

Ação Individual e Ação Coletiva

O Fenômeno da Unitariedade e a Legitimidade de Agir

Marcelo Daltro Leite

Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

1. INTRODUÇÃO

A ação é um direito¹ público, autônomo e abstrato. Público porque corresponde a "uma situação jurídica de que desfruta o autor perante o Estado"². Autônomo porquanto sua existência não está subordinada à existência do alegado direito subjetivo material objeto da lide. Abstrato em relação à natureza do provimento jurisdicional, isto é, há direito de ação ainda que a sentença seja de improcedência do pedido; não há qualquer vinculação entre o direito de ação e a natureza do provimento jurisdicional.

O exercício do direito de ação está sujeito, no entanto, ao preenchimento de "requisitos básicos, sem cuja presença o órgão jurisdicional não estará em situação de enfrentar o litígio e dar às partes uma solução que componha definitivamente o conflito de interesses"³.

¹ Parte considerável da doutrina entende que a ação não é um direito, mas um poder. A discussão a respeito desta questão não se afigura relevante para o tema em exame neste capítulo de modo a indicar que a mesma deva ser tratada nesta obra.

² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 1979, p. 219.

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 62

A estes requisitos a doutrina tem denominado condições da ação, conceituadas por Arruda Alvim como "categorias lógico-jurídicas, existentes na doutrina e, muitas vezes na lei (como é claramente o caso do direito vigente), mediante as quais se admite que alguém chegue à obtenção da sentença final"⁴.

A legislação pátria, conforme anotado por Arruda Alvim, acolheu as condições da ação nos seguintes termos:

Art. 267 - Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:

....

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

A dicção do texto transcrito parece indicar que a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual seriam exemplos das condições da ação, mas em verdade são os três requisitos genéricos reconhecidos pela doutrina como necessários à emissão de sentença de mérito.

Humberto Theodoro Júnior⁵, discorrendo sobre as condições da ação, esclarece:

Para aqueles que, segundo as mais modernas concepções processuais, entendem que a ação não é direito concreto à sentença favorável, mas poder jurídico de obter uma sentença de mérito, isto é, sentença que componha definitivamente o conflito de interesses de pretensão resistida (lide), as condições da ação são três:

1ª) possibilidade jurídica do pedido;

2ª) interesse de agir;

3ª) legitimidade de parte.

⁴ ARRUDA ALVIM, J.M. *apud* Theodoro Júnior, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: 2005, p. 62

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 63.

As condições da ação são requisitos necessários para que o juiz possa emitir um provimento final de composição da lide. A falta de qualquer destes requisitos impede a solução do litígio e impõe ao julgador a terminação do processo, conforme esclarece Sérgio Bermudes⁶:

Nem sempre é possível ao juiz decidir o mérito. Isso ocorrerá quando faltar algum requisito para que ele desempenhe essa função. Nesse caso, ele repele a iniciativa do autor, declarando, simplesmente, a inexistência de condição para a prestação jurisdicional de composição da lide. Profere, então, uma sentença de encerramento da sua atividade, denominada sentença terminativa, porque, se ela exaure a missão do juiz, não alcança o objetivo nem de prevenir nem de compor a lide.

Alexandre Freitas Câmara⁷, discorrendo sobre o tema, conclui que o termo "condições" não se aplica adequadamente ao instituto em questão; melhor seria a expressão "requisitos do provimento final". Nada obstante a inadequação terminológica, entende que o termo já está consagrado na doutrina e, por tal motivo, deve ser acolhido:

Como afirmamos no tópico anterior, as tradicionalmente chamadas "condições da ação" são, a nosso juízo, requisitos do provimento final. Não se mostra adequada a utilização da designação "condições", uma vez que não se está aqui diante de um evento futuro e incerto a que se subordina a eficácia de um ato jurídico, sendo por esta razão preferível falar em requisitos. Ademais, não parece que se esteja aqui diante de requisitos da ação, pois esta, a nosso sentir, existe ainda que tais requisitos não se façam presentes. Mesmo quando ausente alguma das condições da ação, o que levará à prolação de sentença meramente terminativa, a qual não contém resolução

⁶ BERMUDES, Sérgio. Introdução ao Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 53.

⁷ CÂMARA, Alexandre de Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, v. I, p. 120.

do mérito, terá havido exercício de função jurisdicional, o que revela ter havido exercício do poder de ação. Assim, e considerando que a presença de tais requisitos se faz necessária para que o juízo possa proferir o provimento final do processo (a sentença de mérito no processo cognitivo, a satisfação do crédito no processo executivo, a sentença cautelar no processo dessa natureza), é que preferimos a denominação requisitos do provimento final... É comum encontrarmos em sede doutrinária a enumeração de três condições da ação, freqüentemente designadas legitimidade das partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

A legitimidade das partes é condição da ação que "se configura na simples coincidência entre a situação afirmada (apenas afirmada) pelo autor, ao propor a ação, e o esquema de proteção traçado pela lei"⁸.

O requisito da pertinência subjetiva da ação encontra, de regra, sua adequação na coincidência entre os sujeitos da relação jurídica de direito material e os sujeitos da relação jurídica de direito processual, razão pela qual "entende o doutor Arruda Alvim que estará legitimado o autor quando for o possível titular do direito pretendido, ao passo que a legitimidade do réu decorre do fato de ser ele a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença"⁹.

Esta equação, partes processuais = partes materiais (entendendo partes como sujeitos da relação jurídica), encontra sua afirmação legislativa no art. 6º do Código de Processo Civil:

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

A pertinência subjetiva da ação, quando se determina na coincidência entre os sujeitos da relação jurídica de direito processual e

⁸ BERMUDEZ, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*. Forense: Rio de Janeiro, 2002, p. 54.

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 67.

os sujeitos da relação jurídica de direito material, dá causa à chamada legitimação ordinária.

Pode ocorrer, entretanto, que a legitimação para exercer o direito de ação não se afirme naquela equação, mas em outros critérios previstos em lei, conforme autoriza a segunda parte do art. 6º do Código de Processo Civil, de tal modo que aquele que não é sujeito da relação jurídica de direito material possa, em nome próprio, defender em juízo a posição jurídica de outrem, assumindo a posição de parte na relação jurídica de direito processual.

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes¹⁰, ao tratar da legitimação para agir nas ações coletivas, recorrendo às lições do incomparável mestre Barbosa Moreira, anota:

Mas, por vezes, como leciona José Carlos Barbosa Moreira "em atenção a motivos especiais de conveniência, confere a lei eficácia legitimante à situação subjetiva diversa da que se submete, como objeto do juízo, à apreciação do órgão judicial. Esses casos, que são excepcionais, fundam-se quase sempre na existência de um vínculo entre as duas situações, considerado suficientemente intenso, pelo legislador, para justificar o fato de autorizar-se alguém, que nem sequer se afirma titular da res iudicium deducta, a exigir do juiz um pronunciamento sobre direito alheio".

