

**A LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DAS ASSOCIAÇÕES PARA A
PROPOSITURA DE AÇÕES COLETIVAS: ALGUNS PARÂMETROS PARA UM
MELHOR APROVEITAMENTO DA TUTELA COLETIVA.**

**STANDING TO SUE OF ASSOCIATIONS FOR THE FILING OF CLASS ACTIONS:
A FEW PARAMETERS FOR BETTER RESULTS OF CLASS PROTECTION.**

*Thaís Amoroso Paschoal Lunardi**

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo a análise das peculiaridades que revestem a legitimação ativa das associações nas ações coletivas. Pretende-se demonstrar que, embora revestida de contornos diversos daqueles previstos para as ações individuais, a legitimidade desses entes para a propositura de demandas coletivas deve ser vista com cautela, à luz do que disciplina o microsistema processual coletivo, levando-se em consideração o requisito da *adequacy of representation*, que, embora não esteja previsto expressamente em nosso ordenamento, tem sido aplicado pela jurisprudência. Tudo com vistas à efetividade e melhor aproveitamento da tutela coletiva, e objetivando-se, de outro lado, evitar seu desvirtuamento.

Palavras-chave: tutela coletiva; efetividade; legitimidade ativa; associações.

Abstract: This work aims to analyze peculiarities involving standing to sue in class actions. One intends to demonstrate that, although distinct vis a vis individual actions, standing to sue in class actions has to be perceived with caution, in light of what the procedural microsystem stipulates, taking into consideration the requisite of adequacy of representation which has been applied in precedents despite its lack of legal provisions in our legal system. All towards effectiveness and better results of class protection and with the purpose to, on the other hand, avoid its misuse.

Key words: class protection; effectiveness; standing to sue; associations.

* Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Processual Civil da Universidade Positivo, em Curitiba/PR. Professora do curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Universidade Curitiba e da Academia Brasileira de Direito Constitucional, em Curitiba. Advogada.

INTRODUÇÃO

Para que o processo seja adequado aos fins a que se destina deve servir-se dos instrumentos necessários à prestação de uma tutela jurisdicional efetiva e adequada ao direito material que dela será objeto. Isso, contudo, não é tarefa fácil em uma sociedade que evolui de forma significativamente célere, exigindo, em contrapartida, também a evolução célere do Direito.

Nesse evoluir da sociedade, o legislador deparou-se com a ausência de previsão de uma tutela jurisdicional voltada especificamente para a proteção de direitos pertencentes a toda uma coletividade, como aqueles inerentes aos conflitos de massa ou relativos ao meio ambiente, pertencentes não a um indivíduo, mas a um grupo, categoria, ou até mesmo a toda uma coletividade de pessoas muitas vezes indefinidas.

Constatou-se, assim, que o acesso à justiça somente seria plenamente garantido com a criação de tutelas voltadas à proteção desses direitos, de caráter difuso, coletivo, ou mesmo individual, mas pertencentes a uma séria de pessoas. Começaram a surgir, assim, as primeiras linhas de um processo civil coletivo, disciplinando a tutela aos direitos coletivos *lato sensu* e, posteriormente, a direitos individuais, mas passíveis de tutela pela via coletiva.

A busca de efetividade dessa tutela, contudo, exigiu uma revisitação dos institutos tradicionais, criados para o processo civil individual. Assim como os procedimentos para efetivação da tutela coletiva, a legitimidade ativa foi repensada, assumindo nuances próprias.

Aplicados adequadamente, esses institutos garantem que a tutela coletiva seja, de fato, vocacionada à proteção efetiva dos direitos transindividuais e individuais homogêneos. Sua banalização, porém, tem evitado o alcance da efetividade que desse instrumento se espera.

A preocupação que motiva a presente pesquisa reside na resposta à indagação sobre como conciliar a necessária extensão da legitimidade ativa para a propositura de ações coletivas às associações, com a necessária cautela que deve conduzir a atividade jurisdicional na prestação da tutela coletiva. Ao mesmo tempo em que os contornos especiais da legitimidade ativa garantem, de forma mais efetiva, a finalidade para a qual a tutela coletiva foi criada, determinados fatores podem recomendar um maior rigor no controle dessa legitimidade.

1. A efetividade da tutela coletiva de direitos

“Universalizar a jurisdição”, como lembra Cândido Rangel Dinamarco, “é endereçá-la à maior abrangência factível, reduzindo racionalmente os resíduos não-jurisdicionalizáveis” (2003, p. 113). As reformas que têm sido realizadas no Código de Processo Civil brasileiro buscam justamente esse resultado. A ideia é ampliar o acesso à justiça, permitindo o tratamento isonômico entre os jurisdicionados, e, ao mesmo tempo, diminuir a morosidade, em atendimento ao princípio da razoável duração do processo, aumentando, em contrapartida, sua efetividade. Tudo isso sempre tendo em mente o necessário atrelamento entre o acesso à justiça e a efetividade da via que garante esse acesso.

Teori Albino Zavascki (2008, p. 31), em obra específica sobre o processo coletivo, destacou,

Tornou-se consciência, à época, da quase absoluta inaptidão dos novos métodos processuais tradicionais para fazer frente aos novos conflitos e às novas configurações de velhos conflitos, especialmente pela particular circunstância de que os interesses atingidos ou ameaçados extrapolavam, em muitos casos, a esfera meramente individual, para atingir uma dimensão maior, de transindividualidade.

