

A LEGITIMIDADE ATIVA NO PROCESSO CIVIL COLETIVO BRASILEIRO

THE ACTIVE LEGITIMACY IN THE BRAZILIAN COLLECTIVE CIVIL PROCEDURE

Deborah Aline Antonucci Moretti¹
Maria Júlia Segatto e Ciscato²

Sumário: Introdução. 1 Histórico da tutela coletiva no Processo Civil Brasileiro. 2 A legitimidade ativa nas ações individuais. 3 A legitimação ativa nas ações coletivas. 4 Controle judicial da representatividade adequada e sua aplicabilidade no Brasil. 5 A questão da legitimidade ativa no Novo Código de Processo Civil. Conclusão. Referências.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo a análise do instituto da legitimidade ativa dentro do sistema da tutela coletiva no Direito Processual Civil brasileiro. Trata-se de um dos temas mais controversos no processo coletivo, tendo em vista a inadequação da teoria utilizada pelo processo civil individual clássico, que não se amolda ao ideal de proteção coletiva previsto em outras leis, como a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor. Essa problemática não é resolvida pelo Novo Código de Processo Civil, já que este é voltado, majoritariamente, a tutelar a demanda individual.

Palavras-chave: Legitimidade ativa. Tutela coletiva. Processo Coletivo. Código de Processo Civil 2015. Tutela Individual.

Abstract: This article aims to analyze the active legitimacy institute within the collective protection system in the Brazilian Civil Procedural Law. It is one of the most controversial issues in the collective process, given the inadequacy of the theory used by the classic individual civil procedure, which does not conform to the ideal of collective protection provided in other laws such as the Law on Public Civil Action and the Consumer Protection Code. This problem is not resolved by the new Civil Procedure Code, since it is aimed, mainly, to protect the individual demand.

Keywords: Collective Litigation. Individual Civil Procedure. Code of Civil Procedure 2015. Individual Litigation.

Introdução

O objetivo central do presente excerto é a análise do instituto da legitimidade ativa no âmbito das ações de tutela coletiva no Processo Civil Coletivo Brasileiro. Pretende-se não apenas estudar a conceituação desse instituto,

¹ Advogada. Mestranda em Direito Público pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (2015). Bacharela em Direito pela referida Universidade (2013). Possui pesquisas em Direito Processual Civil e Direito Tributário

² Técnica Judiciária no Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Especialista em Direito do Trabalho. Bacharela.

mas também examinar como a aferição de legitimidade para sujeitos coletivos pode contribuir para uma maior efetividade na tutela dos direitos metaindividuais trazidos à tutela do Judiciário.

Para isso, a partir da conceituação e análise histórica da legitimidade ativa, será realizada uma análise das supostas alterações ao processo coletivo trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, de forma que se possa elucidar se este foi capaz de alterar o instituto da legitimidade ativa no processo coletivo. Ou seja, essa exposição acerca do instituto no Novo Código tem por objetivo analisar se houve alguma significativa alteração na legitimidade ativa coletiva, de modo a aumentar ou reduzir o rol de legitimados a propor as ações coletivas, ou então se a nova legislação não trouxe alterações significativas para a tutela coletiva e, conseqüentemente, para o instituto da legitimidade ativa.

Os ganhos trazidos por essa discussão para a sociedade ou para a comunidade acadêmica resultam da ausência de estudos aprofundados das alterações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil. A recente promulgação e entrada em vigor do Novo Código ensejou inúmeras alterações legislativas, que demandam análise pormenorizada e aprofundada. O presente artigo se funda nessa necessidade, trazendo primeiramente a conceituação geral do que é a legitimação ativa no Processo Civil Coletivo brasileiro, para, posteriormente, analisar se algo foi alterado nessa conceituação com a entrada em vigor do NCPC. Justifica-se, assim, a escolha do tema, pela importância de se realizar o esclarecimento acerca das alterações trazidas pelo Novo Código a institutos fundamentais ao acesso justo do litigante ao Judiciário Brasileiro, sendo um deles a legitimidade ativa para a tutela coletiva.

A garantia da cientificidade da pesquisa está diretamente relacionada à determinação dos métodos de estudos. Neste ponto, serão expostos os principais métodos e materiais que irão ser utilizados no estudo teórico em voga. Tendo em vista o caráter teórico da pesquisa realizada, o material preponderantemente utilizado foi o bibliográfico. De forma a possibilitar o aprofundamento temático do assunto, foram empregados os métodos lógico dedutivo e lógico indutivo, já que a pesquisa teve por base a investigação dedutiva da nova legislação.

A corrente exposição do tema é necessária em decorrência da mudança de paradigma ocorrida na sociedade nos tempos modernos. As pessoas não mais são vistas apenas como indivíduos, mas também como cidadãos, integrantes de grupos da sociedade, e constante interação e interdependência. Em virtude disso, e de forma a tutelar essas relações, vieram os processos coletivos, como um notório reflexo da necessidade de tutelar direitos que não se enquadravam na clássica divisão entre direito público e privado proveniente do direito romano.

Para permitir a tutela desses direitos, tornou-se necessária a criação de novos dispositivos legais e doutrinários que fossem adequados para a sua defesa. No tocante à legitimidade, foi necessária a criação de uma nova teoria que a explique, uma vez que a teoria clássica, adequada para o modelo individualista de processo, tornou-se insuficiente.

Isso ocorre, pois os processos coletivos têm a característica de ser ações representativas, em virtude da natureza dos direitos envolvidos, uma vez que, na maioria dos casos, os titulares do direito material pleiteado não são os autores da ação. Essa representação é necessária em razão do grande volume de

titulares do direito, o que impossibilita a presença de todos em juízo; ou da indeterminação destes, como ocorre nos casos de tutela de direitos difusos.

Não há um consenso na doutrina sobre a natureza jurídica dessa legitimidade, de forma que existem diversas correntes para o tratamento do tema. As três principais são: a tese da legitimação extraordinária (substituição processual); a tese da legitimação ordinária das entidades civis; e a tese da legitimação autônoma, que serão expostas ao longo do trabalho.

2 Histórico da tutela coletiva no Processo Civil Brasileiro

Ainda que os conflitos coletivos sempre tenham existido, a sua tutela jurisdicional foi esquecida em razão do advento do liberalismo e iluminismo, que pregavam ideais individualistas que permearam toda a produção e estudo jurídico desde então.

