos agem na qualidade de substitutos processuais na fase de liquidação e execução de sentença coletiva *lato sensu*, como não se trata de representação, não necessitam de autorização de seus substituídos.<sup>107</sup>

As ações civis públicas ou coletivas não induzem litispendência em relação às ações individuais, mas os efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* da coisa julgada só beneficiarão os autores de ações individuais que tenham requerido sua suspensão no prazo de trinta dias, contados da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.<sup>108</sup>

Em tese, o sindicato pode defender interesses transindividuais não só em matérias diretamente ligadas à própria relação trabalhista, mas também em questões relativas ao meio ambiente do trabalho ou a condição de consumidores de seus associados, ou ainda em outras hipóteses de interesse da classe, grupo ou categoria, desde que haja autorização dos estatutos ou de assembleia (não se exige autorização de cada substituído processual).

Nesse sentido, ao apreciar mandado de segurança coletivo impetrado por sindicato, o Plenário do STF entendeu, por unanimidade, que o objeto da ação coletiva deve consistir num direito dos associados, o qual, ainda que não guarde vínculo com os fins próprios da entidade sindical e ainda que não se trate de direito peculiar ou próprio da classe, ao menos deve estar compreendido nas atividades exercidas pelos associados.<sup>109</sup> Embora essa decisão tenha sido proferida antes da vigência da Lei n. 12.016/09 (LMS), ainda serve de precedente. Com efeito, o art. 21 dessa lei admite que o sindicato proceda à defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Como já adiantamos, o prazo de pré-constituição de um ano, que se exige das associações civis, analogicamente também se deve exigir dos sindicatos, para que possam ajuizar ações civis públicas ou coletivas. Esse prazo, entretanto, pode ser dispensado pelo juiz, quan-

do há manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou características do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.<sup>110</sup>

As demais considerações sobre o art. 2º-A da Lei n. 9.494/97 e a substituição processual do grupo lesado pelas respectivas entidades substitutivas — limitações introduzidas pela Med. Prov. n. 2.180-35/01 —, são tratados neste Capítulo, no tópico imediatamente anterior.

Quando o sindicato defende em juízo seus associados, pode cobrar honorários de seus membros?

Se o sindicato estiver agindo por representação de seus sindicalizados, em tese ele o poderá fazer. Mas, se por meio de substituição processual ele estiver movendo ação civil pública, ação coletiva ou mandado de segurança coletivo, em benefício de um grupo de sindicalizados e não sindicalizados, não poderá reter, de mão própria, honorários dos integrantes da categoria.<sup>112</sup>

Cabe uma derradeira questão: e a central sindical? Pode propor ação civil pública ou coletiva?

O art. 1º da Lei n. 11.648/08 assim define o objeto da central sindical, como entidade de representação geral dos trabalhadores: *a)* coordenar a representação dos trabalhadores por meio das organizações sindicais a ela filiadas; *b)* participar de negociações em fóruns, mediados de órgãos públicos e demais espaços de diálogo social que possuam composição tripartite, nos quais estejam em discussão assuntos de interesse geral dos trabalhadores.

Apesar de a Lei n. 11.648/08 nada falar a respeito da propositura de ações de índole coletiva pela central sindical, isso não nos parece que seja vedado, graças à sua natureza de associação civil.<sup>113</sup> Cabe aqui analogia com as associações de associações, cuja legitimidade ativa para o processo coletivo nós também defendemos.

#### d) Legitimação das fundações privadas

Examinemos, enfim, a questão da legitimação das fundações privadas para as ações civis públicas ou coletivas.

Como sabemos, o art. 5º, IV, da LACP admitiu a legitimação ativa da fundação, na defesa de interesses transindividuais, concorrente-

107. Essa a conclusão do Plenário do STF, após grande controvérsia no julgamento do RE n. 193.579-SP, j. 12-06-06, m.v., *Informativo STF*, 431. No mesmo sentido, EREsp n. 760.840-RS, CESP STJ, j. 04-12-09, v.u., rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe*, 14-12-09.

108. RE n. 193.503-SP, STF Pleno, j. 12-06-06, v.u., rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe*, 24-08-07; EREsp n. 1.082.891-RN, CESP STJ, j. 06-05-09, v.u., rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJe*, 21-05-09.

109. CDC, arts. 94 e 104, e LACP, art. 21. Sobre a referida ciência nos autos, v. Cap. 12, n. 5.

110. MS n. 22.132-RJ, STF Pleno, j. 21-08-96, v.u., rel. Min. Carlos Velloso, *DJUL*, 18-11-96, p. 39.848; RE n. 181.438-SP, STF Pleno, j. 28-06-96, rel. Min. Carlos Velloso.

111. CDC, art. 82, IV, e § 1º. No mesmo sentido, v. Francisco Antônio de Oliveira, Ação civil pública: instrumento de cidadania, *Coletânea doutrinária*, Plenum, 1999.

112. REsp n. 931.036-RS, 3ª T. STJ, j. 24-11-09, v.u., rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe*, 02-12-09.

113. O parágrafo único do art. 1º da Lei n. 11.648/08 considera a central sindical como entidade associativa de direito privado.

mente com outros coletivados ativos. A lei não particularizou, quando de esclarecer se se referia à fundação pública ou privada.

À primeira vista, pode parecer que quis apenas alcançar a fundação pública, pois que, nesse inciso, a menção ao gênero foi emendada com a referência aos entes estatais (autarquia, empresa pública, fundação e sociedade de economia mista); só em outro inciso é que a lei mencionou a *associação*. Por essa razão, alguns autores entendem que a lei só conferiu legitimidade ativa para fundações públicas, na defesa de interesses transindividuais.<sup>114</sup>

Entretanto, como a lei não distinguiu, e como as fundações podem ter objeto compatível com a defesa de interesses transindividuais lesados, reconhecer-lhes legitimidade para agir é a solução que melhor atinge os fins sociais a que se destina o comando legal.<sup>115</sup>

Peca por provar demais o argumento de que as fundações *privadas* estariam proibidas de ajuizar o processo coletivo, apenas porque não foram mencionadas por expresse no rol dos legitimados ativos das ações civis públicas e coletivas. Ora, também as fundações *públicas* não foram mencionadas expressamente no mesmo texto legal. E a objeção de que as fundações vêm referidas pela lei em meio a entes estatais não nos parece argumento suficiente, pois que o art. 5º não se limita a relacionar entes públicos, mas também inclui entes privados entre os legitimados ativos à ação civil pública — como é o caso das associações.