A condição da ação denominada legitimidade de parte (*legitimatío ad causam*) pode ser, ao menos à luz do art. 6º do Código de Processo Civil, de duas espécies: ordinária e extraordinária.

Desta forma, "havendo coincidência entre a situação legitimante e a causa posta em juízo estar-se-á diante de legitimação ordinária"¹¹. Não ocorrendo tal relação de adequação e existindo hipótese de a lei autorizar que "alguém demande ou venha a ser demandado, em nome próprio, para defender direito que, suposta-

¹⁰ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 240.

¹¹ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 240.

mente, em parte ou no todo, não lhe pertence, a legitimação será extraordinária¹².

O surgimento da ação coletiva produziu na doutrina novas reflexões sobre o instituto da legitimação para agir.

Pedro Lenza¹³ esclarece que "ao que parece, a grande maioria da doutrina posiciona-se pela legitimação extraordinária nas ações coletivas, havendo substituição processual da coletividade. Nesse sentido, destaquem-se Grinover, Dinamarco, Yarshell, Zavaski, Vigliar, Pedro da Silva Dinamarco e Ephraim de Campos Junior".

Vale registrar duas posições na doutrina que rejeitam a tese da legitimação extraordinária.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro¹⁴, discorrendo sobre a legitimação do Ministério Público na ação civil pública, afirma que a mesma é ordinária:

O Ministério Público, como órgão agente no campo cível, promove a ação civil pública, figurando nessa qualidade, como parte principal.

Não se trata de substituição processual, pois a atuação do MP se dá nessa hipótese em nome próprio, defendendo interesse público lato sensu, do qual é titular como órgão do Estado, da própria sociedade como um todo.

Pouco importa que existam, eventual e reflexamente, interesses patrimoniais de pessoas ou grupos, vez que a intervenção do MP não tem por finalidade a defesa desses eventuais direitos patrimoniais, mas antes sua atuação se dá porque o legislador, naquele momento, entendeu que aqueles direitos interessariam diretamente à própria sociedade, politicamente organizada, como verdadeiros direitos sociais.

*A grande linha divisória a possibilitar identificar a atuação do MP como parte na ação civil **lato sensu**, seja como substituto*

¹² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 241.

¹³ LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: RT, 2003, p. 179/180.

¹⁴ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal: promotor natural, atribuição e conflito*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 26-27.

processual (legitimado extraordinário), e, portanto, defendendo direito alheio, seja como parte principal (legitimado ordinário), defendendo direito social, é traçada na medida em que predominem, nos interesses em jogo, respectivamente, o interesse particular de terceiros ou o interesse público da sociedade politicamente organizada. Não pretendemos, neste trabalho, que não tem por escopo analisar a ação civil pública, esgotar o tema; entretanto, reservaremos a expressão ação civil pública como meio de exercício de atividade institucional do MP, como previsto constitucionalmente e, portanto, este, ao exercitá-la, estará agindo sempre como parte principal (legitimado ordinário).

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁵ defendem tese de legitimação autônoma para condução do processo:

A dicotomia clássica legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito. Não poderia ser admitida ação judicial proposta pelos 'prejudicados pela poluição', pelos 'consumidores de energia elétrica', enquanto classe ou grupo de pessoas. A legitimidade para a defesa dos direitos difusos e coletivos não é extraordinária (substituição processual), mas sim legitimação autônoma para a condução do processo.

Barbosa Moreira¹⁶, ao menos em relação à legitimação das associações e dos sindicatos para defesa dos interesses de seus as-

¹⁵ NERY JR., Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil em vigor. São Paulo: RT, 2001, p. 1885.

¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988". *Revista do Processo*. São Paulo: RT, n. 61.

sociados, defende que se trata de "legitimação extraordinária e, portanto, de eventual substituição processual".

A legitimidade de agir nas ações coletivas está restrita ao Ministério Público, à União, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal, às entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor e, finalmente, às associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Este o rol de legitimados previsto no art. 82 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e no art. 5º da Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).

A legislação pátria, conforme anota Kazuo Watanabe¹⁷, adotou a fórmula da legitimação *ope legis*¹⁸, isto é, restrita às hipóteses previstas em lei, sem margem de valoração pelo Juiz de eventual legitimação não prevista em lei. O referido autor preferia a legitimação a partir da idéia da "adequada representatividade", adotando o sistema norte-americano do *ope judicis*.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A ILEGITIMIDADE/LEGITIMIDADE DO INDIVÍDUO PARA AÇÃO INDIVIDUAL DE NATUREZA COLETIVA UNITÁRIA

O exame dos dispositivos legais que delimitam os legitimados ao exercício do direito de ação de tutela coletiva implica em constatação que não pode ser afastada: o indivíduo não tem legitimidade para o exercício de tal direito.

A doutrina procura indicar quais os motivos que levaram o legislador a afastar a legitimidade do indivíduo para a ação coletiva:

"Mas ponderações várias, como as pertinentes ao conteúdo político das demandas, à possibilidade de pressões quanto à

¹⁷ WATANABE, kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 824.

¹⁸ *Ope legis*. Locução latina que significa *por força de lei*, em virtude de lei, cf. Marcus Cláudio Acquaviva, *Dicionário Enciclopédico de Direito*. Brasilense.

propositura e prosseguimento da demanda, à produção de prova adequada e ao prosseguimento destemido nas instâncias superiores, e à necessidade, enfim, de um fortalecimento do autor da demanda coletiva, fizeram com que se excluísse a legitimação individual para a tutela coletiva dos consumidores a título coletivo”¹⁹.

A restrição legal à legitimação do indivíduo na defesa de interesse/direito coletivo, no entanto, não deve ser desde logo acolhida pela doutrina de maneira irrefletida e genérica, sem consideração da natureza em si do direito objeto de lide. Os interesses/direitos, conforme sejam essencial ou acidentalmente coletivos, deverão sofrer tratamento diferenciado em razão da existência ou não de situação plurissubjetiva unitária.

O exame da distinção proposta pelo parágrafo único do art. 81, do Código de Defesa do Consumidor, em termos de interesses/direitos indivisíveis e divisíveis, indica que o fato distintivo entre os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos é a unitariedade da situação em que estão envolvidos aqueles e que falta a estes.

A unitariedade dos interesses/direitos difusos e coletivos *stricto sensu* imporia solução uniforme para todos os envolvidos na situação plurissubjetiva objeto da lide.

A solução uniforme, importa ressaltar ao extremo, não resultaria de um senso de justiça ou de uma necessidade lógica, mas de uma imposição concreta e prática, conforme anota Barbosa Moreira²⁰ em seus estudos sobre o litisconsórcio unitário, instituto de direito processual em tudo semelhante ao, igualmente, instituto de direito processual denominado interesses/direitos coletivos, valendo repetir seu alerta:

São de ordem prática - e não de ordem puramente lógica - as necessidades para cujo atendimento a imaginação do legisla-

¹⁹ WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 815.

²⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 144; *Revista do Processo*. “Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988”. São Paulo: RT, n. 61.

*dor criou o duplo expediente da extensão da **res iudicata** e da unitariedade do litisconsórcio, com seu regime especial...É preciso que a regra jurídica concreta formulada na sentença não possa operar praticamente senão quando aplicada às várias posições individuais.*

Vale definir, nesta quadra, interesse/direito essencialmente coletivo, à luz de sua similitude com o litisconsórcio unitário:

Interesse/direito essencialmente coletivo é instituto de direito processual que visa regular numa só norma jurídica concreta situações pluri-subjetivas unitárias de dimensão coletiva que compreendem um número indeterminado (difusos) ou determinável (coletivos stricto sensu) de pessoas que têm posições jurídicas individuais de tão íntima comunhão em relação a determinado bem, que a solução para a lide deve ser uniforme, do ponto de vista prático, para todos os titulares.

A unitariedade destas situações plurissubjetivas admite afirmação no sentido de que a preservação do direito de um dos interessados é a preservação dos demais, a perda do direito de um é a perda dos direitos dos demais ou, ainda, a modificação do direito de um é a modificação dos direitos dos demais. Em outros termos, se a situação fático-jurídica em exame é plurissubjetiva de natureza unitária, disto resulta que a solução deve ser, não só a mesma para todos, mas deve influir concretamente na situação fático-jurídica de cada indivíduo de modo idêntico.

Hipótese clássica e rica, e por isso mesmo acolhida por parte da doutrina, diz respeito à legitimação para exercer direito de ação para coibir agressão ao meio ambiente. Antes de enfrentar tal questão, parece necessário que se proponham duas indagações que permitirão uma melhor reflexão sobre o tema: 1^a) Poderia um morador ribeirinho propor ação civil pública de obrigação de não fazer (abster-se de poluir) e de fazer a reparação de danos ao meio ambiente em face de empresa que estivesse poluindo o rio que margeia sua propriedade? 2^a) Poderia um morador ribeirinho propor ação indivi-

dual de obrigação de não fazer (abster-se de poluir) e reparação de danos ao meio ambiente em face de empresa que estivesse poluindo o rio que margeia sua propriedade?

A violação ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é, sem sobra de dúvida, uma ofensa que merece tratamento unitário, razão pela qual se cuida de hipótese de interesse/direito essencialmente coletivo, na espécie difuso. A doutrina diverge sobre o tema e as respostas a estas indagações encontram soluções distintas.

Kazuo Watanabe²¹, discorrendo sobre a legitimação do indivíduo para ação coletiva, sustenta:

Pelas regras que disciplinam as obrigações indivisíveis, seria admissível, em linha de princípio, a legitimação concorrente de todos os indivíduos para defesa dos interesses difusos ou coletivos de natureza indivisível. Mas ponderações várias, como as pertinentes ao conteúdo político das demandas, à possibilidade de pressões quanto à propositura e prosseguimento da demanda, à produção de prova adequada e ao prosseguimento destemido nas instâncias superiores, e à necessidade, enfim, de um fortalecimento do autor da demanda coletiva, fizeram com que se excluísse a legitimação individual para a tutela coletiva dos consumidores a título coletivo.

A posição do referido autor parece indicar que não admite a defesa individual de situação plurissubjetiva de dimensão coletiva e de natureza unitária, sem qualquer ressalva na hipótese do titular de direito violado sofrer diretamente a ofensa. As respostas às duas perguntas restariam negativas.

Esta posição expressa incompreensão sobre a dinâmica das situações plurissubjetivas unitárias.

Se o proprietário ribeirinho teve de modo direto (e não reflexamente) violado direito de usar e gozar plena e qualitativamente de sua propriedade em razão de conduta ilícita de vizinho de

²¹ WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 815.

rio acima, parece razoável e jurídico que possa buscar proteção jurisdicional para condenar o culpado em obrigação de não fazer, cessando com a ofensa, e, ainda, para condená-lo na obrigação de fazer, consistente em reparar o dano, obrando para que o meio ambiente seja recomposto ao *status quo ante*. Não admitir o direito de ação é, sem dúvida, uma ofensa ao direito fundamental de acesso à justiça garantido no inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição da República (inafastabilidade do controle jurisdicional).

O interesse/direito indivisível e, portanto, a situação plurissubjetiva unitária que ele busca resguardar por meio de regulação uniforme, não muda sua natureza em razão do *nomen iuris* que se dá à ação ou em razão da legitimação respectiva.

Não resta dúvida de que, se formulados pedidos idênticos em ação coletiva e em ação individual, ambas tendo por objeto a mesma situação plurissubjetiva costurada pelo vínculo da unitariedade, a solução para ambas as ações terá que ser a mesma, pena de antinomia prática a inviabilizar a execução das sentenças. Resulta desta conclusão que negar legitimidade àquele que sofreu de forma direta (e não de forma reflexa) a ofensa ao meio ambiente, sob o fundamento de que a ação tem natureza coletiva e a lei nega tal legitimação ao indivíduo, implica, repita-se, negar efetividade a comando constitucional.

Se é verdade que a legislação infraconstitucional não concedeu ao indivíduo legitimidade para a ação coletiva, não menos verdade é que, se o indivíduo sofre de forma direta (e não de forma reflexa) a ofensa, tem ele o direito de buscar proteção do Judiciário contra a ofensa de que foi vítima.

Esta contradição não ficou despercebida por Gregório Assagra de Almeida, muito embora suas conclusões não sejam plenamente satisfatórias. Sustenta, o referido autor:

O indivíduo, salvo na condição de cidadão, e precisamente nas hipóteses de admissibilidade de ação popular, como foi analisado no item anterior, não é portador de legitimidade ativa provocativa no campo do direito processual coletivo comum. No que tange aos direitos difusos de dimensão individual, tendo em vista que o indivíduo poderá ser atingido diretamente

em sua esfera de direito subjetivo, a Constituição Federal garante-lhe o acesso à justiça (art. 5º, XXXV). Todavia, o que ele irá buscar, via tutela jurisdicional, não é proteção de um direito difuso, cujo titular é uma coletividade de pessoas indeterminadas e indetermináveis, mas de seu direito subjetivo diretamente atingido. A ação, o processo e a coisa julgada, na hipótese pertencem ao direito processual individual; são aplicáveis, assim, as disposições do CPC. O que se nota na hipótese é que, tendo em vista que se trata de um direito cujo bem jurídico tutelado é, no mundo dos fatos, de impossível divisão, a procedência do pedido formulado na ação individual ajuizada poderá atingir, favoravelmente, no mundo dos fatos, provocando até mesmo efeitos análogos aos da procedência do pedido da Ação Coletiva, caso fosse ajuizada, a comunidade de pessoas indeterminadas, titular do respectivo direito difuso. Cita-se como exemplo, a questão ambiental, consoante já salientado em tópico anterior, quando se tratou do objeto do direito processual coletivo.

