

O uso de Ações Coletivas Passivas e Bilaterais para proteção de direitos na Internet.

Nelson Rodrigues Netto¹

Resumo: O presente trabalho tem por objeto analisar a representação adequada dos legitimados para a causa nas ações coletivas passivas e ações coletivas bilaterais para proteção de direitos envolvendo um grande número de pessoas, especialmente relativas a conflitos derivados do uso da Internet.

Abstract: The present essay concerns to the analysis of the adequacy of representation of the parties in the defendant class action and in the bilateral class action in order to protect rights involving large number of people, especially related to conflicts arising out of practice by Internet.

Palavras-chave: Ações coletivas passivas e bilaterais na Internet

Keywords: Defendant and bilateral class actions in Internet

Sumário: 1 – A Sociedade da Informação. 2 - O caso MGM v. Grokster. 3 - O processo coletivo no Brasil. 3.1 - A legitimação nas Ações Coletivas. 4 – As Ações Coletivas Passivas e as Ações Coletivas Bilaterais. 5 – A Representação Adequada do legitimado nas Ações Coletivas. 5.1 – O controle judicial da legitimação para a causa nas Ações Coletivas. 5.1.1 - A *pertinência temática* como um dos elementos da Representação Adequada. 5.1.2 - O *devido*

¹ Doutor, Mestre e Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação dos Advogados de São Paulo. Professor de Direito Processual Civil do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – UniFMU. Advogado em São Paulo.

processo legal como fundamento constitucional da Representação Adequada. 6 - Conclusão.
Referências Bibliográficas.

1 – A Sociedade da Informação.

Um dos avanços tecnológicos mais extraordinário da sociedade contemporânea foi a criação e a difusão da Internet. Para se ter uma idéia do incomensurável crescimento dos usuários da Internet, basta revelar que nos Estados Unidos, em 4 anos, chegaram ao número de 50 milhões, enquanto que para atingir este número, a televisão demorou 13 anos, o computador pessoal 16 anos, e o rádio 38 anos.²

A possibilidade de, a partir de uma conexão de computador, pessoas se comunicarem, acessarem bancos de dados, realizarem negócios por todo o globo é fenômeno de integração e de desenvolvimento da civilização.

A Sociedade da Informação propicia um novo passo nas relações entre as nações, influenciando sistemas políticos e econômicos e a própria soberania de cada povo.

O Programa da Sociedade da Informação no Brasil pretende compartilhar responsabilidades entre os setores da iniciativa privada (empresarial e sociedade civil) e o setor público, com o objetivo de “integrar, coordenar e fomentar ações para a utilização de tecnologias de informação e comunicação, de forma a contribuir para a inclusão social de todos os brasileiros na nova sociedade e, ao mesmo tempo, contribuir para que a economia do País tenha condições de competir no mercado global”.³

O grande desafio é usufruir da Internet para propiciar um enriquecimento da cultura moderna, dentro de uma perspectiva humana e ética, e não apenas utilizá-la como um instrumento tecnológico, sem agregar melhores condições de vida à toda a sociedade da informação.

² Dados colhidos do Livro Verde da Sociedade de Informação no Brasil, p. 3. O livro é fruto de trabalho desenvolvido pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, contendo as metas de implementação do Programa Sociedade da Informação e constituindo-se de uma súmula consolidada de possíveis aplicações de Tecnologias da Informação.

³ Cf. Livro Verde da Sociedade de Informação no Brasil, p. 10.

2 - O caso MGM v. Grokster

O operador do Direito, mais do que estar atento para este fenômeno, deve atuar ativamente, de forma propositiva, procurando fornecer elementos normativos para as relações jurídicas criadas pela Internet.

Neste passo, é interessante analisar questão que foi recentemente apreciada pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Trata-se de litígio envolvendo, de um lado, titulares de direitos autorais relativos a músicas e filmes, e, de outro, usuários da Internet que, por meio de programas de computador (*softwares*) gratuitamente distribuídos, copiavam referidas músicas e filmes sem efetuar qualquer contraprestação aos titulares dos direitos autorais.⁴

A demanda foi proposta como uma *ação coletiva bilateral*. No pólo ativo, figuram como autores coletivos um grupo de estúdios de filmagens cinematográficas e outros titulares de direitos autorais. Eles agiram na defesa de todos os titulares de direitos autorais concernentes a filmes e músicas, cujos arquivos eletrônicos foram obtidos pela Internet sem que para tanto houvesse a devida remuneração. No pólo passivo, a ação foi proposta em face de empresas que distribuem *softwares* utilizados por seus clientes para violação de direitos autorais.

A ação ficou conhecida como o “caso entre Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. e outros *versus* Grokster, Ltd. e outros”.

Os demandantes ingressaram com ação pleiteando uma tutela condenatória para obtenção de perdas e danos, e uma tutela mandamental para impedir que os demandados continuassem a praticar conduta considerada pelos primeiros como ilegal por constituir violação de direitos autorais. Os demandados alegaram, como principal fundamento de defesa, que não possuíam qualquer controle sobre o uso dos softwares por eles distribuídos gratuitamente.