Fazendo menção às clássicas definições de “função jurisdicional”, vista como a “atividade estatal de identificar e fazer atuar a norma jurídica em casos concretos, vale dizer, a partir da verificação da ocorrência (ou da iminência) de uma situação de fato” (2008, p. 59), esse mesmo autor ressalta que, atualmente,

ela pode ser invocada também para buscar proteção a direitos e interesses transindividuais, difusos e coletivos, de titularidade indeterminada, o que já representa significativo alargamento do âmbito da tutela jurisdicional, se comparado com o dos limites delineados no sistema original do Código de Processo (2008, p. 60).

Essa transição se dá, portanto, por meio da previsão de demandas em que se alcance a defesa dos interesses de um grupo, comunidade, ou mesmo de direitos individuais, mas com características de homogeneidade que os tornam aptos a serem coletivamente tutelados. As ações coletivas surgem nesse contexto, com a finalidade de propiciar maior efetividade à tutela desses direitos, além de garantir tratamento isonômico aos titulares de idêntica situação jurídica, na medida em que “é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou

exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto” (MELLO, 1998, p. 38).

O objetivo, como lembra Kazuo Watanabe (1992, p. 19),

foi o de tratar molecularmente os conflitos de interesses coletivos, em contraposição à técnica tradicional de solução atomizada, para com isso conferir peso político maior às demandas coletivas, solucionar mais adequadamente os conflitos coletivos, evitar decisões conflitantes e aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário atulhado de demandas fragmentárias.

Foi nesse contexto que teve início a edição de leis que passaram a integrar aquilo que se pode chamar de *microssistema processual coletivo*, com regras próprias e releitura dos tradicionais institutos do processo civil, capazes de garantir a tutela aos direitos coletivos e aos direitos que, por suas características, permitem tratamento coletivo. No ordenamento jurídico brasileiro, esse microssistema é composto precipuamente da Lei da Ação Popular (4.717/65), da Lei da Ação Civil Pública (7.347/85) e do Código de Defesa do Consumidor (8.078/90).

Tanto a Lei da Ação Civil Pública (no art. 5º) quanto o Título III do Código de Defesa do Consumidor (no art. 82) atribuem legitimidade exclusiva a determinados entes para buscar a tutela aos direitos transindividuais e individuais homogêneos. São eles: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, Municípios e Distrito Federal; as entidades e órgãos da administração pública direta e indireta; e as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano, que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos dos consumidores.

Em linhas gerais, a atribuição dessa legitimidade parte do pressuposto de que esses entes poderão exercer de forma mais adequada o direito à tutela jurisdicional, em se tratando de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Garante-se, assim, a efetividade da tutela coletiva.

O alcance dessa efetividade, porém, não se satisfaz com a mera previsão legal de atuação desses legitimados na propositura de ações coletivas, não se podendo perder de vista, como lembra Teori Albino Zavascki, que “o tempo, a experimentação, o estudo e, eventualmente, os ajustes legislativos necessários sem dúvida farão dos mecanismos de tutela coletiva uma via serena de aperfeiçoamento da prestação da tutela jurisdicional” (2008, p. 24).

Essa questão se potencializa quando se observa que, em nosso ordenamento, as dificuldades verificáveis na prestação da tutela coletiva – sobretudo em se tratando de direitos individuais homogêneos - decorrem, em sua maioria, da má aplicação das técnicas

processuais. Afinal, e como destaca Sérgio Cruz Arenhart, “em grande parte, o volume de demandas seriais que chegam àquelas cortes e que tomam o tempo que poderia ser empregado na solução de outras controvérsias, é devido à interpretação que se tem dado aos institutos processuais coletivos” (2013, p. 76/77).

Especificamente no que atine à legitimidade ativa das associações - tema que, neste trabalho, se pretende analisar – o que se vê é que a tutela coletiva tem sido nitidamente deturpada pela instauração de lides temerárias, e pela propositura de demandas que, sob nenhum aspecto, têm por finalidade a proteção dos relevantes interesses sociais aos quais se destina a tutela coletiva.

O que se vê na prática é que, ao lado de louváveis atuações de alguns entes legitimados, as ações coletivas têm sido, em situações pontuais, utilizadas como instrumento de cunho político e financeiro, sem qualquer compromisso com a utilidade social, tampouco com a ética. Essa deturpação de finalidade é facilitada por um conjunto de fatores, que vão desde a aplicação da legislação protetiva processual (que, má interpretada, tem servido para, indiscriminadamente, retirar dos legitimados ativos o ônus de provar, mesmo que minimamente, as alegações deduzidas em juízo), passando pela desnecessidade do adiantamento de custas nessa espécie de lide, culminando com a regra de que, salvo má-fé, o autor não será condenado em honorários de sucumbência; porém, na hipótese de procedência do pedido, honorários (quase sempre, elevadíssimos) serão devidos ao autor.

Esses aspectos serão analisados com mais vagar nos próximos itens, a fim de se ponderar as técnicas que, aplicadas de forma correta, podem contribuir para uma maior efetividade da tutela coletiva, além de evitar a deturpação de tão relevante instrumento.

2. O requisito da *adequacy of representation* e sua aplicação no direito brasileiro.

Em se tratando de processos coletivos, não há como deixar de fazer menção ao sistema norte-americano, precursor do modelo das *class actions*, e que inspirou todos os demais países da *common Law* e da *civil Law* na instituição de um sistema processual coletivo.

