

Legitimação extraordinária passiva: um novo modelo compositivo coletivo

Ricardo de Oliveira Paes Barreto¹

Sumário: Introdução. 1 O instituto da legitimação processual e suas variadas acepções. 2 Interesses coletivos em espécie. 3 Os efeitos dos julgados coletivos em face do legitimado extraordinário passivo. 4 Mecanismos de integração dos substituídos no pólo passivo legitimado extraordinariamente: a representatividade adequada. Conclusões

Resumo: Este artigo se propõe a abordar o instituto da legitimação extraordinária passiva multitudinária. Centrará-se sobre projetos de reformas processuais que se encontram em andamento no parlamento nacional e que visam à implantação de um novo regime compositivo multitudinário passivo, através do método da substituição processual. Busca-se demonstrar que o crescente acesso ao judiciário está a exigir novas formulações acerca da legitimação passiva *ad causam*, enquanto mecanismo apto a proporcionar a resolução de conflitos de massa, salvaguardando a tutela dos direitos de modo célere, eficaz e tempestivo.

Palavras-chave: Legitimação passiva extraordinária. Regime compositivo multitudinário. Representatividade adequada.

Abstract: This article proposes to broach the institute's legitimacy extraordinary passive

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Mestre em Direito Público pela UFPE. Professor de Direito Processual Civil. Diretor do Centro de Estudos Judiciários do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

multitudinous. It will focus on projects of procedural reforms that are going on in the national parliament and aimed to establish a new regime compositive multitudinous passive through the method of replacement procedural. It aims to demonstrate that increasing access to justice is to require new formulations about the legitimacy passive to the cause as a mechanism able to solve the conflict of mass, while protects the rights in a quick, efficient and well-timed way.

Key words: Legitimacy extraordinary passive. Regime compositive multitudinous. Appropriate representativity.

Introdução

A concepção clássica do processo, como um instrumento de composição de conflitos intersubjetivos, vem sofrendo reiterados apontamentos pelo legislador nacional, no sentido de garantir cada vez mais sua eficiência, ou seja, o resultado justo e efetivo que se espera da jurisdição provocada.

Depois de reformas pontuais nos procedimentos, nos recursos e na execução, outras se encontram em gestação, e uma delas é aquela que implantará um novo sistema compositivo multitudinário passivo em regime de substituição processual.

A multiplicação de processos visando solucionar lides individuais, em tempos de população crescente, de novos desafios tecnológicos e de conflitos de massa, reclama uma normatização adequada no nosso Código de Processo Civil, dedicando atenção à denominada tutela dos interesses coletivos, hoje, basicamente tratada nas restritas hipóteses da Lei n. 1.531/51, do Mandado de Segurança, e da Lei n. 7.347/85, da Ação Civil Pública.

Numa única sentença, quando procedente mesmo que em parte o pedido feito por legitimado excepcional, seus efeitos extrapolarão os limites subjetivos previstos no art. 472 do CPC, beneficiando todos os substituídos ativos relativamente à pretensão coletiva pleiteada, ante a eficácia *erga omnes* inserida no art. 16, da Lei n. 7.347/85, quando não for o caso de efeito coletivo da sentença concessiva da segurança.

A sede dessa legitimação extraordinária é o art. 6º, do CPC, assinalando que “[...] ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

Como se vê, a previsão legal é para pleitear, para propor ação, não para ser acionado, ou seja, a legitimação extraordinária é apenas ativa, e todo o tratamento procedimental que se segue no Código é apenas neste sentido limitativo, de modo que, uma nova sistemática será brevemente imposta e cabe aos operadores do direito, principalmente aos magistrados, desde já, refletirem sobre este novo regramento, e suas conseqüências em relação ao sistema processual como um todo, pois este será o processo do futuro, no qual uma só sentença definirá dezenas, centenas, milhares de matérias controvertidas de uma só vez, igualmente *erga omnes*, logo, também para os substituídos passivos.

1 O instituto da legitimação processual e suas variadas acepções

O direito de ação, como sabemos, é abstrato e pode ser exercido por qualquer pessoa física ou jurídica, de forma isolada ou em litisconsórcio, devendo o pretendente, em casos concretos, demonstrar o preenchimento das

condições da ação para sua admissão e eventual processamento.

Dentre estas condições, assim essenciais ao exercício do direito de ação, temos a legitimação, que implica na titularidade daqueles que deverão figurar não só no pólo ativo, mas também no pólo passivo do processo, sob pena de indeferimento liminar da petição inicial, na forma do art. 267, I, combinado com o art. 295, II, do CPC.

Esta legitimação pode ser ordinária, judiciária ou extraordinária.

Ordinária é a legitimação daquele que pleiteia direito próprio em nome próprio, no pólo ativo, ou que defende direito próprio em nome próprio, no pólo passivo.

