XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

FLÁVIA MOREIRA GUIMARÃES PESSOA

NATERCIA SAMPAIO SIQUEIRA

PAULO ROBERTO COIMBRA SILVA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Flávia Moreira Guimarães Pessoa, Natercia Sampaio Siqueira, Paulo Roberto Coimbra Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-064-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Jurisdição. 3. Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

Apresentação

Com satisfação prefaciamos o livro Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça, fruto dos trabalhos apresentados no XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe de 03 a 06 de junho de 2015.

Na coordenação das apresentações do Grupo de Trabalho, pudemos testemunhar relevante espaço voltado a divulgação do conhecimento poduzido por pesquisadores de todo o país, em sua maioria vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Com efeito, os trabalhos aqui publicados reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas a jurisdição, processo e a própria efetividade da Justiça.

Fica aqui o convite a leitura da obra, que conta com trabalhos que abordam as inovações trazidas a lume pelo novo código de processo civil, bem como as discussões mais atuais dentro do tema relativo a efetividade da prestação jurisdicional.

Flávia Moreira Guimarães Pessoa

Professora do Mestrado em Direito da UFS e UNIT

OS CONFLITOS DE INTERESSES DENTRO DO GRUPO: UMA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO CRITÉRIO OPE LEGIS DE LEGITIMAÇÃO COLETIVA À LUZ DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.

THE CONFLICT BETWEEN CLASS MEMBERS INTERESTS: AN ANALYSIS ABOUT THE CONSTITUCIONALITY OF A LEGAL SYSTEM OF ADEQUACY OF REPRESENTATION IN THE EYES OF THE AUDI ALTERAM PARTEM RULE.

Pedro José Costa Melo

Resumo

As greves vivenciadas no Brasil no período anterior à Copa do Mundo de Futebol demonstraram a incapacidade do direito processual para lidar com os conflitos surgidos dentro do grupo, ou entre o grupo e seu representante em juízo. Partindo da premissa de que a greve é direito exercido coletivamente, e que, portanto, o processo em que discutidos seus limites é processo coletivo, identifica-se que o problema surge pela adoção, no direito positivo brasileiro, de um sistema de legitimação coletiva ope legis, que impede que o juiz controle a adequada representação do legitimado coletivo. Após uma análise do sistema brasileiro de legitimação coletiva frente ao princípio do contraditório, conclui-se pela necessidade de se conferir ao juiz a possibilidade de controle da representatividade adequada daquele que conduz um processo coletivo, diante do caso concreto. Ao final, apresentam-se algumas propostas para adequar o direito processual brasileiro à ordem constitucional.

Palavras-chave: Ações, Coletivas, Representatividade, Adequada, Princípio, Contraditório

Abstract/Resumen/Résumé

The strikes that took place in Brazil before the Soccer World Cup demonstrated the inability of the Brazilian Civil Procedure Law to deal with conflicts between class members interests, or between the group and its representative in court. Assuming that the strike is right exercised collectively, and therefore, the process in which is discussed its limits is a class action, its possible do identify that the problem arises in the adoption, by the Brazilian law, of a legal system of class representation, which prevents the judicial control of the adequacy of representation. After a review of this system in the eyes of the audi alteram partem principle, it is possible to conclude that there is a need to recognize judicial powers to control the adequacy of representation by the class representative in court. Finally, we propose ways to harmonize the Brazilian civil procedural law with the Constitution.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Class, Actions, Adequacy, Representation, Audi alteram partem, Principle

1. INTRODUÇÃO. OS INTERESSES DIVERGENTES DENTRO DO GRUPO.

Os movimentos grevistas ocorridos no Brasil no período anterior ao Mundial de Futebol colocaram em evidência a insuficiência do Direito Processual para lidar com a divergência de interesses dentro de grupos. Isto porque em inúmeras cidades brasileiras, a despeito de judicializada a questão acerca dos limites dos movimentos grevistas, propiciando a entabulação de tratativas tendentes ao encerramento das paredes por meio de transação, verificou-se a discordância entre parcelas dos grupos grevistas com os sindicatos que os representavam em juízo[1]. Como resultado da divergência de interesses, houve a manutenção dos movimentos grevistas e a inutilização das ações que versavam sobre o conflito, com indesejada repercussão sobre o restante da sociedade, que viu serviços públicos essenciais paralisados sem que o Direito pudesse dar uma resposta efetiva ao problema.