A posição de Assagra de Almeida, inobstante a excelência de sua obra, guarda, igualmente, incompreensões sobre a natureza dos interesses/direitos essencialmente coletivos, resultando negativa a resposta à primeira pergunta acima formulada, mas afirmativa a resposta à segunda pergunta, embora o resultado prático de ambas as ações venha a ser idêntico.

De início, convém relembrar a opinião defendida pelo autor deste trabalho de que os interesses/direitos coletivos não são direitos de uma coletividade numa perspectiva jurídica de direito material, na medida em que a coletividade (ou a sociedade) não é pessoa e, portanto, não é titular de direitos e de obrigações (embora a sociedade tenha sua existência do ponto de vista da Ciência Política ou da Sociologia); são direitos individuais que, em razão da unitariedade (transindividualidade essencial) ou similitude pela origem comum (transindividualidade acidental), podem ser defendidos conjuntamente pela legitimação extraordinária e regulados concretamente através de tutela jurisdicional coletiva.

Os interesses/direitos coletivos são institutos de direito processual e não institutos de direito material.

Demais, não parece coerente, em vista da unitariedade da situação plurissubjetiva, a afirmação de que o indivíduo, em se tratando de "direitos difusos de dimensão individual", poderá propor ação individual cujo pedido não será a proteção de direito difuso, mas de direito individual. Ora, a proteção de direito individual, ao menos naquilo em que se inserir na posição global, terá efeitos imediatos sobre a situação jurídica individual dos demais integrantes da situação jurídica plurissubjetiva objeto da lide em razão do vínculo da unitariedade a que estão sujeitos. A proteção do direito individual é a proteção do "direito difuso", considerando-se este, na linguagem do autor referido, como aquele de titularidade da coletividade.

A proteção do indivíduo é a proteção do todo ou, melhor, de todos. Barbosa Moreira²², cuidando do litisconsórcio unitário alerta:

O resultado do feito não pode às vezes deixar de produzir-se a um só tempo e de modo igual para todos os titulares situados do mesmo lado. Isso decorre da maneira pela qual essas posições jurídicas individuais se inserem na situação global. Daí haver entre as várias posições individuais uma vinculação tão íntima que qualquer evolução ou será homogênea ou impraticável.

A afirmação de que a ação, o processo e a coisa julgada serão regulados pelas regras do direito processual individual está correta em parte, sobretudo porque a coisa julgada deve ter outro tratamento.

Ora, em se tratando de situação plurissubjetiva costurada pelo vínculo da unitariedade, disto resulta que a coisa julgada terá de se impor a todos os eventuais titulares das relações jurídicas individuais que compõem, no conjunto, a situação global plurissubjetiva.

Não será razoável que, havendo decisão definitiva sobre a cessação da ofensa e sobre a recomposição do meio ambiente, pos-

²² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*, p. 143.

sa outro proprietário ribeirinho ou ente legitimado à ação coletiva propor nova ação veiculando o mesmo pedido. Se assim fosse admitido, qual sentença executar na hipótese de haver variações circunstanciais?

Por outro turno, estaria o indivíduo impedido de exercer seu direito de acesso à justiça porque o objeto da lide é "direito coletivo" para o qual não tem legitimidade, sobretudo porque a coisa julgada teria efeito *erga omnes* sem os cuidados da verificação da adequada representatividade?

Inegáveis as dificuldades para se conciliar o imperativo constitucional do livre acesso à Justiça e os rigores legais sobre a legitimação para ação coletiva quando se cuida de situação sujeita ao vínculo da unitariedade.

3. DUAS PROPOSTAS SOBRE A LEGITIMIDADE ATIVA DO INDIVÍDUO PARA AÇÃO INDIVIDUAL DE NATUREZA COLETIVA UNITÁRIA

Buscando preservar o direito fundamental de acesso à Justiça, duas soluções podem ser adotadas quando se tratar de ação individual que envolva interesses/direitos essencialmente coletivos: 1^a) admitir a legitimidade do indivíduo, ofendido de forma direta em seu patrimônio, para ação individual que veicule pedido de natureza de tutela coletiva e estender a autoridade da coisa julgada, produzida em sede de ação individual, a todas as pessoas legitimadas à propositura de outra ação, individual ou coletiva, em razão do vínculo da unitariedade; 2^a) admitir a legitimidade do indivíduo para ação individual que será processada como ação coletiva, a permitir a intervenção do Ministério Público e de possíveis co-legitimados para ação coletiva (que tivesse a mesma lide por causa de pedir), garantindo-se com isso a certeza da adequada representatividade e a coisa julgada *erga omnes*.

A primeira solução encontra guarida em posição defendida por Barbosa Moreira, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1939, quando respondeu a consulta sobre a possível existência de duas ações de nulidade de patente, ocasião em que defendeu a extensão da coisa julgada a todos os co-legitimados, considerando

que se cuidava de situação sujeita ao fenômeno da unitariedade, pena de decisões contraditórias.

A segunda solução, mais atual e consentânea com a moderna legislação processual pátria, surge neste trabalho como consequência da lição de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes a respeito do tema e que toma por consideração, igualmente, a necessária solução uniforme (unitariedade) para a situação plurissubjetiva objeto da lide.

Examinaremos cada uma das soluções.

Há uma premissa que deve ser considerada antes de se detalharem as soluções acima apresentadas: não é qualquer pessoa que pode propor ação individual que tenha por conteúdo lide com características típicas de ação coletiva.

Tratando-se de interesses/direitos difusos, apenas o indivíduo que tiver sofrido de modo direto a ofensa é que tem legitimidade de agir. Aquele que tiver sofrido a ofensa de modo reflexo não pode propor a ação referida. Retome-se o exemplo anteriormente adotado. A indústria que polui rio ofende o direito de todos a meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da Constituição Federal. A defesa coletiva deste direito constitucionalmente assegurado confere-se, tão-só, àqueles entes do rol do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor e do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública. A possibilidade de defesa individual, no entanto, não está afastada, desde que a ofensa repercuta diretamente no patrimônio jurídico de alguém. Assim, o morador ribeirinho que usa da água do rio para abastecer sua propriedade sofre efeito direto em seu patrimônio a legitimar a propositura da ação individual. De outra sorte, o morador da cidade banhada pelo mesmo rio, embora sofra com a poluição, a ofensa em seu patrimônio é reflexa e não lhe confere legitimidade para ação individual, ficando à espera da iniciativa dos legitimados à ação coletiva. A intensidade da ofensa e o prejuízo causado pela mesma no patrimônio jurídico de cada indivíduo é que vai determinar a legitimidade para a propositura da ação.