⁴ Direito autorais, no sentido do texto, é usado de forma ampla para se referir aos direitos patrimoniais do autor, explorado por ele ou por terceiros, cf. arts. 28 a 45, da Lei nº 9.610, de 19.02.1998. Sobre o tema, conferir, Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil*, v. 3, pp. 303/320 e v. 5, pp. 581/600.

Perante o *U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit* (juízo federal que corresponde no modelo brasileiro a um Tribunal Regional Federal), os demandados foram vitoriosos, obtendo uma decisão favorável proferida em um julgamento sumário.⁵

O fundamento da decisão foi um precedente judicial (*Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U. S.) no qual a Sony conseguiu demonstrar que a criação do aparelho de videocassete não tinha a finalidade de violar direitos autorais. Em verdade, na defesa do “caso Sony”, que foi acolhida pelo órgão julgador, alegou-se que o videocassete visava proporcionar às pessoas a possibilidade de assistir a programas transmitidos pela televisão nos horários que lhes fossem mais convenientes. O alicerce deste precedente consiste em que a utilização de novas tecnologias não implica em violação de direito autoral, se elas são criadas para fins lícitos, a despeito do uso inadequado ou ilegal que alguém, eventualmente, possa delas fazer.

Inconformados, os demandantes interpuseram o recurso de *writ of certiorari* à Suprema Corte, que o recebeu e julgou nula a decisão recorrida.⁶

Ao decidir, a Suprema Corte norte-americana, afastando a incidência do precedente “Sony” ao caso sob julgamento, afirmou que aquele que distribui um dispositivo com o objetivo de promover seu uso para violar direitos autorais, age além da mera distribuição e mero conhecimento de que atos ilegais poderão ser perpetrados por terceiros, sendo

⁵ Em harmonia com a Sétima Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que estabelece o direito a um julgamento por um tribunal do júri, uma dada pretensão pode ser julgada, exclusivamente, por juiz togado, em procedimento sumário, quando não houver questões de fato a serem solucionadas pelo corpo de jurados. Há disciplina específica no art. 56, das *Federal Rules of Civil Procedure* (“Código Federal de Processo Civil”) e em diversos diplomas legais estaduais. Sobre o tema, conferir, com proveito, Friedenthal-Kane-Miller, *Civil procedure*, pp. 451/464 e pp. 490/548; e, Dessem, *Pretrial litigation*, pp. 291/312.

⁶ O *writ of certiorari* é uma modalidade de recurso de competência da Suprema Corte dos Estados Unidos. Ele é disciplinado pelos arts. 1254 e 1257, Título 28, do *United States Code* e arts. 10 a 16 das *Rules of the Supreme Court of the United States* (“Normas da Suprema Corte dos Estados Unidos”). Após a reforma de 1988, os referidos arts. 1254 e 1257 conferiram ampla discricionariedade à Suprema Corte para conhecer dos *writs of certiorari*, somente admitindo-os em casos em que haja relevante interesse público na questão debatida e não envolva apenas o interesse das partes. Conferir, Nowak-Rotunda, *Constitutional Law*, pp. 29/33; ver, ainda, Williams, *Constitutional analysis*, pp. 16/22; Barron-Dienes, *Constitutional Law*, 15/6; Reynolds, *Judicial process*, pp. 36/47. A relevância da questão debatida, funcionando como um requisito de admissibilidade recursal, foi introduzida para conhecimento do recurso extraordinário pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, que criou o §3º, ao art. 102, da CF, denominando-a de “repercussão geral da questão constitucional”. Este novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, que deverá ser regulamentado por lei consoante preceito constitucional, assemelha-se à “arguição de relevância da questão federal” do sistema anterior. Sobre o tema ver, Nelson Rodrigues Netto, *Interposição conjunta de recurso extraordinário e de recurso especial*, pp. 22/25 e 38/41.

responsáveis pelos atos de violação praticados por tais terceiros ao se utilizarem do referido dispositivo, a despeito do eventual uso legal que possa ter o referido aparelho.

3 – O processo coletivo no Brasil

Neste ano de 2005, comemoram-se os vinte anos de vigência da Lei da Ação Civil Pública – LACP (Lei nº 7.347, de 24.07.1985).

Um bom caminho foi percorrido na tutela dos direitos coletivos, desde a criação da Lei de Ação Popular – LAP (Lei nº 4.717, de 29.06.1965), até a consagração e a definição dos direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078, de 12.12.1990), permeado pela sua elevação a patamar constitucional em diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988.

Decorre ser válido reconhecer a existência no ordenamento jurídico brasileiro de um *sistema de processo coletivo brasileiro*, o qual deve rumar para a consolidação do Código Brasileiro de Processo Coletivo.^{7 8}

É um momento para celebração das vitórias alcançadas, mas também para a reflexão, visando a implementação de aspectos que ainda carecem de uma solução satisfatória.

Não se pode deixar de apontar a experiência, mais que secular dos Estados Unidos, relativa às ações coletivas, cuja primeira norma federal - *Federal Rules of Equity* - remonta ao ano de 1842⁹ e, a dimensão das relações jurídicas derivadas da Internet naquele país. Ambos os fatos são fortes justificativas para validar o emprego do caso “MGM v. Grokster” como paradigma para uma consideração crítica sobre alguns tópicos relativos às ações coletivas no Brasil.