Assim, foi apenas no século XX a problemática dos conflitos coletivos foi retomada, com tentativas de regulamentação do tratamento dado a eles. Há divergência na doutrina a respeito de qual foi o primeiro diploma legal pátrio que buscou tratar dos direitos metaindividuais.³ Aponta-se frequentemente a Lei da Ação Popular, que regulamentou a referida ação, existente desde a Constituição de 1934. Cumpre ressaltar, entretanto, os dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que tratam dos dissídios coletivos e da ação de cumprimento, instrumentos de tutela de direitos coletivos na esfera do Direito do Trabalho.

A ação popular inicialmente permitia a apenas defesa dos direitos difusos relacionados ao patrimônio público, compreendido como os bens de domínio público⁴, e a sua legitimidade era dos cidadãos.

Foi com o advento da Lei n. 7.437/85 (Lei da Ação Civil Pública) que foram ampliadas as possibilidades de cabimento das ações para tutela dos direitos coletivos e difusos⁵, bem como rol dos legitimados ativos para sua a defesa.

Tal legitimação é um dos pontos mais controvertidos no tocante ao direito coletivo, uma vez que as teorias clássicas sobre o assunto, notadamente individualistas, não se adequam à sistemática da tutela coletiva.⁶

³SILVA, S. L. **Elementos das ações coletivas**. São Paulo: Método, 2004. p. 32.

⁴ *Ibid.*

⁵ “[...] podendo tal ação ser utilizada não somente para a proteção do patrimônio público, que já era tutelável via ação popular, mas, da mesma forma, para a proteção do meio ambiente, dos consumidores, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, bem como qualquer interesse difuso ou coletivo”. (PINHO, H. D. B. A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas: primeiras impressões e questões controvertidas. In: FIGUEIREDO, G. J. P. e RODRIGUES, M. A. (coord.). **O novo processo civil coletivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 162).

⁶ “A busca de um legitimado (passivo ou ativo, pessoa física ou jurídica, de caráter público ou privado) que represente os interesses do grupo em juízo de uma forma adequada é um dos aspectos mais polêmicos na tutela jurisdicional coletiva. Apresenta-se, portanto, como verdadeiro ponto de resistência no transplante da tutela individual, em que o indivíduo é soberano sobre o direito de demandar e defender, e a tutela metaindividual, na qual o interesse público exige uma nova configuração desses poderes. Trata-se de um dos aspectos mais discutidos da tutela jurisdicional coletiva”. (DIDIER JÚNIOR, F., ZANETI JÚNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil: Processo coletivo**. v. 4. Salvador: Juspodivm. 2009. p.189).

Primeiro: a concepção de situação legitimante com que ainda trabalha a teoria geral do processo é filha do individualismo característico do período ao longo do qual foi gestada. Segundo: este individualismo caminha de mãos dadas com a titularidade de direitos, noção oitocentista que impregna esta concepção de situação legitimante. Terceiro: a concepção de situação legitimante que permeia a teoria geral do processo – eis que filha do individualismo – somente dá conta de fenômenos individuais. Quarto: o problema da legitimidade para agir no âmbito dos direitos supra-individuais se resolve através da substituição da concepção de situação legitimante com que a teoria trabalha atualmente.⁷

No mesmo sentido, os dizeres de Hermes Zaneti Júnior:

[...] a razão pela qual se discute profundamente o tema está intimamente vinculada à necessidade de preservar um dos dogmas do iluminismo jurídico: a autonomia privada. Somente ao titular do direito caberia sua defesa em juízo, as raras exceções devem estar expressas em lei e se justificar face ao direito material tutelado.⁸

De acordo com Gregório Assagra de Almeida⁹, dentro da “segunda onda renovatória” do acesso à Justiça “pode-se destacar a necessidade de revisitação do conceito sobre *legitimidade* para possibilitar a presença em juízo de grupos, entidades e instituições, na defesa de direitos difusos”.¹⁰

A legitimidade nos processos coletivos, em virtude da natureza material dos direitos envolvidos, que se afasta do individualismo tradicional, não pode valer-se da mesma técnica do processo civil clássico. Isso porque, consoante se viu no segundo capítulo, a essência da ação coletiva, em decorrência de sua natureza herdada do sistema de *common law*, é ser uma ação representativa, por meio da qual os titulares do direito posto *sub judice* não são aqueles que figuram como autores da ação coletiva, mas, sim, um representante apto a ser o porta-voz do grupo ou dos indivíduos interessados, quando não da própria sociedade.

[...] essa circunstância pode decorrer da numerosidade dos titulares dos direitos, que não podem ou não têm interesse de ir a juízo para defender-se, seja por uma impossibilidade prática de litisconsórcio, circunstância que foi uma das causas do desenvolvimento das ações coletivas, seja por critérios de conveniência de tratamento conjunto dos direitos. A justificativa também pode decorrer da indeterminação dos titulares dos

⁷ ROCHA, L. V. **Ações coletivas**: o problema da legitimidade para agir. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 121.

⁸ZANETI JÚNIOR, H. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico. **Videre**, Dourados, MS, ano 2, n. 3, p. 101-116, jan./jun. 2010. p. 101.

⁹ALMEIDA, G. A. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva 2003, p. 42-43.

¹⁰“Durante muitos anos grande parte da doutrina e da jurisprudência recusava aceitar a legitimidade ativa a determinados *corpos intermediários* para a defesa em juízo de interesses massificados, como os difusos, coletivos e individuais homogêneos. Existiam somente algumas espécies de ações coletivas, em que estava estabelecido expressamente e de forma restrita quais seriam os legitimados ativos, como o Dissídio Coletivo da Justiça do Trabalho (CLT, arts. 856 e 857) e a Ação Popular (Lei n. 4.717/65, art 1º).” (Ibid. p. 497)

direitos, como ocorre na hipótese dos direitos difusos, dos quais podem ser titulares todos os integrantes da sociedade.¹¹

No sistema das *class actions* norte-americano, a legitimidade *ad causam* (chamada de *standing*), é aferida a partir do preenchimento dos requisitos da *Rule 23*¹², notadamente a representatividade adequada, que será melhor estudada adiante.

