

ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA
Programa de Pós-Graduação em Direito

Diógenes Baleeiro Neto

**TUTELA JURISDICIONAL DO MEIO AMBIENTE: UMA ANÁLISE
CRÍTICA DA LEGITIMIDADE PROCESSUAL COLETIVA NAS
DEMANDAS AMBIENTAIS**

Belo Horizonte
2013

Diógenes Baleeiro Neto

TUTELA JURISDICIONAL DO MEIO AMBIENTE: UMA ANÁLISE
CRÍTICA DA LEGITIMIDADE PROCESSUAL COLETIVA NAS
DEMANDAS AMBIENTAIS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação – Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável – da Escola Superior Dom Helder Câmara como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Elcio Nacur Rezende

Belo Horizonte
2013

B183t

BALEEIRO NETO, Diógenes.

Tutela jurisdicional do meio ambiente: uma análise crítica da legitimidade processual coletiva nas demandas ambientais / Diógenes Baleeiro Neto. – 2013.
104 f.

Orientador: Elcio Nacur Rezende.

Dissertação (mestrado) - Escola Superior Dom Helder Câmara ESDHC.

Referências: f. 99 - 104.

1. Direito processual coletivo 2. Meio ambiente
3. Legitimidade processual. I.Título

CDU 349.6:347.9

ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA

Diógenes Baleeiro Neto

Tutela Jurisdicional do meio ambiente: uma análise crítica da legitimidade processual coletiva nas demandas ambientais

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação – Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável – da Escola Superior Dom Helder Câmara como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Aprovado em: __/__/__

Orientador: Prof. Dr. Elcio Nacur Rezende

Professor Membro: Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Professor Membro: Prof. Dr. Gregório Assagra de Almeida

Nota: _____

Belo Horizonte
2013

Dedico este trabalho à minha pequena Sofia, pelo amor incondicional e por ter me proporcionado a indescritível felicidade de ser pai, sentimento sem o qual jamais teria encontrado forças para a concretização do meu objetivo.

AGRADECIMENTOS

À minha filha Sofia e à minha amada esposa Letícia, pelo amor, carinho, companheirismo e compreensão.

Aos meus pais, Angela e Eduardo, afetuosos alicerces que tornaram o meu crescimento acadêmico uma realidade.

Ao meu irmão Vladimir, pela amizade e constante colaboração.

Ao meu orientador Prof. Dr. Elcio Nacur Rezende, pelas valiosas lições que tornaram possível a concretização deste trabalho.

A todos os demais professores, colegas e funcionários da Escola Superior Dom Helder Câmara, que me proporcionaram dois anos de intenso crescimento pessoal e profissional.

Aos meus tios, primos e amigos mineiros, bem como aos colegas da Advocacia-Geral do Estado, que muito bem me acolheram em Minas Gerais, fazendo com que eu pudesse me sentir, cada vez mais, filho legítimo desta terra abençoada.

RESUMO

O meio ambiente é bem jurídico cuja tutela jurisdicional se obtém através do manejo de técnicas processuais adequadas à proteção de direitos transindividuais. Sendo assim, é de se afirmar que o equilíbrio ambiental é direito difuso, de que é titular toda a coletividade. Para a efetiva prestação jurisdicional protetiva de direitos de tal natureza, fez-se mister idealizar um sistema processual distinto daquele destinado à tutela de direitos individuais, ante à necessidade de compatibilizar o regime jurídico atinente a diversos institutos processuais fundamentais às peculiares características do direito material tutelado. No que respeita especificamente à legitimidade processual, é de se indagar acerca de qual, dentre as formas existentes de controle de legitimidade processual, é a compatível com o plexo normativo constitucional de proteção ambiental. Sob a perspectiva estritamente procedimental, é possível idealizar tanto um sistema que contemple um controle *ope judicis*, em que a legitimidade é aferida casuisticamente pelo julgador, como um que consagre o controle *ope legis*, do qual se extrai da Lei o rol de legitimados para as ações coletivas. Este último é o sistema previsto em nível infraconstitucional no Brasil para a ação civil pública. Considerando que a titularidade do direito ao meio ambiente equilibrado é difusa, não se revela harmônica com as normas constitucionais de proteção desse bem jurídico qualquer interpretação que implique em restrição subjetiva ao acesso à jurisdição ambiental.

Palavras-chave: Direito processual coletivo. Meio Ambiente. Legitimidade processual. Ação civil pública.

ABSTRACT

The environment is a legal interest whose judicial protection is obtained by managing appropriate procedural techniques to protect transindividual rights. Therefore, it is right to say that the environmental balance is a diffuse right, whose owner is the entire community. For the effective jurisdictional protection of rights of such nature, it's necessary to devise a process system distinct from that intended for protection of individual rights once that is needed to make compatible the procedural regime regard to several legal and procedural fundamental concepts to the peculiar characteristics of the protected right. With specific regard to procedural legitimacy, it is to inquire about which of the existing forms of track of procedural standing is compatible with the constitutional normative complex of environmental protection. Under the strictly procedural perspective, it is possible to devise a system that includes both a control *ope judicis*, where legitimacy is assessed case by case basis by the judge, as it consolidates control *ope legis*, which is extracted from the law a list of legitimate subject for collective actions. This last is the system predicted in Brazil, at the infraconstitutional level, for class action. Given that ownership of the right to a balanced environment it is diffuse, it does not appear harmonic with the constitutional protection any interpretation that implies subjective restriction of access to environmental jurisdiction.

Keywords: Collective procedural law. Environment. Procedural legitimacy. Class action.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS.....	13
2.1 Direitos difusos.....	17
2.2 Direitos coletivos em sentido estrito	19
2.3 Direitos individuais homogêneos	21
2.4 Conflituosidade como característica inerente aos direitos transindividuais.....	22
2.5 O papel do Poder Judiciário e o seu crescente protagonismo na composição de direitos transindividuais.....	25
3 O DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO NO CONTEXTO DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS	29
3.1 Conceito jurídico de meio ambiente.....	29
3.2 Titularidade difusa do bem ambiental	31
4 TUTELA JURISDICIONAL DO MEIO AMBIENTE.....	40
4.1 A tutela jurisdicional coletiva e o seu desenvolvimento histórico	40
4.2 A tutela jurisdicional coletiva no Direito Comparado.....	45
4.3 O Direito Processual Coletivo Brasileiro e a tutela jurisdicional do meio ambiente	50
4.3.1 Ação popular	53
4.3.2 Ação civil pública.....	55
4.3.3 Complementaridade das normas do microsistema processual coletivo.....	59
4.4 A tutela de direitos individuais por meio do processo coletivo ambiental.....	60
5 LEGITIMAÇÃO <i>AD CAUSAM</i> NAS AÇÕES COLETIVAS AMBIENTAIS	65
5.1 Características da legitimidade processual coletiva no Direito brasileiro.....	66
5.2 Rol de legitimados para as ações coletivas ambientais	69
5.3 O cidadão e as ações civis públicas ambientais.....	71
6 O CONTROLE DE LEGITIMIDADE NAS AÇÕES COLETIVAS AMBIENTAIS.....	77
6.1 Sistemas de controle de legitimidade processual coletiva.....	77
6.2 Adequação dos sistemas de controle à tutela jurisdicional do meio ambiente.....	83
6.3 Controle de legitimidade nas “ações coletivas passivas” ambientais.....	88
6.4 O controle de legitimidade nos projetos de codificação do processo coletivo no Brasil ...	93
7 CONCLUSÕES	96
REFERÊNCIAS	99

1 INTRODUÇÃO

O despertar do mundo jurídico para a valoração e a proteção do equilíbrio ambiental impôs a releitura de conceitos fundamentais atinentes a diversas áreas do Direito, cujo suporte teórico sempre foi calcado na proteção de valores individuais e patrimoniais.

Toda a dogmática atinente às mais diversas disciplinas jurídicas – Direito Penal, Civil, Administrativo, Tributário, Processual, etc. – construída até meados do século XX –, passou a ter como impositiva a sua revisão, diante do reconhecimento de situações até então praticamente ignoradas pela comunidade jurídica, dentre elas a da sujeição da coletividade aos efeitos da degradação ambiental.

Assim, emergiram, nas últimas décadas, problemas relacionados com a identificação dos sujeitos detentores de direitos decorrentes das práticas lesivas ao meio ambiente, daqueles que se encontram em estado de sujeição passiva em relação às pretensões decorrentes desses direitos, bem como das formas adequadas para a prestação da correspondente tutela jurídica.

A tutela jurisdicional do bem jurídico “meio ambiente” somente se tem como adequadamente prestada a partir do desenvolvimento do Direito Processual Coletivo, este composto por princípios e regras procedimentais adequados à solução de conflitos envolvendo direitos transindividuais.

A recente formulação de tais normas, contudo, conduziu a uma série de questionamentos acerca do regime aplicável a vários conceitos processuais fundamentais, dentre eles a legitimidade *ad causam*, tema de que se ocupa o presente trabalho.

Uma das mais acesas controvérsias, cuja solução consiste no principal objetivo a ser aqui perseguido, reside na identificação do mecanismo de controle de legitimidade processual mais adequado à tutela do equilíbrio ambiental. Se há, de um lado, posicionamentos favoráveis à instituição de um regime de controle judicial que permita ao magistrado aferir, à luz do caso concreto, a adequação da representatividade do sujeito que provoca o exercício da tutela jurisdicional ambiental, existe também quem defenda que tal controle há de ser realizado em abstrato pelo legislador, sendo descabido ao juiz fazê-lo casuisticamente.

Aparentemente, o sistema contemplado pela lei brasileira foi o do controle legislativo, uma vez que a Lei n. 7.347/85 e o Código de Defesa do Consumidor, diplomas legais que disciplinam a ação civil pública, estabelecem um rol de sujeitos legitimados à instauração de demandas coletivas: Ministério Público, Administração Pública Direta e

Indireta, Defensoria Pública e Associações constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre as suas finalidades a defesa do bem jurídico objeto da lide.

No entanto, há quem afirme que, ao controle legal, há de se sobrepôr o judicial, já que nem todos os legitimados por lei serão adequados representantes da coletividade no caso concreto.

De acordo com Zavascki (2007, p. 77), à exceção do Ministério Público, os demais legitimados devem estar sujeitos ao controle casuístico de legitimidade:

No caso do Ministério Público, o interesse na defesa de direitos difusos e coletivos se configura pela só circunstância de que ela representa o cumprimento de suas próprias funções institucionais. É diferente, entretanto, com os demais legitimados, cujas funções primordiais são outras e para as quais a atuação em defesa de direitos transindividuais constitui atividade acessória e eventual. Embora sem alusão expressa no texto normativo, há, em relação a eles, uma condição de legitimação implícita: não é qualquer ação civil pública que pode ser promovida por tais entes, mas apenas as que visem a tutelar direitos transindividuais que, de alguma forma, estejam relacionados com interesses da demandante.

