



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A legitimidade Ativa do Indivíduo para Ação Individual de Natureza Coletiva e a extensão da
Coisa Julgada

Paulo Roberto Teixeira Ribeiro

Rio de Janeiro
2010

PAULO ROBERTO TEIXEIRA RIBEIRO

A legitimidade Ativa do Indivíduo para Ação Individual de Natureza Coletiva e a extensão da
Coisa Julgada

Artigo Científico apresentado à Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como
exigência para obtenção do título de Pós-
Graduação.

Orientadores: Profa. Kátia Araújo
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2010

A LEGITIMIDADE ATIVA DO INDIVÍDUO PARA AÇÃO INDIVIDUAL DE NATUREZA COLETIVA E A EXTENSÃO DA COISA JULGADA

Paulo Roberto Teixeira Ribeiro

Graduado pela Universidade Cândido Mendes - Centro. Advogado.

Resumo: O presente trabalho visa a abordar a legitimidade do indivíduo em propor ação individual com natureza coletiva unitária. No ordenamento não há previsão expressa atribuindo legitimidade ao indivíduo para deflagrar processo coletivo, salvo em ação popular, que possui objeto restrito não abrangendo com efetividade a tutela coletiva. A essência do trabalho é defender a legitimidade do indivíduo com base no acesso à justiça e a ofensa direta ao seu patrimônio, abordando a extensão da coisa julgada nessas ações, abordando, ainda, os principais aspectos quanto ao Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo, especialmente, no tocante a representatividade adequada.

Palavras-chave: Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos; exercício do direito de ação; legitimidade; ofensa ao direito subjetivo do indivíduo; direito fundamental ao acesso à Justiça; coisa julgada; anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.

Sumário: Introdução. 1. Origem da Tutela Coletiva. 2. Dos Direitos Coletivos, Difusos e Individuais Homogêneos. 3. Princípios Processuais aplicáveis a Tutela Coletiva. 3.1. Princípio do Devido Processo Legal. 3.2. Princípio da Efetividade. 3.3. Princípio da Adequação. 3.4. Princípio da Adequação. 4. Exercício do Direito de Ação. 5. Considerações Iniciais sobre a Legitimidade e Ilegitimidade do Indivíduo em propor Ação Individual de Natureza Coletiva e sua Divergência. 6. Legitimidade Ativa do Indivíduo para propor Ação Individual de Natureza Coletiva. 6.1. Princípio do Acesso à Justiça. 6.2. Legitimidade do Indivíduo. Representatividade Adequada. 6.3. Legitimidade do Indivíduo. Ofensa direta ao seu Patrimônio. 7. Coisa Julgada. 8. Coisa Julgada na visão do Anteprojeto. 9. Conclusão. Referência.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda a possibilidade de ser conferida a legitimidade ao indivíduo propor ação individual de natureza coletiva. Para tal, fundamenta-se no Direito Constitucional ao acesso à justiça e na ofensa direta ao direito do indivíduo, tendo ele o direito de buscar a proteção do Judiciário contra a ofensa de que foi vítima. A ampliação constitucional das hipóteses de admissão da ação coletiva de legitimação individual permite a aplicação das regras relativas a autoridades da coisa julgada, estendendo seus efeitos a todas as pessoas legitimadas a propositura da ação individual em razão do vínculo da unilateralidade.

Assim, resta saber, se acolhendo a legitimidade de agir do indivíduo para a ação individual com conteúdo de coletivo, resolve o problema que envolve o direito fundamental de acesso à justiça e à falta de representatividade adequada.

Busca-se apresentar os motivos para que seja aceita a legitimidade do indivíduo em propor ações individuais de natureza coletiva quando são afetados diretamente pelo dano e os efeitos da coisa julgada decorrente das sentenças proferidas em tais ações.

Objetiva-se trazer à tona a discussão sobre a legitimidade do indivíduo em promover ação individual com natureza coletiva e a autoridade da coisa julgada, levando-se, ainda, em consideração as mudanças propostas nos anteprojetos do Código Brasileiro de Processo Coletivo.

Resta-se saber se, mesmo com as mudanças propostas no anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo haverá problemas na legitimação ativa dos indivíduos nas ações individuais com conteúdo de direito coletivo, ou aos indivíduos será atribuída plena e irrestrita capacidade para postular em juízo direito coletivo que lhe atingiu diretamente.