De contornos inicialmente imprecisos, e com antecedentes no *Bill of Peace* (século XVII), as *class actions* tiveram sua primeira disciplina com as *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938, até a edição da *Rule* nº. 23, em 1966, que, nas considerações prévias, fixa

os pré-requisitos para a propositura de uma ação de classe, estabelecendo, em seguida, os requisitos necessários para o prosseguimento da ação¹.

No que se refere às *class actions* que tutelam os direitos coletivos propriamente ditos, o sistema norte-americano prevê requisitos voltados à garantia de que sua propositura decorrerá de interesses legítimos. É esta a finalidade do pressuposto da “representatividade adequada” (*adequacy of representation*), inserta no inciso (4) do item (a) da *Rule 23*, que exige a necessária análise, pelo juiz, da idoneidade e representatividade do ente ou do indivíduo que propõe a *class action*². Trata-se, como explica Álvaro Luiz Valery Mirra (2007, p. 117), de uma

especial qualidade que tais titulares do direito de agir devem apresentar, consistente na aptidão para a defesa escrupulosa e eficiente, na esfera judicial, dos interesses da sociedade, em perfeita sintonia com as expectativas da coletividade na matéria, mesmo diante de litígios complexos e difíceis, muitas

¹ São eles:

(a) Pré-requisitos para a ação de classe: Um ou mais membros de uma classe podem processar ou ser processados como partes, representando todos, apenas se (1) a classe é tão numerosa que a reunião de todos os membros é impraticável, (2) há questões de direito ou de fato comuns à classe, (3) as demandas ou exceções das partes representativas são típicas das demandas ou exceções da classe e (4) as partes representativas protegerão justa e adequadamente os interesses da classe.

(b) Prosseguimento da ação de classe: Uma ação pode prosseguir como ação de classe quando forem satisfeitos os pré-requisitos da subdivisão (a) e ainda:

(1) o prosseguimento de ações separadas por ou contra membros individuais da classe poderia criar o risco de:

(A) julgamentos inconsistentes ou contraditórios em relação a membros individuais da classe que estabeleceriam padrões de conduta incompatíveis para a parte que se opõe à classe;

(B) julgamentos em relação aos membros individuais da classe que seriam dispositivos, do ponto de vista prático, dos interesses de outros membros que não são parte no julgamento ou que impediriam ou prejudicariam, substancialmente, sua capacidade de defender seus interesses;

(2) a parte que se opõe à classe agiu ou recusou-se a agir em parâmetros aplicáveis à classe em geral, sendo adequada, desta forma, a condenação na obrigação de fazer ou não fazer (*injunction*), ou a correspondente sentença declaratória com relação à classe como um todo; ou

o juiz decide que os aspectos de direito ou de fato comuns aos membros da classe prevalecem sobre quaisquer questões que afetam apenas membros individuais e que a ação de classe é superior a outros métodos disponíveis para o justo e eficaz julgamento da controvérsia. Os assuntos pertinentes aos fundamentos de fato (*findings*) da sentença incluem: (A) o interesse dos membros da classe em controlar individualmente a demanda ou a exceção em ações separadas; (B) a amplitude e a natureza de qualquer litígio relativo à controvérsia já iniciada, por ou contra membros da classe; (C) a vantagem ou desvantagem de concentrar as causas num determinado tribunal; (D) as dificuldades que provavelmente serão encontradas na gestão de uma ação de classe (Tradução extraída de GRINOVER, 2005, p. 855/856).

² No sistema norte-americano, dentre os legitimados para a propositura de ações coletivas, como se depreende do item (a) da *Rules 23*, de 1966, está o membro do grupo, individualmente considerado, desde que preenchido o requisito da “representatividade adequada”, além dos demais pressupostos previstos no item (a) da *Rule*. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos traz previsão semelhante, em seu art. 20, incisos I e II, atribuindo legitimidade para a propositura de ações coletivas ativas a “qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como: a- a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b- seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos; c- sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado” (inciso I) e ao “membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos, e individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, nos termos do inciso I” (inciso II).

vezes contra os detentores do poder econômico (grandes grupos econômicos) e do poder político (os próprios governos).

Essa representatividade adequada, que deve ser analisada caso a caso pelo magistrado no momento da propositura de uma *class action* e durante todo o processo, leva em conta, inclusive, as qualidades pessoais do ente legitimado ou do membro do grupo.

Antonio Gidi explica que o representante deve “ser possuidor de uma higidez financeira que o habilite a uma boa condução do processo”, demonstrando que, “pela sua atitude, determinação, disponibilidade, seriedade e outras qualidades psicológicas tem condições de representar os interesses do grupo em um processo judicial” (1995, p. 63). E nessa avaliação é levada em consideração, até mesmo, “a escolha do advogado, por parte da entidade (...) devendo recair em profissional com experiência na área e prestígio na comunidade” (1995, p. 63).

Embora, em termos geográficos, a adoção desse pressuposto no sistema brasileiro possa ser, de certa forma, prejudicada pela grande dimensão territorial de nosso país, é certo que muitos problemas seriam evitados se esse requisito fosse adaptado ao processo coletivo brasileiro. É o que destaca Luiz Valery Mirra (2007, p. 114/115):

a inclusão desses outros requisitos de representatividade adequada em nada restringiria o acesso à justiça das associações civis destinadas à defesa de direitos e interesses difusos. Ao contrário, apenas afastaria a legitimidade de entes não-governamentais destituídos de qualquer estrutura organizacional e seriedade de propósitos na tutela de bens e valores a todos pertencentes em caráter indivisível.