Assim, haveria, para os defensores de tal posicionamento, de se verificar, no caso concreto, a correspondência entre as finalidades institucionais dos demais entes públicos e das associações com a tutela almejada, a fim de que se possa aferir a legitimidade processual.

Por outro lado, há quem afirme ser suficiente o controle realizado previamente pelo legislador, sendo descabido, no Direito brasileiro, indagar acerca da adequação da representatividade, a fim de restringir a possibilidade de manejo da ação coletiva.

Nesse sentido, as lições de Almeida (2003, p. 505):

Salienta-se, ainda, que o texto constitucional, em mais de uma oportunidade, deixa claro que não está no seu espírito a restrição à legitimidade ativa no direito processual coletivo. É o que se obtempera do seu art. 129, § 1º, que estabelece: 'A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei'. O art. 125, § 2º, da CF também prevê regra semelhante de aplicabilidade no que tange ao direito processual coletivo especial: 'cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição de legitimação para agir a um único órgão'.

Portanto, seja no plano legislativo, seja no plano jurisdicional, a legitimidade ativa no direito processual coletivo deve ser concebida de maneira flexível e ampliativa; deve ser vedada a interpretação restritiva, uma vez que esbarra na Lei Magna.

A controvérsia é reproduzida também em nível jurisprudencial, em especial no que respeita à amplitude da legitimidade das Associações e da Defensoria Pública.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida e publicada no *DJE* de 13/11/2012, reconheceu repercussão geral ao Recurso Extraordinário interposto em face de

acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que reconheceu ampla legitimidade processual à Defensoria Pública, dispensando-a, inclusive, do ônus de demonstrar a hipossuficiência dos sujeitos atingidos pela tutela jurisdicional pretendida.

Ao apreciar especificamente a repercussão geral no Agravo em Recurso Extraordinário n. 690838/MG, assim manifestou-se a Suprema Corte:

A matéria suscitada no recurso extraordinário, acerca da efetiva legitimidade ativa da Defensoria Pública para o ajuizamento de ações civis públicas em defesa de interesses difusos, é dotada de natureza constitucional, pois diz respeito à correta interpretação dos poderes conferidos pela Constituição Federal à Defensoria Pública. A questão posta apresenta densidade constitucional e extrapola os interesses subjetivos das partes, sendo relevante para todas as defensorias públicas existentes no país, que, ao ajuizar ações semelhantes, estarão sujeitas a deparar-se com situações que demandem a apreciação dessa questão referente à sua legitimidade para agir em Juízo.

Ressalte-se, ainda, que está a tramitar, nesta Suprema Corte, ação direta de inconstitucionalidade tendente a obter a declaração da inconstitucionalidade da norma legal que confere às Defensorias Públicas referida legitimidade (ADI nº 3.943/DF, Relatora a Ministra Cármen Lúcia).

Cuida-se, portanto, de discussão que tem o potencial de repetir-se em inúmeros processos, sendo, assim, conveniente, que esta Suprema Corte profira decisão aplicável a todos esses feitos, segundo a sistemática da repercussão geral.

Percebe-se, portanto, ser de extrema relevância a discussão ora proposta, dada a sua íntima ligação com princípios de relevo em nosso Direito, sobretudo os relacionados com a participação democrática, e, ainda, diante da rápida prestação jurisdicional que se costuma exigir quando o bem jurídico em risco é o equilíbrio ambiental, e que pode ser obstada ou dificultada pela discussão marginal acerca da legitimidade processual.

A nosso sentir, a investigação da espécie de controle de legitimidade mais adequada e consentânea com o arcabouço normativo constitucional brasileiro deve ser feita à luz da principiologia aplicável à tutela jurisdicional do equilíbrio ambiental, bem como do tratamento conferido pela Lei Maior ao meio ambiente como bem jurídico.

Inicialmente, o presente trabalho cuidará da identificação do conceito e da análise do regime jurídico dos direitos transindividuais, verificando uma de suas principais características que é a conflituosidade.

Nesse primeiro momento, será examinado, ainda, o papel que vem sendo desempenhado pelo Poder Judiciário no que respeita à tutela de tais direitos, com a verificação do seu protagonismo e os desafios que se colocam para a realização de uma prestação jurisdicional eficaz nessa seara.

Após, serão concentradas as atenções em torno de um dos bens jurídicos reconhecidos como dos mais relevantes dentre os englobados pela ideia da transindividualidade: o Direito ao Meio Ambiente Equilibrado.

Será conferido especial destaque ao exame de sua titularidade material, elemento que se mostra de fundamental importância para a identificação precisa dos seus contornos, ainda objeto de severas controvérsias doutrinárias.

Em seguida, cuidar-se-á da tutela jurisdicional do meio ambiente, com a realização de uma abordagem histórica e de uma análise do seu panorama atual, identificando-se a sua colocação sistemática, procedendo-se, após, a uma análise crítica do tratamento da matéria pelo Direito brasileiro.

Serão identificadas, ainda, as possíveis interações entre o sistema de tutela de direitos coletivos e aquele voltado para a tutela dos direitos individuais, que repercutem na discussão acerca da legitimidade processual, objeto central do presente trabalho.

Seguir-se-á uma análise específica acerca do instituto da legitimidade *ad causam* nas ações coletivas ambientais, seu tratamento no Direito Processual Coletivo Brasileiro, o rol legal de legitimados previsto no Direito brasileiro, as possíveis formas de participação do cidadão nas demandas ambientais e o fenômeno conhecido como “ação coletiva passiva”, em que a coletividade tem contra si dirigida uma pretensão em uma demanda judicial.

Por fim, serão verificadas as formas de controle da legitimação nas ações coletivas, com a identificação das peculiaridades decorrentes das situações em que o bem jurídico tutelado jurisdicionalmente é o equilíbrio ambiental, e a verificação, enfim, do sistema de controle mais adequado e consentâneo com o que preconizam as normas constitucionais que regem a espécie.

Adotar-se-á, como metodologia, a realização de pesquisa bibliográfica sobre o tema, bem como a análise dos dispositivos legais e de precedentes jurisprudenciais acerca do confronto entre os elementos basilares da questão discutida no presente trabalho: a titularidade do Direito ao equilíbrio ambiental e a correspondente legitimidade processual.

2 OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

O Direito moderno tem voltado as suas atenções para a proteção dos interesses da coletividade em face dos prejuízos ou ameaças que estes venham a sofrer em decorrência de condutas particulares que lhe são lesivas, superando, assim, o paradigma do individualismo.

Embora se possa remeter a origem da tutela de tais direitos à antiguidade,¹ é relativamente recente a preocupação com as situações jurídicas coletivas, haja vista o caráter privatista que tradicionalmente serviu de suporte, de modo geral, às construções jurídicas da contemporaneidade.

Apenas a partir de meados dos anos 1960 é que os direitos das massas passaram a ser objeto de efetivas discussões e estudos, o que resultou na construção de sistemas normativos de tutela de tais direitos em todo o mundo.

A percepção de conflitos massificados, sobretudo os que interessam juridicamente a uma coletividade, identificáveis ou não os seus componentes, impôs o advento de uma nova visão acerca da tradicional dicotomia público-privado.

De acordo com Almeida (2008, p. 611-613), tal dicotomia deve ser substituída por uma nova *summa divisio*, que opõe os direitos individuais aos direitos coletivos:

Se, no contexto do constitucionalismo democrático, os direitos e garantias constitucionais fundamentais contêm valores que devem irradiar todo o sistema jurídico, de forma a constituírem a sua essência e a base que vincula e orienta a atuação do legislador constitucional, do legislador infraconstitucional, do administrador, da função jurisdicional e até mesmo do particular, conclui-se que no contexto do sistema jurídico brasileiro a dicotomia Direito Público e Direito Privado não se sustenta.

(...)

Para essas conclusões, parte-se do pressuposto de que, para a identificação do Direito, não é suficiente a análise da natureza da norma jurídica ou da relação jurídica ou a sua utilidade. É determinante que também sejam aferidos o plano da titularidade do Direito e a forma de sua proteção e efetivação material, de modo que, com base nesses dois últimos elementos, conclui-se que ou a norma jurídica se destina à proteção de Direito ou Interesse Individual, ou a norma Jurídica visa a proteção e efetivação de Direito ou Interesse Coletivo. Esses dois tipos de normas compõem o sistema jurídico constitucional.

De fato, o que se percebe hoje é uma maior relevância, para a definição de um adequado regime jurídico de proteção, da identificação da titularidade do direito (individual ou coletivo) do que da natureza da norma jurídica de regência (de Direito Público ou de Direito Privado).

¹ V. Capítulo 4.

Sendo coletiva (transindividual) a titularidade do direito, completamente diversa será a sua tutela em relação à conferida aos direitos individuais, daí a importância da nova *summa divisio*.

Não obstante, ainda que não se reconheça como integralmente rompida a tradicional dicotomia público-privado, não se pode ignorar o surgimento dos direitos ou interesses transindividuais como categoria merecedora de tratamento jurídico próprio.

Dentre outros, Mazzilli (2010, p. 50) entende estarem tais direitos compreendidos numa posição intermediária entre o Direito Público e o Privado, propondo assim uma compartimentação tricotômica:

Situados numa posição intermediária entre o interesse público e o interesse privado, existem os interesses transindividuais (...), os quais são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas (como os condôminos de um edifício, os sócios de uma empresa, os membros de uma equipe esportiva, os empregados do mesmo patrão). São interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir interesse público.

No mesmo sentido, as lições de Leonel (2011, p. 86):

Onde estariam inseridos os interesses metaindividuais? Seriam eles públicos ou privados?

A resposta à indagação propendeu para afirmação de um *tertium genus*, uma terceira categoria de interesses derivada das exigências e decorrências das relações existentes na sociedade moderna. Interesses que não se enquadram como privados, nem como públicos sob o ponto de vista da administração, mas são inerentes a toda a comunidade, e sob este aspecto têm uma conotação pública ou social.

Tais pensamentos opõem-se à concepção ainda em voga que procura incluir os novos direitos dentro da tradicional dicotomia, estando os metaindividuais inseridos naquilo que se concebe como Direito Público, mais especificamente na seara dos chamados “interesses públicos primários”, categoria que se contrapõe aos ditos “interesses públicos secundários”, assim nominados por Renato Alessi.

Comentando o posicionamento do administrativista italiano, a que alcunhou de “dicotomia pura”, observa Lenza (2008, p. 57):

Exemplificando, estar-se-ia diante de interesse secundário (egoístico), quando o Estado cobrasse tributos com caráter confiscatório, muito além do razoavelmente admitido, ou se recusasse, injustificadamente, com o intuito de conter despesas, a indenizar o dano estatal causado a um administrado. Por outro lado, a prontidão no ressarcimento de danos efetivos refletiria o interesse primário, onde o que se percebe não é um desfalque no patrimônio público, mas, de fato, a realização do interesse da coletividade, satisfazendo-se interesses públicos no exercício da função pública.