Também não nos socorreria a consulta ao CDC na matéria. Este não faz alusão nominal às fundações e sim apenas aos entes públicos e associações civis (art. 82). De qualquer forma, se entendermos que as fundações privadas estão abrangidas pelo art. 5º da LACP, *ipso facto* também estarão legitimadas a defender quaisquer interesses transindividuais, inclusive e até mesmo aqueles ligados ao consumidor, em vista das normas de integração entre a LACP e o CDC.<sup>116</sup>

Na verdade, a LACP só mencionou a legitimidade da *fundação tout court*. Dessa forma, entendemos que ao aplicador da lei não cabe distinguir onde a lei não o fez, mormente porque, no caso, a interpretação mais liberal concorre para propiciar mais amplo acesso ao Judiciário e melhor tutela aos interesses transindividuais.

Assim, posto as fundações privadas não venham referidas expressamente entre os legitimados às ações civis públicas ou coletivas, encontram-se abrangidas pelo art. 5º, IV, da LACP, que admite a legiti-

114. Nesse sentido, v. José dos Santos Carvalho Filho, *Ação civil pública*, notas ao art. 5º, p. 84; Ricardo Pieri Nunes, *Manual de princípios institucionais do Ministério Público*, p. 157, Espaço Jurídico, 2001.

115. Nesse sentido, Nelson e Rosa Nery, *Constituição Federal comentada*, cit., nota ao art. 5º da LACP.

116. CDC, art. 90, e LACP, art. 21.

legitimidade ativa das fundações para as ações civis públicas, sem distinção entre as fundações públicas e privadas.

### A legitimção ativa do Ministério Público<sup>117</sup>

Quando dos primeiros passos dados em nosso país no sentido de assegurar a tutela judicial dos interesses transindividuais, em doutrina chegou-se a duvidar da oportunidade de conferir legitimidade ao Ministério Público nessa matéria.<sup>118</sup> O acompanhamento direto da atuação legislativa na época e o estudo dos comentários dos autores do primeiro anteprojeto levaram-nos a conhecer as razões desse posicionamento que, visto com olhos de hoje, parece ainda mais surpreendente do que já o era em meados da década de 1980.<sup>119</sup>

Na verdade, essa visão estreita do papel do Ministério Público vinculou-se da grande e natural influência que teve entre nós o pensamento precursor de Mauro Cappelletti, que também foi, inicialmente, insusceptível à legitimção ativa do Ministério Público na área cível para defesa de interesses transindividuais.<sup>120</sup>

Retomando a análise da questão, que já tinha sido encetada por Adolfo Pellegrini Grinover,<sup>121</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso sumariou as razões desfavoráveis à legitimção ativa do Ministério Público: "De início, a posição doutrinária revelou-se restritiva. Basicamente soem ser atribuídos estes pontos críticos: a) o Ministério Público é uma instituição naturalmente voltada à persecução de delitos *tradicionais*, comuns, mostrando pouca vocação persecutória quando se trata de delitos de natureza econômica ou *coletiva*; b) o Ministério Público estrutural e funcionalmente está demasiadamente conexo ou subjacente à estrutura do poder estatal, para que dele se pudesse esperar a necessária autonomia e a combatividade desejável, quando se trate de tutela dos interesses supraindividuais; c) ao Ministério Público falta aparelhamento e infraestrutura indispensáveis à tutela desses interesses *especiais*."<sup>122</sup>

117. Sobre a atuação do Ministério Público para a defesa de interesses transindividuais, v. Cap. 4, n. 15.

118. V. Cap. 5, n. 2.

119. A propósito de uma crítica ao projeto originário de lei de ação civil pública, de Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Edis Millaré e Nelson Nery Júnior, *Ação civil pública*, cit., p. 65 e s.

120. *Le rôle du Ministère Public, de la prokuratura et de l'atorney general dans la procédure civile. Public interest, parties and the active role of the judge in civil litigation*, Milão, Giuffrè, e Nova York, Dobbs Ferry, 1975.

121. A tutela jurisdiccional dos interesses difusos no sistema brasileiro, em *A tutela dos interesses difusos*, cit., p. 177, 1981. Ainda sobre a matéria, v. o Cap. 5, n. 2.

122. *Interesses difusos — conceito e legitimção para agir*, cit., p. 219.

Assim, foi mesmo verdade que, quando da sanção da lei pioneira — a Lei n. 7.347/85 —, nem toda a classe jurídica defendia a legitimção ativa do Ministério Público na investigação dos danos a interesses transindividuais ou na proposição de ações a eles relacionadas. Parte da doutrina, influenciada pela acanhada tradição cível do Ministério Público europeu, especialmente o italiano, entendia não ter a instituição o perfil adequado para assumir essas novas atribuições.

Esse foi o motivo pelo qual, na época, foi trazido à colação com insistência, o entendimento de Mauro Cappelletti, para sustentar-se uma suposta falta de adequação psicológica do Ministério Público para tal mister (porque é muito similar ao juiz, porque naturalmente está inclinado a não agir na área cível, e porque tem formação predominantemente penal).<sup>123</sup> por essas razões, poderia não se tornar um dinâmico paladino de interesses cíveis de grupos, de classes ou da comunidade, em matéria de questões econômicas, religiosas, raciais ou quaisquer outras.