No direito norte-americano [...], o instituto que mais se aproxima da legitimidade é o *standing*, por meio do qual deve o autor da ação coletiva demonstrar que preenche os requisitos previstos na *Rule 23*, antes estudados, para que possa estar em juízo e ter, assim, ser preenchidas as demais condições, certificada sua ação coletiva.¹³

Para Luciano Velasque Rocha, faz-se necessária uma busca de situações legitimantes diversas daquela correspondente à titularidade do direito material discutido.¹⁴ Para ele, a titularidade da ação e do direito devem ser desvinculadas, abandonando a dicotomia da legitimidade ordinária e extraordinária, que remetem à titularidade da relação de direito material.¹⁵ Por outro lado, Américo Bedê Freire Júnior afirma que “Interessante frisar que [...] ninguém nega a importância (necessidade) do estudo da relação jurídica de direito material para a efetiva análise da legitimidade para a causa no Processo Civil”, que deve, de acordo com o autor, ser repensada “quando estamos diante de uma relação jurídica material meta individual”.¹⁶

A maior parte da doutrina concorda com essa segunda visão, sendo a discussão sobre a legitimação majoritariamente focada no binômio ordinária/extraordinária, como será analisado em seguida.

3 A legitimidade ativa nas ações individuais

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXV, assegura o acesso à Justiça, afirmando que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Entretanto, isso não autoriza que qualquer pretensão seja levada de forma eficaz ao Judiciário.

¹¹ FORNACIARI, F. H. C. **Representatividade adequada nos processos coletivos**. 2010. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. 2010. p. 69-70.

¹² “(a) *Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable; (2) there are questions of law or fact common to the class; (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.*” Disponível em <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23> Acesso em 02/10/2015.

¹³FORNACIARI, F. H. C. **Representatividade adequada nos processos coletivos**. 2010. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. 2010. p. 70.

¹⁴“Ou, em perspectiva mais específica: se os sistemas jurídicos de tradição civilista foram construídos sobre o pilar da noção de direito subjetivo, cumpre trocar um tal pilar pela idéia de acesso à justiça”. (ROCHA, L. V. **Ações coletivas: o problema da legitimidade para agir**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 124).

¹⁵Ibid. p. 132.

¹⁶FREIRE JÚNIOR, A. B. Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada. In: MAZZEI, R. e NOLASCO, R. D. (coord.). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 66-67.

Para que alguém possa efetivamente pleitear um provimento jurisdicional, faz-se necessária a legitimidade *ad causam*, que é verificada quando existe um vínculo entre o sujeito e o objeto do direito pleiteado em juízo. De acordo com Alessandra Mendes Spalding. “O desenvolvimento da teoria da legitimidade deve-se principalmente aos processualistas, que passaram a enfocá-la como um ponto de conexão entre o direito material e o direito processual”¹⁷. Trata-se, portanto, de uma “pertinência subjetiva da ação”¹⁸.

Assim, no processo civil tradicional, confundem-se na mesma pessoa a figura do titular do direito e do legitimado a pleiteá-lo em juízo. De acordo com Humberto Theodoro Júnior, “a legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão”¹⁹.

Nesse sentido se manifesta o Código de Processo Civil²⁰ (CPC), em seu artigo 6º, “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. No Novo CPC, essa disposição vem prevista no artigo 18, que disciplina que ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. O novo diploma complementa que havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial.²¹

Cumprido ressaltar que, no Brasil, de acordo com a doutrina majoritária, as condições da ação (entre elas a legitimidade de parte) são verificadas de acordo com a Teoria da Asserção, que determina que elas sejam analisadas com base nas assertivas trazidas pelo autor em sua petição inicial.

Parece-me que a razão está com a teoria da asserção. As “condições da ação” são requisitos exigidos para que o processo vá em direção ao seu fim normal, qual seja, a produção de um provimento de mérito. Sua presença, assim, deverá ser verificada em abstrato, considerando-se, por hipótese, que as assertivas do demandante em sua inicial são verdadeiras, sob pena de se ter indistigável adesão às teorias concretas da ação. [...] As “condições da ação”, portanto, deverão ser verificadas pelo juiz *in statu assertionis*, à luz das alegações feitas pelo autor na inicial, as quais deverão ser tidas como verdadeiras a fim de se perquirir a presença ou ausência dos requisitos do provimento final.²²

Isso não impede que, ao final da demanda o juiz conclua pela ilegitimidade da parte, bem como pela improcedência do pedido feito²³, de acordo com os fatos trazidos pela instrução probatória.

¹⁷SPALDING, A. M. **Legitimidade ativa nas ações coletivas**. Curitiba: Juruá. 2006. p. 43.

¹⁸BUZUID, A. **Agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1956 apud DIDIER JÚNIOR, F. **Curso de direito processual civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1. 11. ed. 2009. p. 186.

¹⁹THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 67.

²⁰BRASIL. Lei No 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em 02/abr/2015.

²¹Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial.

²²CÂMARA, A. F. **Lições de Direito Processual Civil**. Volume I. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 125.

²³Nota-se que, para a aferição da legitimidade, não importa saber se é verdadeira ou não a descrição do conflito por ele apresentada. Isso constituirá o próprio julgamento de mérito. A aferição da legitimidade

A legitimidade será, então, exclusiva quando puder ser exercida por uma única e determinada pessoa, e concorrente quando houver mais de uma pessoa legitimada (por exemplo, no caso de litisconsórcio). Será isolada quando o legitimado puder agir sozinho, e conjunta quando houver a necessidade da formação do litisconsórcio. Legitimação ordinária é aquela constatada já da inicial, a derivada é aquela decorrente de transferência, como ocorre, por exemplo, na sucessão processual. A legitimação total diz respeito a todo o processo, e a parcial, a algum incidente.

Entretanto, cumpre ressaltar que a principal distinção é aquela feita entre legitimação ordinária e extraordinária. Essa classificação tem como base a relação entre o objeto do processo e o legitimado.

A legitimação ordinária “decorre de uma simetria que deve haver entre os titulares da relação jurídica de direito material subjacente à demanda e da relação jurídica de direito processual”²⁴. Assim, a legitimação ordinária é aquela em que o legitimado é o próprio titular do objeto do processo. A legitimação extraordinária, também chamada de substituição processual, é uma situação excepcional que ocorre quando alguém pleiteia em juízo um direito alheio, mas em nome próprio.

Cumpre ressaltar que o legitimado extraordinariamente atua no processo como parte, não como representante do substituído (a representação processual ocorre quando uma pessoa discute em juízo um direito alheio em nome alheio, diferentemente da substituição, que é em nome próprio).

Embora atue como parte, como não é o titular do direito discutido, não poderá o substituto dele dispor, tendo, portanto, apenas os poderes relativos à gestão do processo. De acordo com Teori Albino Zavascki: “[...] não substitui o titular na relação de direito material, mas sim e apenas na relação processual. Como consequência, ao substituto é vedado praticar qualquer ato que, direta ou indiretamente, importe em disposição do direito material tutelado”²⁵.