1. ORIGEM DA TUTELA COLETIVA

Os direitos coletivos vêm ganhando maior posição de destaque no ordenamento jurídico, fazendo com que juristas e aplicadores do direito observem com maior preocupação e cuidado os interesses coletivos

No ordenamento jurídico, o primeiro instrumento de tutela coletiva veio tratado na Constituição da República 1934, que previu a ação popular, legitimando qualquer cidadão a pleitear a anulação dos atos lesivos ao patrimônio dos entes da federação.

A Ação Popular foi regulada pela Lei 4.717/65, trazendo bases sólidas e seguras para a tutela de interesses coletivos. Porém, inicialmente, o objeto da Ação Popular era limitado, tutelando, apenas, as matérias concernentes ao patrimônio público e à moralidade administrativa, não abrangendo a tutela dos demais direitos coletivos.

Assim, a Ação Popular, permanecia subordinada às ilegalidades provenientes da conduta comissiva ou omissiva do poder público.

Já com o advento da Lei 7.347/85, que regulou a Ação Civil Pública, passou a tutelar o meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor estético, artístico, histórico, turístico e paisagístico, e com as alterações introduzidas no artigo 1º da referida lei, passou a admitir a tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo, inclusive decorrentes de ações privadas.

Foi com a promulgação da Constituição de 1988, que a defesa de todos os direitos difusos e coletivos foi elevado a nível constitucional, trazendo em vários dispositivos a tutela dos interesses coletivos, tais como: legitimação ao Ministério Público para promover a ação civil pública e privilegiando a defesa do consumidor (art. 5º, XXI), criação do mandando de

segurança coletivo, com a legitimação dos partidos políticos, dos sindicatos e das associações legalmente constituídas em funcionamento há pelo menos um ano(art.5º, LXX), entre outros direitos tutelados constitucionalmente.

Constituindo o micro-sistema integrado veio a Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, ampliando o âmbito de incidência da lei da Ação Civil Pública, criando uma nova categoria de direitos ou interesses, individuais por natureza, quais sejam, os direitos individuais homogêneos

Deve-se, ainda, mencionar que outras leis esparsas também fazem parte deste micro-sistema, com o objetivo de defender os interesses coletivos, sendo elas a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), Lei Antitruste(Lei nº 8.884/94), Estatuto do Idoso(Lei nº 10.741//03) entre outras.

Por fim, em 2004, surgiu o Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, servindo como base para o Instituto Brasileiro de Direito Processual elaborar o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos.

Tal anteprojeto foi apresentado e entregue ao Ministério da Justiça e, ainda, não foi aprovado.

2. DOS DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Os direitos e interesses coletivos não se referem nem a interesses individuais (privados) nem a interesses do Estado (públicos), mas a interesses de determinados grupos ou corpos intermediários (coletivos), rompendo, nesse sentido, com a rígida divisão entre o

público e o privado. São classificados em três modalidades: interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

As modalidades de direito coletivo estão definidas na lei, especificamente, no artigo 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

O inciso I do referido dispositivo define que direitos ou interesses difusos são aqueles de natureza indivisíveis, em que seus titulares são pessoas indeterminadas e ligadas pela mesma situação fática. Assim, tais direitos têm como características básicas, a indeterminação dos sujeitos, a indivisibilidade do objeto, se posicionando, tais direitos no extremo oposto dos direitos subjetivos.

Os direitos ou interesses coletivos em sentido estrito são conceituados pelo artigo 81, parágrafo único, inciso II, do CDC, como “os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria, ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base”.

Assim, são os direitos coletivos em sentido estrito aqueles cujo sujeitos estão ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, e não por circunstâncias fáticas, como ocorre com os direitos difusos.

Observa-se que os dois primeiros direitos aqui tratados, são, em sua essência, direitos transindividuais, ou seja, aqueles direitos que não pertencem a um indivíduo determinado, não podendo ser isolados diante de um único sujeito, e indivisíveis, onde a fruição do bem, por parte de um membro da coletividade, implica, necessariamente, sua fruição por parte de todos. Em razão de tais características, torna-se imperativo que a solução do conflito deve ser a mesma para toda a coletividade.

Apesar das similitudes existentes entre tais direitos, o sistema jurídico, especificamente o Código de Defesa do Consumidor, faz a distinção desses levando-se em conta o elemento subjetivo. Isso porque nos direitos com interesses difusos não há qualquer

vínculo que ligue os membros do grupo entre si ou com parte contrária, sendo os seus titulares indeterminados e intermináveis. Já nos direitos com interesses coletivos há um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por uma relação jurídica-base.