Em verdade, é possível inserir os interesses da Administração Pública, desde que legítimos (o que, obviamente, não é o caso do exemplo citado acima, de exação confiscatória injustificada), na seara dos direitos da coletividade.

Isso porque a existência de um Estado organizado e financeiramente saudável transcende a esfera dos interesses particulares do ente estatal, consistindo verdadeiro interesse social, passível de ser protegido por meio dos mecanismos de tutela coletiva.

Convém observar, no entanto, que qualquer dos posicionamentos descritos *supra* coaduna-se com uma das premissas do presente trabalho, sobre a qual atualmente não paira qualquer dúvida: a de que os direitos (ou interesses) transindividuais existem juridicamente e são merecedores de tratamento processual diferenciado, em razão de suas características peculiares.

De toda forma, entendemos correta a nova concepção, que reconhece a existência da dicotomia individual-coletivo, em substituição à ultrapassada *summa divisio* público-privado, devendo ser aquela a norteadora dos regimes diferenciados a que devem ser submetidos os direitos subjetivos.

Noutro giro, discute-se, ainda, se a expressão mais adequada para designar o fenômeno ora em discussão é “Direito Transindividual” ou “Interesse Transindividual”.

Tradicionalmente, a ideia de “direito subjetivo” sempre esteve associada à precisa identificação de um indivíduo ou grupo de indivíduos como seu titular, sendo estranha, à doutrina clássica, a concepção de direitos cujos titulares não sejam identificáveis.

Por outro lado, sempre se concebeu como “interesse” a relação entre a pessoa e um bem da vida por ela valorado. Tal interesse transmutar-se-ia em “direito” na medida em que passasse a receber proteção judicial.

Nas lições de Mazzilli (2010, p. 62),

Interesse é o gênero; direito subjetivo é apenas o interesse protegido pelo ordenamento jurídico. Considerando que nem toda pretensão à tutela judicial é procedente, temos que o que está em jogo nas ações civis públicas ou coletivas é a tutela de interesses, nem sempre direitos. Assim, para que interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos sejam tutelados pelo Poder Judiciário, é preciso que estejam garantidos pelo ordenamento jurídico; e esse é, precisamente, o caso do direito ao meio ambiente sadio, do direito à defesa do consumidor, do direito à proteção às pessoas com deficiência, do direito à defesa do patrimônio cultural etc.

Partindo-se de tais premissas, não seria adequado alcunhar qualquer interesse metaindividual de “direito”, uma vez que tal designação implicaria no reconhecimento de uma

proteção jurídica insuscetível de ser afirmada senão após o cotejo da situação concreta com a correspondente garantia prevista no ordenamento jurídico.

De se observar, entretanto, que tal distinção é apontada por muitos como uma indevida utilização de conceitos pertinentes ao sistema jurídico italiano, desprovidos de sentido na atual realidade jurídica brasileira.

É que, na Itália, a organização do sistema judiciário é realizada de tal forma que algumas situações peculiares, lá chamadas de “interesses legítimos”, estão sujeitas à jurisdição administrativa, instituição inexistente no Brasil.

De acordo com Fazzalari (2006, p. 346),

Ainda no que concerne à tutela jurisdicional civil, até que um ‘interesse coletivo’ não se configure – na via interpretativa ou legal – como ‘direito subjetivo’ e, pois, seja relativo a um sujeito determinado, isso é, a uma ou mais pessoas, não é possível invocar a justiça civil. No atual arranjo dos nossos processos jurisdicionais civis há, de fato, contra as tentativas de introduzir a tutela de um ‘interesse coletivo’ como tal, insolúveis problemas: em matéria de pressuposto da ‘medida jurisdicional’, de legitimação para agir, bem como de eficácia da sentença.

Entendemos que não há motivos para distinguir interesses de direitos na realidade dos países que adotam a jurisdição una, dado que os interesses acolhidos pelo ordenamento jurídico passam a ostentar o mesmo *status* dos direitos subjetivos.

Deve-se observar que o Código de Defesa do Consumidor, um dos diplomas integrantes do microsistema processual coletivo brasileiro, utiliza “interesses” e “direitos” indistintamente, como expressões sinônimas, justamente por não haver qualquer relevância prática, para o Direito brasileiro, na sua distinção.

De acordo com Fornaciari (2010, p.18),

(...) é necessário observar-se que, no texto legal, o termo ‘interesse’ é tratado como sinônimo de ‘direito’, estancando divergência que há muito existia, como anteriormente se anotou. Isso porque havia muitos questionamentos, antes disso, quanto à possibilidade de tutela jurisdicional de ‘interesses’, que não eram considerados ‘direitos subjetivos’, tais quais então compreendidos pelo ordenamento jurídico.

Sem ignorar a existência de interesses (legítimos ou não) que permeiam a concretização dos anseios da coletividade, é de se reconhecer que os direitos coletivos existem autonomamente, embora a sua identificação seja mais complexa que a dos direitos individuais.

Por isso, passar-se-á a adotar, no presente trabalho, a nomenclatura “direitos transindividuais” (ou coletivos *lato sensu*), em especial para referir-se à classificação tripartite de tais direitos, consagrada pelo Direito brasileiro, conforme se verificará a seguir.

2.1 Direitos difusos

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor, diploma legal integrante do arcabouço normativo do microsistema processual coletivo, procura estabelecer, no parágrafo único do seu art. 81, a definição das espécies de direitos transindividuais, a saber, difusos, coletivos (em sentido estrito) e individuais homogêneos.

Assim, os direitos difusos são definidos pelo legislador como “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.²

Percebe-se que a lei brasileira consagrou a concepção de direitos difusos que leva em consideração a indeterminabilidade de seus titulares, a indivisibilidade de seu objeto e a sua origem comum.

Comentando a definição legal, observa Almeida (2003, p. 487-488):

Utilizando os critérios seguidos pelo CDC, verifica-se que, sob o aspecto subjetivo, os direitos ou interesses difusos têm como titulares pessoas indeterminadas e indetermináveis. Pelo aspecto objetivo, que se refere ao objeto propriamente dito dessa categoria de direitos ou interesses, observa-se que ele é indivisível. Por fim, pelo aspecto origem, verifica-se que os direitos ou interesses difusos têm origem comum, sem vínculo jurídico prévio entre seus titulares. Justamente no aspecto origem é que reside a diferença básica entre os direitos ou interesses difusos e os direitos ou interesses coletivos em sentido restrito.

Contudo, para considerável parcela da doutrina, não é apropriado falar em “titulares indeterminados” quando se está a referir aos direitos difusos, uma vez que a titularidade do direito, em tais situações, residiria sobre um ente perfeitamente identificável, embora abstrato: a coletividade.

Nas lições de Gidi, citado por Almeida (2003, p. 488),

É imperativo observar que, ao contrário do que se costuma afirmar, não são vários, nem indeterminados os titulares (sujeitos de direito) dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Há apenas um único titular – e muito bem determinado: uma comunidade, no caso dos direitos difusos, uma coletividade no caso dos direitos

² Art. 81, parágrafo único, I, CDC.

coletivos ou um conjunto de vítimas indivisivelmente considerado no caso dos direitos individuais homogêneos. Assim, afigura-se-nos de todo despiciendo o questionamento pirandelliano que se põe Mauro Cappelletti de que tais direitos superindividuais seriam ‘interesses em busca de um titular’.

Ressalvando as considerações quanto aos direitos individuais homogêneos, a serem examinados mais adiante, concorda-se com a afirmação ao menos no que respeita aos direitos difusos e coletivos.

Há indeterminabilidade, sim, quanto aos indivíduos que estão ou estarão sujeitos aos efeitos das crises jurídicas envolvendo tais direitos. Contudo, a sua titularidade é perfeitamente determinável: são direitos titularizados pela coletividade, aqui entendida em seu sentido amplo.

Exemplificando, a proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva e o direito ao equilíbrio ecológico não são direitos de que são necessariamente titulares todos os indivíduos potencialmente atingidos pelos efeitos das correlatas crises jurídicas, mas a coletividade em si, embora não se ignore a possibilidade de surgirem, de tais crises, direitos subjetivos individuais como consequência.

No caso específico do meio ambiente, há situações em que a poluição representa, a um só tempo, lesão a direito difuso e dano individual.

A título de exemplo, tem-se que o vazamento de uma determinada substância nociva em águas oceânicas ou fluviais, além de causar prejuízo ambiental, também inviabiliza a atividade de pescadores na região atingida, o que representa ofensa a direitos subjetivos individuais.

Mas a distinção é de ser feita. No mencionado exemplo, ainda que nenhum pescador tenha sofrido prejuízos em razão dos fatos, a reparação da lesão a elementos caros à coletividade, como a pureza das águas, a preservação da biodiversidade etc. é claro exemplo de direito difuso.

É de ser ressaltada, por fim, a alta litigiosidade como característica inerente a tais direitos, haja vista que os conflitos em torno deles não raro interessam a diversos segmentos da sociedade.

De acordo com Mancuso (2011, p. 102),

(...) a marcante conflituosidade deriva basicamente da circunstância de que todas essas pretensões metaindividuais não têm por base um vínculo jurídico definido, mas derivam de situações de fato, contingentes, por vezes até ocasionais. Não se cuidando de direitos subjetivos violados ou ameaçados, mas de interesses (conquanto relevantes), observa-se que todas as posições, por mais contrastantes, parecem, *a priori*, sustentáveis. É que no caso dos interesses difusos não há um

parâmetro jurídico específico que permita uma avaliação axiológica preliminar sobre a posição ‘certa’ e a ‘errada’.

De se ver que tal característica – conflituosidade –, por si só, torna a solução dos conflitos envolvendo direitos difusos sensivelmente mais complexa que a das lides individuais, haja vista a necessidade de sopesamento de diversos interesses a fim de se identificar, ao final, os contornos do direito subjetivo da coletividade.

Portanto, tal constatação conduz à inexorável conclusão de que há de se viabilizar um modelo processual que permita a máxima participação democrática na composição das lides envolvendo direitos de tal natureza.

2.2 Direitos coletivos em sentido estrito

Quanto aos Direitos Coletivos em sentido estrito, convém inicialmente esclarecer a distinção que se costuma apontar em relação à categoria jurídica que recebe a mesma denominação em sentido amplo.

É que a expressão “Direitos Coletivos” também é largamente utilizada como sinônima de “Direitos Transindividuais”, o que torna recomendável a alusão a uma ou outra categoria jurídica sempre acompanhada da designação *lato* ou *stricto sensu*.