Sérgio Cruz Arenhart aponta a representatividade adequada como um critério que pode “apontar para a melhor solução diante do caso concreto”, devendo ser aferido a partir de inúmeros elementos, sejam eles econômicos, estruturais, históricos etc. (2013, p. 225). Segundo o autor,

O fundamental é perceber se o legitimado que está autorizado a conduzir a coletivização, terá condições de representar adequadamente os interesses dos ausentes no processo, de forma que a solução por ele conseguida represente a maior vantagem possível para os indivíduos e para a gestão do serviço “Justiça” (2013, p. 225).

Não diverge desse entendimento Ada Pellegrini Grinover (2002, p. 05), que vê na representatividade adequada uma solução para o controle na propositura de ações coletivas infundadas:

Problemas práticos têm surgido pelo manejo de ações coletivas por parte de associações que, embora obedeçam aos requisitos legais, não apresentam a credibilidade, a seriedade, o conhecimento técnico-científico, a capacidade econômica, a possibilidade de produzir uma defesa processual válida, dados sensíveis esses que constituem as características de uma ‘representatividade’ idônea e adequada. E, mesmo na atuação do Ministério Público, têm aparecido casos concretos em que os interesses defendidos pelo *parquet* não coincidem com os verdadeiros valores sociais da classe de cujos interesses ele se diz portador em juízo. Assim embora não seja esta a regra geral, não é raro que alguns membros do Ministério Público, tomados de excessivo zelo, litiguem em juízo como pseudodefensores de uma categoria cujos verdadeiros interesses podem estar em contraste com o pedido. Para casos como esse, é que seria de grande valia reconhecer ao juiz o controle sobre a legitimação, em cada caso concreto, de modo a possibilitar a inadmissibilidade da ação coletiva, quando a ‘representatividade’ do legitimado se demonstrasse inadequada. Quer me parecer que o sistema brasileiro, embora não o afirme expressamente, não é avesso ao controle da ‘representatividade adequada’ pelo juiz, em cada caso concreto.

Luiz Rodrigues Wambier e Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos (2009, p. 43) também chamam a atenção para esta que, segundo seu entendimento, seria uma das soluções para o controle de ações coletivas infundadas,

A adoção desse instituto, em nosso sistema processual coletivo, evitaria, por certo, que demandas coletivas fossem ajuizadas por quem não tem condições de bem conduzi-las, fazendo com que, pela deficiência na fundamentação e mesmo na produção de provas, venham a ser proferidas decisões que prejudiquem os titulares dos direitos em jogo. Enquanto isso não ocorre, especialmente nos processos coletivos há que se permitir sem muita restrição – repita-se – que terceiros intervenham antes do julgamento dos recursos especiais selecionados, no STJ, contribuindo com subsídios para a análise da questão jurídica. Esses terceiros poderão ser os outros legitimados que, a despeito de mais qualificados para a condução da ação coletiva, ou não a ajuizaram, ou tiveram sua ação extinta por litispendência, ou, ainda, não tiveram seu recurso especial escolhido para remessa ao STJ.

Referem-se os autores à alteração legislativa decorrente da Lei 11.672/2008, que, incluindo o art. 543-C no CPC, trouxe a previsão dos Recursos Especiais Repetitivos. O § 4º desse dispositivo permite, considerada a relevância da matéria, a “manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia”. Trata-se da figura do *amicus curiae*³.

³ No direito brasileiro, não há previsão legislativa desse “terceiro” utilizando-se a expressão *amicus curiae*, embora, em alguns casos, seja admitida a intervenção de “órgãos ou entidades”, como na Lei 9882/99, que regulamenta o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Teresa Arruda Alvim Wambier, acerca do tema, destaca: “como se trata de instituto ou de figura cuja adoção não tem outro sentido ou finalidade a não ser a de gerar decisões que sejam representativas de uma prestação jurisdicional qualificada, parece que se deve realmente admitir a possibilidade de que haja intervenção e manifestação do

Daí porque, não havendo ainda uma aplicação significativa por nosso Poder Judiciário do requisito da representatividade adequada, é de se permitir ao menos a intervenção, nas ações coletivas, de outros entes que ostentem maior qualificação para sua condução, até mesmo porque, como afirma Frank Michelman, “uma condição que contribui para a credibilidade é a exposição constante do intérprete às opiniões diversas” (1999, p. 19).

Seja como for, e independentemente de previsão legal expressa, é certo que, no caso concreto, deverá o magistrado verificar se a associação que propõe a ação coletiva ao menos aparenta representar adequadamente os interesses coletivos (ou individuais, tratados coletivamente), análise que deverá ser feita a partir de inúmeros fatores, como a atuação da associação na sociedade e, mais especificamente, no específico setor em que se enquadra o direito objeto da tutela, além da relevância do direito tutelável.

É disso que se tratará no próximo item.

3. Aspectos da legitimação ativa das associações para a propositura de ações coletivas.

O art. 82 do CDC, como já se destacou, atribui legitimidade a determinados entes para a propositura de ações coletivas, dentre os quais as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC.

A doutrina diverge acerca da natureza dessa legitimação.