3.1 – A legitimação nas Ações Coletivas

⁷ No texto utilizamos, indistintamente, a expressão “direito coletivo” para referir o gênero de que são espécies: os interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, conforme classificação do art. 81, incisos I a III, do Código de Defesa do Consumidor.

⁸ Com mesmo significado, refere-se ao *sistema de processos coletivos*, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, *O anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para os Países Ibero-Americanos e a legislação brasileira*, p. 8.

⁹ Cf. Robert Klonoff, *Class Actions and other Multi-Party Litigation*, p. 17.

No presente ensaio o nosso foco será apontado para o ponto preambular das ações coletivas, envolvendo direitos na Internet: a *legitimidade das partes para a causa*.

O art. 5º, da LACP, estatui que podem propor ação principal e cautelar, o órgão do Ministério Público, a União, os Estados (devendo aqui incluir-se o Distrito Federal, dada a equivalência constitucional que guarda com as unidades federadas), os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, e, as associações constituídas ao menos há um ano (requisito dispensável pelo juiz, conforme §4º, do art. 5º) e que incluam entre suas finalidades institucionais a proteção de interesse difuso ou coletivo. Ao prever apenas a *propositura* de ações, a interpretação literal e estrita leva a entender que a norma disciplina apenas a legitimação ativa para as referidas demandas.

Por seu turno, o CDC disciplina a matéria de modo diferente, não dispondo seus dispositivos explicitamente sobre legitimados para *propositura* de ações. Primeiramente, o art. 81 estabelece que a *defesa* dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo. Em seguida, o art. 82 aponta os legitimados, para fins da aludida *defesa*, acrescentando aqueles previstos na LACP, entidades e órgãos da administração pública, mesmo sem personalidade jurídica. É bom recordar que a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, funcionam dentro de um sistema de processo coletivo, inclusive por força legal, conforme o art. 21, da LACP, e o art. 90, do CDC.

Verifica-se que não há indicação exclusiva de legitimação ativa, não havendo qualquer proibição para ações coletivas movidas *por* ou *contra* titulares de direitos coletivos. Não nos parece que o CDC, ao falar em *defesa*, pretendeu restringir o termo para uso apenas de autores coletivos, deixando de fora a defesa de interesses de réus coletivos.¹⁰

Cabe destacar que uma interpretação restritiva em relação à locução *defesa* constante da Lei, não vem ao encontro dos principais objetivos que possui o processo coletivo: incremento no acesso à justiça (especialmente com relação a direitos difusos ou para pretensões que, individualmente, consideradas seriam de valor ínfimo, as chamadas *negative*

¹⁰ Figura adotar esta opinião, Ada Pellegrini Grinover, *Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre legitimação e a coisa julgada*, p. 8.

*value suits*¹¹); economia judicial em termos de tempo e custos; segurança jurídica pela decisão uniforme em relação a todos os titulares do direito coletivo; e, a inibição e a modificação de condutas ilícitas.

Este último aspecto, a *inibição e a modificação de condutas ilícitas (behavior modification*, literalmente, “modificação de comportamento”), é apontado como outro importantíssimo objetivo das ações coletivas, nos sistemas anglo-saxões. A doutrina mais arrojada procura demonstrar que a inibição de comportamento ilícito não se restringe aquela decorrente de litígio coletivo onde a demanda individual teria um custo impeditivo e, portanto, a conduta ilícita se perpetuaria. Antes, pretendem fazer ver que este objetivo das ações coletivas funciona como um método propedêutico para solução de conflitos coletivos e de prevenção de acidentes de massa.¹²

Outros fatores, como veremos, militam em favor da legitimação ativa e ou passiva de titulares de interesses e direitos coletivos. Contudo, o ponto nodal da questão refere-se à *adequada representação do legitimado*.

4 - As Ações Coletivas Passivas e as Ações Coletivas Bilaterais

O exemplo do precedente jurisprudencial norte-americano acima descrito, revela tratar-se de uma ação coletiva onde há, em ambos os pólos da relação processual, sujeitos litigando em nome de grupo, categoria ou classe de pessoas, tendo por objeto direitos que lhes dizem respeito, ou seja, direitos coletivos. Nos Estados Unidos essa espécie de ação é denominada de **ação coletiva bilateral** (*bilateral class action*).

A ação coletiva bilateral não se confunde com uma ação dúplice. A ação dúplice é caracterizada pela possibilidade dos sujeitos da relação de direito material poderem ocupar, indistintamente, qualquer um dos pólos da relação jurídica processual, de modo que o réu para formular pedido em face do autor não precisa (*rectius*: não deve) utilizar-se de reconvenção.¹³

¹¹ Idem, *ibidem*, p. 95.

¹² Ver, com proveito, Craig Jones, *Theory of class actions, passim*, especialmente, pp. 4, 27/37 e 38/63; David Rosenberg, *Decoupling Deterrence and Compensation Functions in Mass Tort Class Actions for Future Loss, passim*; Stephen Yeazell, *Civil procedure*, p. 968.