Assim, em sentido estrito, os Direitos Coletivos são, na dicção do art. 81, parágrafo único, II, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, “os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Do texto do dispositivo legal é possível identificar duas características essenciais da espécie de direito transindividual em exame: a indivisibilidade de seu objeto e a restrição de sua titularidade a um grupo, categoria ou classe, esta última uma nota diferenciadora em relação aos Direitos Difusos.

De acordo com Leonel (2011, p. 96), é possível identificar, nos Direitos Coletivos *stricto sensu*, uma limitação decorrente “da existência de um dado organizativo do grupo interessado (ausente nos difusos)”, bem como “a existência de uma relação jurídica embasando o liame existente entre os interessados”.

Vale, aqui, a mesma observação realizada em relação aos direitos difusos: a titularidade é de um “grupamento humano”, cujos membros são identificáveis em razão de

uma relação jurídica base, ao contrário do que ocorre naquela outra categoria, em que não há necessariamente um liame jurídico entre os membros da coletividade.

Importante destacar a advertência realizada por Leonel (2011, p. 98):

Não se pode, entretanto, confundi-los com os interesses da pessoa jurídica ou com o somatório simples dos interesses individuais dos integrantes do grupo, categoria ou classe. Em ambas as hipóteses, estaríamos diante de simples interesses individuais, ainda que eventualmente formulados em juízo em litisconsórcio. A peculiaridade dos coletivos consiste na indivisibilidade decorrente da existência, como reflexo da situação de vida onde auferem sua gênese, de uma relação jurídica de direito material comum, inerente a todos os envolvidos na categoria considerada.

Exemplo esclarecedor, apontado por Lenza (2008), é o direito de um grupo de estudantes de uma determinada rede de ensino de obstar a alteração da grade curricular em desconformidade com os princípios constitucionais relacionados à educação.

Em tal situação, eventual pretensão deduzida em juízo seria passível de beneficiar (ou prejudicar) indistintamente a todos do grupo de maneira indivisível.

Por outro lado, há, entre os membros do grupamento humano em questão, um elo consistente na relação jurídica travada com o administrador da rede de ensino.

Há de se afirmar, contudo, com Watanabe (2007, p. 822), que “essa relação jurídica base é a preexistente à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas”, ou seja, para que se enquadre a situação jurídica de vantagem como Direito Coletivo, o liame entre os membros do grupo não deve ser aquele que emerge exclusivamente da própria lesão.

No exemplo citado, o grupo de estudantes já existia antes de surgir a situação potencialmente lesiva. Mesmo sem personalidade jurídica própria, é possível verificar em tal grupamento um plexo de interesses comuns antes mesmo de surgir qualquer evento danoso.

Tal advertência é necessária para se divisar a categoria jurídica em exame da dos “direitos individuais homogêneos”, em que um liame entre os interessados costuma surgir apenas após a lesão.

A prévia coesão faz com que, nos direitos coletivos *stricto sensu*, as lesões atinjam o grupo, ainda que do fato possam, circunstancialmente, advir consequências jurídicas atinentes à esfera individual de interesses de cada um de seus membros.

Fundamental observar, ainda, com Rodrigues (2006, p. 286), que “o interesse coletivo está diretamente ligado ao atendimento de um interesse privado de uma coletividade, exclusivo e egoísta dessa mesma coletividade”.

Assim, não raro se observa a contraposição entre interesses coletivos e difusos, sobretudo em questões ambientais, haja vista que a tutela jurídica do meio ambiente pode representar, na prática, a lesão (justa ou injusta) a interesses próprios de uma coletividade determinada.

2.3 Direitos individuais homogêneos

Por sua vez, os “direitos individuais homogêneos” seriam, de acordo com o art. 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor, “os decorrentes de origem comum”.

Trata-se de definição excessivamente lacônica, que merece ser explicitada de maneira mais detalhada para que se compreenda o significado dessa categoria jurídica.

Em verdade, os direitos individuais homogêneos não são direitos essencialmente metaindividuais. São direitos individuais, tratados formalmente como coletivos de maneira acidental para fins processuais.

Segundo Zavascki (2007, p. 42),

(...) os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera e nem pode desvirtuar a sua natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles. Para fins de tutela jurisdicional coletiva, não faz sentido, portanto, sua versão singular (um único direito homogêneo), já que a marca da homogeneidade supõe, necessariamente, uma relação de referência com outros direitos individuais assemelhados.

Decorrem tais direitos de circunstâncias que colocam um grupo considerável de pessoas em situação jurídica assemelhada, merecedoras de tutela jurisdicional uniforme, não obstante seja teoricamente possível, embora não desejável, o tratamento processual atomizado de cada uma delas.

A título de exemplo, pode-se apontar um acidente de grandes proporções, de que resultam lesões experimentadas por um considerável número de vítimas, sem que exista entre elas qualquer relação jurídica.

Em princípio, a reparação judicial dos danos sofridos por tais vítimas pode ser realizada através do exercício de pretensões individuais por cada uma dos prejudicados pelo evento danoso.

No entanto, no atual estágio evolutivo do Direito Processual, reconhece-se como desejável que todas elas sejam julgadas com base em uma mesma premissa fática e jurídica.

Assim, vêm sendo desenvolvidas, no Brasil, técnicas processuais que permitam o tratamento equânime de situações assemelhadas, ressaltando-se, como principais exemplos, o sistema de julgamento de recursos repetitivos e a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.

A respeito, observa Mendes (2012, p. 220-221):

Os direitos individuais são vistos, por vezes, como passageiros de segunda classe, ou até indesejáveis, dentro desse meio instrumental que é a tutela judicial coletiva. O estigma não passa de preconceito e resistência diante dos novos instrumentos processuais. A defesa coletiva de direitos individuais atende aos ditames da economia processual; representa medida necessária para desafogar o Poder Judiciário, para que possa cumprir com qualidade e em tempo hábil as duas funções; permite e amplia o acesso à Justiça, principalmente para conflitos em que o valor diminuto do benefício pretendido significa manifesto desestímulo para a formulação da demanda; e salvaguarda o princípio da igualdade da lei, ao resolver molecularmente as causas denominadas de repetitivas, que estariam fadadas a julgamentos de teor variado, se apreciadas de modo singular.

Destarte, o tratamento processual coletivo desses direitos individuais decorre da recente identificação da necessidade de se dar uma solução isonômica e molecular aos conflitos individuais massificados e não propriamente do seu reconhecimento como espécie de Direito Metaindividual.

2.4 Conflituosidade como característica inerente aos direitos transindividuais

É conveniente proceder a uma análise crítica acerca de uma das características mais latentes dos direitos transindividuais: a conflituosidade.

Como mencionamos no item 2.1, *supra*, o reconhecimento, a formulação e a consagração de tais direitos pressupõe, logicamente, a real ou potencial existência de conflitos neles resultantes ou deles decorrentes.

A título de exemplo, a preocupação do Direito com a proteção ao meio ambiente surge a partir da verificação da lesão e das ameaças de lesão ao equilíbrio ambiental.

De igual forma fala-se em proteção jurídica ao consumidor, na perspectiva transindividual, a partir de ameaças à lisura das relações consumeristas, e da preocupação com a reação a tais ameaças.

Assim, a existência de conflitos sociais é circunstância inerente à ideia desses direitos de formulação e reconhecimento recente, o que se revela de maneira consideravelmente mais acentuada quando se está a promover a tutela do meio ambiente.

A respeito, observa Little (2001, p. 107-108):

O surgimento de inúmeros problemas ambientais nas últimas décadas – tais como contaminação do ar e da água nas cidades, novas epidemias, secas prolongadas, enchentes devastadoras, extensos incêndios florestais, perda da qualidade dos solos, desastres naturais e químicos, falta de água potável e crescimento do buraco na camada de ozônio, para só mencionar alguns – teve a função de nos despertar de nossa arrogância humana e aceitar, mais uma vez, que no fundo somos animais com necessidades físicas e que a nossa sustentação depende, em última instância, do meio natural.

De acordo com o referido autor (LITTLE, 2001), os conflitos em torno do meio ambiente podem estar relacionados com o controle sobre os recursos naturais (de que são exemplos os conflitos fundiários), com os impactos ambientais e sociais gerados pela ação humana e natural (como, por exemplo, os decorrentes da desertificação do solo em determinadas áreas) ou com o uso dos conhecimentos ambientais (v.g., os conflitos envolvendo o uso das diferentes fontes de energia).

Milaré (2009, p. 1180) alerta para as situações conflituosas que opõem, de um lado, “a defesa cega de determinados bens ambientais, numa visão reducionista e equivocada de insensibilidade ante o imperativo de avanços econômicos e sociais” e, de outro, “as falácias que mascaram a inviabilidade ecológica de empreendimentos, estes sim insensíveis à preservação da qualidade ambiental e dos recursos naturais”.

De fato, o frequente atrito entre a incessante e obsessiva busca do crescimento econômico e a defesa radical e intransigente da intocabilidade dos elementos da natureza tem conduzido a constantes conflitos entre diversos grupos, aos quais se agregam outros tantos, com interesses igualmente diversos, o que reclama o desenvolvimento de mecanismos eficazes de composição.

Ainda de acordo com as lições de Milaré (2009, p. 1181),

Muitos são os interesses a conciliar, no amplo espectro dos direitos constitucionais, como a propriedade, a livre iniciativa, o empreendimento, a qualidade de vida com todos os seus fatores e componentes, a informação, e assim por diante. Aqui e ali surgem conflitos, reais ou aparentes; nem sempre as boas decisões podem ser salomônicas, como é óbvio. No caso da conciliação da qualidade ambiental e da boa gestão dos recursos naturais como imperativo do desenvolvimento econômico e social, surgirão, inevitavelmente, muitas situações de perplexidade. A saída passa pela porta da interdisciplinaridade e de uma visão abrangente do problema ou dilema que é proposto.

De fato, quando se trata de proteção jurídica a direitos transindividuais, sobretudo no que concerne aos direitos difusos, o grande desafio a ser enfrentado é a definição de normas que sejam capazes de reger situações de intensa conflituosidade, que somente se tornaram objeto de preocupação do Direito em um momento histórico recente.

As situações tradicionalmente tuteladas pelo Direito, em geral, não apresentam tamanho grau de litigiosidade. Revelam, em sua maioria, conflitos intersubjetivos passíveis de solução por meio da aplicação de normas de conteúdo já amadurecido e de contornos perfeitamente delineados.

A propósito, observa Mancuso (2011b, p. 101):

O que se deduz desse trecho de massas de interesses é que os conflitos daí resultantes não guardam as características dos conflitos intersubjetivos [sic] tradicionalmente concebidos na fórmula 'Tício versus Caio', nem tampouco se reduzem aos conflitos que contrapõem interesses coletivos já organizados e bem delineados, como os dissídios trabalhistas, mas, ao contrário, apresentam contornos diversos: não se trata de controvérsias envolvendo situações jurídicas definidas (por exemplo, A se julga credor de B, que resiste àquela pretensão), mas de litígios que têm por causa remota verdadeiras escolhas políticas. Ora, neste campo, as alternativas são ilimitadas, porque o favorecimento da posição 'A' irá contrariar os interesses dos integrantes da posição 'B'.