Para alguns autores, trata-se, de legitimação extraordinária. Dos substituídos (no caso, os titulares dos direitos tutelados via ações coletivas ou civis públicas) é o interesse tutelado, sendo sobre eles, portanto, que incidem os efeitos da Sentença coletiva. É o que destaca Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 322),

O substituído é e permanece sendo titular dos interesses substanciais em litígio, não-obstante defendidos no processo por outra pessoa. É excepcional no sistema a outorga de legitimidade a quem não tem aquela titularidade (daí, legitimidade extraordinária), o que decorre da regra geral fixada no art. 6º do Código de Processo Civil – mas nas hipóteses em que isso ocorre é natural que o titular do direito ou interesse receba em sua esfera de direitos os efeitos substanciais da sentença, reputando-se também vinculado por sua autoridade.

amicus curiae de maneira mais ampla e generalizada, independentemente de previsão legal expressa destas intervenções, ditas anômalas ou sui generis, porque não se encaixam nas figuras tradicionais de intervenção de terceiros” (2006, p. 241-245).

Nelson Nery Junior considera que a legitimação extraordinária somente se verificaria nos casos de ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos. Tratando-se, contudo, de ações voltadas à tutela de direitos coletivos e difusos, tratar-se-ia de legitimação ordinária, “autônoma para a condução do processo” (2004, p. 1426).

Seja como for, essa legitimidade não é ilimitada. Cada um dos entes elencados no art. 82 do CDC poderá propor ações coletivas, desde que observados certos parâmetros e determinadas condições que, em última análise, evitam a banalização da propositura dessas demandas.

No que se refere às associações, em primeiro lugar, a legitimidade é limitada aos interesses de seus associados. Trata-se da necessária interpretação do art. 5º, V, da LACP frente ao art. 5º, XXI, da Constituição Federal: “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

O art. 2º-A da Lei 9.494/97 também assim prevê. Esse dispositivo, aplicável especialmente aos casos em que a associação busque a defesa de direitos individuais homogêneos, é claro ao dispor que “a sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa” abrange “apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”.

Sobre o tema, em julgamento de recurso especial, o Min. Teori Albino Zavascki assim se pronunciou:

O regime de substituição processual aqui é exceção, e, como toda exceção, merece interpretação restrita, podendo ser invocado somente nas hipóteses e nos limites que a lei autorizar (CPC, art. 6º). O caráter excepcional da substituição processual resulta claramente evidenciado no art. 5º, inc. XXI, da Constituição, que, ao atribuir às entidades associativas em geral legitimidade para atuar em juízo em defesa de seus filiados, condicionou tal atuação à autorização específica do associado (...)⁴.

Na lição de Humberto Theodoro Júnior (2003, p. 185, 186 e 195) a ação coletiva “não ultrapassa o quadro de sócios” da associação autora. Segundo o autor, as entidades associativas

têm legitimidade própria para estar em juízo, mas apenas para substituir processualmente seus sócios, nunca para se transformar num defensor universal e indiscriminado de todos os ofendidos, possíveis e imagináveis”.

⁴ Recurso Especial nº 526.379 – MG; Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 04.08.2005.

Isso ocorre porque “a substituição processual que a Constituição conferiu às associações tem um alcance predeterminado, isto é, a entidade jurídica pode agir em juízo na defesa dos interesses de terceiros, mas estes devem ser integrantes de seu quadro social. Não se concebe uma substituição autônoma, que propiciasse a uma associação privada tornar-se representante no processo de toda comunidade nacional ou de uma parcela indivisa da sociedade.

No mesmo sentido é o entendimento de Barbosa Moreira: “Embora o texto constitucional fale em representação, a hipótese é de legitimação das associações para tutela de direitos individuais de seus associados, configurando verdadeira ‘substituição processual’ (art.6º, CPC)” (1991, p. 187-200).

No âmbito do STF, pendente de julgamento recurso extraordinário (nº. 612.043/PR) no qual se reconheceu a repercussão geral da questão relativa ao “momento oportuno de exigir-se a comprovação de filiação do substituído processual, para fins de execução de sentença proferida em ação coletiva ajuizada por associação – se em data anterior ou até a formalização do processo”.

Se a discussão que se estabeleceu no STF diz respeito ao momento em que a filiação do associado ocorreu, para fins de execução da sentença proferida em ação coletiva proposta por associação, está claro que aquela Corte partiu do pressuposto de que somente os associados poderão ser atingidos pela sentença coletiva. Caso contrário, não faria sentido discutir-se a necessidade de comprovação da filiação.

Mas não é só. A intenção do legislador, ao estabelecer o art. 5º, inciso V, da Lei nº. 7.347/85, foi a de exigir o requisito da pré-constituição, além da pertinência entre a atuação da associação em juízo e o interesse efetivamente tutelado, fato que deve ser inequivocamente refletido e apurado a partir da interpretação sistemática das previsões insertas em seu Estatuto. Para a análise dessa pertinência é imprescindível que a associação tenha fins concretos, previamente determinados, voltados exatamente à proteção dos direitos objeto da ação por ela proposta. Isso, contudo, na grande maioria dos casos, não é corretamente observado no momento da propositura de ações coletivas por associações, como destacam Luiz Rodrigues Wambier e Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos (2009, p. 41):

Na prática, nem sempre se verifica a observância dessas condições – muitas vezes o próprio Judiciário desconsidera o requisito da pertinência temática – havendo um elevado número de ações coletivas ajuizadas por associações na defesa de interesses totalmente distintos de suas finalidades institucionais. É o caso, por exemplo, de associações constituídas para a defesa de interesses de donas de casa, de aposentados, e mesmo de consumidores a ela associados,

que ingressam em juízo em face de instituições financeiras para defender supostos interesses de investidores em cadernetas de poupança.