Perceba-se que aqui se parte da premissa de que as ações destinadas ao tratamento do direito de greve são exemplos de ações coletivas passivas, seja no âmbito da Justiça Trabalhista, seja no âmbito da Justiça Comum ou Federal. É importante registrar que grassa intensa divergência doutrinária acerca da admissibilidade da ação coletiva passiva no Direito Brasileiro. A concepção mais tradicional entende que tal modalidade de ação coletiva não seria compatível com nosso direito positivo (MAZZILLI, 2010, p. 374/376; LENZA, 2003, p. 199; ARAUJO, 2013, p. 179-180). No entanto, a cada dia aumenta o número de vozes que defendem a admissibilidade das ações coletivas passivas no Brasil, identificando inúmeros exemplos no Judiciário (MAIA, 2009, p. 41-43; DIDIER JR. e ZANETI JR., 2012, p. 425-429; LEONEL, 2013, p. 212-213).

---

[1] No Rio de Janeiro, observou-se a divergência na categoria dos rodoviários, onde houve dissidência dentro do Sindicato Municipal dos Trabalhadores Empregados em Empresas de Transporte Urbano de Passageiros (Sintraturb-Rio) <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/06/trt-decide-em-audiencia-que-greve-de-rodoviarios-do-rio-e-ilegal.html>, acesso em 19/03/2015. Em São Paulo, a divergência ocorreu dentro do SindiMotoristas e do SPUrbanus, Sindicatos representativos da categoria dos rodoviários naquele Município. <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/05/justica-diz-que-greve-de-onibus-em-sao-paulo-e-abusiva-e-aplica-multa.html> e <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2014/05/26/trt-considera-abusiva-greve-de-motoristas-em-sp-e-multa-sindicatos.htm>, acessos em 19/03/2015. Em Salvador, a despeito do acordo celebrado pelo Sindicato dos Rodoviários, também houve greve <http://g1.globo.com/bahia/noticia/2014/05/salvador-amanhece-sem-onibus-nas-ruas-sindicato-nega-greve.html > , acesso em 19/03/2015.

A ação coletiva passiva é justamente aquela ação em que a coletividade é colocada no polo passivo da demanda por titularizar uma situação jurídica passiva coletiva (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2012, p. 422), como termo passivo de uma relação jurídica. Assim, quando se busca a declaração da abusividade de um movimento paredista afirma-se, perante o Judiciário, que o direito de greve, de natureza coletiva, encontra-se conformado dentro de certos limites, que uma vez ultrapassados geram para a categoria que o titulariza o dever de ajustar o movimento grevista aos limites definidos pelo Direito.

Neste sentido, é de se ver que a qualificação das ações de greve como típicas ações coletivas passivas encontra eco na doutrina nacional (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2012, p. 425-426; MAIA, 2009, p. 44-45). Ademais, vem se observando nas prateleiras do Judiciário casos em que sindicatos representativos de determinada categoria ajuízam ações relativas ao direito de greve, mas para declarar a legalidade de movimentos por ela comandados[2]. Embora tais entidades dirijam os movimentos grevistas, o fato é que a greve constitui direito exercitado pelas categorias que representam. Assim, conclui-se que tais ações não perdem a natureza coletiva em razão no polo processual em que colocada a coletividade. E as ações coletivas são terreno fértil para o surgimento de conflitos de interesses dentro do grupo (ARAUJO, 2013, p. 191).

Nos casos acima mencionados, a consideração dos sindicatos e associações das categorias em greve como representantes do grupo, por mera ficção legal, criou a esdrúxula situação onde os réus das ações relativas ao direito de greve, enquanto pessoas jurídicas, sofriam as sanções decorrentes da manutenção do movimento paredista mesmo sendo contrários à paralisação das atividades, uma vez que se davam por satisfeitos com o atendimento, ainda que parcial, das reivindicações das categorias grevistas, por eles representadas em juízo.

Neste breve ensaio, pretende-se enfrentar como as contradições internas dentro de um grupo, as dissidências entre os interesses de seus integrantes ou entre os interesses de parte destes integrantes e o ente que os representa em juízo, revelam que a opção legislativa por um sistema *ope legis* de legitimação coletiva não se conforma à atual dimensão do princípio do contraditório, norma garantidora de direitos

[2] É o caso de ação declaratória de legalidade de greve ajuizada pelo Sindicato dos Servidores de Fiscalização Estadual Agropecuária de Alagoas (Sinfeagro) no Tribunal de Justiça de Alagoas (processo nº 0801425-13.2014.8.02.0000). <http://www.tjal.jus.br/?pag=verNoticia&noticia=7529>, acesso em 19/03/2015.

fundamentais, não mais visto apenas como um princípio que confere direito à bilateralidade de audiência, mas como um direito à possibilidade de, efetivamente, influenciar e condicionar a decisão judicial.