Ora, essa inadequação psicológica, se é que possa ter existido, seria mais própria do Ministério Público europeu, especialmente o italiano, e certamente isso é que influenciou as críticas de Mauro Cappelletti. Com efeito, o Ministério Público italiano não é uma carreira autônoma, e sim um ramo da Magistratura, podendo seus membros exercer, alternada ou sucessivamente, funções de juizes ou membros do *parquet*, conforme necessário. Além disso, se naquele tempo, na Itália, contavam-se nos dedos as pouquíssimas ações civis públicas movidas pelo Ministério Público, no Brasil a instituição ministerial já tinha uma larga tradição na defesa judicial de trabalhadores, incapazes, acidentados do trabalho, não só com funções interventivas como ativas, e, há várias décadas, já contava com promotorias cíveis especializadas.

Restava evidente que tais críticas eram totalmente inadequadas para o Ministério Público brasileiro, ainda que pudessem ser aceitáveis para o Ministério Público italiano, de modesta atuação no processo civil.<sup>124</sup> Assim, o próprio Cappelletti, quando entre nós instado a pronunciarem-se sobre essa questão, deixou claro que suas restrições se referiam ao Ministério Público de países europeus, "todavia, um Ministério Público sem o caráter de independência e de separação da magistratura, peculiar ao Ministério Público brasileiro".<sup>125</sup> Apesar de suas candidatas e generalizadas críticas ao Ministério Público, o jurista peninsular poupou, ou melhor, até mesmo elogiou o Ministério Público brasileiro: "Não vou falar deste País, porque verdadeiramente uma das coisas mais

representantes constatadas nesta minha visita é a característica única do Ministério Público brasileiro — normalmente, em todos os demais países que conheço, França, Alemanha, Itália etc., o Ministério Público não tem a ser um organismo burocratizado e portanto muito lento, sem capacidade para assumir outra e grave atribuição, sobretudo no âmbito penal (*sic*), como é essa dos novos conflitos mencionados, no âmbito econômico e social."<sup>126</sup>

No tempo em que Cappelletti fizera esses comentários, de fato o Ministério Público italiano atuava em ínfima porcentagem de ações civis, e ao longo de um ano propunha em todo o país quantidade de ações que se contavam apenas até a dezena.<sup>127</sup>

Diversamente no Brasil, porém, hoje a Constituição e as leis permitem a intervenção do Ministério Público como essencial à prestação jurisdicional do Estado, e lhe conferem a defesa do regime democrático e a tutela de direitos indisponíveis do indivíduo e da coletividade, bem como do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Seu mister desenvolve-se tanto na esfera extrajudicial como na judicial, chegando a propor, num só ano, ações na Capital paulista, milhares de ações civis públicas.<sup>128</sup>

E, como resposta prática àquela objeção feita, nestes anos totais de vigência da LACP e do CDC, a realidade forense encarregou-se de demonstrar o grande proveito social que adveio quando, a par de outros legitimados, também se cometeu ao Ministério Público a iniciativa da ação civil pública em defesa de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, porque, dos milhares de ações já movidas, a grande maioria o tem sido por iniciativa ministerial.<sup>129</sup>

Quanto ao outro argumento que se chegara a sustentar contra a iniciativa ministerial na área da defesa judicial de interesses transindividuais — o da ligação do Ministério Público com o Poder Executivo — algumas considerações há a registrar.

Pelas características socioculturais de nosso país, é desejável um distanciamento do Ministério Público cada vez maior em face do Poder Executivo, para que se obtenha efetiva autonomia funcional da instituição. Mas a proximidade entre Ministério Público e governo, ainda que em grande parte persista, não pode ser considerada de for-

126. *Id. ib.*

127. Cf. Camargo Ferraz *et al.*, *Ação civil pública*, cit., p. 65-66.

128. Cf. Camargo Ferraz *et al.*, *ibidem*.

129. Embora dentro de universo limitado (apenas no foro central da Comarca do Rio de Janeiro), levantamento inicial de 1987 a 1996 demonstrou que mais de 60% das ações civis públicas tinham sido movidas pelo Ministério Público (*Acesso à Justiça — Atos e atos especiais cíveis e ação civil pública*, de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, p. 185, Lousense, 1999). No Estado de São Paulo, dados de 2009 são mais significativos: 88,87% das ações civis públicas em andamento foram propostas pelo Ministério Público. A propósito, *u.* ainda a nota de rodapé n. 138, na p. 353.

375. 123. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile, cit., p.

124. Cf. Vincenzo Vigoriti, *Il pubblico ministero nel processo civile italiano*, em *Rivista di Diritto Processuale*, 1974, p. 296.

125. Conferências, *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 1, n. 18, p. 17 e 20.

ma absoluta. Ressalvadas as máculas da instituição, especialmente as correntes da ligação que pode haver entre o procurador-geral de Justiça ou o procurador-geral da República e os governantes, até mesmo pelo nada saudável processo político de investidura daqueles, a Constituição confere hoje elevado status ao Ministério Público, e suas funções têm concorrido para assegurar maior independência no exercício de suas atribuições.<sup>130</sup>

Não se pode negar que o processo de escolha do procurador-geral da República ou dos procuradores-gerais de Justiça dos Estados (procedida pelo próprio administrador), e a periódica asfixia orçamentária e remuneratória da instituição têm subjugado o Ministério Público, estreitamente ligados aos interesses dos administradores (especialmente na área da suposta defesa do patrimônio público, quando o dano ao patrimônio público é causado pelos próprios governantes que os escolheram...). Os procuradores-gerais nem sempre promovem atuação firme ou politicamente isenta. Aliás, em boa hora o constituinte federal tirou das mãos dos procuradores-gerais de Justiça a iniciativa da ação penal contra os governadores,<sup>131</sup> porque, enquanto continuarem a ser nomeados por estes, serão os menos indicados para tomarem providências penais ou mesmo civis em face do governo e dos governantes que os escolheram.

Em que pesem esses percalços que ainda não estão vencidos, a verdade é que, enquanto instituição, porém, a atuação do Ministério Público da União e dos Estados gradativamente tem sido mais efetiva porque os procuradores da República, os promotores e procuradores exercem suas funções com maior desassombro e independência que o próprio procurador-geral da respectiva instituição.