¹³ Cf. Nery-Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, p. 1131, nota 1 ao art. 915. Exemplo de ação dúplice são as ações possessórias: “Sendo ação dúplice, a possessória inadmite reconvenção. Quanto às despesas que

A ação coletiva, como estamos acostumados a lidar no Brasil, sob a ótica da legitimação das partes, é aquela em que há um demandante coletivo, cuja tutela é exigida do Estado-juiz em face de um demandado. À luz da realidade dos fatos, nada impede esta inversão de posições: um demandante individual propondo uma ação em face de um demandado coletivo. Esta espécie de ação coletiva é denominada de **ação coletiva passiva** (*defendant class action*).

Os primórdios das ações coletivas bilaterais no Brasil retrocede à década de 1940, na seara do Direito do Trabalho.¹⁴ Atualmente, a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 01.05.1943) disciplina o processo de dissídio coletivo (arts. 856 a 875), cujo fundamento constitucional encontra-se no art. 114, III, e §2º, da CF, na redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004.

Constata-se que o ordenamento jurídico brasileiro não é infenso a legitimação ativa e passiva no processo coletivo.

Além dos aspectos já considerados, outros argumentos são apontados no sentido de revelar a possibilidade jurídica de ações coletivas passivas e bilaterais no ordenamento brasileiro.

Assim, a prerrogativa do juiz de dispensar, para propositura de ação coletiva por associação, do requisito de sua pré-constituição há pelo menos um ano, quando estiver evidenciado manifesto interesse social pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido (art. 82, § 1º, do CDC); a possibilidade de existência de litisconsórcio de qualquer das partes na ação civil pública (art. 5º, § 2º, da LACP); a existência de convenção coletiva de consumo entre associações de consumidores e fornecedores (art. 107, do CDC), cujo litígio dela decorrente será dirimido em juízo por meio de ação coletiva bilateral.¹⁵

pudessem ser eventualmente ressarcidas e não discriminadas ou pedidas na contestação, em esfera recursal é vedado análise” (2º TACSP, Ap. nº 419-173-00/5, 9ª C., rel. Juiz Radislau Lamotta, v.u., j. 26.06.1996, in, Alexandre de Paula, *Código de Processo Civil Anotado*, p. 3574, v. 4).

¹⁴ Sobre o tema, consultar Wilson de Souza Campos Batalha, *Direito processual das Coletividades e dos Grupos*, pp. 12/8.

¹⁵ Cf. Ada Pellegrini Grinover, *ob.cit.*, pp. 7 e 8.

Ademais, nada impede que o demandado possa, sob pena de violação do princípio do direito de ação (art. 5º, XXXV, da CF), ajuizar ações incidentais no processo coletivo, como por exemplo, ação declaratória incidental, ação cautelar, reconvenção, embargos do devedor na execução coletiva, ou, ainda, propor ação rescisória contra decisão proferida numa ação coletiva.

5 – A Representação Adequada do Legitimado nas Ações Coletivas

5.1 – O controle judicial da legitimação para a causa nas Ações Coletivas

A legitimação para a causa, como uma das condições da ação, no processo individual, não é satisfatória para o processo coletivo. Não há uma correspondência, ao menos não uma correspondência plena e perfeita, entre as legitimações ordinária e extraordinária, estudadas no processo clássico, e a legitimação ativa e passiva nas ações coletivas.¹⁶

Para que o processo coletivo corresponda a um procedimento legítimo, observando o princípio constitucional do devido processo legal, não basta que as partes possuam *legitimatio ad causam*, mas, exige-se algo mais: que o sujeito legitimado seja alguém que represente adequadamente a classe dos titulares do direito coletivo.

É importante destacar que representação adequada para a ação coletiva não corresponde ao sentido de representação processual (v.g., arts. 8º a 12, do Código de Processo Civil), tampouco ao de representação legal (arts. 115 a 120, do Código Civil) ou representação convencional (v.g., arts. 653 a 692, do CC) do direito material.¹⁷

Assim, a **representação adequada** é um requisito para a ação coletiva e deve ser compreendida como um especial elemento da legitimação, ativa e ou passiva, para a causa no processo coletivo.

O direito norte-americano, fonte na qual o legislador brasileiro tem se abeberado e com base no qual a doutrina e os Tribunais brasileiros têm trabalhado para conferir melhor

¹⁶ No mesmo sentido, José Marcelo Menezes Vigliar, *Alguns aspectos sobre a ineficácia do procedimento especial destinado aos interesses individuais homogêneos*, p. 326.

¹⁷ Neste sentido, Antônio Gidi, *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta*, pp. 61 e 62.

eficácia ao processo coletivo nacional, disciplina rigorosamente a representação adequada do legitimado para ação coletiva, assim como as qualidades de seu advogado.

As *Federal Rules of Civil Procedure* (“Código Federal de Processo Civil”) estipulam em seu art. 23, “a”, n° 4, que “os representantes das partes devem razoável e adequadamente proteger os interesses da classe”.¹⁸

É válido apontar que, além de ser o código de processo aplicável à jurisdição federal norte-americana, as *Federal Rules of Civil Procedure* são utilizadas pelos juízos das justiças estaduais como fundamento jurídico na solução de litígios, e, em diversas hipóteses, como parâmetro para elaboração das leis processuais dos Estados-federados.