2. A LEGITIMAÇÃO COLETIVA NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO. A ADOÇÃO DE UM SISTEMA *OPE LEGIS.*

A legitimação *ad causam* para ações coletivas no Direito Positivo brasileiro tem sua regra geral prevista nos artigos 5º da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e 82 da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). Por legitimação *ad causam* entende-se tradicionalmente a atribuição, pelo Direito Positivo, de uma situação legitimante a determinado sujeito de direito, que o autoriza a figurar como parte no processo, garantindo a formação do contraditório. O processo em que litigam partes legítimas é processo onde o contraditório se instaurou regularmente (MOREIRA, 1989. p. 09-10). Muito embora em geral o Direito atribua a situação legitimante ao titular da relação jurídica submetida ao Judiciário, por vezes o legislador, por motivos especiais de conveniência, atribui eficácia legitimante a sujeito de direito que não participa desta relação jurídica. Tem-se ai a legitimação extraordinária.

Assim, as normas extraídas daqueles dispositivos atribuem legitimação extraordinária para ações coletivas ao Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados Membros, Municípios e Distrito Federal, entidades e órgãos da Administração Pública, ainda que sem personalidade jurídica, e associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa de direitos transindividuais. É possível, ainda, concluir pela legitimidade coletiva dos sindicatos com fundamento em norma extraída do artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal. Trata-se, nestes casos, de legitimação extraordinária por substituição processual (MOREIRA, 1989, p. 12), uma vez que os legitimados extraordinários atuam de forma autônoma e exclusiva em relação aos titulares dos direitos e deveres transindividuais, os grupos que titularizam as situações jurídicas discutidas nas ações coletivas.

A partir destas normas, a doutrina majoritária conclui que o Brasil adotou um sistema *ope legis* de legitimação coletiva (ALMEIDA, 2007, p. 93-94, 113-116, 124-125, 153, 156; LEONEL, 2002, p. 162-163 e 168-173; MENDES, 2007, p. 26; NERY JÚNIOR e NERY, p. 1886, 1999; ROQUE, 2013, p. 558-559). Isto significa que basta

que determinado sujeito de direito seja contemplado no rol estabelecido pelo legislador para que tenha legitimidade para conduzir ações coletivas. Não caberia ao juiz qualquer tipo de controle judicial acerca da forma como o sujeito de direito legitimado conduz o processo.

Há também posicionamento no sentido de que caberia algum controle acerca da adequação do representante para conduzir a defesa dos direitos e deveres transindividuais no processo coletivo. No entanto, este controle decorreria estritamente da lei, observando os requisitos legais de que as associações civis devem estar constituídas a pelo menos um ano e tenham entre seus fins institucionais a defesa dos direitos transindividuais que serão discutidos naquele processo, a chamada pertinência temática (MAZZILLI, 2010, p. 316-322; VIGLIAR, 2007, p. 315). Portanto, seria um controle de natureza objetiva, limitado ao preenchimento de determinados requisitos previstos pelo Direito Positivo, não descaracterizando o sistema como um sistema *ope legis* de legitimação.

A alternativa ao sistema *ope legis* de legitimação coletiva é o sistema no qual o juiz tem amplos poderes para a verificação da adequada atuação do legitimado coletivo na defesa dos interesses do grupo por ele representado (GIDI, 2002, p. 66-67; DIDIER JR. e ZANETI JR., 2012, p. 213-214). Este controle se dá durante toda a litispendência e permite ao magistrado verificar se o representante da coletividade é incompetente, negligente na condução do processo, se constituiu advogado incompetente ou não tem interesse real no litígio, se revela interesses conflitantes com o grupo, ou, até mesmo, se está atuando de má-fé para prejudicar o grupo representado (GIDI, 2002, p. 62). Nestes casos, poderia o juiz, reconhecendo a inadequação do legitimado para representar a coletividade, obstar que a ação coletiva tenha seu mérito julgado ou intimar outros legitimados coletivos para assumir a condução do processo, impedindo eventuais prejuízos à coletividade representada no caso de uma sentença desconforme aos seus interesses.

É de se observar que todos os países cujo Direito tem raízes na *Common Law* e admitem ações coletivas preveem, em seus diplomas processuais, a possibilidade de controle judicial desta especial qualidade do legitimado coletivo (GIDI, 2002, p. 67). Outrossim, merece notícia que o próprio Projeto de Lei que deu origem à Lei da Ação Civil Pública adotava, em sua redação originária, um sistema de controle jurisdicional do legitimado coletivo (GIDI, 2002, p. 70; ROQUE, 2013, p. 558). No entanto, optou o

legislador brasileiro por não conferir expressamente poderes ao juiz para a verificação da adequação do legitimado coletivo, o que leva muitos doutrinadores a concluir que foi vedada qualquer atuação judicial neste sentido.