Embora, sob o aspecto substancial, as funções do Ministério Público tenham natureza administrativa, a instituição recebeu status constitucional próprio, sem se ater à rígida divisão tripartite de Poderes atribuída a Montesquieu. Na verdade, porém, pouca ou nenhuma importância teria colocar-se o Ministério Público dentro de qualquer Poder do Estado, ou até utopicamente erigi-lo a um quarto Poder,<sup>132</sup> a fim de que, só por isso, se pretendesse conferir-lhe independência. Esta não decorrerá basicamente da colocação do Ministério Público neste ou naquele Título ou Capítulo da Constituição, mas primordialmente dependerá das garantias e instrumentos de atuação conferidos à

instituição, ou seja, a seus membros, e, sobretudo, do estofo funcional e moral dos seus integrantes, isto é, será consequência direta da maneira pela qual a instituição e seus agentes se desincumbem de suas obrigações.

Uma das principais garantias, negada, porém, ao Ministério Público, como de resto também à Magistratura, é a da atualização real de seus membros, pois num País onde, salvo raras calmarias ocasionais, há falta de controle orçamentário e financeiro, e às vezes por décadas a ausência ao loge do controle, o Poder Executivo literalmente pode subjugá-lo pelo orçamento e pelos vencimentos essas instituições.

De qualquer maneira, porém, a solução que nos parece a mais adequada, justamente por contribuir de forma pragmática com esse desiderato de autonomia e independência da instituição, não é erigir o Ministério Público a um suposto "quarto Poder" nem colocá-lo dentro dos esquemas da clássica divisão tripartite de Poderes de Estado. Pelo contrário, negar-lhe qualquer atribuição preeminente. Consistirá, ao invés, em afastar a interferência governamental em sua administração (autonomia funcional), inserindo-o, ademais, em Título ou Capítulo próprio, como o fez a Constituição de 1988, dentre as funções essenciais à Justiça, ou ainda, como o fizera a Constituição de 1934, que o colocara, lado a lado com o Tribunal de Contas, entre os órgãos de fiscalização, fiscalização ou controle das atividades governamentais.

Mais grave, entretanto, que a vinculação jurídica do Ministério Público com o Poder Executivo, que não gera por si só dependência ou subordinação entre aquele e este, é a vinculação política, apta a servir de instrumento para negociar orçamentos e vencimentos da instituição.

Correta foi a solução da Constituição de 1988, ao cometer ao Poder Judiciário e ao Ministério Público o provimento originário e de primeiro grau de seus próprios cargos,<sup>133</sup> dando mais um importante passo em prol da sua independência e autonomia. As conquistas, porém, ficaram a meio caminho, porque, quanto ao Ministério Público, a Constituição manteve um único provimento externo, mas justamente o menos recomendável: a perniciosíssima investidura política externa do procurador-geral pelo chefe do Executivo, da qual não abrem mão os governantes. *Et pour cause...*

Esse problema, na verdade, não é só do Ministério Público. De um lado, supõe mudança da vontade política do legislador, pois a situação atual favorece esse estado de coisas. De outro lado, também cabem aos próprios membros do Ministério Público, à Ordem dos Advogados do Brasil, à Magistratura, à imprensa e à população em geral exigir um Ministério Público mais independente, a começar pela sua escolha.

130. V. nossos *Manual do promotor de Justiça*, p. 38-41, 2ª ed., Saraiva, 1991; *Regime jurídico do Ministério Público*, 6ª ed., Saraiva, 2007; *O acesso à Justiça e o Ministério Público*, 5ª ed., Saraiva, 2007.

131. CR, art. 105, I, a.

132. Como sugeriu Alfredo Valladão, em *Ministério Público: quarto Poder do Estado, e outros estudos jurídicos*, Freitas Bastos, 1973.

133. CR, arts. 93, I, c, e 127, § 2º.



Em suma, a excessiva ligação com o Poder Executivo sempre foi um grande mal que marcou a instituição do Ministério Público brasileiro, como de muito o temos denunciado.<sup>134</sup> Entretanto, nosso Ministério Público gradativamente está reagindo aos vícios de suas origens, vem assumindo papel cada vez mais independente, o que lhe fez elevar extraordinariamente seu *status* constitucional e sua força política desde 1988. Seria desaconselhável atribuir ao Ministério Público, com exclusividade, a defesa de interesses transindividuais, se a ligação estreita entre Ministério Público e governo ainda hoje continuasse a existir, pois importantes interesses transindividuais ficariam sem acesso ao Judiciário, quando os governantes não o quisessem. Entretanto, o sistema brasileiro conferiu ao Ministério Público legitimação concorrente e disjuntiva para a proteção de interesses transindividuais, de forma que não há maior risco em aceitar a colaboração ministerial.

Ademais, como o Ministério Público não detém legitimação exclusiva para propor ação alguma na área cível, a legitimação concorrente e disjuntiva de várias entidades para a proposição de ações civis públicas ou coletivas assegura o acesso à jurisdição mesmo nos casos em que o Ministério Público resolvesse não agir.

O outro argumento é inaceitável de todo. Para sustentar a desconviniência da iniciativa do Ministério Público na área da ação civil pública em defesa de interesses difusos ou coletivos, já se chegou a dizer que a defesa de interesses transindividuais, tal sua transcendência, não deveria caber ao Ministério Público.

Ora, a defesa dos interesses penais — dos mais graves dentro todos — é cometida ao Ministério Público, com privatividade até... A defesa do regime democrático, dos interesses sociais, do meio ambiente e do patrimônio público e social cabe ao Ministério Público. Teriam todos estes interesses menor importância para a sociedade que os difusos e coletivos? Por certo que não.

Por último, na época da sanção da Lei n. 7.347/85, também foi aventada, como argumento, a falta de especialização ou a falta de aparelhamento do Ministério Público, o que estaria a desaconselhar exercitasse ele a ação civil pública em defesa de interesses transindividuais.

Sem dúvida, a falta de especialização e de aparelhamento não seria óbice à legitimação do Ministério Público, pois que essa instituição tradicionalmente sempre acabou por especializar-se em matérias funcionais que assumiam maior complexidade, e também acabou por aparelhar-se para seu exercício (como, para não sair dos exemplos já existentes na época, em matéria falimentar, de menores, de acidentes do trabalho etc.).