Ainda que não atue diretamente em juízo, os efeitos da decisão proferida em processo conduzido pelo substituto atingem também o substituído (legitimado ordinário). De acordo com Thereza Alvim, “em havendo a legitimação extraordinária, aquele que não participou do processo é alcançado pela decisão judicial e pela coisa julgada material, que sobre ele recairá”²⁶.

Também não se confunde a substituição processual com a sucessão processual, que ocorre quando um sujeito sucede outro no processo. O sucessor age no processo em nome próprio, pois tem legitimação ordinária (é titular do direito discutido), adquirida através da sucessão.

A legitimação extraordinária autônoma é aquela que permite a atuação do substituto independente da participação do titular do direito, sendo exclusiva quando só o legitimado extraordinário puder figurar como parte (o legitimado ordinário, nesse caso, poderia atuar como assistente litisconsorcial). Será concorrente quando houver mais de um legitimado extraordinário.

processual antecede logicamente o julgamento do mérito.”(WAMBIER, L. R. (coord.), TALAMINI, E., ALMEIDA, F. R. C. **Curso avançado de processo civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1. 10. ed. - revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2008, p. 161).

²⁴WAMBIER, L. R. (coord.), TALAMINI, E., ALMEIDA, F. R. C. **Curso avançado de processo civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1. 10. ed. - revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2008, p. 264.

²⁵ZAVASCKI, T. A. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: RT, 2006, p. 76.

²⁶ALVIM, T. **O direito processual de estar em juízo**. São Paulo: RT, 1996. p. 89.

3 A legitimação ativa nas ações coletivas

O instituto da legitimação é um dos mais polêmicos dentro do estudo do direito processual coletivo, tendo em vista o caráter individualista do sistema clássico trazido pelo Código de Processo Civil.

No Brasil, optou-se por atribuir legitimação através da lei a alguns entes, por meio de um rol considerado taxativo.²⁷ Para Humberto Dalla Bernardina de Pinho:

[...] a legitimação nas ações coletivas é de natureza política, por ter sido uma opção do legislador não admitir a legitimidade do interessado, do sujeito da relação de direito material, como ocorre rotineiramente nos Estados Unidos, por exemplo [...]. Ao se considerar como política essa legitimidade, surge a necessidade de se justificar tal opção pelo legislador.²⁸

Verifica-se, assim, a existência de três correntes para a definição da natureza jurídica do instituto:

a) Legitimação ordinária: proveniente de um conceito amplamente difundido em países do exterior, que determina que as formações sociais (associações, sindicatos, etc.) tem interesse para postular em juízo, desde que respeitem seus objetivos institucionais.

No Brasil, essa corrente foi defendida por Kazuo Watanabe, que procurou dar uma interpretação mais abrangente ao artigo 6º do CPC, buscando permitir que essas formações sociais ajuizassem ações em nome próprio, defendendo os seus próprios interesses.

Assim, nas palavras de Watanabe “Parece-me que é possível interpretar-se o art. 6º do Código de Processo Civil com maior abertura e largueza, extraindo-se de seu texto a legitimação ordinária das associações e outros corpos intermediários, que sejam criados para a defesa de interesses difusos”.²⁹

Entretanto, entende-se que essa teoria não deve prevalecer, uma vez que reduziria a participação nas ações coletivas, pois traria “irrefutável a necessidade da pesquisa em torno das finalidades estatutárias dos entes que se afirmaram legitimados para agir em juízo”³⁰, o que dificultaria o efetivo ajuizamento de uma ação coletiva.

Freddie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. afirmam que essa teoria não pode ser transplantada para nosso ordenamento, que foi desenvolvido seguindo uma orientação diferente da dos países que a adotam. Eles trazem como exemplo o artigo 24 da Constituição Italiana, que diz que “todos podem recorrer em juízo para proteger os próprios direitos e interesses legítimos”. Assim, como apenas há a previsão da legitimação ordinária e da tutela dos direitos individuais, não seria possível, dentro da

²⁷SILVA, S. L. **Elementos das ações coletivas**. São Paulo: Método, 2004. p. 77.

²⁸PINHO, H. D. B. Direito individual homogêneo e a legitimidade do Ministério Público: visão dos tribunais superiores. **Revista da escola da magistratura do estado do Rio de Janeiro**. v. 7, n. 26. Rio de Janeiro, 2004. p. 166.

²⁹WATANABE, K. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir**. Revista de Processo n. 34, 1984. p. 200.

³⁰BUENO, C. S. “**A legitimidade ativa no mandado de segurança coletiva CF/88, art. 5º, LXX**”. Revista de Processo. São Paulo, RT, 1997, nº 88, p. 195.

sistemática do ordenamento italiano, a defesa dos interesses coletivos em nenhum outro sistema.³¹

Já no Brasil, como há na Constituição a previsão da defesa dos direitos individuais e coletivos, tal teoria não se mostra a mais adequada para o nosso sistema.

b) Legitimação autônoma: criada a partir da teoria do direito de condução do processo, surgida na Alemanha³², que prega que o referido direito tem bases “na autorização, pelo direito objetivo, à condução do processo por um terceiro que não tenha relação com o direito material deduzido em juízo (pelo menos não uma relação direta que consubstancie necessariamente um interesse jurídico)”³³

No Brasil, tal corrente teve origem com o advento da Lei da Ação Civil Pública, do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição Federal de 1988. Um dos maiores defensores dessa linha de pensamento é Nelson Nery Júnior. O doutrinador salienta:

Tenta-se justificar a legitimação do Ministério Público, por exemplo, como extraordinária, identificando-a com o fenômeno da substituição processual. Na verdade o problema não deve ser entendido segundo as regras da legitimação para a causa com as inconvenientes vinculações com a titularidade do direito material invocado em juízo, mas sim à luz do que na Alemanha se denomina de legitimação autônoma para a condução do processo [...] instituto destinado a fazer valer em juízo os direitos difusos, sem que se tenha de recorrer aos mecanismos de direito material para explicar a referida legitimação.³⁴

Alessandra Mendes Spalding, por outro lado, acredita que a escolha do sistema utilizado para a tutela das demandas coletivas a respeito de direitos individuais homogêneos é o que determinará o modelo de legitimação adotado. Caso utilize-se do referencial do sistema tradicional da tutela individual, tratar-se-á de legitimação extraordinária. Se, por outro lado, entender-se que as ações coletivas devem ser estudadas em um sistema próprio, a legitimação deverá ser classificada como autônoma.³⁵

c) Legitimação extraordinária: ocorre, como já exposto, quando alguém defende em juízo um direito alheio, em nome próprio. Essa é a corrente majoritária na doutrina atualmente. Nesse sentido, se pronuncia Teori Albino Zavascki:

Considerada a natureza transindividual dos direitos tutelados, não há como, em ação civil pública, imaginar a hipótese de legitimação ativa ordinária de que trata o 6º do CPC, ou seja, a legitimação pessoal de quem se afirma titular do direito material. Tratando-se de direitos difusos ou coletivos (=sem titular determinado), a legitimação ativa é exercida, invariavelmente, em regime de substituição processual: o autor da ação defende, em nome próprio, direito de que não é titular. Pode-se afirmar, por isso mesmo, que esse regime, de natureza extraordinária no

³¹DIDIER JÚNIOR, F., ZANETI JÚNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil: Processo coletivo**. v. 4. Salvador: Juspodivm. 2009. p. 192-193.