A explicação para a ausência de previsão de poderes para tal controle jurisdicional pode ser dada pelo momento histórico em que promulgada a Lei da Ação Civil Pública. Em, 1985 o Brasil vivia um processo de redemocratização, fazendo com que o legislador buscasse meios para permitir que os grupos recorressem ao Judiciário. Era notável a pobreza organizativa das coletividades, habituadas a um regime autoritário (ROQUE, 2013, p. 626; MAIA, 2009, p. 2). Pensou-se que atribuir poderes para que o Judiciário limitasse a atuação dos legitimados coletivos poderia impedir o avanço das ações coletivas, com fundamento em questões estritamente formais.

No que diz respeito às ações em que se discute o direito de greve e seus limites, convencionou-se reconhecer a legitimidade das associações de classe e sindicatos para representar o grupo de trabalhadores em juízos. Perceba-se que tais entidades não atuam defendendo direito próprio, mas sim direito do grupo. A greve é direito coletivo porque titularizado pelo grupo. Tanto que sua definição legal o conceitua como suspensão de natureza coletiva da prestação de serviços (artigo 2º da Lei 7.783/1989). Não são as associações de classe e sindicatos que têm direito a deflagrar greve. Tampouco são tais entes que têm o dever de observar limites no exercício de tal direito, como a manutenção dos serviços essenciais à coletividade. Nestes casos, o que se discute em juízo são situações jurídicas coletivas, ativas ou passivas. Não há dificuldade em reconhecer as situações jurídicas coletivas ativas. No entanto, é necessário desenvolver a categoria dogmática das situações jurídicas coletivas passivas, composta pelos deveres e estados de sujeição coletivos (DIDIER JR e ZANETI J, 2012, p. 421). Assim, revela-se coerente com o entendimento doutrinário majoritário o reconhecimento de legitimidade às entidades mencionadas pelo mero fato de figurarem no rol trazido pelo Direito Positivo. Não se investiga se tais entidades defendem adequada e vigorosamente os direitos titularizados pelas coletividades que representam em juízo.

Assim, sedimentou-se o entendimento de que o sistema *ope legis* adotado no Direito brasileiro obsta qualquer verificação acerca da adequada representação do grupo pelo legitimado coletivo no caso concreto, inclusive no que diz respeito às ações relativas ao direito de greve e seus limites. Tampouco haveria espaço para cogitar sobre a existência de dissidências entre os interesses dos integrantes da coletividade, ou entre

seus interesses e os interesses dos sindicatos ou associações que a representam em juízo. No entanto, seria tal situação compatível com o princípio constitucional do contraditório e o direito fundamental dele decorrente?

3. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO COMO A POSSIBILIDADE DE INFLUIR NA DECISÃO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE DO SISTEMA *OPE LEGIS* DE LEGITIMAÇÃO COLETIVA COM A ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE.

O Direito, enquanto produto cultural, sofre influências do tempo e do local em que examinado. O mesmo acontece com os princípios, que têm significado, alcance, extensão e aplicação determinados por valores sociais imperantes em determinado contexto social. Não é por outra razão que o princípio do contraditório, ora objeto de estudo, sofreu mudanças em seu conteúdo com o passar do tempo (OLIVEIRA, 1999, p. 132-133).

No seio desta evolução, há muito se percebeu a insuficiência do contraditório como mera garantia formal de bilateralidade de audiência, devendo ser encarado também como a possibilidade de influência sobre o desenvolvimento do processo e formação de decisões racionais (THEODORO JÚNIOR e NUNES, 2009, p. 109-110). Não se trata mais de apenas oportunizar a oitiva da parte, mas de garantir que sua intervenção no processo tenha aptidão de influir na formação de decisão que afete sua esfera jurídica (OLIVEIRA, 1999, p. 144). "*Permite-se, assim, a todos os sujeitos potencialmente atingidos pela incidência do julgado (potencialidade ofensiva) a garantia de contribuir de forma crítica e construtiva para sua formação"* (THEODORO JÚNIOR e NUNES, 2009, p. 123).

Tormentosa, no entanto, é a compatibilização do princípio do contraditório com a legitimação extraordinária das ações coletivas. Há quem levante objeções à extensão da eficácia da sentença coletiva aos integrantes do grupo que foram substituídos pelo legitimado extraordinário (GUERRA FILHO, 2006, p. 656). Neste sentido, atribuir a ente estranho à coletividade o poder de conduzir o processo pode esconder dissidências dentro da classe e usurpar a liberdade individual de pessoas com opiniões divergentes, inclusive quanto às estratégias processuais a serem adotadas (CABRAL, 2007, p. 127).

No que interessa aos limites deste trabalho, observa-se a pertinência da crítica dirigida ao esquema de legitimação coletiva adotado pelo Direito Brasileiro quando se constatam divergências internas dentro do grupo, ou entre o grupo e o legitimado coletivo. No caso dos movimentos grevistas ocorridos no Brasil em 2014, houve uma evidente desconformidade entre os interesses das entidades representativas dos trabalhadores grevistas e, ao menos, uma parte desse grupo.