E, nestes anos todos de vigência da LACP, o Ministério Público brasileiro especializou-se também na área de interesses transindividuais, com a criação de promotorias de proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio público, à cidadania, às pessoas com deficiência, aos idosos etc.

O que nos parece faltar, até hoje, são, sim, órgãos especializados para *julgar* as ações civis públicas. Talvez só assim se conseguisse, *de lege ferenda*, dar verdadeira característica de *competência funcional* ao dispositivo do art. 2º da Lei n. 7.347/85.<sup>135</sup>

Em suma, vencidas essas polémicas que brotaram quando da criação da LACP, o legislador ordinário e depois até mesmo o constituinte consagraram a legitimação ativa do Ministério Público para a defesa de interesses transindividuais, a qual é concorrente e disjuntiva em relação aos demais coletivizados.

Ao referir-se à legitimação ativa do *Ministério Público*, o art. 5º da LACP e o art. 82 do CDC querem abranger não só o Ministério Público da União como o de cada um dos Estados, conforme a respectiva área de atuação funcional.

Quando a lei confere legitimidade ao Ministério Público, pressupõe-se o interesse de agir, pois que a instituição está identificada por princípio como defensora dos interesses indisponíveis da sociedade como um todo.<sup>136</sup> Assim, não há o juízo de negar o *interesse de agir* do Ministério Público, cuja existência já foi reconhecida pelo legislador, quando lhe cometeu a atribuição. Entretanto, o *interesse processual*, em concreto, pode estar ausente, quando, p. ex., numa ação civil pública ambiental, o Ministério Público esteja pretendendo que se coloque o filtro na chaminé de uma fábrica que já tenha encerrado suas atividades.<sup>137</sup>

Nestes anos de vigência da LACP, muito dinâmica tem sido a atuação do Ministério Público brasileiro em defesa de interesses difusos e coletivos, pois, como já o dissemos, dos milhares de ações já movidas desde que a Lei n. 7.347/85 entrou em vigor, a grande maioria foi por sua iniciativa. Em levantamento realizado pela Corregedoria-Geral do Ministério Público de São Paulo sobre as atividades dos membros da instituição junto à primeira instância, ficou evidenciado o crescimento intenso do acesso coletivo à jurisdição, especialmente pela iniciativa ministerial.<sup>138</sup>

135. V. Cap. 16.

136. V. Cap. 20.

137. Sobre o interesse de agir e o interesse processual, v. Cap. 20.

138. Consoante relatório do Ministério Público paulista, a instituição propôs em 2009, na área dos interesses difusos e coletivos, 3.827 ações civis públicas (88,87%), enquanto os demais coletivizados propuseram 479 (11,13%). A esses números se chega ao somar o total de ações em andamento ao das ações julgadas em 2009, subtraindo-se

134. V. nossos *Regime jurídico do Ministério Público e o acesso à Justiça e o Ministério Público*, cit.

Naturalmente, a porcentagem de ações civis públicas movidas pelo Ministério Público, em face das movidas pelos coletivados, variará, e bastante, em cada Estado e comarca, dependendo da operatividade efetiva de cada instituição local; mas, de qualquer maneira, em termos de resultados gerais, fica evidente que o Ministério Público é hoje o tutor natural dos interesses transindividuais.

Não basta, porém, a preeminência do Ministério Público na defesa de interesses transindividuais. Insista-se, enfim: o que importa não são apenas as garantias do Ministério Público, mas também a forma com que seus agentes efetivamente se desincumbem de seus misteres em defesa da lei e da coletividade, e não necessariamente em defesa dos interesses dos governantes e poderosos. Garantias institucionais e Constituição as deu ao Ministério Público.<sup>139</sup> Embora na esfera da responsabilização dos maiores governantes em exercício, na prática, não tenha havido progressos no Ministério Público dos Estados e da União no mais, basta ver, nestes anos todos de vigência da LACP, o significativo número de ações civis públicas propostas pela instituição em todo o País, em defesa do meio ambiente, do meio ambiente do trabalho, do consumidor e do patrimônio público e cultural.

Quando a lei confere legitimidade ao Ministério Público para ação civil pública, a qual órgão caberá exercer a atribuição? Não é a lei processual que deve cuidar disso, e sim a matéria de organização da instituição, observado o princípio do promotor natural.<sup>140</sup>

## 5. Legitimação concorrente

É *concorrente* e *disjuntiva* a legitimação ativa para a propositura de ações civis públicas ou coletivas em defesa de interesses difusos coletivos e individuais homogêneos, pois cada um dos coletivados pode ajuizar essas ações, quer litisconsorciando-se com outros, quer fazendo-o isoladamente. É *concorrente*, porque todos os coletivados do art. 5º da LACP ou do art. 82 do CDC podem agir em defesa de interesses transindividuais; é *disjuntiva* porque não precisam comparecer em litisconsórcio.

Alguns autores mencionam a natureza *autônoma* ou *ordinária* da legitimação para as ações civis públicas ou coletivas.<sup>141</sup> Essa questão

o total das ações em andamento em 2008. O relatório foi publicado em [http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/home/banco\\_imagens/flash/RelatorioDiagnostico2009/computo.pdf](http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/home/banco_imagens/flash/RelatorioDiagnostico2009/computo.pdf) (acesso em 29-09-10). A propósito, *v.*, tb., a nota de rodapé n. 129, na p. 349.

139. CR, arts. 85, II, 127 a 130, 168, por exemplo.

140. ADIn n. 1.916-MS, STF Pleno, j. 14-04-10, m.v., rel. Min. Eros Grau, *DJe*, 18-06-10. A propósito do promotor natural, *v.* nosso *Regime jurídico do Ministério Público*, cit., Cap. 5, n. 6.