A tormentosa tarefa de dirimir tais conflitos passa, em primeiro lugar, pela identificação precisa dos atores envolvidos e de seus interesses, pela verificação dos agentes naturais envolvidos e pela análise da equação de poder entre os atores (LITTLE, 2001).

A identificação dos atores não é uma etapa metodológica tão simples como aparenta.

É relativamente simples a constatação dos papéis desempenhados pelos grupos sociais diretamente envolvidos. No entanto, há vários setores da sociedade que, apesar de não estarem diretamente envolvidos na situação conflituosa, acabam assumindo um certo protagonismo no processo de sua composição, motivados pela simples sensibilização com a situação de um dos grupos envolvidos ou pela existência de interesses de diversas ordens que podem ser atingidos de maneira reflexa pela solução do conflito.

Há, de outro lado, na quase totalidade das situações, a necessidade de tomada de decisões por instâncias deliberativas oficiais, o que evidencia a importância do papel do Estado, em especial do Judiciário, em tal seara, como se verificará a seguir.

2.5 O papel do Poder Judiciário e o seu crescente protagonismo na composição de direitos transindividuais

No Estado Liberal, marcado pela abstenção estatal no que concerne à intervenção na esfera de interesses dos indivíduos, o papel do Judiciário basicamente resumia-se a garantir o respeito às leis, que, de seu turno, serviam como um limite às possíveis condutas, públicas ou privadas, atentatórias aos direitos de liberdade e propriedade.

A respeito, observa Bezerra Leite (2012, p. 150):

No Estado Liberal, que só reconhece os chamados direitos humanos de primeira dimensão (direitos civis e políticos), o processo é caracterizado pelo tecnicismo, legalismo, positivismo jurídico acrítico, formalismo e ‘neutralismo’ do Poder Judiciário. A ação, no Estado Liberal, nada mais é do que a derivação do direito de propriedade em juízo. Daí a supremacia, quase que absoluta, do princípio dispositivo.

De se registrar, ainda, as lições de Lucas *apud* Bezerra Leite (2012, p. 150):

A jurisdição estatal foi afastada da política e conduzida a um isolamento das questões sociais importantes. Foi tomada como reprodutora da racionalidade legislativa, constituindo uma operacionalidade dogmática alienante, incapaz de pensar o conteúdo do direito, tornando-se fiel promotora da ordem jurídica e econômica liberal.

O projeto liberal de Estado, apesar de representar um importante marco no desenvolvimento dos direitos de defesa, não logrou assegurar adequadamente a participação democrática e o exercício da cidadania, o que deu ensejo a “revoluções, muitas vezes violentas, que possibilitaram não apenas a intervenção estatal, como também a oferta de uma proposta para a substituição paradigmática” (THIBAU; TOLENTINO, 2012, p. 129).

Com o advento do Estado Social, marcado pela busca de uma igualdade real entre os indivíduos mediante prestações estatais positivas, “o Poder mais fortalecido deixa de ser o Legislativo e passa a ser o Executivo, ao qual é reconhecida a competência para editar políticas públicas de intervenção na economia que dependem da legitimação do direito” (LEITE, B., 2012, p. 151).

De acordo com Levate (2012, p. 46),

O individualismo acarretou graves desajustamentos socioeconômicos, mas o Estado se apresenta no século XIX como o instrumento de correção destas distorções, pois que o mercado e os indivíduos não conseguiram, por si só, permitir que os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa do século anterior se realizassem na prática. O Estado passa a exercer uma função assistencialista.

Neste diapasão, a propriedade não pode ser mais entendida como um direito absoluto e ilimitado, devendo, a partir de agora, atender a uma função social. A liberdade de contratar é reduzida em razão do dirigismo contratual e possibilidade de mitigação do *pacta sunt servanda* pela adoção da cláusula *rebus sic stantibus*. A limitação de direitos, antes tidos como absolutos pela função social que os conforma, a elevação de direitos sociais à estirpe constitucional e o intervencionismo estatal são as bases do Estado Social.

Surgiram, assim, preocupações com a viabilização do acesso à justiça aos socialmente excluídos e com a politização da justiça, passando a se falar, agora, na possibilidade de questionamento judicial das políticas públicas nocivas aos legítimos interesses dos cidadãos.

Tais preocupações, no entanto, permaneceram, no mais das vezes, no campo das ideias, uma vez que “o Estado Social brasileiro recebeu forte influência do positivismo jurídico, o que impediu a politização da justiça e a judicialização da política” (LEITE, B., 2012, p. 151).

Diversos fatores conduziram ao declínio do Estado Social, sobretudo durante a década de 1970, o que possibilitou o ressurgimento e o acolhimento de ideais liberais remodelados, permanecendo o papel do Judiciário, durante todo o período, como mero protetor formalista das liberdades individuais.

O advento do Estado Democrático de Direito, fruto do reconhecimento dos chamados “direitos de terceira geração” e da crescente preocupação com a efetivação dos direitos humanos de outras dimensões (liberdades individuais e direitos sociais), traz consigo a concepção do acesso à jurisdição como direito fundamental e o crescimento da importância do papel do Judiciário.

Bezerra Leite (2012, p. 154) afirma:

A jurisdição passa a ser a gênese do sistema pós-moderno de acesso individual e coletivo à justiça (...). Logo, o judiciário torna-se o poder mais importante na ‘era dos direitos’. A luta não é mais criação de leis, e sim manutenção dos direitos. Na verdade, a luta é por democracia e direitos.

No atual momento histórico, o Judiciário tem enfrentado questões de relevo e acentuado alcance social, muito distantes daquelas de cunho individualista e patrimonial que outrora prevaleciam como ponto nuclear de sua atuação.

Os “direitos de terceira geração”, não passíveis de serem exercitados senão na dimensão coletiva, reclamam do Judiciário um novo modelo de atuação, adequado ao seu novo papel.

A ruptura entre política e justiça ocorrida por ocasião do advento do Estado Liberal inviabilizou, por décadas, o debate acerca do caráter político das decisões judiciais. Em verdade, mesmo nas mais singelas controvérsias individuais, é de se reconhecer a natureza política da atividade jurisdicional.

O reconhecimento de tal caráter, contudo, não tem o condão de confundir o papel do Judiciário com o do Poder Executivo. Este, ao contrário daquele, não lida necessariamente com composição de conflitos.

Há uma aparente confusão entre o papel dos dois poderes quando se trata de solucionar conflitos massificados, típicos das questões envolvidas com os direitos de terceira geração, que dizem respeito às coletividades.

Na realidade, para que se compreenda adequadamente a distinção entre o papel do Judiciário na composição dos conflitos de massa, incluídos nesta seara os de índole ambiental, e o papel dos governos, é preciso inicialmente superar a concepção meramente individualista do acesso à justiça.

A solução de conflitos de tal natureza passa pelo sopesamento de fatores naturais, sociais e econômicos, tarefa que historicamente sempre coube a outros atores, que não o Judiciário.

É imprescindível, assim, o repensar sobre a sua atuação, de sorte que se viabilize a prestação adequada da atividade jurisdicional, uma vez que os modelos individuais de jurisdição não se prestam mais a esse papel, seja pela sua absoluta incompatibilidade, seja pelo desinteresse dos indivíduos fora do contexto coletivo, ou mesmo pela inefetividade da tutela jurisdicional prestada nos moldes tradicionais.

Em primeiro lugar, considerado o alcance das questões transindividuais, que colocam todos os indivíduos como envolvidos diretamente no conflito, inclusive os próprios exercentes do Poder Judiciário, é preciso trabalhar mecanismos que assegurem o máximo possível de imparcialidade na prestação da atividade jurisdicional.

Necessário, assim, desenvolver técnicas processuais que permitam:

- a identificação precisa de todos os atores envolvidos no conflito;
- a viabilização da participação efetiva de tais atores nas tomadas de decisões;
- o desenvolvimento de instrumentos que tornem equilibrada a atuação dos grupos sociais desfavorecidos;
- a participação obrigatória das instituições públicas vocacionadas à identificação e à defesa dos interesses da coletividade;

- a realização de efetiva ponderação das diversas situações conflituosas convergentes;
- a adequada identificação dos legitimados processuais.

Além disso, de acordo com Bezerra Leite (2012, p. 157),

(...) a crescente complexidade das relações sociais; as transformações sociais rápidas e profundas; a criação assistemática de leis que privilegiam mais a eficácia de planos econômicos do que a equidade e a justiça das relações jurídicas; a crescente administrativização do direito que é utilizado como instrumento de governo e da economia de massa a gerar intensa conflituosidade; a configuração coletiva dos conflitos de interesses relativos a relevantes valores da comunidade, como o meio ambiente e outros interesses difusos, exigem o recrutamento mais aprimorado de juízes e seu permanente aperfeiçoamento técnico e cultural.

O “aperfeiçoamento técnico e cultural” mencionado pelo autor, a nosso sentir, não deve alcançar tão somente os magistrados, mas toda a comunidade jurídica, participe da construção das decisões judiciais.

Não obstante, diante do protagonismo que vem sendo naturalmente assumido pelo Poder Judiciário na efetivação dos chamados novos direitos, é preciso criar e tornar efetivos mecanismos e metodologias que viabilizem o adequado exercício do seu papel.

De toda sorte, foi criado, no Brasil, um avançado sistema processual coletivo, voltado à disciplina da prestação judicial em demandas transindividuais, a ser examinado amiúde no Capítulo 4, *infra*.

3 O DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO NO CONTEXTO DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Estabelecido no capítulo precedente o repertório conceitual básico acerca dos direitos transindividuais, ao menos naquilo que interessa ao presente trabalho, e verificado o papel do Judiciário na implementação de tais direitos, cumpre proceder à análise do conceito de meio ambiente e a sua inserção da proteção do seu equilíbrio na seara da transindividualidade, o que passa necessariamente pela análise da sua titularidade, imprescindível ao aprofundamento das discussões acerca da correlata legitimidade processual.

3.1 Conceito jurídico de meio ambiente

Definir o alcance da expressão “meio ambiente” não é tarefa das mais fáceis, sobretudo quando se considera a atual complexidade das relações entre os seres humanos e entre estes e o mundo em que vivem.

Nas palavras de Costa (2010, p. 55),

É difícil elaborar um conceito de meio ambiente válido para todas as épocas e pessoas. O significado do termo, às vezes tão óbvio, é, na verdade, vasto e dá margens a vários tipos de entendimentos, sem garantir, no entanto, que uns e outros estejam incorretos ou incompletos. Isso dependerá de vários fatores, entre eles a visão de vida do autor e sua área de formação.