Isto porque enquanto muitos destes trabalhadores preferiam a continuidade das paredes, os sindicatos e associações representativas celebravam acordos judiciais. As transações revelaram a incompatibilidade entre o rumo dado aos processos pelos legitimados coletivos e os interesses de parcela do grupo que deveriam representar, que deram continuidade ao movimento grevista por entenderem que os acordos celebrados não atendiam satisfatoriamente as reivindicações que entendiam ser legítimas.

Tal situação revela que ao menos uma parte do grupo não teve seus interesses devidamente representados no processo coletivo. E que, por tal razão, não teve capacidade de influir na decisão que, homologando acordo celebrado pelo ente legitimado para sua representação judicial, extingue o processo com resolução do mérito. Assim, também não teve como influir em posteriores decisões que, reconhecendo o descumprimento dos acordos celebrados, declararam a ilegalidade das greves e causaram consequências gravosas aos grevistas, como a aplicação de penalidades pelos dias não trabalhados e até mesmo a demissão daqueles que mantiveram as paralisações. Esta parcela dissidente do grupo, portanto, não teve observado o seu direito fundamental ao contraditório. O direito a participar ativamente de formação de provimentos jurisdicionais aptos a afetar sua esfera jurídica. Nem mesmo o direito a serem ouvidos no processo – bilateralidade de audiência – lhes foi garantido, senão formalmente, a partir da ficção de que estariam representados pelos legitimados coletivos pré-definidos em lei.

O problema é causado pela premissa básica do sistema *ope legis* de legitimação coletiva, que pressupõe que a mera previsão no rol trazido pelo Direito Positivo é suficiente para garantir a representatividade do legitimado coletivo para a defesa dos interesses do grupo. Isto é, o próprio legislador elegeu aquelas entidades, prévia e abstratamente, por entender que, presumivelmente, atuarão de forma satisfatória em prol da coletividade, em qualquer circunstância. Consequentemente, seria vedada a análise

acerca da efetividade da atuação do legitimado no caso concreto. E com base nesta ficção, presume-se que seria observado o princípio do contraditório.

No entanto, tal ficção pode levar a uma violação a direitos fundamentais decorrentes do princípio do contraditório, o que não pode ser admitido no atual estágio do constitucionalismo nacional. É de se ver que o raciocínio da doutrina dominante é coerente com a concepção tradicional de legitimidade, mencionada linhas acima. Ocorre que se trata de concepção notadamente influenciada por um ideal liberal-individualista, com origens no iluminismo e na Revolução Francesa, segundo o qual somente o titular do direito poderia discuti-lo em juízo (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2012, p. 204). E a legitimidade extraordinária seria, como o próprio nome indica, excepcional, decorrendo expressamente da lei, por razões de conveniência (MOREIRA, 1989, p. 09-10). Não é outra a conclusão que se extrai de uma leitura do enunciado normativo trazido pelo artigo 6º do CPC.

É nítido como tal concepção é incompatível com a atual complexidade das relações sociais. Desconsidera que existem situações jurídicas titularizadas por grupos. São direitos e deveres coletivos que estariam alienados do Judiciário segundo o paradigma estritamente individualista do Processo Civil clássico. Fecha os olhos à menção expressa aos direitos e deveres coletivos no Capítulo I do Título II da Constituição. Ignora que nestes casos não se tem como atribuir ao próprio grupo a legitimidade para discutir a situação jurídica que titulariza em juízo, uma vez que lhe falta personalidade judiciária, não podendo atuar em juízo para proteger seus direitos (DIDIER JR e ZANETI JR., 2012, p. 209). Assim, imprescindível que a legitimidade seja atribuída a sujeitos de direito, sem perder de vista a finalidade da legitimação *ad causam,* que é garantir o contraditório para aqueles que serão afetados pela decisão judicial.

Assim, são pertinentes as críticas a um sistema que atribua a legitimidade coletiva prévia e abstratamente, sem qualquer consideração acerca do caso concreto. É necessário um sistema com maior abertura, que permita a investigação sobre se o contraditório está efetivamente sendo observado no processo coletivo. Isto inclui a garantia de que os diferentes interesses existentes dentro do grupo estejam devidamente representados em juízo, de forma vigorosa. À dissidência interna deve ser garantida a possibilidade de influenciar o resultado do processo.

Portanto, é preciso pensar a legitimação coletiva como faz GIDI (2002, p. 61-62), que enxerga no legitimado um verdadeiro "porta-voz" dos interesses do grupo. Havendo interesses divergentes dentro do grupo, tantos serão os representantes quantas forem as divergências. Somente assim todos os subgrupos estariam adequadamente representados em juízo, tendo a oportunidade de serem ouvidos e de influírem no caminhar e destino do processo. Para tanto, é evidente a imprestabilidade do sistema de legitimação *ope legis*, que limita o controle do juiz diante do caso concreto. É preferível optar, em lugar deste sistema, por um outro que permita o controle jurisdicional da legitimação coletiva, e que assim não reduz demasiadamente os poderes do magistrado e desconsidera por completo as circunstâncias do caso concreto.