Quanto à exigência da pré-constituição da associação, Luiz Manoel Gomes Júnior destaca que tal requisito “tem como objetivo evitar a criação de associações ad hoc, apenas com a finalidade de ajuizar determinada ação coletiva, desvirtuando o sistema” (2005, p. 60). Ainda, para Rodolfo de Camargo Mancuso, “é compreensível o propósito de legislador: evitar que associações não suficientemente sólidas, ou cujos objetivos não se coadunem com o interesse difuso em causa, se abalem, sem maior ponderação, ao ajuizamento de ação coletiva” (2002, p. 140).

Permite-se, desta forma, um controle *a priori* da idoneidade e honestidade de propósitos dessas associações, aplicando-se, portanto, embora não sob essa denominação, o requisito da representatividade adequada⁵, do qual já se tratou no item anterior.

O preenchimento desses requisitos expressamente previstos em Lei, porém, nem sempre é suficiente ao controle pleno da idoneidade da associação. A cumulação desses elementos com a exigência da representatividade adequada da associação é que poderia garantir um melhor aproveitamento da tutela coletiva, evitando-se a desvirtuação desse instrumento.

Sérgio Cruz Arenhart, acerca dessa questão, destaca,

É difícil saber, a priori, se a associação de fato representa certo tipo de interesse coletivo, ou se foi apenas criada para dar vazão a certo objetivo egoístico. A exigência formal da lei (um ano de pré-constituição e inclusão nos estatutos sociais da finalidade de proteção de certo interesse) não é garantia de que a entidade tenha efetivo compromisso com certo tipo de questão” (2013, p. 224).

De fato, tão importante quanto assegurar a legitimidade ativa das associações para a propositura de ações voltadas à tutela coletiva, é assegurar que essa legitimidade seja exercida por entes sérios, e que tenham por objetivo, de fato, a proteção aos direitos de seus associados ou representados. Ada Pellegrini Grinover, examinando a questão, defende a necessidade de se respeitar, com rigor, os requisitos de legitimidade das associações, para evitar o

(...) manejo de ações coletivas por parte de associações que, embora obedeçam aos requisitos legais, não apresentam a credibilidade, a seriedade, o conhecimento técnico-científico, a capacidade econômica, a possibilidade de produzir uma defesa

⁵ Lembre-se que, como já se afirmou, embora esse requisito não seja expresso no sistema coletivo codificado, parte da doutrina entende pela possibilidade de sua aplicação no direito brasileiro.

processual válida, dados sensíveis esses que constituem as características de uma 'representatividade' idônea e adequada.

Não se pode deixar de considerar, também, a possibilidade de percepção, pelos entes legitimados, de honorários de sucumbência⁶, comumente arbitrados em valores elevados, em razão da importância do bem tutelado, o que também justifica o maior controle na análise da legitimação ativa.

Não por outra razão, visando justamente ao controle na propositura de ações infundadas por entes que, na realidade, pretendem auferir ganhos com eventual resultado favorável, o art. 17 da Lei da Ação Civil Pública, prevê que “em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos”. Essa regra também é prevista no art. 87 do CDC.

A jurisprudência, embora de forma ainda tímida, tem aplicado esse dispositivo para reprimir os casos de evidente abuso na propositura de ações coletivas por entes legitimados descomprometidos com a finalidade para a qual foram criados.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assim atuou, no julgamento de Apelação Cível⁷ interposta por associação inconformada com a rejeição dos pedidos que formulou em ação civil pública. A demanda havia sido proposta com vistas à condenação de uma específica casa noturna a restringir o fumo a locais apropriados ou para evitar que os frequentadores fumassem em suas dependências. Sem qualquer constrangimento, a própria associação afirmou nos autos que, com a ação intentada, pretendia “adquirir ‘poder de barganha’ para passar a atuar como disciplinadora dos estabelecimentos públicos, vindo a celebrar convenções e acordos acerca das áreas para fumantes”.

Tanto a sentença quanto o acórdão proferido no julgamento da apelação rejeitaram a pretensão, condenando a associação às penas por litigância de má-fé. No voto proferido na ocasião, a Relatora consignou:

⁶ Com exceção do Ministério Público, para quem a jurisprudência já consolidou o entendimento de que é descabida a percepção de honorários. Veja-se, a este respeito, a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça: “no que respeita ao Ministério Público, porém, não incide tal disciplina. Como parte autora, não terá adiantado qualquer valor correspondente a despesas processuais; assim sendo, o réu nada terá a reembolsar. Por outro lado, tendo em vista que a propositura da ação civil pública constitui função institucionalizadora, uma das razões porque dispensa patrocínio por advogado, não cabe também o ônus do pagamento de honorários. Aliás, essa orientação tem norteado alguns dos órgãos de execução do Ministério Público do Rio de Janeiro, os quais, quando propõem a ação civil pública, limitam-se a postular a condenação do réu ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, ou ao pagamento de indenização, sem formular requerimento a respeito de despesas processuais e honorários advocatícios” (REsp 845339/TO; 1ª Turma; Rel. Min. Luiz Fux; j. em 18.09.2007; DJ de 15.10.2007, p. 237).