À luz dos precedentes judiciais, a doutrina norte-americana aponta como requisitos para que alguém seja considerado como um representante adequado, que: seja um membro da classe; tenha um bom conhecimento dos fatos envolvendo a demanda; possua credibilidade em virtude de demonstrar ter um bom caráter e ser honesto; não possua conflito de interesses com os membros da classe; tenha condições para custear as despesas do processo.¹⁹

O *Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*, seguindo o padrão norte-americano de controle judicial da legitimação das partes na ação coletiva, estipula como requisito para toda ação coletiva a *adequada representação* do legitimado (art. 2º, I). Exige, ainda, que haja relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas (art. 2º, II).²⁰

Em seu art. 2º, §2º, está estabelecido que o juiz na análise da representação adequada deverá observar: a) a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo,

¹⁸ “Rule 23. (a) Prerequisites to a Class Action: (*omissis*) (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interest of the class”.

¹⁹ Klonoff, ob. cit., pp. 48/56; Timothy Eble, *Federal Class Action Practice Manual* (Capítulo 2: Pré-requisitos obrigatórios para certificação da classe §14 – Representação Adequada). No mesmo sentido, o *California Class Action Law Act*.

²⁰ O *Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América* foi criado sob os auspícios do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. A elaboração e o aperfeiçoamento do documento contou com a participação dos professores brasileiros: Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Antonio Gidi e Kazuo Watanabe, tendo sido aprovado em outubro de 2004, durante as XIX Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual realizada em Caracas, na Venezuela. A íntegra do Código-Modelo, com exposição de motivos, está publicada na Revista de Processo n° 121, p. 133-148.

categoria ou classe; c) sua conduta em outros processos coletivos; d) a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; e) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

O controle judicial da representação adequada deve ser realizado durante todo o curso da demanda, e em caso de ausência superveniente, desistência infundada ou abandono da ação, o juízo notificará o Ministério Público e outros legitimados para prosseguimento da demanda (art. 2º, §3º c.c. art. 3º, §4º).

Reproduzindo, quase integralmente os preceitos do Código-Modelo, a proposta de *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, estabelece os mesmos requisitos para a ação civil pública (art. 20); elenca os mesmos critérios para apuração da representação adequada (art. 20, §1º); e, estipula as mesmas regras sobre o controle judicial da representação adequada e as providências judiciais para prosseguimento da ação nas hipóteses de ausência inicial ou superveniente, desistência infundada ou abandono da causa (art. 20, §3º c.c. art. 21, §4º).²¹

É importante destacar que a representação adequada, como dissemos, não se confunde com a própria legitimação para a causa, sendo esta prevista em outro preceito legal, respectivamente, art. 3º, do Código-Modelo, e, art. 21, do Anteprojeto Brasileiro²².

²¹ Conferir a Exposição de Motivos de autoria da Profa. Ada Pellegrini Grinover, Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual, para a proposta do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, *Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos*, pp. 11-16, in, *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*.

²² “**Art. 21. Legitimação ativa.** São legitimados concorrentemente à ação civil pública:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos;

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos e individuais homogêneos;

III - o Ministério Público, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de relevante interesse social;

IV – as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos relacionados às suas funções;

V - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;

VI – as entidades sindicais, para a defesa dos interesses e direitos ligados à categoria;

VII - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais.

VIII - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos neste Código, dispensada a autorização assemblear”.

Ambos os documentos prevêm a *ação coletiva passiva* (respectivamente, arts. 35 a 38, do Código-Modelo, e, arts. 39 a 42, do Anteprojeto Brasileiro). Contudo, omitem-se sobre as *ações coletivas bilaterais*, as quais devem ser reconhecidas como imanentes ao processo coletivo, seguindo as regras processuais que lhes sejam pertinentes.

Este modelo além de incrementar sobremaneira o tratamento da legitimação nas ações coletivas no Brasil dissipará qualquer dúvida ou resistência no tocante à possibilidade jurídica de pedido deduzido em face de um grupo, categoria ou classe.

Como é destacado no *Manual for Complex Litigation*, ao contrário do que se passa no processo individual, onde o cliente escolhe e contrata um advogado para representá-lo em juízo, nas ações coletivas, é o juiz da causa que deverá controlar, *durante todo o curso da demanda*, a adequada representação do legitimado e do seu respectivo advogado.²³

Sob este aspecto, verifica-se que o advogado, na condução da demanda, tem uma responsabilidade perante o grupo, categoria ou classe do qual é mandatário, muito maior do que aquele que detém no processo individual.

A questão sempre foi colocada em relevo pelos tribunais norte-americanos, sendo que a recente reforma, em 2003, das *Federal Rules of Civil Procedure*, inseriu uma alínea “g” ao art. 23, disciplinando pormenorizadamente o tema da representação do advogado na ação coletiva.

Repetindo praticamente o mesmo conteúdo do art. 23, “a”, nº 4, que se aplica ao representante da classe, a alínea “g”, nº 2, exige que o profissional nomeado como advogado da classe deve para representar, razoável e adequadamente, os interesses da classe. Salvo disposição legal em contrário, o juiz deve nomear um advogado para a classe na ação coletiva (art. 23, alínea “c”, nº 1, item “B”, c.c. art. 23, alínea “g”, nº 1).