Tratando-se de interesses/direitos coletivos em sentido estrito (outra espécie de interesse/direito essencialmente coletivo), a princípio, qualquer integrante do grupo, categoria ou classe pode propor

ação individual tendo por objeto lide com característica de ação coletiva. Exemplo desta hipótese é ação de nulidade de assembléia de acionistas de sociedade anônima. Qualquer acionista tem legitimidade para propor a ação individual, cuja sentença, necessariamente, produzirá, na prática, o mesmo efeito para os demais acionistas.

Estes esclarecimentos fazem-se necessários porque não se afigura coerente a simples afirmação da falta de legitimidade do indivíduo para a ação individual quando esta veicule pedido que tenha natureza de tutela coletiva ou, de igual modo, a afirmação da legitimação com conseqüências apenas na esfera patrimonial do autor do processo. O direito fundamental de acesso à justiça deve ser garantido a toda e qualquer pessoa. Se o indivíduo sofre diretamente o dano tem direito assegurado constitucionalmente de exercer ação para preservação de seu patrimônio. Conciliar, entretanto, seu direito de ação com o resultado unitário do processo é o mister da ciência processual.

Convém registrar o alerta de Nelson Nery Júnior²³ ao discorrer sobre o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (direito fundamental de acesso à justiça):

Embora o destinatário principal desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão.

...

Isto quer dizer que todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. Estão aqui contemplados não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos.

Feitas estas considerações, discorre-se sobre a primeira solução.

²³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2004, p. 130 e 132.

4. A LEGITIMIDADE ATIVA DO INDIVÍDUO PARA AÇÃO INDIVIDUAL DE NATUREZA COLETIVA UNITÁRIA E A EXTENSÃO DA COISA JULGADA AOS DEMAIS COLEGITIMADOS PARA AÇÕES INDIVIDUAIS OU COLETIVAS

Barbosa Moreira²⁴ sustenta que os interesses/direitos essencialmente coletivos sujeitam o processo à disciplina da unitariedade:

Tratando-se de interesses essencialmente coletivos, em relação aos quais só é concebível um regime uniforme para todos os interessados, fica o processo necessariamente sujeito a uma disciplina caracterizada pela unitariedade, com todas as conseqüências de rigor.

Esta mesma disciplina, a unitariedade, norteia o mestre carioca²⁵ na emissão de *opinio* em consulta que lhe foi formulada nos seguintes termos:

Micro Espuma Artefatos de Borracha S/A submete à apreciação consulta que se desdobra em duas indagações:

1ª) Proposta, por um dos interessados, ação de nulidade de patente, influi o resultado do processo no que eventualmente se venha a instaurar, por iniciativa de outro interessado, com o mesmo objeto e fundamento?

2ª) Se, por hipótese, no momento da propositura da segunda demanda, o primeiro processo se acha pendente, em grau de recurso contra a decisão de primeira instância, é oponível ao novo impugnante a exceção de litispendência?

...

A ação de nulidade de patente de invenção integra um grupo muito característico de remédios judiciais. O processo a que

²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos". **Temas de Direito Processual Civil** - terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 196.

²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Declaração de nulidade de patente. Ação proposta por um dos co-legitimados. Extensão subjetiva da coisa julgada. Oponibilidade da exceção de litispendência em segundo processo instaurado no curso do primeiro". **Revista do Ministério Público da Guanabara**, 1969, v. 12, p. 153.

dá origem seu exercício tem por objeto uma situação jurídica que respeita direta e homoganeamente a uma pluralidade de pessoas, de tal sorte que a norma concreta a cuja formação se visa, mediante a emissão da sentença definitiva, só é concebível como norma que se imponha, com igual eficácia, a todas as pessoas.

...

A nota comum a todos estes processos consiste em que o respectivo resultado é impensável como referido apenas a uma das pessoas habilitadas a instaurá-los, pois define uma situação jurídica que, tal qual afirmada ou negada pela sentença, não pode ser senão verdadeiro para todas ou falsa para todas.

...

Costuma-se dizer, então, que o ato impugnado só pode subsistir, por julgar-se válido, em relação à série total dos co-legitimados à impugnação; e se, ao contrário, for tido como defeituoso, só pode anular-se, ou declara-se nulo, em relação a essa mesma série de pessoas, no seu conjunto. A eventualidade oposta levaria a conseqüências não apenas logicamente absurdas, senão praticamente inviáveis.

...

Essa gama de possibilidade suscita o árduo problema processual sobre que versa a consulta. Se o processo se realiza apenas com a presença de um dos co-legitimados, ou de uma parte deles, que influência exerce sobre a posição individual de cada um dos outros, que nele não são (ou não foram) partes?

A alternativa indicada pela abertura do parêntese mostra que a questão necessariamente se desdobra em duas, conforme se tenha em vista processo ainda pendente ou processo já encerrado. Mas a resposta à dupla indagação há de ser, logicamente, inspirada por critério uniforme; o mesmo princípio deve valer para ambas as situações.

...

A unitariedade, concebida como a inevitabilidade de decisão uniforme, ocorre em inúmeros casos nos quais permite a lei

que a demanda seja proposta autonomamente por qualquer dos co-legitimados, sendo certo, por outro lado, que, se estes se litisconsorciarem, uma de duas: ou o pedido é acolhido quanto a todos, ou quanto a todos rejeitado.

...

Ora a índole facultativa desse litisconsórcio enseja a instauração de processos sucessivos, mediante a propositura de ações autônomas, com identidade de fundamento e de objeto, por dois ou mais co-legitimados.

...

Mas um único meio existe de assegurar a uniformidade da solução na hipótese de serem sucessivos os processos: é vincular ao pronunciamento emitido no primeiro deles, e transitado em julgado, os juízes dos eventuais processos subseqüentes. Em outras palavras: ampliar a estes a autoridade da coisa julgada que naquele se constituiu, em ordem a afastar, pela proibição do reexame, a possibilidade de decisões contraditórias.

...

À luz de todo o exposto, assim respondemos às duas indagações em que se desdobra a consulta:

À 1ª - Sim. Ressalvada a hipótese de ter sido o primeiro pedido julgado improcedente apenas por deficiência de prova, a coisa julgada que nele se constitua, valendo em face de todos os co-legitimados, torna inadmissível a ação idêntica proposta por qualquer outro deles.

À 2ª - Sim. A exceção de litispendência é oponível, como o seria, se já encerrado o primeiro processo, a exceção de coisa julgada.

A solução encontrada pelo prof. Barbosa Moreira pode ser aplicada, por similitude de situações, ao processo individual proposto por ofendido de forma direta que tenha por objeto lide de característica coletiva, garantindo seu direito fundamental de acesso à justiça e, ao mesmo tempo, dando tratamento uniforme às demais situações individuais envolvidas na situação pluri-subjetiva global unitária.