141. Nelson e Rosa Nery, entre outros, destacam a natureza ordinária ou autônoma da legitimação para a ação civil pública, exceto em matéria de interesses indivi-

do foi estudada no Cap. 2, n. 2, mas ora nos seja permitido insistir nalguns pontos. Que os legitimados ativos à ação civil pública ou coletiva *disjuntiva* tenham interesse próprio na solução da lide, isso é perfeitamente possível admitir. Com efeito, uma associação civil que compareça a juízo na defesa de interesses transindividuais, também estará defendendo seu objeto estatutário e, portanto, interesse próprio; os entes coletivos, não excluído o Ministério Público, a par de defenderem interesses de grupos, também defendem interesses da coletividade como um todo, para o que estão votados. Entretanto, os legitimados ativos à ação civil pública ou coletiva fazem mais que defender interesse próprio. Não só quando o objeto da ação coletiva seja a defesa de interesses individuais homogêneos, mas também quando verse interesses difusos e coletivos, está claro que os legitimados ativos defendem interesses de cada integrante do grupo lesado, e, nesse ponto, estamos diante de uma forma de legitimação extraordinária.

Assim, até é possível admitir, em parte, a natureza autônoma da legitimação para as ações civis públicas ou coletivas, mas, no caso, dita *autonomia* não significa estejam os coletivados a agir apenas por si ou em interesse próprio na defesa de interesses do grupo. Ainda que os coletivados *também* tenham interesse próprio a reintegração do direito lesado (como uma associação civil que inclua, entre seus fins estatutários, a defesa daquele interesse), na verdade, no processo coletivo, os legitimados ativos agem por substituição de todo o grupo lesado, defendendo direitos individuais de cada um de seus integrantes, às vezes até mesmo divisíveis e individualmente quantificáveis (como no caso dos interesses individuais homogêneos). E, em caso de procedência da coisa julgada nas ações civis públicas ou coletivas forma-se em benefício de todo o grupo, e não dos legitimados ativos. Isso evidencia que, na defesa de quaisquer interesses transindividuais (difusos, coletivos ou individuais homogêneos), os coletivados ativos estão defendendo muito mais do que meros interesses próprios.

Quanto ao Ministério Público, embora seja efetivamente um dos legitimados mais preeminentes no exercício da tutela coletiva, na verdade não é nem poderia ser legitimado ativo exclusivo. Com efeito, ao contrário do que ocorre na área penal, no campo civil a própria constituição veda que o Ministério Público detenha legitimação privativa ou exclusiva para propor qualquer ação de objeto civil.<sup>142</sup>

Nas ações civis públicas ou coletivas, o interesse de agir do Ministério Público é presumido; já as pessoas jurídicas de direito público interno e os demais coletivados devem demonstrar em concreto seu interesse.<sup>143</sup>

chais homogêneos, em cujo âmbito admitem a substituição processual (*Constituição Federal comentada*, cit., notas ao art. 5º da LACP). A propósito, *v.* Cap. 2, n. 2.

142. CR, art. 129, § 1º.

143. *V.*, aqui, o tópico n. 2; a propósito, *v.*, ainda, o Cap. 20.

A propositura de ação civil pública ou coletiva não impede ao próprio lesado ajuizar sua ação individual, por meio da qual vise obter a reparação pelos danos só por ele sofridos. Não será objeto de ação individual a reparação dos danos difusos, coletivos ou individuais homogêneos de todo o grupo lesado: na ação individual, o objeto é a reparação do dano apenas e tão somente dos autores devidamente representados nos autos. Em qualquer ação individual, ainda que não haja em litisconsórcio ativo de lesados, não poderão estes fazer pedido que exceda os interesses dos que estejam efetivamente representados nos autos. Pedir a reparação de danos sofridos por quem não esteja efetivamente *representado* nos autos, somente é possível por meio de substituição processual, ou seja, somente nos casos em que, excepcionalmente, a lei permita que, em nome próprio, alguém defenda direitos alheios.<sup>144</sup> Exemplos de substituição processual temos, pois, não só na ação civil pública ou coletiva, como na ação popular ou no mandado de segurança coletivo.

## 6. Ampliação da legitimidade ativa

A Constituição e as leis vêm alargando a legitimidade ativa em defesa de interesses transindividuais (cidadão, associações civis, fundações, sindicatos, índios e suas comunidades, Ministério Público, pessoas jurídicas de direito público interno, entidades e órgãos da administração direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica etc.).<sup>145</sup>

Embora alguns órgãos públicos possam não ter personalidade jurídica (o próprio Ministério Público não a tem), poderão, em alguns casos, ter personalidade judiciária, como ocorre com as mesas das câmaras legislativas,<sup>146</sup> ou com os órgãos estatais de defesa do meio ambiente ou do consumidor (como os Procons), quer no âmbito da União, quer nos Municípios e Estados em que eles sejam meros serviços públicos despersonalizados etc.<sup>147</sup>

Também os condomínios de edifícios de apartamento podem defender em juízo interesses coletivos dos condôminos, desde que tenham autorização em assembleia para isso.<sup>148</sup>

144. CPC, art. 6º.

145. CR, arts. 5º, XXI, LXX, LXXIII, 8º, 129, III, e 232; *v.*, ainda, Leis ns. 7.347/85, 7.853/89, 7.913/89, 8.069/90 e 8.078/90.

146. Admitindo a legitimidade ativa para ação civil pública de comissão de defesa do consumidor de Assembleia Legislativa, *v.* RESP n. 1.002.813-RJ e 1.098.804-RJ, 3ª T. STJ, j. 02-12-10, m.v., rel. Min. Nancy Andrighi, s.d.p.

147. Quanto aos Procons, *v.* nota de rodapé n. 22, no Cap. 24.

148. A propósito da matéria, *v.*, tb., neste Cap., o item n. 1, *in fine*.

## Os cidadãos e os titulares de interesses individuais

A instituição da ação civil pública em nada prejudica o cabimento das ações populares (LACP, art. 1º, *caput*). Assim, o cidadão continua podendo ajuizar, nos casos da lei, a ação popular para anular o ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participa, a moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.<sup>150</sup>

Como em tese pode coincidir o objeto de uma ação civil pública com o de uma ação popular, nada impede que, em litisconsórcio, uma entidade e um colegitimado à ação civil pública ajuizem esta última ação. Se ambas as ações foram propostas sucessivamente, se versarem sobre o mesmo objeto e a mesma causa de pedir, será o caso de reconhecer a litigância. Por fim, se uma dessas ações foi definitivamente julgada, não pode ter sobrevivendo coisa julgada *erga omnes*, o que obstará ao ajuizamento tanto de uma nova ação civil pública como de uma nova ação popular, se tiverem os mesmos fundamentos e o mesmo objeto.