Ao efetuar a nomeação do advogado, o juiz deve, obrigatoriamente, considerar o trabalho desenvolvido pelo profissional na identificação ou investigação de potenciais pretensões para a demanda; a experiência do profissional em processar ações coletivas ou outros litígios complexos, e, pretensões da mesma espécie das que estão sendo deduzidas na

²³ Cf. MCL 4th, § 21.271. O *Manual for Complex Litigation* é um documento elaborado pelo *Federal Judicial Center*, uma agência de educação e pesquisa para a Justiça Federal, criada pelo Congresso Nacional em 1967 para promover o incremento da administração judicial da Justiça Federal. O MCL é utilizado como um guia pelos estudiosos e pelos órgãos do Poder Judiciário dos Estados Unidos para os chamados “litígios complexos”, dentre eles as ações coletivas. O documento está em sua 4ª edição, lançada em 2004.

ação; o conhecimento do profissional sobre o direito aplicável à causa; e, os recursos que o profissional irá destinar na representação legal da classe (art. 23(g)(1)(C)). Afora os aludidos requisitos obrigatórios, a lei elenca outros requisitos facultativos que o juiz pode tomar em consideração ao nomear o advogado, assim: avaliar quaisquer outros assuntos pertinentes à habilidade do profissional de representar, razoável e adequadamente, os interesses da classe; solicitar do pretense advogado da classe para que forneça informações sobre quaisquer temas pertinentes à nomeação, à proposta de honorários advocatícios e custos judiciais, e, ainda, determinar outras ordens concernentes à nomeação. A lei ainda faculta ao juiz nomear, interinamente, um advogado para classe enquanto não há uma decisão sobre se a demanda deverá seguir como uma ação coletiva (art. 23, (g) (2)).

Em resumo, o controle judicial da representação adequada do legitimado para a causa, na ação coletiva, propicia que uma pessoa física possa conduzir uma demanda na defesa de direitos difusos, coletivos, em sendo parte do grupo, categoria ou classe, ou, individuais homogêneos de que, igualmente, seja titular.

Da mesma forma, não impede que a classe encontre-se no pólo passivo da demanda, ou que se trate de ação coletiva bilateral, uma vez que a aferição da competente e efetiva representação da classe é realizada pelo juiz, durante todo o desenrolar da demanda.

Neste sentido, o exercício da cidadania é profundamente ampliado na medida em que qualquer pessoa possa defender interesses e direitos coletivos, desde que demonstre em juízo ser um representante adequado da classe.

Com efeito, a proteção dos direitos coletivos não fica mais adstrita a certos legitimados, *a priori* definidos pela Lei, os quais eventualmente podem não representar, razoável e adequadamente, os interesses dos titulares do direito coletivo.

5.1.1 – A *pertinência temática* como um dos elementos da Representação Adequada

Em sede de ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, desde o alargamento do rol dos legitimados à sua propositura, estipulado na Constituição Federal de 1988, em seu art. 103, o Supremo Tribunal Federal tem exigido um especial interesse de algumas das pessoas relacionadas para o ajuizamento da demanda. Esse interesse qualificado que certos legitimados devem possuir para postular o controle

abstrato da constitucionalidade de lei, por meio de ação, é denominado de **pertinência temática**.

A pertinência temática, como se depreende dos arestos do STF, é considerada como um requisito implícito da legitimação, *exigindo-se a demonstração da relação de pertinência entre as finalidades da entidade autora e as normas questionadas* nas ações diretas de inconstitucionalidade ou constitucionalidade.²⁴

O primeiro acórdão que se tem notícia de ter empregado a locução *pertinência temática* foi o proferido na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.115-DF, perante o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Ministro Néri da Silveira em 24.08.1994.²⁵

A pertinência temática não se confunde com a *representação adequada*. Soa mais adequado afirmar que a pertinência temática pertence ao rol de elementos que se exige para que alguém seja considerado como adequado representante de um grupo, classe ou categoria de titulares de um interesse coletivo.

De tal sorte, o art. 5º, II, da LACP, exige para propositura de ação civil pública que a autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou associação preveja entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico e paisagístico. Por seu turno, o art. 82, III e IV, do CDC, exige para legitimação nas ações coletivas que entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, sejam especificamente destinadas para defesa de interesses e direitos protegidos pelo

²⁴ Nesse sentido, Zeno Veloso, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, pp. 85/7; Rodrigo César Rebello Pinho, *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*, pp. 49/50; e, Araújo-Nunes, *Curso de Direito Constitucional*, pp. 39/40.

²⁵ O tema encontra-se bem delineado no STF, como se verifica da seguinte ementa: “EMENTA: Ação direta de Inconstitucionalidade. Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL. Falta de legitimidade ativa. - Na ADI 1.792, a mesma Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL **não teve reconhecida sua legitimidade para propô-la por falta de pertinência temática entre a matéria disciplinada nos dispositivos então impugnados e os objetivos institucionais específicos dela**, por se ter entendido que os notários e registradores não podem enquadrar-se no conceito de profissionais liberais. - **Sendo a pertinência temática requisito implícito da legitimação, entre outros, das Confederações e entidades de classe, e requisito que não decorreu de disposição legal, mas da interpretação que esta Corte fez diretamente do texto constitucional**, esse requisito persiste não obstante ter sido vetado o parágrafo único do artigo 2º da Lei 9.868, de 10.11.99. É de aplicar-se, portanto, no caso, o precedente acima referido. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida”. (negritamos) (Adin nº 2.482-MG, Tribunal Pleno, rel. Min. Moreira Alves, v.u., j. 02.10.2002, DJ 25.03.2004, pp. 00032, ement. Vol.-02107-01, pp.00168)

Código, e, que associações incluam entre seus fins institucionais a defesa de interesses e direitos protegidos pelo Código.