Assim como a ação de nulidade de patente, por sua natureza unitária, exige que a sentença produza efeitos em relação a todos os

co-legitimados, ainda que não tenham sido partes, estendendo-se aos processos por estes instaurados a autoridade da coisa julgada, de modo a impedir a revisão da decisão ou, mesmo, decisões contraditórias a respeito de situação plurissubjetiva que exija tratamento uniforme, a *auctoritas rei iudicatae* adquirida pela sentença em processo individual que tenha por objeto lide de conteúdo essencialmente coletivo, em razão da mesma natureza unitária, deve ser estendida aos eventuais processos iniciados pelos co-legitimados, tanto os individuais como os do rol legal para a ação coletiva.

Desta forma, se morador ribeirinho exerce o direito de ação em face de indústria, pedindo a) condenação do réu na obrigação de abster-se de praticar os atos danosos ao rio que margeia a propriedade das partes, b) condenação do réu na obrigação de fazer consistente na reparação do meio ambiente, e vê sua pretensão atendida, a autoridade da coisa julgada adquirida pela sentença neste processo deve atingir, não apenas os processos instaurados pelos demais legitimados individuais (os outros moradores ribeirinhos), mas também, repita-se, pelos legitimados à ação coletiva. Do contrário, firme no alerta do mestre carioca, poderá haver duas ou mais sentenças para solucionar uma única situação, que, ademais, exige tratamento uniforme (unitariedade).

Com efeito, não parece razoável, do ponto de vista prático, que duas ou mais sentenças dêem soluções diversas para a reparação do dano ambiental. Qual delas o réu deverá cumprir? Os juízes de eventuais processos subseqüentes propostos pelo demais co-legitimados devem ficar vinculados à primeira decisão trânsita em julgado a respeito daquela situação global plurissubjetiva de natureza unitária ou podem emitir nova norma concreta para regular a mesma situação?

Razoável supor que a resposta a tais perguntas é no sentido de que os juízes dos processos individuais e coletivos subseqüentes encontram-se impedidos de decidir novamente a questão por força da coisa julgada²⁶.

²⁶ Vale registrar que a sentença proferida em processo individual que tenha por objeto situação de natureza plurissubjetiva unitária provavelmente conterá dispositivo cujos efeitos serão em parte limitados às partes e em parte *erga omnes*. Assim, naquilo que decidir especificamente à situação individual, como a reparação dos prejuízos com a

"A unitariedade, concebida como a inevitabilidade de decisão uniforme²⁷," deve ser o fio condutor a orientar os juízes na admissibilidade da ação individual (ou coletiva) quando a lide que ela veicula tenha natureza de situação plurissubjetiva própria dos direitos essencialmente coletivos e já tenha sido decidida em processo individual anterior.

A autoridade da coisa julgada, importa recordar, seguindo as lições de Barbosa Moreira, deve ser aplicada nas mesmas condições do disposto no art. 18 da Lei n. 4.717/65 (Lei da Ação Popular), cuja orientação foi acolhida também pelo art. 16 da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e pelo art. 103, I e II, da Lei nº 8.78/90 (Código de Defesa do Consumidor), isto é, a coisa julgada que se constituí no processo individual impede a apreciação de nova e idêntica demanda individual ou coletiva, salvo se o primeiro pedido tiver sido julgado improcedente por insuficiência de provas.

Vigoraria, aqui, a eficácia preclusiva pan-processual da coisa julgada em qualquer hipótese distinta da improcedência por falta de provas. A este propósito nos esclarece Barbosa Moreira²⁸:

*Se a decisão é das que só produzem coisa julgada formal, o feito preclusivo restringe-se ao interior do processo em que foi proferido; se é das que geram coisa julgada material, como a sentença definitiva, o efeito preclusivo projeta-se **ad extra**, fazendo sentir-se nos eventuais processos subseqüentes. Daí qualificar-se de pan-processual a eficácia preclusiva da coisa julgada material.*

Curiosamente, em se tratando de ação coletiva, a eficácia preclusiva da coisa julgada se limita ao processo não apenas quando se cuida de sentença terminativa, mas também quando se trata

perda de animal ou de lavoura, terá efeito apenas entre as partes; de outra sorte, naquilo que decidir a respeito da situação plurissubjetiva unitária, terá efeito *erga omnes*.

²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Declaração de nulidade de patente. Ação proposta por um dos co-legitimados. Extensão subjetiva da coisa julgada. Oponibilidade da exceção de litispendência em segundo processo instaurado no curso do primeiro". *Revista do Ministério Público da Guanabara*, 1969, v. 12, p. 153.

²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A eficácia Preclusiva da Coisa Julgada Material no Sistema do Processo Civil Brasileiro". *Temas de Direito Processual* - primeira série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 101.

de sentença de improcedência (mérito) por falta de provas. Fora destas hipóteses a eficácia preclusiva é pan-processual.

A ampliação constitucional das hipóteses de admissão da ação popular, verdadeira ação coletiva de legitimação individual, permitia uma utilização, por analogia, como propôs o mestre carioca, das regras relativas à autoridade da coisa julgada.

Basta que se veja a possibilidade de ação popular para defesa do meio ambiente e da moralidade administrativa, conforme admitido pelo inciso LXXIII, do art. 5º, da Constituição da República, hipóteses não previstas na Lei n. 4.717/65, para se reconhecer que as regras que lhe são pertinentes podem ser utilizadas analogicamente nas ações individuais cujas lides tenham natureza coletiva.

Esta, enfim, a primeira solução, qual seja, admitir, em homenagem ao direito fundamental de acesso à justiça, a legitimidade do indivíduo, ofendido de forma direta em seu patrimônio, para ação individual que veicule pedido de natureza de tutela coletiva e estender a autoridade da coisa julgada, produzida em sede de ação individual, a todas as pessoas legitimadas à propositura de outra ação, individual ou coletiva, em razão do vínculo da unitariedade.

5. A LEGITIMIDADE ATIVA DO INDIVÍDUO PARA AÇÃO INDIVIDUAL DE NATUREZA COLETIVA UNITÁRIA E O PROCESSAMENTO DO FEITO COMO AÇÃO COLETIVA

A segunda solução, elaborada a partir de considerações lançadas por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes²⁹, propõe que a ação individual seja admitida e processada pelo Juiz como ação coletiva, o que implicaria em se admitir de maneira transversa, em determinadas hipóteses, a legitimação individual para ação coletiva:

A situação é completamente diversa em relação aos interesses denominados de "essencialmente coletivos". Os fatores pri-

²⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 255/257.

mordiais da diferenciação, como visto anteriormente, são a indivisibilidade do objeto e a transindividualidade subjetiva. A lesão ou ameaça de lesão, na espécie, não afeta apenas uma única pessoa e a providência judicial, por outro lado, não poderá ser dirigida, igualmente, somente para uma única pessoa ou parte da coletividade, grupo, classe ou categoria.

O caráter "coletivo" reflete, na verdade, esfera de problema que, de maneira mais ou menos ampla, possui dimensão social, repercutindo e mexendo muitas vezes, entretanto, com direitos individuais também agasalhados singularmente. Questões relacionadas ao meio ambiente podem fornecer exemplos incontroversos da existência de uma faixa cinzenta entre o público e o individual, que deve merecer proteção ampla e não restrita, sob pena de serem maculados valores juridicamente amparados. O art. 225 da Constituição, v.g., prevê que "todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

...