³²ROCHA, L. V. **Ações coletivas: o problema da legitimidade para agir**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 132.

³³ZANETI JÚNIOR, H. **A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico**. Videre, Dourados. Ano 2, n. 3, p. 101-116, jan./jun. 2010. p. 108.

³⁴NERY JÚNIOR, N. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2004, p. 156.

³⁵SPALDING, A. M. **Legitimidade ativa nas ações coletivas**. Curitiba: Juruá. 2006. p. 64.

sistema comum do processo civil, é o regime ordinário na ação civil pública.³⁶

Barbosa Moreira foi o autor que liderou a defesa da substituição processual na tutela coletiva³⁷, afirmando ainda que tal substituição não precisaria estar expressamente prevista em lei, podendo ser depreendida do próprio sistema.³⁸

De *lege lata*, será talvez possível, em determinados casos, contornar o óbice do art. 6º do Código de Processo Civil, desde que se reconheça que neles o que se põe em jogo é algo distinto da mera soma dos interesses individuais: um interesse *geral* da coletividade, qualitativamente diverso e capaz de merecer tutela como tal.³⁹

Defende-se a visão de que tal legitimidade extraordinária é concorrente (uma vez que existem diversos entes e pessoas legitimados para a propositura) e disjuntiva (pois a legitimidade de um não é exclusiva, não impedindo a tutela do direito por outro legitimado).

Cumprе ressaltar ainda que todos os tipos de direito coletivo *lato sensu* podem ser tutelados através da legitimação extraordinária, e não só os individuais homogêneos, como pregam os defensores da teoria da legitimação autônoma.

Entende-se que a posição mais adequada é a que defende a utilização da teoria da legitimação extraordinária para a tutela jurisdicional coletiva, uma vez que se trata, de fato, de um legitimado defendendo em juízo, em nome próprio, um direito alheio, além do fato que os efeitos da decisão proferida afetarão os substituídos.

4 Controle judicial da representatividade adequada e sua aplicabilidade no Brasil

Em relação aos possíveis legitimados ativos no âmbito da tutela coletiva, embora seja presente no ordenamento a possibilidade da atuação individual (no caso da ação popular), a legitimidade de corpos intermediários ganha o maior destaque, sendo o caso nas demais ações coletivas.

Prevalece o entendimento de que a legitimidade ativa para defesa dos direitos transindividuais se dá por meio da substituição processual, ou legitimação extraordinária. A partir disso, e tendo por base a doutrina americana, passou-se a discutir como seria feita a escolha desses substitutos. O Brasil optou por indicar na lei, expressamente, o rol dos legitimados.

³⁶ZAVASCKI, T. A. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: RT, 2006, p. 76.

³⁷ZANETI JÚNIOR, H. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico. **Videre**, Dourados, MS, ano 2, n. 3, p. 101-116, jan./jun. 2010. p.104.

³⁸ARMELIN, D. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo: RT. 1979, p. 203.

³⁹“O Direito brasileiro, à semelhança do Direito italiano vigente, conquanto tenha colhido o instituto da substituição processual, o fez negativamente, de forma que a ocorrência efetiva de substituição será sempre excepcional, só nos casos em que a lei expressamente o admita. Conseqüentemente, devemos advertir liminarmente, há que se afastar a idéia da chamada substituição processual voluntária, que, na doutrina do Código de 1939, era, por alguns admitida. [...] Entretanto, pode-se admitir a substituição processual mesmo que não venha expressamente no texto legal, mas quando deflua do sistema [...] A palavra lei, no art 6º, deve ser entendida como sistema, no que se compreende decreto, lei complementar, etc.” (ALVIM, J. M. Código de Processo Civil comentado. São Paulo: RT. 1975. p. 426).

Assim, são três as técnicas de legitimação mais utilizadas em ações coletivas e que foram adotadas no Brasil: 1) legitimação do particular (qualquer cidadão, por exemplo, na ação popular, Lei 4.717/1965); 2) legitimação de pessoas jurídicas de direito privado (sindicatos, associações, partidos políticos, por exemplo, mandado de segurança coletivo, art. 5º, LXX, CF/88); ou 3) legitimação de órgãos do Poder Público (MP, por exemplo, a ação civil pública, Lei 7.347/1985).⁴⁰

Ocorre que há divergência doutrinária acerca da possibilidade de o magistrado, na análise do caso concreto, realizar um controle concreto sobre a representatividade adequada, como no sistema adotado no sistema das *class actions* norte-americano. Entende-se por representatividade adequada:

[...] uma qualidade apresentada pelo representante que atuará em nome da sociedade ou do grupo na defesa de interesses de ordem coletiva, qualidade essa identificada como a possibilidade da defesa eficiente e tenaz dos interesses envolvidos, seja no âmbito social, administrativo ou judicial.⁴¹

No sistema das *class actions* norte-americano, a legitimação tem por base a “adequada representação”⁴². O controle da representação é feito pelo juiz, que, no caso concreto, dá oportunidade para os membros das classes ou categorias se manifestarem contra a pessoa ou entidade que pretende representá-los, podendo, inclusive, optar por sair da classe, para não ser afetado pelo julgamento. Caso a legitimação seja confirmada pelo juiz, a coisa julgada material terá efeitos *erga omnes*, atingindo todos os membros da coletividade em questão, uma vez que estarão todos adequadamente representados.

Há aqueles que acreditam que não é dever do juiz confirmar a legitimação de determinado ente, uma vez que o rol de legitimados já foi delimitado pela lei (que seria, portanto taxativo).