Esta mudança exige, também, um redimensionamento do clássico conceito de legitimidade *ad causam*. Não são apenas razões de conveniência que levarão à atribuição de legitimidade a um sujeito de direito. Tampouco se deve interpretar a situação legitimante extraordinária de maneira restritiva. A substituição processual, nestes casos, decorre de um interesse processual do legitimado coletivo na solução do conflito, reconhecendo-se, dentro da dimensão das ações coletivas como instauradoras de processos de interesse público, o papel destes legitimados na participação, no controle do poder, exercendo função fundamental num Estado Democrático de Direito (DIDIER JR e ZANETI JR., 2012, p. 212).

Este papel, como se viu, só será bem exercido caso o legitimado coletivo funcione como um porta-voz adequado dos interesses do grupo substituído, defendendo-os de forma vigorosa e garantindo-se, dessa forma, o respeito ao princípio do contraditório. Garantindo, também, que as divergências de interesses dentro do grupo estejam representadas no processo. Portanto, o critério *ope legis* de legitimação coletiva não se conforma ao princípio do contraditório. No entanto, considerando-se o Direito Positivo vigente, quais as possibilidades para superar tal inconstitucionalidade que podem ter aplicação prática?

4. PROPOSTAS PARA SUPERAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE.

Constatada a incompatibilidade do sistema *ope legis* de legitimação coletiva com o princípio do contraditório, é necessário pensar em alternativas para conformar o

microssistema da tutela coletiva dentro dos limites impostos pela ordem constitucional. Nesta tarefa, tomar-se-á como premissa a ideia de que existe um microssistema da tutela coletiva composto pela Lei da Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor, Lei da Ação Popular, Lei de Improbidade Administrativa e a Lei do Mandado de Segurança, ao versar sobre o mandado de segurança coletivo (ALMEIDA, 2007, p. 48; MAZZEI, 2009, p. 380).

Para tanto, é primordial reconhecer a possibilidade de controle jurisdicional sobre a atuação processual do legitimado coletivo como decorrência do princípio do contraditório. Deve ser permitido ao Judiciário, diante do caso concreto, verificar se o legitimado coletivo está representando devidamente o grupo titular da situação jurídica deduzida em juízo. Tal controle deve incluir, necessariamente, a questão da existência de interesses divergentes dentro do grupo ou entre o grupo e o legitimado coletivo, a fim de que todos os subgrupos tenham a garantia de que seus interesses estão sendo devidamente defendidos em juízo. É preciso examinar o caso concreto porque, muitas vezes, somente a análise das circunstâncias do caso permite identificar a existência ou não de um efetivo conflito de interesses (ROQUE, 2013, p. 148). Quando for possível identificar o conflito de interesses desde o princípio do processo, deve ser desde já reconhecido, não se aguardando para verificar se o legitimado coletivo conduzirá adequadamente o processo (ARAUJO, 2013, p. 240). Abandona-se, assim, a ficção legal criada pelo sistema *ope legis* de legitimação coletiva, que presume a observância ao princípio do contraditório mesmo sem qualquer consideração acerca do caso concreto.

Faz falta, no Brasil, a previsão de um momento específico para a verificação da adequação do legitimado coletivo, como ocorre com a fase de certificação nas *class actions* norte americanas (CABRAL, 2007, p. 126). Mas a ausência de uma fase de certificação não impede que tal controle seja realizado de ofício, a qualquer momento durante a litispendência, por se tratar de questão afeta ao preenchimento de condição da ação e por existir autorização legal neste sentido, conforme norma construída a partir do artigo 267, §3º, do CPC. Trata-se, portanto, de questão de ordem pública, cognoscível *ex officio* e a qualquer tempo (ARAUJO, 2013, p. 238).

O controle judicial deve abranger não apenas a questão da legitimidade coletiva, mas também os termos de eventual acordo entabulado pelas partes. Isto porque mesmo que o juiz tenha aferido a representatividade adequada do legitimado coletivo,

muitas vezes os conflitos de interesses entre os membros ausentes ou entre os integrantes da coletividade e o seu representante em juízo surgem no momento da propositura do acordo (ROQUE, 2013, p. 349). O direito estadunidense serve de exemplo da necessidade da análise, pelo Judiciário, dos termos do acordo celebrado entre as partes, de forma a garantir não só a adequada representação da coletividade em juízo, como também o devido processo legal e o contraditório quanto aos integrantes do grupo. É preciso impedir a colusão entre as partes, que tem como consequência acordos que não atendem aos interesses dos membros ausentes. Caso tal controle fosse habitualmente realizado no Brasil, talvez não tivessem ocorrido os mencionados episódios no ano de 2014, em que a despeito de celebrados os acordos, os trabalhadores grevistas deram continuidade aos movimentos paredistas.