Os interesses acima ventilados seriam, mais precisamente difusos. Por conseguinte, a limitação infraconstitucional da legitimação, com fulcro no art. 5º da Lei n. 7.347/85 ou do art. 82 da Lei 8.078/90, estaria apta para excluir os indivíduos ameaçados ou lesados do direito de ação? A resposta parece ser negativa, diante do comando constitucional, inscrito principalmente nos princípios da inafastabilidade da prestação jurisdicional e do devido processo legal.

A ação ajuizada pelo indivíduo, ainda que voltada para a defesa do seu direito à tranqüilidade ou à saúde, refletirá em toda a coletividade, porque demandará solução uniforme, na medida em que não se pode conceber, por exemplo, em termos concretos, que a limitação ou não do barulho, bem como a manutenção ou não das atividades da indústria, produza efeitos apenas em relação ao autor individual.

A impossibilidade lógica de fracionamento do objeto, em tais hipótese, enseja inclusive a dificuldade de diferenciação entre tutela coletiva e individual, demandando, dessa forma, solução comum, ainda que a iniciativa tenha sido individual. E, assim sendo, o melhor talvez fosse, não a denegação pura e simples da admissibilidade de ações propostas por cidadão ou cidadãos, até porque ela já existe, em certas hipóteses, em razão do alargamento do objeto da ação popular, alcançando o próprio meio ambiente, mas a ampliação definitiva do rol de legitimados. As ações receberiam, então, sempre tratamento coletivo compatível com os interesses em conflito. (grifo não existente no original)

A lição de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, a propósito da ampliação do rol de legitimados para que as ações possam receber sempre "tratamento coletivo compatível com os interesses em conflito", pode ser acolhida em dois sentidos: *de lege ferenda*, empreender esforços para que o Congresso Nacional acolha a legitimação do indivíduo e, *de lege lata*, admissão de excepcional legitimação do indivíduo, com o processamento da ação individual como coletiva, permitindo a intervenção do Ministério Público e de eventuais co-legitimados para ação coletiva (que tenha a mesma lide por causa de pedir), para garantir a certeza da adequada representatividade, conferindo-se, ademais, à sentença autoridade de coisa julgada *erga omnes*.

A segunda hipótese é que será objeto de análise.

A legitimação do indivíduo foi rejeitada pela legislação brasileira basicamente por dois motivos, a possibilidade de utilização da ação coletiva como instrumento político ou acordo espúrio e a dificuldade de se aceitar que o juiz pudesse exercer um juízo sobre a legitimação sem critérios objetivos.

Kazuo Watanabe³⁰ esclarece os motivos que, a seu sentir, contribuíram para que a legitimação dos indivíduos fosse repelida pela legislação brasileira:

³⁰ WATANABE, kazuo. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 788 e 815.

Todavia, não se chegou a ponto de legitimar a pessoa física às ações coletivas, talvez pela insegurança gerada pela falta de norma expressa sobre a aferição, pelo juiz, da representatividade adequada.

...

Mas ponderações várias, como as pertinentes ao conteúdo político das demandas, a possibilidade de pressões quanto à propositura e prosseguimento da demanda, à produção de provas adequadas e ao prosseguimento destemido nas instâncias superiores, e à necessidade, enfim, de um fortalecimento do autor da demanda coletiva, fizeram com que se excluísse a legitimação individual para a tutela dos consumidores a título coletivo.

Algumas experiências vividas no campo da ação popular, que tem sido utilizada, com alguma freqüência, como instrumento político de pressão e até de vindita, serviram também para o perfilhamento da opção legislativa mencionada.

Os temores que justificaram a negativa da legitimação individual não guardam coerência com o texto constitucional. O uso da ação popular como instrumento de pressão política ou de vindita, fato reconhecidamente verdadeiro, não impediu o legislador constituinte de ampliar o rol de bens que podem ser defendidos por meio desta ação constitucional, acrescentando, entre aqueles previstos na Lei. 4.717/65, o meio ambiente e a moralidade administrativa. A contradição é evidente, pois se o constituinte ampliou as hipóteses de utilização da ação popular para permitir que o cidadão possa defender os interesses da coletividade, cumpria ao legislador ordinário, não só regular adequadamente os critérios de legitimação desta ação, a fim de impedir seu uso indevido, como outorgar ao indivíduo, na orientação do constituinte, legitimação para qualquer outra ação coletiva, a ela estendendo os mesmos critérios da ação popular. O legislador pátrio não obrou em nenhum dos dois sentidos.

A legitimação do indivíduo para a ação coletiva ainda suscita certa perplexidade que alguns anteprojetos de código de processos coletivos procuram superar, sobretudo a partir da experiência e da legislação norte-americanas.

O anteprojeto Ada Pellegrini Grinover/USP³¹ (art. 19) propõe que a adequada representatividade do indivíduo para legitimar-se no pólo ativo de processo coletivo seja aferida a partir de três fatores: 1º) credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; 2º) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos; 3º) sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado.

O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América (art. 2º, § 2º) e o anteprojeto Aluisio Gonçalves de Castro Mendes/Unesa-UERJ (art. 8º, § 1º) propõem que, na análise da representatividade adequada, o juiz deva analisar: 1º) a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; 2º) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; 3º) sua conduta em outros processos coletivos; 4º) a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; 5º) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

Os requisitos do Código Modelo e do anteprojeto Aluisio/Unesa-UERJ são mais amplos que os do anteprojeto Ada/USP porque submetem a legitimidade à coincidência entre os interesses do legitimado e o objeto da demanda, fato que em muito afasta a possibilidade de se constituírem em nossas plagas os profissionais de demanda coletiva.

Toda esta discussão em torno da legitimação e da representatividade adequada do legitimado, em especial em relação ao indivíduo, demonstra a importância de se examinar com acuidade a ação individual que, em razão do fenômeno da unitariedade, veicula pedido de tutela coletiva.

³¹ O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e os anteprojetos Aluisio/Unesa-UERJ e Ada/USP encontram-se publicados na seguinte obra: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord). **Tutela Coletiva - 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 7, 48 e 286. O anteprojeto Aluisio/Unesa-Uerj resultou de exame do projeto Ada/Usp feito pelos alunos de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes nos mestrados da Universidade Estácio de Sá e na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, dando origem a um novo texto. O anteprojeto Ada/USP publicado na obra acima mencionada resultou de trabalho desenvolvido pela Prof.^a Ada Pellegrini Grinover com seus alunos no curso de pós-graduandos da USP, tendo contado com sugestões oferecidas por Aluisio Mendes a partir das conclusões obtidas nos debates realizados nos cursos de mestrado da Unesa e na UERJ.