Em contrapartida, os direitos interesses individuais homogêneos são direitos individuais, com pessoas específicas. Desse modo, sendo direitos individuais iguais também admitem proteção coletiva.

Os direitos individuais homogêneos vêm definidos no artigo 81, parágrafo único, inciso III, do CDC, sendo aqueles que possuem origem comum. Assim, os direitos individuais homogêneos são aqueles que têm por base uma mesma circunstância fática, sendo os seus titulares determinados ou determináveis, ponto este que distingue dos direitos difusos.

Desse modo, os direitos individuais homogêneos possuem natureza de direito subjetivo individual complexo, pois são verdadeiros interesses individuais, mas tratados de forma coletiva.

São por esses motivos que se pode afirmar que os interesses difusos e coletivos são ontologicamente coletivos, ao passo que os interesses individuais homogêneos se mostram como coletivos apenas acidentalmente.

Assim, mesmo não sendo os direitos individuais homogêneos definidos como direitos transindividuais, são dignos de um procedimento diferenciado, já que podem ser lesados na relação de massa.

O Anteprojeto do Código de Processo Civil Coletivo no artigo 4º define o que venha a ser os direitos ou interesses difusos, coletivos (*stricto sensu*) e individuais homogêneos, repetindo a redação do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor.

Observa-se que foi mantida a mesma definição mantida pela Lei Consumerista, sendo os interesses ou direitos difusos, aqueles entendidos como os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por

circunstâncias de fato; interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas, entre si ou com a parte contrária, por relação jurídica base e os interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

3. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS APLICÁVEIS À TUTELA COLETIVA

Os direitos coletivos dependem de tutela a eles adequada, caso haja violação, e a esta tutela deve obedecer às peculiaridades do direito material, em cumprimento a Carta Magna.

Nesse sentido, devem ser observados alguns princípios, para que possa chegar à efetivação dos direitos coletivos.

Busca-se aqui trazer alguns dos principais princípios processuais que empregam efetividade a tutela dos direitos coletivos, sem que, para tanto, esteja esgotando-se o assunto.

3.1. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do Devido Processo Legal encontra-se no artigo 5º, LIV, da Constituição de 1988, sendo uma cláusula geral e aberta. O devido processo legal possui duas dimensões, sendo elas: processual e outra substancial.

A dimensão processual, também, chamada de formal ou procedimental é aquela que abrange o conjunto de garantias necessárias para o efetivo exercício da jurisdição, tais como,

juiz natural, contraditório, motivação. No que tange à dimensão substancial, esta ligada ao princípio da proporcionalidade.

Veja que o devido processo legal influi decisivamente na vida das pessoas e nos seus direitos, assim, o processo devido é aquele efetivo, tempestivo e adequado, de onde derivam os princípios processuais da efetividade, tempestividade, adequação

3.2. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

O princípio da efetividade, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição de 1988, é aquele que impõe que os direitos sejam implementados e efetivados, garantindo uma prestação jurisdicional efetiva. Não basta para esse princípio que o direito seja reconhecido, mas que seja efetivo.

Na perspectiva dos direitos coletivos, o princípio da efetividade, garante a concretização dos direitos e garantias fundamentais, pois não se permite, no Ordenamento Jurídico, a autotutela.

Esse princípio possui estreita relação com o princípio da adequação.

3.3. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO

Neste devem ser observados três critérios: adequação objetiva, adequação subjetiva e adequação teleológica.

A adequação objetiva é aquela em que o processo deve ser adequado ao direito material tutelado. A adequação subjetiva, esta ligada aos sujeitos que farão parte do processo, sendo, portanto, legitimados, para figurar como parte na demanda. Por fim, a adequação teleológica, é aquela em que o processo deve ser adequado aos fins que almeja.

Assim, o princípio da adequação é o mecanismo que busca satisfazer direitos de natureza diversa da individual, buscando concretizar os direitos coletivos.

Observa-se que o princípio da adequação também funciona para que o legislativo, produza leis de procedimento e processual para que o juiz possa aplicar com efetividade ao caso concreto.

Assim, é esse princípio um norte para a adequação técnica processual as necessidades do direito material.