E quanto ao indivíduo, pode ocorrer que uma ação civil pública coletiva, ou um mandado de segurança coletivo, interfiram na ação que ele venha a propor, ou até na ação individual que já esteja em andamento?

Sabe-se que um dos principais objetivos do processo coletivo é resolver de maneira global os conflitos do grupo, evitando o ajuizamento de inúmeras ações individuais repetitivas. Para tanto, no processo coletivo forma-se coisa julgada *in utilibus* em proveito do grupo lesado. Em nosso sistema, não se impede, porém, o acesso individual à jurisdição para quem não queira fazer parte do processo coletivo. Assim, ajuizada a ação coletiva, a pessoa que tem processo individual em andamento será instada a dizer se quer suspender seu processo para beneficiar-se do julgado coletivo, ou se prefere continuar seu processo para individual (CDC, art. 104). Cria-se-lhe, pois, um direito: pode optar por entrar no processo coletivo ou não.

Tentando dar tratamento diverso à questão, o já recusado PL n. 1.59/09 do Poder Executivo, visava a instituir um novo regime para a Ação Civil Pública.<sup>151</sup>

O art. 13 do projeto dizia: "Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e, em se tratando de interesses ou

149. Sobre as ações principais e cautelares ajuizadas pelo indivíduo, cf. Cap. 1º, n. 5; sobre o ajuizamento de ações individuais simultâneas com ações coletivas, cf. Cap. 15, n. 2; sobre a intervenção do lesado e a assistência, *v.* Cap. 18, n. 6; sobre a reparação das lesões individuais, *v.* Cap. 35.

150. CR, art. 5º, LXXIII.

151. A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados rejeitou em 17-03-10 o PL n. 5.139/09, do Poder Executivo.



direitos individuais homogêneos, a intimação do Ministério Público da Defensoria Pública, bem como a comunicação dos interessados titulares dos respectivos interesses ou direitos objeto da ação coletiva, para que possam exercer, até a publicação da sentença, o seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.”

Deve-se reconhecer que o projeto estava justamente preocupado em evitar a dispersão de milhares de ações individuais para serem alcançadas pela decisão do processo coletivo. Contudo, o projeto escolheu solução imprópria. Tentou criar inadmissível ônus para cada lesado que teria de fazer o chamado *opt-out*, ou seja, teria de exercer seu direito de exclusão do processo coletivo. Ora, é absolutamente inviável que cada brasileiro, das mais longínquas regiões do País, tenha de comparecer em outra Comarca (o foro do processo coletivo), para pedir sua exclusão de um processo para não ser atingido por ele. Imaginemos um indivíduo que more em pequena comarca do Rio Grande do Sul: teria de contratar advogado para comparecer na Capital do Amazonas, para optar por sua exclusão no processo coletivo ali movido, sob pena de ver-se proibido de ter acesso individual à jurisdição. Esse sistema acabaria por inviabilizar a ação individual, em inadmissível atentado à garantia de acesso à jurisdição (CR, art. 5º, XXXV). Embora seja saudável desejar um só processo coletivo, evitando-se um “dilematismo” gratuito, isso tem de ser feito desestimulando-se o processo individual pelas vantagens do processo coletivo, e nunca à custa da imposição de um grande ônus para os indivíduos lesados, que irão obter-lhes na prática o acesso individual à jurisdição.

O sistema vigente é o correto (CDC, arts. 94 e 104): em vez de ser um ônus do lesado pedir sua exclusão do processo coletivo, é seu direito suspender o processo individual. Com isso, não se estimula o processo individual (“dilematismo”), mas, sim, o sistema mais eficiente (o processo coletivo) suplantar naturalmente o processo individual, sem que se crie indevido óbice da lei infraconstitucional ao acesso à jurisdição.

No § 1º do seu art. 34, o PL n. 5.139/09 ainda tentava ir além: “Não serão admitidas novas demandas individuais relacionadas com interesses ou direitos individuais homogêneos, quando em ação coletiva houver julgamento de improcedência em matéria exclusivamente de direito, sendo extintos os processos individuais anteriormente ajuizados.”

Ora, o projeto tentava impor outro óbice ao acesso individual à jurisdição. Não se pode dar à ação civil pública ou coletiva o mesmo efeito de uma súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, ou de uma decisão de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Quanto a estas decisões da mais alta Corte, existe autorização constitucional para que tenham efeito *erga omnes*, enquanto nas ações civis públicas ou coletivas, conquanto tenham elas embasamento constitucional, o efeito *erga omnes* do *decisum* decorre apenas da lei infra-

constitucional, e não pode esta inviabilizar pura e simplesmente o processo individual à jurisdição, nos casos de improcedência em ação coletiva, de que não participou o lesado individual.

Por sua vez, o PL n. 5.139/09 ainda insistia, em seu § 3º do art. 34, “Os membros do grupo que não tiverem sido devidamente comunicados do ajuizamento da ação coletiva, ou que tenham exercido inequivocamente o direito à exclusão, não serão afetados pelos efeitos da sentença julgada.” Insistia-se na criação de ônus para o lesado individual, ao impor-lhe o dever de exercer uma opção negativa (*opt-out*): “... *quem participar do processo coletivo*.”

( ) art. 37 do PL n. 5.139/09 também propunha que “O ajuizamento de ações coletivas não induz litispendência para as ações individuais que tenham objeto correspondente, mas haverá a suspensão dos autos, até o julgamento da demanda coletiva em primeiro grau de jurisdição.” Ora, posto seja saudável a intenção do projeto, ao tentar inviabilizar nas ações coletivas o processamento da defesa dos direitos do grupo, não se pode fazê-lo ao arrepio da Constituição, inviabilizando o acesso individual à jurisdição.