De fato, no nível doutrinário, não há consenso acerca do conteúdo jurídico da expressão “meio ambiente”, havendo desde concepções mais amplas, que nele incluem todas as possíveis interações entre o homem, as demais formas de vida e o espaço que os rodeiam, até visões mais restritas, que compreendem incluídas no conceito apenas as relações entre o homem e os elementos da natureza.

Adotando posicionamento mais restritivo, conclui Carla Gomes (2010, p. 26) que

O núcleo do Direito do Ambiente corresponde (...) aos recursos naturais e sua missão é assegurar a salvaguarda da sua integridade e capacidade regenerativa, dentro de uma lógica de solidariedade intergeracional, condicionando as intervenções humanas sobre eles e utilizando, para tal, os instrumentos de vários ramos do Direito, públicos e privados.

A seu turno, Figueiredo (2010, p. 42) considera mais apropriada uma acepção mais ampla do conceito jurídico de meio ambiente:

O que, efetivamente, não faz sentido afirmar é que o Direito Ambiental teria por objeto apenas as normas atinentes à proteção da fauna e da flora. Este ramo do Direito hoje não é mais um Direito pura e simplesmente ecológico (a não ser que queiramos dar ao termo ‘ecológico’ uma concepção vasta o suficiente para abarcar também as manifestações culturais), pois, na medida em que seus institutos foram desenvolvidos, constatou-se ser imprescindível aproximá-lo da tutela do ser humano (como parte integrante do meio ambiente). Atualmente, o Direito Ambiental também estuda as normas e os princípios que regulam a proteção de ambientes construídos ou artificiais, como o são o meio ambiente urbano e rural, o meio ambiente do trabalho e o meio ambiente cultural.

No Brasil, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente,³ em seu art. 3º, I, o define como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

No nível constitucional, a efetiva preocupação com o meio ambiente somente ocorreu com o advento da Carta de 1988, que lhe dedicou capítulo próprio,⁴ além de mencioná-lo como objeto de proteção em dispositivos outros dispersos pelo texto constitucional.

Apesar de menções de Cartas anteriores à vedação do exercício do direito de propriedade contra o interesse social ou coletivo (Constituições de 1934, 1937 e 1946) e à função social da propriedade (Carta de 1967), a Constituição de 1988 “foi a que de forma mais enfática elevou a defesa do meio ambiente e a observância da função social da propriedade à condição de princípios constitucionais” (FIGUEIREDO, 2010, p. 168).

Costa e Rezende (2012) apontam algumas das razões que fizeram com que a preocupação com o meio ambiente viesse a ganhar sede constitucional no Brasil em 1988:

O Neoconstitucionalismo ambiental brasileiro foi inspirado pela crise ambiental, que se instalou na década de sessenta nos Estados Unidos e Europa. Essa crise não cessou e seguiu do Norte para o Sul, em escala crescente. É uma preocupação internacional de sobrevivência de humanos e seu ambiente como um todo. Assim, iniciou-se a série de reuniões internacionais organizadas pela ONU, na qual a Conferência de 1972 teve grande impacto, e inspiração para o constitucionalismo ambiental brasileiro.

Diante da positivação de princípios ambientais no Direito brasileiro é cada vez maior o número de estudiosos dedicados ao tema, o que tem conduzido a uma concepção atual menos heterogênea acerca dos contornos do bem jurídico meio ambiente.

³ Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981.

⁴ Capítulo VI do Título VIII.

De acordo com Fiorillo (2010, p. 52), “a definição jurídica de meio ambiente está circunscrita à tutela da vida em todas as suas formas, ou seja, o direito ambiental se ocupa da defesa jurídica da vida no plano constitucional”.

A seu turno, Derani, citada por Figueiredo (2010, p. 40), afirma que “na medida em que o homem integra a natureza e, dentro do seu meio social, transforma-a, não há como referir-se à atividade humana sem englobar natureza, cultura, conseqüentemente sociedade”.

Já de acordo com Piovesan (2011, p. 62),

Ao sintetizar a integração de elementos naturais, artificiais e culturais, o meio ambiente há de ser concebido: (a) como meio ambiente natural, constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora, a fauna, enfim, a biosfera; (b) como meio ambiente cultural, integrado pelo patrimônio artístico, turístico e paisagístico; (c) como meio ambiente artificial, formado pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações e pelos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, enfim todos os assentamentos de reflexos urbanos; e (d) como meio ambiente do trabalho.

Embora ainda se esteja longe de um consenso, é possível extrair da doutrina brasileira alguma homogeneidade quanto a considerar como objeto de proteção ambiental não apenas o equilíbrio entre o homem e os elementos da natureza, como também as interações entre o ser humano e o ambiente que construiu para si e entre o homem e as bases sobre as quais se construiu a vida em sociedade.

É de se atentar, contudo, para o fato, cujo exame será aprofundado mais adiante, de que a caracterização de uma determinada conduta como real ou potencialmente lesiva ao meio ambiente pressupõe a necessária influência sobre direitos transindividuais.

Em outras palavras, será lesiva ao bem ambiental a conduta que não se traduza em prejuízo sofrido apenas por um único indivíduo ou por um grupo identificável de indivíduos.

Assim, só há falar juridicamente em meio ambiente quando se cuidar de equilíbrio, prevenção, solidariedade intergeracional e acesso equitativo aos recursos ambientais, pelo que se extrai que a tutela jurisdicional desse bem jurídico será marcada por contornos diferenciados em relação à dos direitos individuais sempre que estiverem presentes tais valores.

3.2 Titularidade difusa do bem ambiental

A definição dos contornos delimitadores do conceito jurídico de bem ambiental é indissociável da discussão acerca da sua titularidade. Carla Gomes (2010) alerta para a

necessária distinção entre o aproveitamento econômico de um bem natural e a fruição coletiva de suas qualidades imateriais.

De acordo com a autora portuguesa (2010, p. 56),

(...) o uso das qualidades imateriais dos bens naturais provoca sensações e emoções sentidas no nível individual, mas deve ser sempre contextualizado no plano colectivo. O que queremos dizer é que, na dimensão imaterial, o uso dos bens naturais resulta de uma fusão entre o homem e a natureza, de um posicionamento da pessoa num plano paralelo ao ecossistema natural. Ou seja, quando se intervém em defesa da integridade de um determinado bem natural, está-se sempre a agir em nome de um interesse da colectividade que é o equilíbrio ecológico (embora possa também haver outros interesses comunitários em jogo, tais como a saúde pública, ou mesmo uma cumulação entre interesse individual e interesse colectivo). O interesse na (con)vivência num ambiente natural equilibrado, livre de agentes poluentes excessivos, é um interesse directamente ecocêntrico (é a integridade do bem natural, enquanto factor concorrente para o ritmo e harmonia do ecossistema global do qual cada ser humano é também “um pedaço”, que se almeja), embora mediatamente antropocêntrico (porque só o homem pode desencadear a sua tutela). Assim, o objecto do dever de protecção do ambiente traduz-se na protecção da integridade dos vários bens ambientais naturais tomados na sua dimensão imaterial (v.g., pureza do ar, capacidade agrícola do solo, possibilidade de reprodução das espécies), integridade que constitui a base do equilíbrio ecológico global.

A lição parece-nos acertada. A noção jurídica de meio ambiente é indissociável da fruição coletiva do seu aspecto imaterial, devendo dela ser apartados, ao menos em um primeiro momento, os direitos subjetivos decorrentes do aproveitamento econômico dos elementos que o compõem.

Assim, haverá efetiva lesão ao meio ambiente quando a situação concreta exercer influência direta sobre direitos transindividuais, sendo desinteressante, para o Direito Ambiental, eventual prejuízo, decorrente dos mesmos fatos, sofrido por um único indivíduo ou por um grupo de indivíduos. Neste último caso, a situação jurídica dos lesados é tutelada por outros ramos do Direito.

O exame de precedentes jurisprudenciais que tratam especificamente da definição de dano ambiental pode ser útil para a compreensão do que ora se afirma.

Vejamos, inicialmente, o julgamento do Recurso Especial n. 1114398/PR, em que assim decidiu a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS E MORAIS A PESCADORES CAUSADOS POR POLUIÇÃO AMBIENTAL POR VAZAMENTO DE NAFTA, EM DECORRÊNCIA DE COLISÃO DO NAVIO N-T NORMA NO PORTO DE PARANAGUÁ – 1) PROCESSOS DIVERSOS DECORRENTES DO MESMO FATO, POSSIBILIDADE DE TRATAMENTO COMO RECURSO REPETITIVO DE TEMAS DESTACADOS PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL, À CONVENIÊNCIA DE FORNECIMENTO DE

ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL UNIFORME SOBRE CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO FATO, QUANTO A MATÉRIAS REPETITIVAS; 2) TEMAS: a) CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE NO JULGAMENTO ANTECIPADO, ANTE OS ELEMENTOS DOCUMENTAIS SUFICIENTES; b) LEGITIMIDADE DE PARTE DA PROPRIETÁRIA DO NAVIO TRANSPORTADOR DE CARGA PERIGOSA, DEVIDO A RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR; c) INADMISSÍVEL A EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO; d) DANOS MORAL E MATERIAL CARACTERIZADOS; e) JUROS MORATÓRIOS: INCIDÊNCIA A PARTIR DA DATA DO EVENTO DANOSO - SÚMULA 54/STJ; f) SUCUMBÊNCIA. 3) IMPROVIMENTO DO RECURSO, COM OBSERVAÇÃO.

(...)

3.- Recurso Especial improvido, com observação de que julgamento das teses ora firmadas visa a equalizar especificamente o julgamento das ações de indenização efetivamente movidas diante do acidente ocorrido com o Navio N-T Norma, no Porto de Paranaguá, no dia 18.10.2001, mas, naquilo que encerram teses gerais, aplicáveis a consequências de danos ambientais causados em outros acidentes semelhantes, serão, como natural, evidentemente considerados nos julgamentos a se realizarem.⁵

Trata o julgado *supra* de ação indenizatória ajuizada por um pescador em face da Petrobras S/A, pleiteando reparação de danos morais e materiais que sofrera em razão de um vazamento de nafta de um navio de propriedade daquela, o que teria inviabilizado a atividade de pesca nas regiões em que o autor trabalhava.

Em primeira instância, a pretensão foi acolhida, com a condenação da demandada no pagamento de indenização por danos materiais e morais, em valor que foi posteriormente reduzido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Submetida a questão ao Superior Tribunal de Justiça, essa Corte manteve a decisão de origem, acrescentando, no entanto, dentre outros fundamentos, o de que, mesmo no caso de dano ambiental individual, a responsabilidade objetiva deveria ser fundada no risco integral.