3.4. PRINCÍPIO DA TEMPESTIVIDADE

No que se refere à tempestividade ou duração razoável do processo, com previsão no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição de 1988, importa na duração do processo de acordo com o uso racional do tempo processual, isto é, sem dilações inúteis e meramente procrastinatórias.

Desse modo, entre todos os princípios processuais que permeiam a tutela coletiva, tem-se que os princípios aqui abordados, são o que tornam possível, a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos através de todas as espécies de ações e procedimentos capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela.

4. EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO

A ação é um direito público, autônomo e abstrato, não havendo qualquer vinculação entre o direito de ação e a natureza do provimento jurisdicional.

Ao exercício do direito de ação, a doutrina estabelece alguns requisitos, sem os quais não é possível órgão jurisdicional enfrentar e solucionar o litígio. São os requisitos para o regular exercício do direito de ação: possibilidade jurídica, legitimidade das partes e o interessa processual.

Desse modo, são as condições da ação requisitos necessários para que o Juiz possa emitir uma sentença, de mérito ou não, compondo a lide, e a ausência de qualquer desses requisitos impede a solução do litígio.

Dentre as condições da ação acima expostas, a legitimidade das partes é assunto de grande importância para o estudo aqui apontado, visto que a legitimidade das partes se configura na simples coincidência entre a situação afirmada pelo autor, ao propor a ação, teoria da asserção, e o esquema de proteção traçado pela lei.

Essa regra está disposta no artigo 6º do Código de Processo Civil, ao estabelecer que ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

O disposto no referido dispositivo legal é a base da chamada pertinência subjetiva da ação, e os sujeitos da relação sendo essa a coincidência entre os sujeitos da relação jurídica de Direito Processual, é a chamada legitimação ordinária.

Não havendo pertinência subjetiva, ou seja, não havendo coincidência entre os sujeitos da relação jurídico material e processual, temos a legitimação extraordinária.

Assim, a legitimidade da parte pode ser de duas formas: ordinária e extraordinária. A ordinária é quando o sujeito está em juízo em nome próprio defendendo direito próprio. Já a legitimidade extraordinária, é aquele que em nome próprio defende direito que não lhe pertence.

Nas ações coletivas tem-se a legitimidade extraordinária, verdadeiro caso de substituição processual. Veja que nesses casos há autorização para alguns legitimados, estabelecidos em lei, que nem sequer se afirma titular da *res iudicata deducta*, a exigir do juiz um pronunciamento sobre direito alheio.

No tocante à legitimidade para a propositura das ações coletivas esta restrita ao Ministério Público, a União, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal, as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica e as 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.

Assim, a legislação estabeleceu a legitimação *ope legis*, isso é, restrita às hipóteses previstas em lei, sem qualquer elasticidade do rol dos legitimados para propor as respectivas ações coletivas.

Desse modo, nas ações coletivas, o legitimado não é o sujeito da relação jurídica de direito material, ingressando em juízo para defender posição jurídica de outrem, havendo substituição processual.

Assim, há nas ações coletivas, a chamada legitimação extraordinária, havendo substituição processual da coletividade pelos legitimados elencados na lei.

5. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A LEGITIMIDADE E ILEGITIMIDADE DO INDIVÍDUO EM PROPOR AÇÃO INDIVIDUAL DE NATUREZA COLETIVA E SUA DIVERGÊNCIA

Em análise, aos dispositivos legais que estabelecem os legitimados ao exercício do direito de ação de tutela coletiva, verifica-se que o indivíduo não tem legitimidade para o exercício de tal direito.

O rol dos legitimados para a propositura de ações coletivas *lato sensu* encontra-se no artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, bem como no artigo 82 do CDC. Assim, possuem legitimidade para ingressarem com as respectivas ações coletivas: o Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações, esta última obedecida os requisitos estabelecidos na Lei acima mencionada.

Assim, é concorrente, autônoma e disjuntiva a legitimidade para ingressar com as ações de conteúdo coletivo, isto é, que visem a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, pois cada um dos co-legitimados pode propor a ação quer conjuntamente, quer isoladamente.

O cidadão é, em regra, proibido pelo ordenamento jurídico em ingressar com um processo coletivo, salvo quando for o caso de ação popular, que como já mencionado, anteriormente, apresenta objeto restrito para seu cabimento, não tutelando de maneira efetiva e geral os direitos coletivos.