Vejamos como é o sistema atual em vigor.

No caso de ser proposta ação civil pública ou coletiva com objeto potencialmente mais abrangente, cuja eventual procedência possa abarcar o que esteja sendo pedido em ações individuais já em curso, o tratamento jurídico será o seguinte:<sup>152</sup>

a) se a ação civil pública ou coletiva versar a defesa de *interesses difusos*, não haverá litispendência com ações individuais, exceto se se tratar de ação popular que tenha a mesma causa de pedir e o mesmo pedido de uma ação civil pública (até porque a ação popular não é a ação de uma ação individual).<sup>153</sup> O lesado que tenha ação individual em andamento não irá requerer sua suspensão no prazo assinalado no art. 104 do CDC,<sup>154</sup> nem se habilitará como litisconsorte (*rectius*, assistente litisconsorcial) na ação civil pública ou coletiva que verse interesses difusos, salvo se a causa de pedir e o pedido destas ações guardarem correspondência com o de sua ação individual. Igualmente, não haverá suspensão da ação individual, se nesta o lesado estiver pedindo a reparação de seu interesse individual diferenciado. Entretanto, se na ação individual o lesado estiver pedindo reparação decorrente de um dano cuja materialidade e autoria sejam objeto de ação civil pública que cause interesses difusos (p. ex., danos ao meio ambiente causados pela explosão de uma usina nuclear), então existirá a necessária correlação entre a ação individual e a coletiva, e o indivíduo poderá pedir a sus-

152. Cf. arts. 94 e 104 do CDC, aplicáveis às demais hipóteses por força do art. 21 da LACP. A propósito do alcance da coisa julgada, v. Cap. 37.

153. V. Súm. n. 1 do CSMP-SP, p. 805 e s.

154. Sobre a questão do erro de remissão do art. 104 do CDC, v. Cap. 12, n. 5.



pensão de seu processo individual para eventualmente aproveitar a *utilibus*, a coisa julgada *erga omnes* que venha a formar-se na ação coletiva, evitando ter de discutir novamente a existência e a autonomia do mesmo dano, que é a base do seu pedido individual;

b) se a ação civil pública ou coletiva versar defesa de *interesses coletivos*, também não haverá litispendência com ações individuais, acaso em curso: inexistirá identidade de partes ou de pedidos. Além disso, em todas as hipóteses desmembradas do art. 104 do CDC, poderemos ter em tese *conexão* ou no máximo *continência* entre as ações coletivas e ação individual. Não pode haver identidade alguma de partes entre a ação coletiva e a ação individual, para que se pudessem falar em *litispendência*. Continência ou conexão, sim, isso é possível. Como exemplo de continência,<sup>155</sup> suponhamos que, em ação individual relativa a questão de consumo, seja pedida a nulidade de uma cláusula contratual, e, em ação civil pública, o Ministério Público peça a nulidade da mesma cláusula em benefício, agora, de todos os consumidores que se encontrem na mesma situação. Para que o indivíduo se beneficie do resultado da ação civil pública, deverá requerer a suspensão de seu processo individual; fazendo-o a tempo, o interessado poderá habilitar-se como litisconsorte na ação civil pública ou coletiva.<sup>156</sup>

c) se a ação civil pública ou coletiva versar *interesses individuais homogêneos*, o CDC sugere, em interpretação *a contrario sensu*, haver litispendência com as ações individuais dos lesados que visem a reparação do prejuízo divisível, naquilo que tenha de idêntico com os demais lesados.<sup>157</sup> Entretanto, o certo é afirmar o contrário: não há falar verdadeiramente em litispendência nesses casos, pois não se trata da mesma ação. O mais correto é considerar a hipótese como de conexão, por ter a ação coletiva objeto mais abrangente que as ações individuais. Se o autor da ação individual não requerer sua oportuna suspensão, sua ação prosseguirá e não será afetada pelo julgamento da ação coletiva,<sup>158</sup> mas, se ele preferir a suspensão da ação individual, poderá habilitar-se como litisconsorte na ação coletiva.<sup>159</sup>

Em se tratando de concorrência entre ação individual e mandado de segurança coletivo, igualmente não haverá litispendência entre eles, mas, em vez de suspender sua ação, o indivíduo deverá dela desistir, se quiser beneficiar-se do julgado coletivo.<sup>160</sup> Nesse caso, o

juízo não terá o prazo de 30 dias a contar da ciência comprovada da existência da ação coletiva, para manifestar a desistência.

Proposta a ação civil pública ou coletiva, será publicado edital convocando o andamento, possam, caso queiram, intervir no processo. Se, no entanto, o juiz não pode impor o litisconsórcio (CDC, art. 104, *in fine*), pois pode limitar o número de intervenientes, para não inviabilizar o curso da ação (CPC, art. 46, parágrafo único). Deve ser amplamente divulgada a notícia do ajuizamento da ação civil pública ou coletiva, por meios de comunicação social, por iniciativa dos órgãos encarregados da defesa do interesse objetivado naquela ação.<sup>161</sup>

Pode acontecer que o ajuizamento das ações individuais, em vez de anteceder, suceda a propositura da ação civil pública ou coletiva. O tratamento do caso, porém, não será substancialmente diverso de quando fossemos acima.<sup>162</sup>

155. Para a discussão mais adequada das hipóteses de continência e conexão, v. Cap. 15.

156. *Rectius*, assistente litisconsorcial. CDC, art. 94.

157. CDC, art. 104, *a contrario sensu*.

158. CDC, art. 103, § 2º. Nesse sentido, v. RESP n. 157.669-SP-STJ, decisão monocrática de 14-03-00 da Min. Nancy Andrighi, DJU, 03-03-00.

159. *Rectius*, assistente litisconsorcial. CDC, art. 94.

160. Lei n. 12.016/09, art. 22, § 1º.

161. CDC, art. 94.

162. V. Cap. 18, n. 6.