⁷ Apelação Cível nº. 70010369817; Relª. Desª. Naele Ochoa Piazzeta; j. em 06.10.2005; DJ de 18.10.2005.

não faço aqui qualquer alusão ao interesse social na restrição ao hábito de fumar ou à relevância da proteção à saúde pública. Tenho que é decisivo para a presente lide o fato de que a ação foi proposta contra uma casa de shows específica, objetivando que essa tomasse medidas no sentido de restringir o fumo a locais apropriados ou para evitar que os frequentadores fumassem em suas dependências. Em uma primeira análise, carece a demanda de interesse social de relevância tamanha que permita ser afastado o requisito legal da pré-constituição da entidade autora há pelo menos um ano, uma vez que de âmbito extremamente restrito, atingindo ínfima parcela da sociedade, frequentadores da casa ora apelada. Ainda, essa relevância foi afastada pela própria associação autora, que, em seu apelo, afirma que com a presente ação intenta, ao obter um resultado positivo, “adquirir poder de barganha” para passar a atuar como disciplinadora dos estabelecimentos públicos, vindo a celebrar convenções e acordos acerca das áreas para fumantes (...) Esta ausência de relevantes fundamentos, acrescida do ajuizamento dois meses após a fundação da associação autora, tem como consequência a extinção da ação, (...) Entendo que resta efetivamente configurada a litigância de má-fé por parte da associação ao se utilizar do processo de modo temerário (CPC, art. 17, V), com o intuito de debater teses para “barganhar” frente a estabelecimentos comerciais, vindo a colocar-se como entidade fiscalizadora e reguladora da restrição ao hábito de fumar. Presente a má-fé, incide o disposto no artigo 87 do Codecon, parte final, mantendo-se a responsabilidade da associação sobre custas processuais e honorários advocatícios, rejeitado o pedido de AJG.

Em outra ocasião, o Tribunal de Justiça do Paraná também impediu o prosseguimento de ação civil pública, por perceber, a partir do exame dos atos constitutivos do instituto autor, que seus objetivos eram demasiadamente amplos, atribuindo-lhe uma função “quase institucional, como se fosse uma espécie de Ministério Público, defendendo e fiscalizando a sociedade, o que é impossível e ilegal”⁸. Do voto do Relator, extrai-se:

Analisando pormenorizadamente a Ata da Assembléia Geral do apelante, verifica-se que este possui diversos objetivos, que vão desde promover cooperação entre organizações congêneres, passando pela formação de agentes sociais e finalizando na proteção de interesse de poupadores, conforme se vê às fls. 20/21, (...) Assim, seus objetivos lavrados na ata, simplesmente abarcam uma enorme gama de Direitos, numa espécie de metralhadora giratória, qual não lhe pode dar a qualidade de associação criada para defender os interesses dos poupadores, como seria necessário.

Trata-se de tímidas atuações do Poder Judiciário na busca pelo melhor aproveitamento de ações coletivas. Postura que, aliás, deve guiar não só a análise da legitimação ativa para a propositura dessas demandas, como também a aplicação e interpretação de todos os dispositivos voltados à tutela coletiva.

⁸ Apelação Cível n°. 143.257-5; Rel. Des. Sidney Mora; j. em 29.10.2003; DJ de 17.11.2003.

4. O maior rigor na exigência da prova da necessidade e utilidade da propositura de ações coletivas.

Outra questão polêmica que, analisada com a devida cautela, auxiliaria no controle da propositura de ações coletivas infundadas, reside no maior rigor na análise do interesse de agir do ente coletivo. Em outras palavras: é essencial que se exija desse ente prova mínima acerca da necessidade e utilidade da demanda coletiva, a fim de evitar a propositura de lides temerárias.

As ações coletivas (assim como quaisquer ações individuais) devem estar lastreadas em prova suficiente a demonstrar a real necessidade de sua propositura e, sobretudo, a adequação desse meio para a tutela dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos que por meio delas se pretenda defender. E isso, independentemente de se inverter o ônus da prova. Afinal, mesmo quando não aplicadas as regras ordinárias do ônus da prova, deve o autor apontar minimamente a necessidade da propositura da demanda.

Se a defesa de direitos subjetivos individuais em juízo já exige responsabilidade por parte do autor, mais ainda se deve exigir na defesa de direitos coletivos. Como bem destaca Misael Monteiro Filho (2005, p. 172/183),

No panorama da ação civil pública, considerando-se, sobretudo, a possibilidade de o autor ser agraciado pelo deferimento de uma liminar no início da relação jurídico-processual, a lei exige que o exercício da postulação seja acompanhado de prova judicial idônea, consubstanciada em documentos que revelem a coexistência das condições da ação e dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, autorizando a prolação de uma sentença judicial, após o percurso de todas as fases processuais.

A utilização da via coletiva tem por finalidade a defesa de interesses coletivos *lato sensu* ou, então, de um número significativo de direitos individuais, que possam ser tratados coletivamente. Significa dizer que a suposta ofensa a direitos de poucos sujeitos não pode justificar a utilização de técnica que somente é adequada para a defesa de direitos coletivos ou individuais, mas que mereçam tratamento coletivo.