Os interesses e direitos, sejam difusos ou coletivos, deverão sofrer tratamento diferenciado em razão da existência ou não de situação plurisubjetiva unitária. O próprio artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor, indica que a distinção 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 dessas situações plurisubjetivas admite a formação 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.

A violação ao meio ambiente é um grande exemplo do exposto acima, pois aqui a legitimação para exercer direito de ação resulta na mesma situação fático-jurídica para todos os indivíduos, afetando-os de maneira idêntica. Veja que o meio ambiente é em sua essência coletivo, na espécie difuso.

Mazzilini(2006), leciona que o cidadão pode propor ação popular, com vistas a proteger o meio ambiente, assumindo caráter coletivo idêntico de uma ação civil pública, que, em via de regra, não é legitimado para deflagrar.

Observa-se que os direitos coletivos não são direitos de uma coletividade, visto que esta não é sujeita de direitos e de obrigações, são na verdade direitos individuais, que por serem transindividuais ou derivados de uma origem comum, são defendidos através de tutela jurisdicional.

Conforme leciona Barbosa Moreira(1972),“ o resultado do feito não pode as vezes deixar de produzir-se a um só tempo e de modo igual para todos os titulares situados do mesmo lado.”

Assim, mesmo se tratando de um bem jurídico indivisível, a procedência do pedido formulado na ação individual ajuizada poderá atingir toda a coletividade, gerando efeitos similares com o pedido de procedência da Ação Coletiva.

Veja, no entanto, que a legitimação do indivíduo, conforme exposto acima, foi rejeitada pelo ordenamento jurídico, tendo como principais fundamentos, a possibilidade de utilização da ação coletiva como instrumento político de pressão e vingança e a dificuldade do

juiz em exercer um juízo de legitimação dos indivíduos para o ingresso das respectivas ações, isso é, a falta de critérios objetivos.

Porém, a negativa da legitimação individual para propor a ação de conteúdo coletivo, salvo ação popular, esbarra com o próprio texto constitucional, conforme, veremos no próximo título.

6. LEGITIMIDADE ATIVA DO INDIVÍDUO PARA PROPOR AÇÃO INDIVIDUAL DE NATUREZA COLETIVA

Como fundamento para a legitimidade ativa do indivíduo para propor ação individual de natureza coletiva, temos os seguintes princípios:

6.1. PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

O referido princípio encontra-se previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição de 1988, estabelecendo que nenhuma lesão ou ameaça de direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário.

Busca-se com esse princípio do acesso à justiça não tão somente a tutela de um direito social fundamental, mas também a possibilidade de que todos, mesmo os menos favorecidos, tenham seus interesses devidamente tutelados, sendo, portanto, viável que um maior número de pessoas possam demandar e defender-se de maneira adequada, sem quaisquer restrições em função da natureza da causa.

Assim, qualquer pessoa, independente se pessoa natural ou jurídica, tem direito de se socorrer ao Poder Judiciário para ter seu direito salvaguardado, não se esgotando, portanto, o acesso à justiça, numa concepção individualista.

As demandas coletivas obedecem, com perfeição, ao escopo do princípio do acesso à Justiça, pois através desta ocorre a defesa de interesses que, em muitos casos sob a perspectiva da ação individual, não almejariam sucesso ou simplesmente seria esquecidos.

É mediante esse princípio que decorre a possibilidade, segundo o autor deste trabalho, da pessoa natural ingressar com ação individual com natureza coletiva unitária, pois a deflagração desse processo coletivo pelo indivíduo, leva a ampliação da efetividade do acesso a justiça.

Ressalta-se, pois, que ampliar o rol dos legitimados para ingressar com as respectivas ações coletivas, é permitir a um cidadão que foi lesado em seu direito, difuso, coletivo ou individual homogêneo, participe no deslinde processual, atuando efetivamente na solução da demanda.

6.2. LEGITIMIDADE DO INDIVÍDUO. REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA

Na esteira de não poder se permitir que o indivíduo tenha um direito seu violado, coletivo ou individual, e não lhe seja assegurada a tutela, em violenta afronta ao princípio do acesso à Justiça, a expansão do rol dos legitimados para deflagrar processos coletivos é tendência, como se verifica no Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América e nos anteprojetos do Código Brasileiro de Processo Coletivo.

Como principal solução para ter preservado o direito fundamental do acesso à Justiça, buscou-se o requisito da representatividade adequada, previsto no Direito Norte-Americano no âmbito federal, pela Regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure*.