Há quem afirme que, no Brasil, para a averiguação da legitimidade coletiva, é suficiente o exame do texto de lei. Não poderia o magistrado, por exemplo, afirmar que um ente legalmente legitimado não tem, em determinado caso, o direito de conduzir o processo. Para esta doutrina, o legislador teria estabelecido um rol legal taxativo de legitimados, firmando uma presunção absoluta de que seriam “representantes adequados”, não cabendo ao magistrado essa avaliação. A verificação da

⁴⁰DIDIER JÚNIOR, F., ZANETI JÚNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. v. 4. Salvador: Juspodivm. 2009. p. 196.

⁴¹FORNACIARI, F. H. C. **Representatividade adequada nos processos coletivos**. 2010. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. 2010. p. 48-50

⁴²“Conforme visto ao se analisar as regras das *class actions* do direito norte-americano, o quarto pressuposto de admissibilidade para toda *class action*, qual seja o preenchimento do requisito da **adequacy of representation**, previsto na alínea (a)(4) (‘the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class’), destaca-se em razão dos efeitos subjetivos da coisa julgada, já que a decisão proferida na *class action* atingirá a todos que estiverem enquadrados na classe, *wheter favorable or not*.” (LENZA, P. **Efetividade do Processo Coletivo**. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo. 2002. p. 181).

adequacy of representation seria tarefa do legislador. A legitimação coletiva seria, pois, *ope legis*.⁴³

Entende-se, entretanto, que tal averiguação feita pelo juiz é necessária, de forma a determinar se o pretense legitimado efetivamente reúne todas as condições para uma representação adequada.⁴⁴

Assim, analisando-se o artigo 82, §1º do Código de Defesa do Consumidor, que determina que “O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”, bem como a exigência do reconhecimento da indisponibilidade e da relevância social dos direitos individuais homogêneos para a tutela dos mesmos pelo Ministério Público, infere-se que a análise da representatividade adequada não é alheia à sistemática da tutela coletiva brasileira, ainda que sua aplicação seja muito mitigada⁴⁵. Fredie Didier Jr. afirma, inclusive, que a consagração legislativa da necessidade desse controle é uma tendência, tendo em vista sua importância.⁴⁶

Esses vários exemplos, atrelados às regras principiológicas que ilustram as ações coletivas e ao novo papel assumido pelo magistrado nas sociedades de massa conduzem à conclusão de que o sistema pátrio permite ao juiz, seguindo a tendência da legislação alienígena, o controle sobre a **representatividade adequada** dos legitimados ativos, devendo indeferir o processamento de lides quando flagrantemente temerárias ou se verificada a representatividade inidônea e inadequada.⁴⁷

Hermes Zaneti Júnior defende, assim, que o controle da representação deve ser feito em duas etapas: verificação da autorização legal para o referido legitimado e, posteriormente, o controle *in concreto* pelo juiz, que deve aferir, motivadamente, os

⁴³DIDIER JÚNIOR, F. **O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC)**. In: MAZZEI, R. e NOLASCO, R. D. (coord.). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 96.

⁴⁴“O ponto é que, no processo coletivo, a maior parte das pessoas atingidas pelo resultado da contenda não figuram como partes. Assim sendo, é de primeira importância assegurar que, apesar de os interessados não atuarem diretamente no feito, sejam eles efetivamente representados na demanda, tendo, portanto participação delegada a efetivos representantes de seus interesses.” (SCARPARO, E. **O controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil**. Disponível em <http://www.posbaiana.com.br/files/OK_-_representatividade_adequada.pdf> Acesso em 03/out/2015.

⁴⁵Contudo, a análise da representatividade adequada nos Tribunais brasileiros tem restado adstrita à questão da pertinência temática, pois se verifica apenas o critério legal, ou seja, se o objeto a ser tutelado enquadra-se dentre os fins institucionais ou sociais daquele legitimado, não se fazendo qualquer perquirição a respeito dos outros critérios, como seriedade, aptidão, atuação na defesa dos direitos envolvidos. Dessa forma, mesmo quando nomeada representatividade adequada pelos Tribunais, a aferição dá-se apenas em níveis de pertinência temática formal (FORNACIARI, F. H. C. **Representatividade adequada nos processos coletivos**. 2010. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. 2010. p. 59.).

⁴⁶DIDIER JÚNIOR, F. **O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC)**. In: MAZZEI, R. e NOLASCO, R. D. (coord.). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 97.

⁴⁷LENZA, P. **Efetividade do Processo Coletivo**. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo. 2002. p. 185.

pressupostos e critérios⁴⁸ que garantam a adequada representação dos direitos pleiteados:

Como se defendeu, a análise da representação adequada deverá ocorrer em duas fases. Na primeira, “verifica-se se há autorização legal para que determinado ente possa substituir os titulares coletivos do direito afirmado e conduzir o processo coletivo”; na segunda, “o juiz faz o controle in concreto da adequação da legitimidade para aferir, sempre motivadamente, se estão presentes os elementos que asseguram a representatividade adequada dos direitos em tela”. Entendemos que, justamente neste segundo momento, deverá o juiz proceder na verificação da legitimação conglobante, isto é, se estão presentes os elementos indicativos de que haverá adequada representação pelo legitimado sem que este esteja contrariando o ordenamento jurídico e a finalidade da tutela coletiva.⁴⁹

Cumprido ressaltar que, ainda que o juiz decida pela ilegitimidade da parte, isso não significa a extinção do processo coletivo, ou a não tutela do direito pleiteado, pois, como a legitimidade é concorrente e disjuntiva, o processo será conduzido por outro dos colegitimados, mais apto para a defesa do direito do caso concreto.

5 A questão da legitimidade ativa no Novo Código de Processo Civil

Para se adentrar na questão acerca da legitimidade ativa no processo coletivo no Novo Código de Processo Civil, torna-se necessário, preliminarmente, realizar um apanhado geral sobre a forma pela qual a tutela coletiva foi disciplinada pelo novo diploma, para que, a partir dessa análise inicial, se possa aferir se a promulgação do Novo Código trouxe alguma alteração real no objeto de estudo do presente excerto, qual seja, a legitimidade ativa no processo coletivo.

É sabido que o processo civil clássico, na forma pela qual é disciplinado pelo Código Buzaid, não se mostra completamente adequado para tutelar as demandas coletivas, por ser um código, notadamente, individualista.