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou a respeito:

Nas ações em que se pretende a defesa de direitos individuais homogêneos, não obstante os sujeitos possam ser determináveis na fase de conhecimento (exigindo-se estejam determinados apenas na liquidação de sentença ou na execução), não se pode admitir seu ajuizamento sem que haja, ao menos,

indícios de que a situação a ser tutelada é pertinente a um número razoável de consumidores. Embora não haja necessidade, na fase de conhecimento, de se individualizar cada um dos titulares dos direitos individuais de origem comum, o autor da ação civil pública deve demonstrar que diversos sujeitos, e não apenas um ou dois, estão sendo possivelmente lesados pelo fato de "origem comum", sob pena de não ficar caracterizada a homogeneidade do interesse individual a ser protegido⁹.

Nesse caso, a associação autora propôs ação coletiva, requerendo a revisão de contrato de compra e venda de imóvel celebrado entre consumidores e determinada imobiliária. Com a petição inicial, porém, limitou-se a apresentar um único contrato, assinado entre dois consumidores, como adquirentes de um lote de terreno, e a imobiliária, como vendedora.

Em seu voto, o relator, Min. Raul Araújo, destacou:

“No caso em exame, a associação, por meio de um único contrato celebrado entre dois consumidores e a imobiliária - não reconhecido pelas instâncias a quo como contrato de adesão -, pretende obter tutela jurisdicional individual em favor de direitos de outros consumidores que nem sequer sabe ao certo se existem. Não há indícios nos autos que revelem a existência de diversos consumidores que estejam sendo lesados pelo mesmo tipo de contrato. Tudo vem apenas presumido na inicial da ação. A ação civil pública, tal como foi proposta pela associação, resente-se de maiores evidências, deixa larga margem à dúvida quanto à existência de direito individual homogêneo, afirmada pela promovente com base em mera presunção, tendo em vista a vinculação da possível lesão a apenas um contrato, envolvendo dois consumidores. Assemelha-se à pretensão de instauração de inquérito civil perante o Judiciário”.

Assim, porque naquele caso não havia “elementos nos autos para que se possa concluir pela utilidade da demanda coletiva e pela existência de direitos de vários consumidores derivados de origem comum”, é que se extinguiu a ação coletiva sem resolução de mérito, pela inadequação da via eleita.

Deve-se, portanto, exigir do autor prova razoável acerca da necessidade do ingresso da demanda, que indique a verossimilhança da pretensão deduzida. Isso tudo para evitar o ajuizamento – e, também, o prosseguimento – de demandas temerárias que, embora fadadas ao insucesso, consomem tempo do Judiciário. E para evitar, também, a concessão de liminares sem que as alegações formuladas na inicial tenham sido sequer comprovadas (o que, infelizmente, tem sido muito comum em se tratando de ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos).

⁹ REsp 823063/PR; 3ª Turma; Rel. Min. Raul Araújo; j. em 14.02.2012; DJe de 22.02.2012.

CONCLUSÃO

A legitimidade prevista nos arts. 5º da Lei da Ação Civil Pública e 82 do CDC não pode ser aplicada de forma generalizada, sem se considerar as peculiaridades atinentes a cada um dos entes. Qualquer interpretação, nesse caso, deve ser realizada de forma harmônica, com a interação das disposições previstas na legislação esparsa, que integram o chamado *microsistema processual coletivo*, com o que resguarda a Constituição Federal.

Rigorosamente aplicada, a legitimidade das associações para a propositura de demandas em que se busca a tutela de direitos coletivos (ou de direitos individuais tratados coletivamente) reverterá em favor de um processo coletivo que, de forma adequada, alcance os fins para os quais foi criado.

Embora não previsto expressamente em Lei, o requisito da representatividade adequada da associação pode contribuir para esse fenômeno, possibilitando um maior controle na propositura de ações coletivas e evitando que esse instrumento seja utilizado para fins que não se coadunam com caráter teleológico da tutela coletiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais – para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Tutela Jurisdicional**, in Revista de Processo nº. 81, p. 61.

GIDI, Antonio. **Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada**, in Revista Forense, nº 361, maio-junho/2002, p. 5.

_____. *at al.* **Código de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto**, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, 3ª edição, 5ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.

MICHELMAN, Frank I Excerpts from **Brennan and democracy**. Princeton University Press, 1999.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Associações Civas e a Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: do Direito Vigente ao Direito Projetado**. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MONTEIRO FILHO, Misael. **Importância da Ação Civil Pública no Panorama da Abarrotada Justiça Brasileira: Vicissitudes e Perigos da Ação em Estudo**. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. Processo Civil Coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ações coletivas na Constituição Federal de 1988**, in Revista de Processo, nº 61, ano 16, janeiro-março/1991.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Ação civil pública. Operação bancária de caderneta de poupança. Inaplicabilidade de ação civil pública. Inocorrência de relação de consumo. Direitos individuais homogêneos. Carência de ação e coisa julgada. Aspectos polêmicos da ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2003, n. 7, p. 185, 186 e 195.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sobre a repercussão geral e os recursos repetitivos, e seus reflexos nos processos coletivos**, in Revista dos Tribunais, ano 98, v. 882, abril/2009, p. 25/44.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Amicus curiae: afinal quem é ele?** in Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, n. 34, dez. 2006, p. 241-245.

WATANABE, Kazuo. **Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense**, in Revista de Processo nº. 67, Ano 17, julho.set/1992.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**, 3ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.