A representatividade adequada no direito Norte-Americano é aquela que confere ao indivíduo legitimidade ordinária concorrente – *real party in interest* -, buscando tutelar interesse próprio e, ainda, como “*representative*” dos membros componentes de toda a categoria da qual faz parte.

Assim, a *class action* do sistema norte-americano pressupõe a existência de um número elevado de titulares individuais no plano substancial, possibilitando o tratamento processual unitário e simultâneo de todas elas, através do ingresso de uma única pessoa da classe em juízo, independentemente de autorização específica ou de consenso unânime da classe representada.

No ordenamento jurídico pátrio, a legitimidade para deflagrar o processo coletivo não pertence aos titulares do direito afirmado individualmente considerados, não existindo aqui, o requisito da representatividade adequada para que os legitimados possam ajuizar uma ação civil pública.

Porém, mesmo que o ordenamento processual não preveja expressamente a representatividade adequada, o seu controle pelo judiciário não é vedada, com base no princípio constitucional do devido processo legal.

Buscando-se a preservação do acesso à justiça, poderia o Juiz verificar a representatividade adequada do indivíduo que ingressa com ação de natureza coletiva unitária, isto é, admitir a legitimidade do indivíduo, ofendido de forma direta em seu patrimônio, ingressar com ação individual com pedido de natureza de tutela coletiva.

Apesar de a representatividade adequada não vir expressa no ordenamento jurídico é possível vislumbrá-la quando da legitimação das associações, pois essas somente podem

deflagrar o processo coletivo quando preenchidos dois requisitos: a) pertinência temática – requisito indispensável, que corresponde à finalidade institucional compatível com a defesa judicial do interesse; b) pré-constituição há mais de um ano – requisito que o juiz pode dispensar por interesse social, conforme a dimensão ou as características do dano, ou conforme a relevância do bem jurídico a ser defendido (artigo 5º, V, alínea a e b, da Lei da Ação Civil Pública).

O Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, bem como o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, prevê a representatividade adequada, garantindo ao indivíduo legitimidade para ingressar com ação individual com natureza coletiva unitária, no sentido de democratizar o acesso à Justiça.

Assim, prevê o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos expressamente que são legitimados concorrentemente para a ação coletiva qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato. (art.3º, I)

Porém, a ampliação do rol dos legitimados, estabelece requisitos específicos para a propositura da demanda coletiva, visando, assim, a um controle, em concreto, quanto à seriedade, viabilidade e importância da demanda coletiva que se pretende propor, falando-se, assim, expressamente para o Ordenamento Jurídico Processual Pátrio a representação adequada, prevista no Artigo 2º, parágrafo 2 do Anteprojeto do Código de Processo Coletivo Brasileiro.

Observa-se que o conceito de representatividade adequada possui parâmetros concretos para sua aferição, possibilitando o seu controle efetivo pelo Poder Judiciário, impedindo o ingresso de ações coletivas por pessoas que não tenham capacitação.

No entanto, a representatividade adequada, instituto capaz de conferir legitimidade ativa legal ao indivíduo ingressar com a ação individual de natureza coletiva unitária, ainda, não foi implementada em nosso ordenamento jurídico pátrio.

Assim, buscando a efetiva prestação jurisdicional com base no acesso à justiça devem ser adotadas outras medidas como veremos a seguir.

6.3. LEGITIMIDADE DO INDIVÍDUO. OFENSA DIRETA AO SEU PATRIMÔNIO

Sendo o acesso à justiça um direito fundamental, deve ser atribuída a legitimidade ao indivíduo para ingressar com ação individual com conteúdo de coletiva, quando for ofendido de forma direta em seu patrimônio, estendendo, ainda a autoridade da coisa julgada, a todas as pessoas legitimadas, individual ou coletiva.

Observa-se que a legitimidade não deve ser conferida a qualquer indivíduo, mas aquele que sofre diretamente a ofensa, como por exemplo, o pescador ribeirinho que ingressa com uma ação individual com obrigação de fazer consistente na recuperação do meio ambiente contra uma indústria que esta poluindo o rio.

Veja que o que se permite é a legitimidade do indivíduo que sofreu ou sofre de maneira direta a ofensa e não daquele que sofre de forma reflexa, como voltando ao exemplo dado acima, um morador da cidade que é banhada pelo mesmo rio que esta sendo poluído, por mais que também esteja sendo prejudicado, a ofensa ao seu patrimônio é reflexa, não lhe sendo, portanto, conferida legitimidade para ação individual com aquele conteúdo.