O caso é exemplo típico de situação em que um único evento representa, a um só tempo, lesão ao interesse difuso de manutenção do equilíbrio ambiental e a interesses estritamente individuais de determinados sujeitos, vez que o relatado vazamento de nafta na Baía de Paranaguá resultou em dano tanto ao ambiente em si, por ter afetado negativamente o equilíbrio ecológico no local, bem como a interesses dos pescadores, que tinham nas águas da baía um instrumento para a prática de atividades econômicas.

No caso acima, o dano ambiental propriamente dito foi aquele sofrido de maneira difusa por toda a coletividade em razão da degradação do meio ambiente, ocasionada pelo vazamento do produto tóxico nas águas do mar, ao passo que os pescadores, dentre eles o

⁵ REsp 1114398/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/02/2012, DJe 16/02/2012.

autor da ação que resultou no acórdão em comento, sofreram o que considerável parcela da doutrina brasileira chama de “dano ambiental individual”.

Sobre o tema, afirma Morato Leite (2002, p. 458):

O dano ambiental constitui uma expressão ambivalente, que pode, ao mesmo tempo, designar alterações nocivas ao meio ambiente e, ainda, os efeitos que tal alteração provoca na saúde das pessoas e de seus interesses. A lesão ambiental coletiva, desta forma, se distancia muito da versão tradicional de dano, pois diz respeito a um bem de interesse comum, indivisível, e trata-se de um direito fundamental de todos. Contudo, a lesão ao meio ambiente pode refletir no interesse ou direito individual e então há a incidência do dano ambiental reflexo.

Para o autor, o prejuízo suportado pelo indivíduo possui reflexos diretos na lesão impingida ao meio ambiente coletivamente considerado, pelo que o dano individual relacionado com uma degradação do meio ambiente deve ser considerado efetivamente como dano ambiental.

No mesmo sentido, entende Rehbinder *apud* Monteiro da Silva (2008, p. 114), que “quando um particular solicita a reparação de seu meio ambiente afetado, os interesses econômicos do indivíduo e os interesses ecológicos da coletividade coincidem e, por isso, não se deveria excluir do conceito de dano ambiental o que afeta ao Direito de Propriedade”.

Discorda-se de tal posicionamento.

A despeito da origem fática comum, os bens jurídicos atingidos quando da ocorrência simultânea de lesões ambientais nos planos coletivo e individual são completamente distintos.

No primeiro caso, atingem-se valores essencialmente coletivos, como o equilíbrio entre as formas de vida, a prevenção, a precaução, a solidariedade intergeracional, o acesso equitativo aos recursos naturais, etc.

No segundo, vulnera-se a esfera de interesses pessoais de um indivíduo ou mesmo de um grande grupo de indivíduos, em perspectiva dissociada do dano difuso experimentado pela coletividade.

Em suma, a situação jurídica da coletividade é completamente distinta da dos indivíduos, embora muitas vezes o direito apresente soluções semelhantes para ambas diante de um mesmo fato.

Voltando-se novamente ao caso da Baía de Paranaguá, imagine-se que, após o evento, a empresa responsável pelo acidente tivesse agilmente adotado providências no sentido de evitar a dispersão do material tóxico pelas águas da baía, mas que, em razão da

adoção de tais medidas – e por precaução –, as atividades de pesca no local tivessem sido suspensas por alguns dias.

Em tal hipótese, o dano ambiental teria sido mitigado ou evitado, mas alguns pescadores sairiam individualmente prejudicados, sem que com isso se estivesse lesando valores caros à coletividade na perspectiva transindividual.

Assim, entendemos assistir razão a Mirra *apud* Gerent (2010), quando afirma que o dano ambiental individual nada mais é do que “o prejuízo causado às pessoas e aos seus bens que tem em alguns dos componentes da natureza (a água, o ar, o solo) o elemento condutor” e que “os elementos da natureza referidos nada mais são aqui do que os intermediários entre a atividade danosa e o dano”.

Pertinentes, ainda, as observações de Carla Gomes (2012, p. 19):

Por outras palavras, se o dano ambiental corresponde ao dano pessoal, ele já estaria coberto por todo um conjunto de disposições referentes a direitos fundamentais ‘clássicos’ (à vida, à integridade física e psíquica, à propriedade, à iniciativa econômica, à investigação científica) – o que torna inútil o artigo 66, na sua integralidade, pois mais uma vez não consegue destacar-se de objetivos já anteriormente definidos.

No entanto, como já se viu, divergimos da autora portuguesa no tocante à limitação da noção de meio ambiente à relação entre o homem e os elementos da natureza. Ao revés, acompanhamos a maior parte da doutrina brasileira que engloba no espectro desse bem jurídico o ambiente que o homem construiu para si.

De se ressaltar, no entanto, que a proteção jurídico-ambiental desses bens somente terá lugar quando se tratar de situações real ou potencialmente causadoras de lesão à coletividade, seguindo-se a mesma lógica, já exposta, aplicável aos bens naturais.

Ocorre que nem sempre é fácil distinguir, com precisão, a lesão ao meio ambiente urbano daquela experimentada por um indivíduo ou grupo determinado de indivíduos.

Em outro caso (Recurso Especial n. 1051306/MG), o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública com o desiderato de fazer cessar poluição sonora:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. DIREITO AO SILÊNCIO. POLUIÇÃO SONORA. ART. 3º, III, ALÍNEA “E”, DA LEI 6.938/1981. INTERESSE DIFUSO. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. Hipótese de Ação Civil Pública ajuizada com o fito de cessar poluição sonora causada por estabelecimento comercial. 2. Embora tenha reconhecido a existência de poluição sonora, o Tribunal de origem asseverou que os interesses envolvidos são

individuais, porquanto afetos a apenas uma parcela da população municipal. 3. A poluição sonora, mesmo em área urbana, mostra-se tão nefasta aos seres humanos e ao meio ambiente como outras atividades que atingem a “sadia qualidade de vida”, referida no art. 225, caput, da Constituição Federal. 4. O direito ao silêncio é uma das manifestações jurídicas mais atuais da pós-modernidade e da vida em sociedade, inclusive nos grandes centros urbanos. 5. O fato de as cidades, em todo o mundo, serem associadas à ubiquidade de ruídos de toda ordem e de vivermos no país do carnaval e de inumeráveis manifestações musicais não retira de cada brasileiro o direito de descansar e dormir, duas das expressões do direito ao silêncio, que encontram justificativa não apenas ética, mas sobretudo fisiológica. 6. Nos termos da Lei 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), também é poluição a atividade que lance, no meio ambiente, “energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos” (art. 3º, III, alínea “e”, grifei), exatamente a hipótese do som e ruídos. Por isso mesmo, inafastável a aplicação do art. 14, § 1º, da mesma Lei, que confere legitimação para agir ao Ministério Público. 7. Tratando-se de poluição sonora, e não de simples incômodo restrito aos lindeiros de parede, a atuação do Ministério Público não se dirige à tutela de direitos individuais de vizinhança, na acepção civilística tradicional, e, sim, à defesa do meio ambiente, da saúde e da tranquilidade pública, bens de natureza difusa. 8. O Ministério Público possui legitimidade para propor Ação Civil Pública com o fito de prevenir ou cessar qualquer tipo de poluição, inclusive sonora, bem como buscar a reparação pelos danos dela decorrentes. 9. A indeterminação dos sujeitos, considerada ao se fixar a legitimação para agir na Ação Civil Pública, não é incompatível com a existência de vítimas individualizadas ou individualizáveis, bastando que os bens jurídicos afetados sejam, no atacado, associados a valores maiores da sociedade, compartilhados por todos, e a todos igualmente garantidos, pela norma constitucional ou legal, como é o caso do meio ambiente ecologicamente equilibrado e da saúde. 10. Recurso Especial provido.⁶

Trata-se, aqui, de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de sociedade empresária, alegando que o seu estabelecimento – bar localizado em zona residencial de um município mineiro –, nos dias de exibição de jogos de futebol pela televisão, transforma-se em fonte de emissão de ruídos causadores de transtornos à comunidade local. A pretensão do *parquet* consistia, assim, na paralisação das atividades do referido estabelecimento.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por maioria,⁷ confirmou a decisão de primeiro grau, que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, ao argumento de que a extensão do dano seria restrita, não havendo falar em interesse essencialmente difuso ou coletivo a ser tutelado, pelo que o Ministério Público não teria legitimidade para agir em benefício dos lesados.

O STJ, contudo, também por maioria,⁸ reformou o acórdão recorrido, considerando que, no caso, houve efetiva lesão ao meio ambiente, o que tornaria legítima a atuação do

⁶ REsp 1051306/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2008, DJe 10/09/2010.

⁷ Vencido o relator, Des. Otávio Portes.

⁸ Vencido o relator, Min. Castro Meira.

Ministério Público e adequada a via eleita (ação civil pública), tendo em vista a natureza essencialmente transindividual da tutela almejada.

A solução passou pela discussão acerca da classificação da poluição sonora como dano essencialmente ambiental, imprescindível à verificação da legitimidade do Ministério Público para agir judicialmente com vistas a cessá-la.

O voto vencido cita trecho, a seguir transcrito, da obra de Figueiredo (2010, p. 327), em que se conclui que a definição da natureza do bem jurídico afetado pela poluição sonora dependerá da análise do caso concreto:

Não nos parece possível estabelecer aprioristicamente a natureza jurídica do bem lesado, tudo dependendo da fonte emissora da poluição e da extensão do dano causado. Se, por um lado, bailes ruidosos realizados em clubes permitem, até um certo ponto, a identificação as vítimas da poluição, constituindo idênticas hipóteses de uso nocivo da propriedade e desrespeito de direitos de vizinhança, por outro lado como seria possível identificar com precisão todas as suas vítimas, caso nas vizinhanças do hipotético clube haja hospitais e hotéis? A bem da verdade, nos grandes centros urbanos, é cada mais difícil a individualização dos membros de uma comunidade local, ainda que a circunscrevemos a um bairro ou a três ou quatro quarteirões, o que nos leva a concluir que, ressalvada a hipótese de vir o poluidor – em ação civil pública – a provar que o dano ambiental que causou era espacialmente limitado e suas vítimas identificáveis, em regra os casos de poluição sonora constituem hipótese de lesão a interesse difuso.

À luz de tais ensinamentos, entendeu o relator que a verificação da transindividualidade do interesse envolvido haveria de ser verificada no caso concreto.

Assim, levando em conta que o objeto da demanda em questão “restringe-se a transtornos causados aos vizinhos, sendo possível individualizar, de modo razoável, os eventuais prejudicados pela atividade da casa noturna”, o Ministro relator considerou tratar-se de lide individual, não havendo falar em legitimidade do Ministério Público.

Tal entendimento, contudo, não prevaleceu.

Entendeu-se que o fato de a poluição atingir, no caso concreto, uma única pessoa, um grupo determinável ou uma coletividade indeterminada é circunstancial, mas é indubitável que, havendo poluição sonora, o bem jurídico atingido é o meio ambiente, podendo exsurgir daí pretensões de natureza individual e transindividual.