Judiciária é a legitimação ativa ou passiva dos entes despersonalizados, como as assembléias legislativas ou os tribunais em geral, ao acionarem ou serem acionados, em defesa de seus interesses institucionais.

Por fim, extraordinária é a legitimação daquele que está autorizado por lei a pleitear direito alheio em nome próprio, entretanto, apenas no pólo ativo, como, por exemplo, o Ministério Público ao ajuizar ação civil pública, visando a tutela difusa do meio ambiente ameaçado, ou as associações de classe, quando ajuízam ações na defesa dos interesses de seus associados.

Partindo dessa classificação, passaremos a enfrentar a questão controvertida que analisaremos em seguida, a qual consiste na extensão da legitimação extraordinária, também conhecida tecnicamente como substituto processual, para o pólo

passivo do processo, viabilizando a defesa de direito alheio em nome próprio.

2 Interesses coletivos em espécie

Para que possamos enfrentar o tema proposto, faz-se necessário identificar quais as espécies de interesses coletivos que possam eventualmente estar em juízo contra o legitimado extraordinário passivo, para, em seguida, passarmos ao estudo das conseqüências processuais decorrentes.

Neste particular, penso que os interesses tuteláveis podem ser individuais coletivos, coletivos individuais ou coletivos difusos.

O interesse individual coletivo é aquele que, embora esteja vinculado a um grupo de pessoas, é individualizado e disponível, não homogêneo por essência.

O substituto processual pede, em juízo, direito individual de cada um dos substituídos, os quais poderiam, um a um, se fosse o caso, acionar o legitimado passivo, perseguindo seu direito próprio, e, embora entre os substituídos possa haver identidade de causa de pedir, caso julgado procedente, o pedido é pessoal e só ao substituído interessa.

Podemos exemplificar o caso em que um sindicato impetra mandado de segurança para fazer valer direito líquido e certo de seus sindicalizados, relativamente a um determinado desconto indevido. Os efeitos do julgado positivo serão específicos e disponíveis de cada um dos sindicalizados substituídos.

Já o interesse coletivo individual, também denominado coletivo homogêneo, é aquele relativo a um grupo homogêneo individualizado, embora também seja disponível, no qual a causa de pedir, o pedido e os efeitos de

eventual procedência da ação são basicamente os mesmos para todos.

O substituto processual também pede em juízo direito individual de cada um dos substituídos, agora identificados homogeneamente, os quais igualmente poderiam, um a um, se fosse o caso, acionar o legitimado passivo buscando seu direito próprio.

A distinção é que a sentença de procedência na ação civil pública beneficia homogeneamente a todos os substituídos, evitando multiplicidade de ações idênticas e solução bem mais eficiente da controvérsia, que é exatamente a mesma.

Como exemplo, temos a ação civil pública em que uma associação de poupadores é vencedora numa ação aforada contra uma determinada instituição bancária acerca de índices de correção nos seus depósitos, e os efeitos do julgado alcançam todos os substituídos investidores no tocante ao caso concreto de forma coletiva e homogênea.

Por derradeiro, temos o interesse coletivo difuso, que é aquele que diz respeito a todos os envolvidos na questão de fundo posta, porém, não se individualiza e é indisponível.

A qualidade da água, do ar, o meio ambiente sadio, a fauna, a flora, a probidade pública, dentre vários outros, são interesses essencialmente difusos ora de menores grupos, em escala mais localizada, ora ampliando-se a todo o país, nas questões mais abrangentes territorialmente.

É uma espécie de interesse essencialmente tutelável através da ação civil pública, no qual se busca uma sentença de procedência que possa gerar efeitos a todos aqueles que, indistintamente, necessitem da proteção jurisdicional difusa reclamada pelo substituto

processual – Ministério Público ou qualquer dos demais legitimados pela lei de regência.

3 Os efeitos dos julgados coletivos em face do legitimado extraordinário passivo

Do que se depreende, até então, a regra vigente é que apenas se poderá pleitear coletivamente direito individual, homogêneo ou difuso em benefício dos substituídos, os quais sequer estarão no processo e sofrerão excepcionais efeitos positivos do julgado, como uma exceção à regra ínsita do art. 472, do CPC, tudo porque há autorização legal em conformidade com a parte final do art. 6º, do CPC.

Vamos agora inverter as posições, caso em que, por exemplo, uma instituição bancária pretendesse ver declarado um direito homogêneo controvertido em face de uma associação de poupadores, como substituta processual desses poupadores.

Quando esta associação é autora, digamos, em relação à mesma causa de pedir, obtendo sentença de procedência, os efeitos positivos alcançarão os substituídos no processo, os quais poderão, inclusive, executar a instituição bancária para haver suas obrigações declaradas.

No sentido contrário, julgada a procedência de ação coletiva da instituição bancária em face da mesma associação, como interpretar os efeitos negativos advindos do julgamento em relação aos substituídos passivos naquele processo?