Assim, para aferição da legitimidade do indivíduo para o ingresso de ações individuais com natureza coletiva, deve ser levando em consideração o efetivo dano ao patrimônio daquele, de forma direta e não reflexa.

Cabe mais uma vez destacar que o direito fundamental de acesso à justiça deve ser garantido a todo e qualquer pessoa, assim, se um indivíduo sofre diretamente o dano tem o direito assegurado constitucionalmente de exercer ação para preservação de seu patrimônio, mesmo sendo esta de conteúdo coletivo unitário.

7. DA COISA JULGADA

A coisa julgada pode assumir as seguintes formas: a) coisa julgada *pro et contra*; b) coisa julgada *secundum eventum litis* e c) *secundum eventum probationis*.

A coisa julgada *pro et contra* é aquela que se forma independente do teor da decisão judicial, sendo a regra geral. Na coisa julgada *secundum eventum litis*, se a ação for julgada improcedente, ela poderá ser novamente intentada, pois a decisão ali proferida não produzirá coisa julgada material.

Por fim, a coisa julgada *secundum eventum probationis*, é aquele que se faz em razão da suficiência ou não das provas. Assim, a coisa julgada só fará efeitos materiais se a ação for julgada improcedente, após ter si exaurido todos os meios de prova, caso contrário, havendo insuficiência de provas não se operará a coisa julgada material.

7.1. COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

No que se refere à coisa julgada nas ações coletivas *lato sensu*, não se obedece ao disposto no artigo 472, do CPC, em que prevê que o efeito da coisa julgada só fará efeitos entre as partes do processo.

Quando se tratar da tutela de direitos e interesses coletivos *lato sensu*, essa se operará com efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, havendo, assim uma ampliação dos limites subjetivos e objetivos da coisa julgada, conforme dispõe o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.

A coisa julgada na tutela dos direitos difusos opera efeitos *erga omnes*, isto é, seus efeitos abrangem a todos. Aqui, ocorre a coisa julgada *secundum eventum probationis*, dependendo do sucesso da prova, pois se o pedido for julgado por insuficiência de provas, não impedirá que haja a propositura de ação individual com o mesmo conteúdo.

Quando a ação tiver conteúdo de direito coletivo *stricto sensu*, se opera o efeito *ultra partes*, isso é, os efeitos vão além das partes do processo, aplicando-se o disposto no artigo 103, II do CDC. Aqui também a coisa julgada se opera *secundum eventum probationis*.

Já quanto à tutela dos direitos individuais homogêneos, a coisa julgada se opera *secundum eventum litis*, ou seja, só fará efeitos *erga omnes* em caso de procedência da ação, atingindo, assim, pessoas que não tenham sido formalmente partes no processo.

Nesse sentido, sendo caso de improcedência do pedido, aqueles que não foram partes do processo poderão ingressar com ação autônoma (artigo 103, parágrafo 2º, do CDC), evitando a ofensa ao acesso à Justiça, bem como que o ofendido seja prejudicado pela coisa julgada coletiva.

Segundo Barbosa Moreira (1984), tratando-se de interesses essencialmente coletivos, fica o processo necessariamente sujeito a uma disciplina caracterizada pela unitariedade, com todas as consequências de rigor.

Assim, segundo os ensinamentos de Barbosa Moreira(1984), deve ser dado um tratamento uniforme as situações individuais que possuem conteúdo de natureza coletiva, de modo a impedir a revisão da decisão ou mesmo decisões contraditórias.

Veja que em observância ao princípio do acesso à justiça, conforme já sustentado, não se pode impedir que o indivíduo ingresse com ação individual de natureza de tutela coletiva, porém, devem ser atribuídos a essas ações os efeitos inerentes as sentenças proferidas nas ações coletivas, ou seja, *erga omnes* ou *ultra partes*.

Tal aplicação analógica das regras ínsitas às ações coletivas, no que tange aos efeitos da coisa julgada, deve, ainda, servir como fundamento para que o Poder Judiciário admita as ações individuais com natureza de situação plurisubjetiva, impedindo a apreciação de nova e idêntica demanda individual ou coletiva.

8. DA COISA JULGADA NA VISÃO DO ANTEPROJETO DO CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO

A coisa julgada no anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo, encontra-se disposta no artigo 13.

O Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo, prevê expressamente a hipótese de coisa julgada *secundum eventum probationis* que, mesmo ocorrendo sentença de improcedência por suficiência de provas, poderá qualquer legitimado intentar nova ação, com

conteúdo idêntico, no prazo de 2(dois) anos, contados do conhecimento geral da descoberta da prova nova superveniente, independente, da utilização da ação rescisória.

Assim, os efeitos da coisa julgada nas ações coletivas, segundo previsão do referido anteprojeto, não prejudicarão que o indivíduo intente ação individual, no caso de improcedência do pedido na ação coletiva.

Observa-se que o referido anteprojeto põe por fim a discussão sobre a competência territorial quanto aos efeitos da sentença, que conforme estabelecido no artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, com redação dada pela Lei n. 9.494/97, operam nos limites territoriais da competência do órgão prolator.

O artigo 13, parágrafo 4º do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo, prevê a competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*, corroborando a tese de que a referida limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecido no artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública é inconstitucional.

9. CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se a relevância do tema aqui tratado, pois a falta de legitimidade do indivíduo em propor ação de natureza coletiva, quando tem seu patrimônio diretamente violado, ofende ao princípio constitucional do acesso à Justiça.

Apesar de não haver previsão expressa quanto à legitimação do indivíduo para deflagrar o processo coletivo, salvo em ação popular, não se pode negar o acesso daquele à tutela jurisdicional quando há ofensa direta ao seu patrimônio. Observa-se que o Poder

Judiciário não pode impedir que o indivíduo venha a manejar ação de conteúdo coletivo em razão da indivisibilidade de seu objeto.

Não há como se admitir que a legitimação do indivíduo seja rejeitada pela legislação brasileira pela possibilidade de utilização da ação coletiva como instrumento político ou de vingança e pela dificuldade do juiz em poder exercer um juízo sobre a legitimação sem critérios objetivos, que, inclusive, foram expressamente no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo.

O Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo prevê a legitimidade do indivíduo em propor ação de natureza coletiva unitária, estabelecendo requisitos objetivos. Porém, a previsão de tais requisitos abre uma nova discussão, qual seja aquele indivíduo que teve ofendido de forma direta o seu patrimônio, mas que não cumpre os requisitos objetivamente previstos, também não poderá ingressar com a ação coletiva.

São, assim, inegáveis as dificuldades em conciliar o direito fundamental constitucional do acesso à justiça e inafastabilidade da jurisdição e as regras imperativas e tradicionais do Direito Processual Civil, especificamente, quanto à legitimação para ação coletiva na situações de direito coletivo *lato sensu*.

Neste diapasão, o Direito Processual tradicional deve evoluir, passando a atender os anseios de toda a sociedade, se renovando e se adequando às novas necessidades da sociedade, sob o risco de perder grande parte de sua efetividade. Assim, é necessária uma nova utilização dos institutos processuais, especialmente, quanto à legitimidade, atendendo as novas questões sociais que surgem, em que a ampliação constitucional do rol dos legitimados para deflagrar o processo coletivo, deve homenagear o direito fundamental de acesso à Justiça, deixando o magistrado analisar no caso concreto, a representatividade adequada, sem critérios objetivos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000

BRASIL. Lei nº 7.374, de 30 de Setembro 1985.

BRASIL. Lei nº de 10 de Setembro de 1997.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. vol. 4. 6 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podvm, 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). *Ações Constitucionais*. 4ª ed. rev. ampl. e atual. Jus Podium, 2009.

Estados Unidos da América. *Federal Rules of Civil Procedure*

FREDERICO, Alencar. *Noções preliminares sobre o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Setembro, 2007.

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

GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. *Tutela de interesses difusos e coletivos*. 3 ed.ver. São Paulo: Saraiva, 2007 (Coleção sinopses jurídicas; v. 26).

GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2001.

MAZZEI, Rodrigo. “A ação popular e o microsistema da tutela coletiva”. In *Revista Forense*. vol. 394. São Paulo: Forense, 2008, p. 263-280.

MAZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos, conceito e legitimação para agir*. São Paulo: RT, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*. Rio de Janeiro. Forense. 1972

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*. 2 ed. rev., modif. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Ernani Fidelis. *Manual de direito processual civil: processo do conhecimento*. vol. 1. 12 ed. rev. ampl. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2007.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos*. São Paulo: Saraiva, 2008.

ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WATANABE, Kazuo(Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.