⁴⁸“Há diversos critérios para a verificação da representatividade adequada. Um pode servir de exemplo: exige-se que exista um vínculo de afinidade temática entre o legitimado e o objeto litigioso. A jurisprudência do STF deu a este vínculo o nome de ‘pertinência temática’. Esse critério seria um, dentre vários, para a averiguação da adequação do legitimado coletivo. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado por Ada Pellegrini Grinover, consagra essa possibilidade de controle judicial da legitimação coletiva, nos seguintes termos: Art. 20, §1º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como: a - a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; b - seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c - sua conduta em outros processos coletivos; d - coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; e - o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe. §2º Aplicar-se ao Ministério Público, exclusivamente, o disposto na alínea ‘d’ do parágrafo 1º deste artigo.” (DIDIER JÚNIOR, F. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC). In: MAZZEI, R. e NOLASCO, R. D. (coord.). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 97-98).

⁴⁹ZANETTI JÚNIOR, H. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico. **Videre**, Dourados, MS, ano 2, n. 3, p. 101-116, jan./jun. 2010. p. 113.

E isso se dá em virtude do fato do processo coletivo possuir diversas peculiaridades em relação ao de cunho individualista, a começar pela regulamentação, que se encontra dispersa em vários diplomas legais, como por exemplo seu objeto, consistente em direitos difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, a legitimidade *ad causam*, a qual é atribuída, mediante lei a entidades que não são titulares do direito discutido em juízo, assim como os mecanismos de formação da coisa julgada coletiva e sua extensão ou transporte ao plano individual.⁵⁰

Indagando sobre a possibilidade de correção dessas falhas pelo NCPC, Ada Pellegrini Grinover aduz:

Esperava-se, então, que o Novo Código de Processo Civil viesse suplementar essa lacuna legislativa, no entanto, a escolha política dos redatores e dos parlamentares que se ocuparam do anteprojeto e projetos do novo Código de Processo Civil foi no sentido deste restringir sua disciplina ao processo individual, deixando intacto o minissistema de processos coletivos, constituído principalmente pela Lei da Ação Civil Pública e pelas disposições processuais do Código de Defesa do Consumidor.⁵¹

Isso se dá, principalmente, porque referido diploma se mostra omissivo no que concerne a disciplina da tutela coletiva, não dispondo de um livro, uma seção, ou sequer um capítulo para disciplinar essa importante modalidade de proteção aos direitos que extravasam a esfera individual.⁵² Sobre o tema, Ada Pellegrini Grinover aduz que “o NCPC realiza algumas remissões ao instituto da tutela coletiva, como por exemplo, no incidente de resolução de demandas repetitivas, melhor explorado no tópico seguinte, e alargou também a atuação do Ministério Público, dispondo expressamente que este atuará em litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana, demandas que envolvem direitos, notadamente, transindividuais.”⁵³

No entanto, a problemática se verifica no fato de o novo código ainda não ter sido capaz de se livrar da sombra do individualismo presente no Código Buzaid, no sentido em que não se debruçou expressamente na tutela desses direitos, e por consequência, acabou por manter o principal defeito de seu antecessor: o conservadorismo, e seguiu o modelo de códigos superados, ao se restringir a disciplinar conflitos individuais, sem ao menos uma abertura adequada à tutela coletiva de interesses e direitos que, por sua própria natureza, só podem ser tratados coletivamente e, erroneamente, têm recebido tratamento individual.⁵⁴

6 O incidente de resolução de demandas repetitivas e sua inadequação na tutela

⁵⁰DONIZETTI, Elpidio. **Entrevista- Processo Coletivo.** Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/processo-coletivo/6436>> Acesso em 10/0ut/2015.

⁵¹GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Projeto de novo CPC e sua influência no minissistema de processos coletivos: a coletivização dos processos individuais.** Disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?novo-cpc-2>> Acesso em 10/out/2015.

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid.

⁵⁴GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Projeto de novo CPC e sua influência no minissistema de processos coletivos: a coletivização dos processos individuais.** Disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?novo-cpc-2>> Acesso em 10/out/2015.

dos direitos transindividuais

O Novo CPC, desde o anteprojeto apresentado ao Senado pela Comissão de Juristas por este nomeada, previu um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. Por este, torna-se cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente, efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.⁵⁵

Ou seja, por meio deste incidente, o magistrado, ao se atentar para a potencialidade de uma determinada relação jurídica, submetida à apreciação do Judiciário, possa originar processos repetitivos, poderão as partes, o juiz, o MP ou a Defensoria Pública requerer que o tribunal aprecie a tese jurídica, que vincula o juiz, e se torna o direito aplicável a todos os processos individuais em curso, bem como aos que de futuro vierem a ser ajuizados com base na respectiva matéria, no âmbito do respectivo tribunal.⁵⁶

Sobre o incidente, Grinover aduz que “admitido o incidente, o tribunal suspenderá os processos versando sobre a mesma matéria no âmbito da sua circunscrição territorial. Poderão as partes, o MP ou a Defensoria Pública requerer ao tribunal competente para julgar eventual recurso especial ou extraordinário (STJ ou ao STF) que suspenda o curso dos processos individuais que versem sobre a mesma matéria jurídica em todo o território nacional. Julgado o Especial ou o Extraordinário, a decisão proferida no recurso vinculará todos os juízes do país”.⁵⁷

Sobre o objetivo do legislador, na criação do instituto aqui em análise, destaca-se ainda referida autora ao dizer:

O intuito do legislador, com essa criação inédita, foi a de tentar amenizar o problema da ausência de tutela integral à demanda coletiva. No entanto, esse incidente, nada mais é do que uma técnica (conhecida no exterior como *caso piloto*) para agrupar demandas e julgar algumas delas por amostragem, aplicando às demais, que ficam suspensas, a mesma tese (exclusivamente de direito). Todavia, as ações ainda são individuais e as decisões, embora uniformes, só operam *inter partes*. É uma técnica que visa à celeridade e à uniformidade de decisões, mas ainda não se trata de verdadeira *coletivização* e nenhuma influência essa técnica exerce sobre o minissistema de processos coletivos.⁵⁸

Em síntese, embora vise a agilização do julgamento das demandas de massa, sobretudo os processos que versem sobre direitos individuais homogêneos, o incidente difere do processo coletivo. Ou seja, o incidente minimiza, mas não resolve o problema da multiplicidade de processos idênticos que, nos dias atuais, tem se mostrado como um dos sérios entraves à célere prestação jurisdicional.