Seguem nesta esteira, exigindo pertinência temática entre os legitimados, os fins institucionais a que se destinam e as respectivas demandas movidas por meio de ações coletivas, o art. 21, incisos IV a VIII, e, art. 3º, da proposta de Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos e do Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, respectivamente.

No tocante ao órgão do Ministério Público, o Supremo Tribunal Federal tem assentado a ilegitimidade *ad causam* do *Parquet* para, com fundamento no art. 129, inciso III, da CF, promover ação civil pública para defesa de direitos individuais homogêneos. O Pretório Excelso entende que, com base no referido preceito, a legitimidade do MP está adstrita à “proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos ou coletivos” (*rectius*: difusos e coletivos em sentido estrito).

Em acréscimo, o STF considera que o Ministério Público, com base no art. 127, *caput*, da CF, também não possui legitimidade para a mencionada ação civil pública, se não restar demonstrado que a demanda envolve “interesses sociais e individuais **indisponíveis**”.

À luz de tais considerações, o STF reputa que o Ministério Público não tem legitimidade para ação civil pública com objetivo de impugnar cobrança de tributos ou para pleitear sua restituição.

Nesta medida, pode-se afirmar que o Ministério Público não é representante adequado dos titulares de interesses individuais homogêneos, para propositura de ação civil pública, quando estes interesses não se caracterizarem como “sociais e individuais indisponíveis”.

Com efeito, a Suprema Corte entende que a relação tributária não se subsume ao conceito de relação de consumo a propiciar o ajuizamento de ação de responsabilidade por danos morais ou materiais individualmente sofridos, consoante a previsão do art. 1º, *caput*, II, c.c. art. 21, da LACP. Tampouco, assevera o STF, a situação retratada é enquadrável em “outros interesses ou direitos individuais **indisponíveis** e homogêneos”, conforme norma de encerramento constante do art. 25, IV, “a”, da Lei nº 8.625, de 12.02.1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.²⁶

²⁶ “Art. 25. Além das funções previstas na Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: (*omissis*) IV – promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma

Para bem retratar a questão, pedimos licença para transcrever abaixo ementa de acórdão:

EMENTA OFICIAL - “O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança de tributos ou para pleitear a sua restituição. É que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (Poder Público) e o sujeito passivo (contribuinte) relação de consumo, nem seria possível identificar o direito do contribuinte com *interesses sociais e individuais indisponíveis*”. (destaque no original) (Ag.Reg. no RE nº 248.191-2-SP, 2ª T., rel. Min. Carlos Velloso, v.u., j. 1º.10.2002, DJ 25.10.2002, in, RT 809/178)²⁷

A interpretação pelo Superior Tribunal de Justiça dos dispositivos legais da LACP e do CDC apontados, é exatamente coincidente com a que expusemos com relação ao STF.²⁸

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, dentre os requisitos da representação adequada exige, para o órgão do Ministério Público, “a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda” (art. 20, §2º). O Código-Modelo não regula o tema.

5.1.2 - O devido processo legal como fundamento constitucional da Representação

Adequada

da lei: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos”.

²⁷ Na mesma linha, os acórdãos proferidos nos RREE nº 195.056-PR (Tribunal Pleno); nº 185.360-SP, nº 163.231-SP.

²⁸ “Legitimidade ativa do MP para propor ação civil pública em questões que versem sobre matéria tributária” (STJ- Corte Especial, Pet. nº 1.093-RS em Ag.Reg., rel. Min. Nilson Naves, j. 24.10.02, não conheceram, v.u., DJU 16.12.02, p. 223) *apud*, Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil*, 36ª Ed., nota 4c ao art. 1º da LACP, p. 1061. Acórdão aplicando a tese ao tema de contribuições previdenciárias, em cuja ementa se verifica a fundamentação jurídica que explicitamos no texto: “Tratando-se de interesses individuais, cujos titulares não podem ser enquadrados na definição de consumidores, tampouco sua relação com o instituto previdenciário, considerada relação de consumo, é inviável à defesa de tais direitos por intermédio de ação civil pública” (STJ-5ª T., Ag.Reg. em Resp. nº 404.656-RS, rel. Min. Gilson Dipp, j. 17.12.02, negaram provimento, v.u., DJU 10.02.03, p. 225), *apud*, Negrão, ob. cit., nota 4d ao art. 1º da LACP, p. 1062.

Propositadamente, deixamos para o final da exposição, o fundamento constitucional que justifica o controle judicial da representação adequada do legitimado para a causa no processo coletivo.

Esta, sem sombra de dúvida, é a justificativa maior e o ponto de destaque da *adequacy of representation* nos precedentes judiciais e na doutrina norte-americanos.