Em outras palavras, embora a demanda coletiva passiva seja em breve uma realidade, nosso sistema deverá ser ajustado com bastante atenção, pois, até então, ninguém pode sofrer efeitos negativos de qualquer julgado, senão quando lhe oportunizado amplo e efetivo contraditório, sob

pena de violação das regras dos artigos 5º, LV, da CF e 472 do CPC.

Estas serão as ações possíveis contra grupos, categorias ou classes, mesmo sem personalidade jurídica, como os denominados “Sem Terra” ou “Sem Teto”, desde que presente representatividade adequada, que se trate de tutela de interesses ou direitos difusos ou homogêneos, e que a tutela se revista de interesse social, sendo certo que as sentenças de procedência terão idênticos efeitos *erga omnes*, que atualmente se irradiam quanto aos substituídos ativos.

4 Mecanismos de integração dos substituídos no pólo passivo legitimado extraordinariamente: a representatividade adequada

Este novo modelo exigirá uma precisa delimitação da representatividade adequada do substituto processual passivo, para que seja efetiva eventual tutela *erga omnes* decretada no processo coletivo específico.

O representante adequado é aquele que tem compromisso com a causa, técnica e racionalmente. É aquele que estará incumbido de exercer direito de defesa, que é garantia constitucional de todos os substituídos que formam a coletividade passiva.

O legitimado extraordinário passivo adequado deverá conquistar a confiança de seus futuros substituídos através de seus atos de gestão, em defesa escorreita e efetiva dos fins a que se propõe, inibindo associações oportunistas que, embora constituídas, na prática se dissociam de seus reais intentos sociais.

Essa representatividade passiva adequada é uma das bases do novo sistema processual denominado molecular, conforme destaca Ada Pellegrini Grinover, uma das principais idealizadoras desse instituto.

Daí é que indagamos: como, então, vincular a coletividade substituída ao representante adequado?

Três são os mecanismos utilizados nas denominadas *class actions* do direito americano, berço desse novo instituto processual, a presença compulsória (*no opt ut class action*), o *opt in* e o *opt out*.

A presença compulsória é aquela que vincula, obrigatoriamente, os substituídos da coletividade acionada a ser defendida pelo legitimado adequado, sistema não recomendável e que, penso, não será admitido na nossa processualística, exatamente pelo fato de impor a substituição processual passiva e seus eventuais efeitos negativos, malferindo as normas constitucional e infra, antes citadas, ressalvadas exceções em possíveis casos concretos.

Pelo sistema do *opt in*, estará presente passivamente em juízo, e, por via de consequência, vinculado pela sentença coletiva, o substituído que expressamente autorizar sua inclusão naquele processo específico.

Se por um lado essa técnica respeita o interesse de cada um dos eventualmente substituídos pelo legitimado adequado, poderá deixar de fora um grande número de interessados, exatamente por falta de comunicação adequada por parte do substituto.

Ao contrário do sistema anterior, o *opt out* faz presumir que os membros da coletividade desejam fazer parte do processo, e serem substituídos, exceto se pugnarem expressamente por sua exclusão.

Aqui há o risco de que o membro da coletividade venha a ser considerado substituído, quando o mesmo não teve oportunidade regular de apresentar seu pedido expresso de exclusão, por falta de conhecimento oportuno, ou mesmo por timidez ou ignorância.

Não obstante os prós e contra referenciados, penso que a regra do *opt in* ainda será a mais adequada em relação à nossa sistemática processual, pois garante o acesso à tutela coletiva passiva, sem violar garantias do devido processo legal substancial.

Conclusões

Qualquer que seja o sistema de integração a ser utilizado na formação do substituto processual multitudinário passivo, e até mesmo em se admitindo mais de uma hipótese em casos concretos, o fato é que o moderno direito processual deve estar atento não somente em fazer atuar a vontade concreta da lei, que é o escopo jurídico da jurisdição, mas essencialmente a pacificar, a compor com justiça, finalidade social do sistema.

A representação adequada, voltada aos reais interesses dos substituídos no pólo passivo do processo, um mecanismo adequado de vinculação desses substituídos em relação ao substituto e remédios executivos próprios, são elementos indispensáveis para que a tutela molecular que se pretende instituir seja de real utilidade compositiva, minimizando, em muito, o excessivo volume de ações individuais, mas com origem coletivizada, que tramitam desnecessariamente no Poder Judiciário.

O afastamento da dogmática processual clássica é clamor urgente de uma realidade social completamente dissociada daquela dos tempos de sua concepção, e disso estão cientes os legisladores, que estão promovendo reformas pontuais, as quais, boas ou más, são os instrumentos que terão os operadores do direito para buscar tornar cada vez mais efetiva a reclamada prestação jurisdicional.