Da análise até aqui exposta, percebe-se que o NCPC não trará grandes

⁵⁵Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

⁵⁶DONIZETI, Elpídio. **Entrevista- Processo Coletivo.** Disponível em <<http://www.cartafortense.com.br/conteudo/entrevistas/processo-coletivo/6436>> Acesso em 10/Out/2015.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸GRINOVER, Ada Pellegrini. ¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Projeto de novo CPC e sua influência no minissistema de processos coletivos: a coletivização dos processos individuais.** Disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?novo-cpc-2>> Acesso em 10/out/2015.

modificações à tutela das demandas coletivas, já que não inova nessa temática. Sua promulgação, portanto, não trará reflexos no contexto da questão da legitimação ativa até aqui exposta, pelo fato do novo diploma se limitar, tão somente, em prosseguir a tradição de seu antecessor, qual seja, a de se pautar, notadamente, na disciplina do rito procedimental que deverá ser adotado pelo Judiciário na solução das lides individuais trazidas à sua apreciação. Assim, as teorias que eram utilizadas para explanar a legitimidade ativa na vigência do CPC 1973, expostas ao longo do presente artigo, poderão ainda ser aplicadas, sem qualquer prejuízo.

Conclusão.

Da análise de todo o até aqui exposto, percebe-se a importância do estudo da legitimidade ativa nos processos coletivos para a efetiva defesa dos direitos metaindividuais coletivos no Processo Civil Brasileiro.

No âmbito do processo civil individual, a legitimidade ativa tem por base a titularidade do direito material. Assim, ela é subdividida em legitimação ordinária, quando o legitimado é o próprio titular do direito material; e extraordinária, quando direito alheio é pleiteado por outra pessoa, mas em nome próprio. Diferencia-se a legitimação extraordinária da representação processual, que ocorre quando pleiteia-se direito alheio em nome alheio.

Com o regulamento das diversas ações coletivas, passou-se a discutir de quem seria a legitimidade para a sua propositura e qual seria a situação legitimante que justificaria a atuação do autor da ação. Tal discussão surgiu tendo em vista que as teorias clássicas sobre o assunto, notadamente individualistas, não se adequam à sistemática da tutela coletiva.

Optou-se no Brasil por atribuir a legitimidade a alguns entes e pessoas por meio da lei (Ministério Público, associações civis, entidades de classe, sindicatos, entes públicos, pessoas físicas e a Defensoria Pública). São três as teorias que buscam explicar a natureza jurídica do instituto dentro do processo coletivo:

a) Aquela que defende a legitimação ordinária, onde o próprio legitimado (Ministério Público, associação civil ou qualquer outro) seria o titular do direito material tutelado.

Entende-se que tal teoria é inadequada, uma vez que dificultaria muito o ajuizamento de uma ação coletiva, que requereria uma pesquisa sobre as finalidades estatutárias de cada legitimado.

b) A segunda teoria, da legitimação autônoma, defende que a situação legitimante deveria ser desvinculada da relação de titularidade do direito material. Embora busque desvincular a tutela coletiva da individual, criando um sistema próprio para aquela, tal teoria não oferece substituto para a situação legitimante, apenas rejeita a titularidade do direito material.

c) A terceira teoria, que se compreende ser a mais adequada, defende a legitimação extraordinária, uma vez que os legitimados defendem em juízo um direito alheio (pertencente ao grupo, classe ou categoria), mas em nome próprio. Além disso, cumpre ressaltar que os efeitos da decisão da ação coletiva afetarão os substituídos, e não os legitimados.

Tal legitimação é classificada pela doutrina como concorrente, pois é exercida por diversos entes e pessoas, e disjuntiva, de forma que a atuação de um legitimado não impede a dos outros.

Defende-se, assim, que haja o controle da representação feito pelo magistrado no caso concreto, para garantir que o substituto processual reúna todas as condições necessárias para uma representação adequada da classe, categoria ou grupo em juízo.

Face a atualidade do tema, foi realizada uma análise sintética sobre a previsão (ou ausência dela) da tutela coletiva no Novo Código de Processo Civil, e se esta poderia refletir no estudo da legitimidade ativa na demanda coletiva na forma pela qual este é realizado hoje. Do estudo aventado, percebeu-se que o NCPC não se dedica a tutelar os processos coletivos, sendo voltando, majoritariamente, para a tutela dos direitos individuais, gerando modificações, dessa forma, no objeto de estudo do presente artigo.

Referências

ALVIM, E. A. Apontamentos sobre o processo das ações coletivas. In: MAZZEI, R. e NOLASCO, R. D. (coord.). Processo Civil Coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ALVIM, J. M. Código de Processo Civil comentado. São Paulo: RT. 1975.

ALVIM, Theresa. O direito processual de estar em juízo. São Paulo: RT, 1996.

ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo: RT. 1979.

BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual coletivo e direito processual público. v. 2. Tomo III. São Paulo: Saraiva, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Volume I. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008

CINTRA, A. C. A., GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do Processo. 25. ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie, ZANETI JÚNIOR, Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo coletivo. v. 4. Salvador: Juspodivm. 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC). In: MAZZEI, R. e NOLASCO, R. D. (coord.). Processo Civil Coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DONIZETI, Elpídio. **Entrevista- Processo Coletivo.** Disponível em <<http://www.cartafortense.com.br/conteudo/entrevistas/processo-coletivo/6436> > Acesso em 10/0ut/2015.

FREIRE JÚNIOR, A. B. Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada. In: MAZZEI, R. e NOLASCO, R. D. (coord.). Processo Civil Coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos” In: A marcha do processo. Rio de Janeiro: Forense Universitária 2000.

_____. Código de defesa do consumidor comentado. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1998

_____. A tutela dos interesses difusos. São Paulo: Max Limonad. 1984

_____. O Projeto de novo CPC e sua influência no minissistema de processos coletivos: a coletivização dos processos individuais. Disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?novo-cpc-2>> Acesso em 10/out/2015.

LENZA, Pedro. Efetividade do Processo Coletivo. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo. 2002.

_____. Teoria geral da ação civil pública, 2003.

_____. Direito constitucional esquematizado. 17. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos e a legitimidade da Defensoria Pública para as ações coletivas. In: SOUZA, J. A. G. de (coord). **A Defensoria Pública e os processos coletivos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 8. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2004

_____. Código de Processo Civil comentado. 3 ed. São Paulo: RT. 1997.

NERY JR., Nery, NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil em vigor. São Paulo: RT, 2001

ROCHA, L. V. Ações coletivas: o problema da legitimidade para agir. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, S. L. Elementos das ações coletivas. São Paulo: Método, 2004.

SPALDING, A. M. Legitimidade ativa nas ações coletivas. Curitiba: Juruá. 2006.

THEODORO JÚNIOR, H. Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. v. 1. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

Recebido em 10/10/2015

Aprovado em 04/04/2016