Considera-se como princípio fundamental no direito norte-americano que uma pessoa não pode se sujeitar à uma decisão judicial proferida numa ação na qual ela não teve oportunidade de participar.²⁹

A Quinta e Décima Quarta Emendas à Constituição dos Estados Unidos estipulam, respectivamente, que nem os Estados Unidos, tampouco os Governos Estaduais destituirão qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal (*due process of law*).

A cláusula constitucional encerra o que a doutrina denomina de substancial e processual devido processo legal. De modo bastante sucinto, pode-se apontar que a observância do *substantive due process* implica em verificar se há fundamento válido para que o Estado possa destituir alguém de sua vida, liberdade ou propriedade; ao passo que, o *procedural due process* exige que uma tal conduta deva cumprir com um certo procedimento que seja para tanto adequado.³⁰

É considerado como consiste com o devido processo legal, todavia, quando as partes são adequadamente representadas em uma ação coletiva e as garantias constitucionais do processo são observadas, de sorte a poderem ser alcançadas pelo julgamento proferido.³¹

No Brasil, a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LIV, dispõe de modo semelhante, ao asseverar que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

²⁹ Cf. *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310, 66 S.Ct 154, 90 L.Ed 95 (1945).

³⁰ Neste sentido, Erwin Chemerinsky, *Constitutional law: Principles and Policies*, p. 419/470. No direito brasileiro também se faz a referida divisão, cf. Nelson Nery Júnior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 33/8; e, Ada Pellegrini Grinover, *As garantias constitucionais do direito de ação*, pp. 35/8.

³¹ Cf. *Califano v. Yamasaki*, 442 U.S. 682, 700-701 99 S.Ct 2545, 61 L.Ed 2d 176 (1979); *In re A.H. Robbins Co., Inc.*, 880 F.2d 709, 727 (4th Cir.), *cert. denied*, 493 U.S. 959, 110 S.Ct 377 (1989); e, *Gen. Tel. Co. of Southwest v. Falcon*, 457 U.S. 147, 102 S.Ct 2364, 72 L.Ed 2d 740 (1982).

É válido concluir, portanto, que a representação adequada do legitimado no processo coletivo, cujo controle se dá *in concreto* e judicialmente, tem como corolário o princípio constitucional do devido processo legal, pois somente quem tenha sido, regular e adequadamente, representado no processo coletivo é que poderá ficar sujeito aos efeitos da decisão.

6 – Conclusão

A título de conclusão, não reproduziremos todas as proposições lançadas neste ensaio, destacando somente que, em litígios envolvendo grande massa de indivíduos em ambos os pólos da relação controvertida, a aferição da legitimação para causa, ativa ou passiva, deve ser feita pelo juiz à luz do caso concreto, exigindo-se que o representante da classe seja efetivamente adequado para representá-la, sob pena de violar o princípio constitucional do devido processo legal.

Situações desta espécie ocorrem, e cada vez mais deverão ocorrer, em conflitos derivados da utilização da Internet.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David, NUNES Jr., Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARRON, Jerome A.; DIENES, C. Thomas. *Constitutional Law*. 4th Ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1999.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito processual das Coletividades e dos Grupos*. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 1992.

CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law: Principles and Policies*. New York: Aspen Law & Business, 1997.

DESSEM, R. Lawrence. *Pretrial litigation*. 2nd Ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1998.

EBLE, Timothy E. *The Federal Class Action Practice Manual*. 1999. URL: www.classactionlitigation.com.

FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. 3rd Ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1999.

GIDI, Antônio. *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta*. Revista de Processo. São Paulo: RT, no. 108, out/dez-2002, p. 61-70.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos*, in, *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios* (coord. Édis Milaré). São Paulo: RT, 2005, p. 11-16,

_____, *Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre legitimação e a coisa julgada*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, n° 361, p. 3-12.

_____, *Garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973.

JONES, Craig E. *Theory of Class Actions*. Toronto: Irwin Law Book, 2003.

KLONOFF, Robert H. *Class Actions and other Multi-Party Litigation*. 2nd Ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 2004.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *O anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para os Países Ibero-Americanos e a legislação brasileira*. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Genesis, n° 31, jan/mar, 2004, p. 5-21.

NERY, Nelson Jr. *Princípios fundamentais do Processo Civil na Constituição Federal*. 4^a Ed. São Paulo: RT, 1997.

_____, e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado*. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2003.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil*. 36ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. 6th Ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 2000.

PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*. 7ª Ed. São Paulo: RT, 1998. Vol. 4.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REYNOLDS, William L. *Judicial process*. 2nd Ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1991.

RODRIGUES NETTO, Nelson. *Interposição conjunta de recurso extraordinário e de recurso especial*. São Paulo: Dialética, 2005.

ROSENBERG, David. *Decoupling Deterrence and Compensation Functions in Mass Tort Class Actions for Future Loss*. 88 *Virginia Law Review* 1871 (2002).

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003. Volumes III e V.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Alguns aspectos sobre a ineficácia do procedimento especial destinado aos interesses individuais homogêneos*, in, *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios* (coord. Édis Milaré). São Paulo: RT, 2005, p. 323-329.

WILLIAMS, Jerre S. *Constitutional Analysis*. 4th Ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979.

YEAZELL, Stephen C. *Civil procedure*. 4th Ed. New York: Little, Brown and Co., 1996.