Ademais, é imprescindível viabilizar que os grupos ou subgrupos que não estejam devidamente representados em juízo suscitem tal questão perante o Judiciário. Tem importância, neste ponto, o subprincípio da adequada notificação, compreendido pela doutrina como corolário do devido processo legal coletivo (DIDIER JR e ZANETI JR., 2012, p. 116), que impõe o dever de dar publicidade à pendência do processo coletivo para que outros legitimados extraordinários possam fiscalizar a condução do processo, bem como para que os integrantes do grupo possam exercer o direito de não se submeterem aos efeitos da decisão, quando possível tal providência.

É nítida a influência do conceito de *fair notice*, presente nos ordenamentos jurídicos que adotam as *class actions*, na concepção deste subprincípio. Uma análise do ordenamento jurídico brasileiro revela que o único regramento relativo ao tema é extraído do artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor, no qual se prevê a publicação de editais em órgão oficial no caso de ações coletivas de responsabilidade civil que tenham como objeto direitos individuais homogêneos (CABRAL, 2007, p. 127). No entanto, além do limitado alcance da regra, por referir-se apenas a uma espécie de direito transindividual, é possível afirmar que a publicação de editais nos diários oficiais cumpre uma função meramente formal, uma vez que tem pouca eficácia para dar ciência ao maior número possível de interessados acerca da pendência de um processo coletivo (ROQUE, 2013, p. 519).

Assim, a garantia de uma notificação adequada exigira, também, a previsão em lei de outros instrumentos para dar publicidade aos processos coletivos. A rede mundial de computadores e a velocidade com que circula a informação nos meios de

comunicação certamente teriam função essencial neste sentido. Um regramento que observasse tais diretrizes nada mais faria do que dar concretude ao princípio do contraditório, permitindo que interviessem no processo outros legitimados que possam defender, de forma efetiva, todas as situações jurídicas titularizadas pelo grupo e os diferentes interesses divergentes dentro da coletividade.

Quanto a tais intervenções, parecem interessantes as possibilidades suscitadas pelo Procedimento-modelo Alemão (Musterverfahren), previstas em legislação daquele país relativa à proteção dos investidores em mercado de capitais. Naquele procedimento, destinado à resolução de questões comuns atinentes a processos de massa, há não só a escolha de líderes para os grupos litigantes, que funcionarão como porta-vozes dos interesses discutidos (semelhantemente aos legitimados coletivos), como também se permite a participação efetiva dos interessados, através de modalidade interventiva denominada de Beiladung, facultando assim que possam influir e condicionar a decisão (CABRAL, 2007, p. 142).

Ocorre que o sistema de legitimação coletiva brasileiro, ainda que insatisfatório, limita a intervenção em ações coletivas apenas para as hipóteses de direitos individuais homogêneos, como decorrência do já mencionado artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor. Nos demais casos, somente poderão intervir aqueles sujeitos de direito contemplados no rol de legitimados coletivos trazido pelo direito positivo. O processo coletivo brasileiro não admite, senão nas estritas hipóteses da ação popular, a legitimação do indivíduo para a representação do grupo em juízo. De forma que estaria vedada a intervenção dos particulares interessados na solução da causa, nos moldes da Beiladung alemã.

Afinal, concorda-se com a verificação da adequação do legitimado coletivo segundo modelo proposto por DIDIER JR. e ZANETI JR. (2012, p. 213), que defendem que primeiro seria examinado se há autorização legal para a substituição processual por aquele sujeito de direito que figura como parte no processo coletivo, para a seguir ser examinado se estão presentes os elementos que asseguram a representatividade adequada das situações jurídicas ali discutidas. Ainda que não se concorde com uma interpretação restritiva da legitimação extraordinária, o fato é que atualmente exige-se previsão legal de situações legitimantes a quem não titularize a relação jurídica discutida em juízo.

Quais seriam estes elementos é questão que dependerá, inevitavelmente, do exame do caso concreto. No entanto, há de ser noticiado que os diversos projetos de Códigos de Processo Coletivo trazem rol exemplificativo de quais seriam as circunstâncias que revelam a adequação ou não do legitimado coletivo, inclusive exigindo a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, bem como a afinidade do legitimado quanto a estes interesses (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2012, p. 214-216).