Caso a legislação pátria venha a acolher, no futuro, legitimação individual para ação coletiva, vale indagar se a falta daqueles requisitos antes transcritos poderá impedir que o indivíduo, ofendido de forma direta em seu patrimônio, exerça o direito fundamental de ação quando esta veicule pretensão de natureza coletiva em razão do vínculo da unitariedade?

A questão da adequada representatividade que, de início, em razão da incompreensão do legislador, vedou a legitimação individual, poderá, ao final, manter esta vedação se o indivíduo não preencher os requisitos da lei?

Poderá negar-se legitimação ao indivíduo que, na reação a ofensa direta a seu patrimônio, manejar ação de conteúdo coletivo em razão da indivisibilidade de seu objeto?

Parece que os anteprojetos acima referidos não consideraram a hipótese em exame, de sorte que se a legislação acolher a legitimação individual para ação coletiva, a ação individual com reflexo na esfera coletiva ainda será motivo de perplexidade.

Diante desse quadro, a solução de se acolher legitimidade de agir do indivíduo para ação individual com conteúdo coletivo, mas submetendo o processo aos rigores do rito da ação coletiva (o que implica em admitir excepcional legitimação individual para ação coletiva), afigura-se coerente do ponto de vista sistemático e resolve o dilema que envolve o direito fundamental de acesso à justiça e o risco de ações propostas por pessoas sem capacidade, experiência ou ética.

A submissão do processo individual ao rito do processo coletivo tem o fundamental benefício de permitir que o Ministério Público e outros co-legitimados para a ação coletiva (que tivesse a mesma lide por causa de pedir) intervenham no feito e garantam, de certa forma, a adequada representatividade.

Parte considerável da doutrina e da jurisprudência tem negado a legitimidade do Ministério Público para defesa dos interesses/direitos individuais homogêneos (acidentalmente coletivos) que não sejam decorrentes de relação consumerista, mas há unanimidade de que, em se tratando de direitos difusos e coletivos (essencialmente coletivos, em relação aos quais incide o fenômeno da unitariedade), tem o *Parquet* legitimidade por presunção constitucional.

Hugo Nigro Mazzilli³² leciona que:

De parte do Ministério Público, o interesse de agir é presumido. Em outras palavras, quando a lei confere legitimidade para intervir, presume-lhe o interesse. Ou, como diz Salvatore Satta, "o interesse do Ministério Público é expresso na própria norma, que lhe permitiu ou conferiu o modo de atuar".

Gregório Assagra de Almeida³³, por seu turno, esclarece:

O perfil constitucional do Ministério Público, como instituição vocacionada para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, revela que, na defesa dos interesses massificados, este atua legitimado por um princípio constitucional, que constitui o princípio da presunção constitucional de legitimidade pela afirmação de direito.

Nesta linha de conta, por força de sua legitimidade presumida para ações que veiculem lide de natureza coletiva, o Ministério Público, ainda que intervindo sem a qualidade de parte principal do processo, garantiria a adequada representativa.

A Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), no § 1º do art. 5º, determina que o Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

Esta intervenção do Ministério Público, que já se prevê em lei para as ações coletivas, poderá, naturalmente, por analogia, ser ampliada para que o *Parquet* intervenha nas ações individuais que veiculem lide de natureza coletiva em razão da unitariedade.

Não haveria, nesta linha de raciocínio, grandes inovações, mas se permitiria que as demandas propostas por indivíduos sofressem um controle de Instituição cujo mister é a representação da sociedade no processo.

³² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: RT, 1991, p. 134.

³³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 515/516.

Ademais, o processamento do feito como ação coletiva abriria a possibilidade da intervenção de co-legitimados na qualidade de litisconsortes, em especial os entes coletivos, o que garantiria a participação de outros interessados na solução do litígio, conforme permitido pelo art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85).

Este pluralismo ativo da ação coletiva atende ao grau de importância que tal demanda pode ter para a sociedade ou parte dela, o que motivou Rodolfo de Camargo Mancuso³⁴ a afirmar:

A solução intermediária exsurge, naturalmente, como a mais indicada na espécie. Os interesses difusos, pelo fato mesmo de sua natureza, pedem uma legitimação...difusa, a ser reconhecida, em sede disjuntiva e concorrente aos cidadãos, per se ou agrupados em associações, e, bem assim, aos entes e órgãos públicos interessados racione materiae, aí incluído o Ministério Público.

Assim, o problema da representatividade adequada, que envolve o anseio por um processo coletivo apto a produzir um resultado socialmente adequado, restaria resolvido no processo individual que veicula lide de natureza coletiva em razão da unitariedade, não só pela participação do Ministério Público, como pela possibilidade de litisconsórcio entre o indivíduo e os entes coletivos legitimados para ação coletiva que tivesse por causa de pedir a mesma lide.

Por fim, processando-se o feito pelo rito da ação coletiva, a sentença proferida em tal processo teria, não apenas eficácia sobre todas as situações individuais inseridas na situação plurissubjetiva global, o que já seria natural e próprio do fenômeno da unitariedade, mas a respeito dela haveria a possibilidade de se constituir coisa julgada *erga omnes*, em razão do disposto no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública³⁵.

³⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos*. São Paulo: RT, 2000, p. 225.

³⁵ Vale registrar, novamente, que a sentença proferida em processo individual que tenha por objeto situação de natureza plurissubjetiva unitária provavelmente conterà dispositivo cujos efeitos serão em parte limitados às partes e em parte *erga omnes*. Assim, naquilo que decidir especificamente à situação individual, como a reparação dos prejuízos com a perda de animal ou de lavoura, terá efeito apenas entre as partes; de outra sorte, naquilo que decidir a respeito da situação plurissubjetiva unitária, terá efeito *erga omnes*.

A solução proposta por Barbosa Moreira para as ações sujeitas ao fenômeno da unitariedade restaria absorvida pela presente solução de se submeterem as ações individuais que veiculem pedido de natureza coletiva ao rito das ações coletivas.

O processamento da ação individual pelo rito da ação coletiva implica em se admitir que, excepcionalmente, o indivíduo tem legitimidade para ação coletiva, porque é isso que ocorrerá na prática quando, ofendido de forma direta em seu patrimônio jurídico, proponha ação individual que veicule pedido de tutela coletiva em razão do vínculo da unitariedade a que fica submetida a situação plurissubjetiva global em que se insere a situação individual do autor da ação.

Esta solução é adequada para superar o conflito entre o direito fundamental de acesso à justiça (direito fundamental de ação) e a falta de legitimidade individual para ação coletiva, fato que ocorre no atual estado da legislação, como para superar o conflito entre o direito fundamental de acesso à justiça e a falta de representatividade adequada, fato que poderá ocorrer se aprovado anteprojeto que admita a legitimidade do indivíduo, mas a submeta ao preenchimento de certos requisitos, sempre que se cuidar de violação direta (não reflexa) a direito individual vinculado a situação plurissubjetiva global costurada pelo fenômeno da unitariedade. ☐