Infelizmente, deve ser registrado que as últimas propostas legislativas acerca do tema – o Projeto de Lei nº 5.139/2009, referente à nova Lei da Ação Civil Pública, e o Projeto de Lei do Senado nº 282/2012, referente à reforma no processo coletivo no Código de Defesa do Consumidor – não contemplaram o controle judicial da representatividade adequada, muito embora exista um certo clamor doutrinário pela modificação da legislação brasileira sobre tal matéria. Perde-se, assim, a oportunidade de avançar sobre no tema (ROQUE, 2013, p. 563), corrigindo-se a inconstitucionalidade identificada neste trabalho.

Por fim, é de se ver que constatada a inadequação do legitimado coletivo, a solução não poderá ser a extinção do processo sem a resolução do mérito. É notória a existência da chamada jurisprudência defensiva, que nada mais é do que uma manifestação da preferência dos magistrados em proferir decisões que fundadas em questões processuais, em regra menos complexas, em detrimento de provimentos jurisdicionais que resolvam o mérito da causa. O não preenchimento adequado de uma das condições da ação permitiria, justamente, decisões de tal natureza.

No entanto, as ideias aqui apresentadas não significam uma carta branca para que os juízes, constatando a inadequação do legitimado coletivo diante do caso concreto, extingam o processo coletivo, o que iria contra os objetivos da tutela coletiva. Na verdade, a solução já é dada pelo próprio microssistema da tutela coletiva, que prevê a possibilidade de o juiz provocar outros legitimados em caso de desistência ou abandono por parte do autor coletivo (artigo 5º, §3º, Lei da Ação Civil Pública e artigo 9º da Lei 4.717/1965) (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2012, p. 217-218). A atitude é válida, também, para hipóteses em que o legitimado coletivo seja inadequado.

Tal provocação do Judiciário seria dirigida apenas aos legitimados coletivos, previstos no rol criado pelo Direito Positivo. Trata-se de solução similar àquela adotada pelo direito estadunidense, que após reforma legislativa realizada em 2003 positivou

prática anteriormente adotada pelos juízes, que diante de um acordo coletivo e de indícios da existência de conflito de interesses, providenciavam a notificação, de forma razoável, dos integrantes do grupo ausentes, a fim de que manifestassem eventuais objeções aos termos do acordo proposto (ARAUJO, 2013, p. 195). Esta provocação serviria, também, para que se desse ciência ao juiz acerca da existência de interesses divergentes, não considerados quando da negociação do acordo (ROQUE, 2013, p. 372). No entanto, no Brasil, seria necessário que os subgrupos com interesses divergentes adotassem medidas no sentido da criação de associações que possam representar seus próprios interesses, diante da divergência com os sindicatos e associações que vinham conduzindo o processo coletivo, de forma a enquadrarem-se no rol de legitimados previsto pelo direito positivo. Certamente, existem dificuldades práticas para tal solução, mas trabalha-se aqui com propostas que consideram o Direito vigente, cujo microssistema de tutela coletiva apresenta vedações à intervenção de particulares em processos coletivos e limitações à legitimação do indivíduo para a defesa de direitos transindividuais em juízo.

Consideradas tais propostas, pensa-se que pode haver um melhor ajustamento do sistema de legitimação coletiva brasileiro à atual dimensão do princípio do contraditório, garantindo os direitos fundamentais dele decorrentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro: Análise crítica das propostas existentes e diretrizes de uma nova proposta de codificação.** Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

ARAUJO, Rodrigo Mendes de. **A Representação adequada nas ações coletivas**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo alemão. uma alternativa às ações coletivas. In: **Revista de Processo**, n. 147, maio de 2007, p.123-146.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 7ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, Vol. 108. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 61-70.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Nota sobre a necessidade do litisconsórcio e a garantia do direito fundamental ao contraditório. FUX, Luiz; NERY JR. Luiz; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). In: **Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: RT, 2006, p. 656-661.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo.** São Paulo: RT, 2002.

MAIA, Diogo Campos Medina. Ação Coletiva Passiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MAZZEI, Rodrigo. Ação Popular e o Microssistema da Tutela Coletiva. In: **Tutela Jurisdicional Coletiva**. Coord: DIDIER JR., Fredie e MOUTA, José Henrique. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 373-395.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural, Patrimônio Público e outros interesses**. 23ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In Grinover, Mendes e Watanabe (organizadores), **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária". In: **Revista dos Tribunais**, v. 404. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 9-18.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural, Patrimônio Público e outros interesses**. 23ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**.3. ed. São Paulo: RT.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do Contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Garantias Constitucionais do Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 132-150.

ROQUE, André Vasconcelos. **Class Actions. Ações Coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?** Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto e NUNES, Dierle José Coelho. "Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual". In: **Revista de Processo**, n. 168. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 107-142

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Defendant Class Action Brasileira: Limites Propostos para o "Código de Processos Coletivos". In**: Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.** Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalvez de Castro e Kazuo Watanabe. São Paulo, RT, 2007, p. 309-320.