De todo modo, é mister bem compreender a distinção que deve sempre ser feita entre o bem jurídico meio ambiente e outros que a ele estão circunstancialmente relacionados, eis que os regimes jurídicos, sobretudo processuais, seara em que se insere o presente trabalho, serão diversos.

Rodrigues (2010, p. 45-46) aponta a indivisibilidade como característica essencial do bem ambiental:

O direito ambiental se ocupa da proteção do equilíbrio ecológico. Este é o bem de uso comum do povo a que alude o texto do art. 225 da CF/1988. Este é o bem jurídico (imaterial) que é essencial à vida de todos nós e que tem um regime jurídico de uso comum ou vulgar. Porém, o equilíbrio ecológico só existe porque ele é, na verdade, um produto da combinação (química, física e biológica) de diversos fatores, bióticos (fauna, flora e diversidade biológica) e abióticos (ar, água, terra, clima etc.) que, interagindo entre si, resultam no tal equilíbrio ecológico. Portanto, embora o objeto de proteção do direito ambiental seja o equilíbrio ecológico (macrobem), ele também cuida, inexoravelmente, da função ecológica exercida pelos fatores ambientais bióticos e abióticos (microbens).

Assim, tanto o macrobem, quanto os microbens ambientais são naturalmente indivisíveis. Dizer que são naturalmente indivisíveis significa afirmar que esses bens ambientais não se repartem, sem que isso represente uma alteração das suas propriedades ecológicas. São bens que foram dados ao ser humano, e que já existiam no Planeta antes mesmo da existência dos homens. Esses bens – e o resultado da sua combinação (o equilíbrio ecológico) – são indivisíveis pela vontade humana, e o homem, por mais que brinque de ser Deus, ainda não conseguiu reproduzir as mesmas funções ecológicas que naturalmente os bens ambientais produzem.

No mesmo sentido, Piovesan (2011, p. 58) conclui que “o direito ao meio ambiente se ajusta perfeitamente aos contornos dos direitos difusos, à medida que não apresenta titulares determinados (...), o bem é indivisível e inexistente relação jurídica base definida”.

Por outro lado, Milaré (2009, p. 869) reconhece como inseridas no conteúdo do Direito Ambiental a tutela jurídica de interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, afirmando que “o dano ambiental coletivo afeta interesses que podem ser coletivos *stricto sensu* ou difusos, conforme definição formulada pelo próprio legislador”.

A opção epistemológica adotada no presente trabalho já foi esclarecida: considera-se como característica essencial das questões verdadeiramente ambientais a circunstância de atingirem a coletividade de maneira indistinta, sem a necessária definição de um grupo específico e organizado de indivíduos como integrante das relações jurídicas delas decorrentes.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado encontra-se, assim, na categoria dos “direitos difusos”, haja vista a sua evidente indivisibilidade, bem como a indeterminabilidade e a ligação dos membros da coletividade atingida por circunstâncias meramente fáticas, sem que estejam necessariamente unidos por uma relação jurídica base.

Tal conclusão é reforçada pela clareza da norma-princípio extraída do art. 225 da Constituição Federal brasileira, no sentido de que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” e de que o equilíbrio ambiental é “bem de uso comum do povo”.

Conforme leciona Machado (2007, p. 118), o emprego do termo “todos” pela Carta da República “alarga a abrangência da norma jurídica, pois, não particularizando quem tem direito ao meio ambiente, evita que se exclua quem quer que seja”.

Ademais, à obviedade, entre os sujeitos indeterminados atingidos pela lesão ao meio ambiente não existe (ou ao menos não é necessário que exista) qualquer relação jurídica que sirva de suporte para a existência de um interesse que lhes é comum: o simples fato de estar inserido na sociedade torna o indivíduo parte integrante e inseparável de uma coletividade titular do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, embora não se ignore a possibilidade de as crises jurídicas ambientais afetarem circunstancialmente direitos coletivos *stricto sensu*, bem como direitos individuais, homogêneos ou não, é traço característico essencial do direito ao equilíbrio ambiental a sua titularidade difusa.

Tal conclusão, no entanto, não apresenta como consectário lógico o tratamento necessariamente apartado das questões ambientais das que lhe forem conexas. Como se verificará mais adiante, o sistema processual coletivo brasileiro desenvolveu técnicas que possibilitam a solução conjunta de conflitos envolvendo direitos coletivos e individuais.

Mister, enfim, deixar assente que a premissa ora adotada é necessária para o enfrentamento do problema central a que se refere o presente trabalho, consistente na verificação do modelo adequado de controle de legitimidade *ad causam* nas ações coletivas ambientais.

4 TUTELA JURISDICIONAL DO MEIO AMBIENTE

Verificada a inserção do direito ao meio ambiente equilibrado dentro da categoria jurídica dos “direitos difusos”, cumpre passar à análise de aspectos gerais concernentes à sua tutela jurisdicional, dotada de especiais contornos em razão das especificidades do bem jurídico tutelado.

Serão abordados, no presente capítulo, o desenvolvimento histórico da tutela jurisdicional de direitos transindividuais, as construções em torno de tal fenômeno no Direito Comparado e, enfim, o sistema processual construído no Brasil para a proteção do meio ambiente.

4.1 A tutela jurisdicional coletiva e o seu desenvolvimento histórico

A preocupação com o trato processual dos direitos transindividuais, nos moldes atuais, coincide historicamente com o despertar do Direito para a tutela do meio ambiente como bem jurídico, o que se deu notadamente após a Conferência de Estocolmo em 1972.

No entanto, pode-se afirmar serem duas as principais bases históricas em torno das quais se construíram os atuais sistemas de proteção jurisdicional de direitos metaindividuais (e, conseqüentemente, do direito ao equilíbrio ambiental): a ação popular do Direito Romano e o *bill of peace* do Direito Anglo-Saxão.

Sobre a primeira, Mafra Leal *apud* Almeida (2003, p. 29-30), aponta que, no contexto medieval, as discussões judiciais eram centradas no mérito do conflito, “tornando as partes e sua definição como algo não problemático ou secundário”.

Por outro lado, a incipiente organização jurídico-política do Estado deixava espaço para a frequente discussão sobre interesses comunitários através de ações populares (RAMOS *apud* ALMEIDA, 2003).

Assim, havia amplo espaço para discussões judiciais em torno de direitos que transcendiam a esfera privada de interesses de um indivíduo, seja em razão da inexistência de normas que exigissem a pertinência subjetiva das ações, seja porque eram corriqueiras e perceptíveis as questões metaindividuais, especialmente as relacionadas com a organização estatal.

Acerca dos antecedentes remotos do Direito Romano, observa Leonel (2011, p. 38-39):

(...) o senso prático dos romanos não poderia menoscar e deixar sem guarida no aparato jurisdicional questões que extrapolassem os simples conflitos individuais e, portanto, tivessem incidência com relação a determinado grupo ou comunidade, e que, nada obstante fossem do interesse de todos os seus integrantes, não pudessem ser deferidos exclusiva ou parcialmente a apenas um ou alguns indivíduos.

Não passou despercebido do senso comum dos romanos que em algumas situações estavam presentes interesses atinentes a todos os cidadãos como um conjunto e a nenhum especificamente, e que seria necessário, destarte, o estabelecimento de previsão normativa de formas determinadas de ações, em que pudesse qualquer interessado postular a tutela judicial para a preservação do interesse violado no quadro excepcional.

Isto fica ainda mais evidente caso recordemos que os romanos tinham uma concepção toda especial da coisa pública: compreendiam-na na noção do interesse público, concernindo a todos os integrantes daquela sociedade, tendo como consequência disto o interesse de todos os cidadãos, diretamente observado, na sua adequada gestão.

De se observar que as referências históricas acima apontadas remontam, obviamente, a um período remoto e, nas palavras de Didier Jr. e Zaneti Jr. (2007, p. 24) tiveram o seu desenvolvimento interrompido por uma série de “oscilações políticas e filosóficas na história do processo civil”.

De acordo com os referidos autores (2007, p. 24-25),

O direito ao processo, como conhecemos hoje, foi fortemente influenciado pelo liberalismo e pelo iluminismo. A partir do século XVII, com a difusão do método cartesiano e da lógica ramista na Europa continental, foi cristalizada a ideia da propriedade individual, da autonomia da vontade e do direito de agir como atributos exclusivos do titular do direito privado, único soberano sobre o próprio destino do direito subjetivo individual (base de todo o sistema). Só ao titular do direito lesado cabia decidir se propunha ou não a demanda. Era o início dos Estados-Nação, da vinculação da jurisdição à soberania estatal e da futura ‘Era dos Códigos’. Neste projeto jurídico não havia mais espaço para o direito da coletividade no sistema, as preocupações sistemáticas voltavam-se apenas para o indivíduo, a formação de sua personalidade jurídica, seus bens, suas relações familiares e a sucessão patrimonial.

De fato, o que se observou após o advento do iluminismo foi a construção, nos países de tradição jurídica romano-germânica, de sistemas jurídico-processuais centrados na proteção dos direitos do indivíduo e suas relações patrimoniais, contratuais, familiares e pessoais, o que, em grande parte, deve-se à ruptura que se pretendeu fazer com o Estado absolutista, cuja importância cedeu frente ao reconhecimento de interesses individuais a serem tutelados juridicamente.

Embora reconhecesse a existência de “interesses coletivos”, a doutrina processualista clássica o entendia como a simples soma de interesses individuais, não havendo falar em direitos autônomos da coletividade.

Nesse sentido, as lições de Carnelutti (2000, p. 56):

Todas as necessidades são individuais. A necessidade é uma atitude do homem, no singular; não existe necessidades da coletividade como tal. Quando se fala de necessidades coletivas, emprega-se uma expressão translatícia, para significar necessidades que são sentidas por todos os indivíduos pertencentes a um dado grupo.

Pelo contrário, existem interesses individuais e interesses coletivos. A diferença se deve ao fato de que a situação favorável para satisfazer determinadas necessidades possa ser determinada também com respeito a um único indivíduo ou, pelo contrário, a que unicamente caiba que se origine com respeito a vários, a muitos ou a todos os indivíduos.

Percebe-se, portanto, ter ocorrido uma evidente interrupção do desenvolvimento histórico dos mecanismos de tutela coletiva no sistema da *Civil Law*.

Noutro vértice, o Direito anglo-saxão teve uma experiência diferente quanto aos remotos antecedentes históricos do seu atual sistema processual coletivo.

As hoje intituladas *class actions* tiveram a sua origem no instituto chamado *bill of peace*, consagrado pelo Direito inglês no século XVII, que conferia legitimidade a partes representativas de alguns grupos (*representative parties*) para figurar como autoras ou rés em determinadas ações.

Tais demandas eram admitidas apenas nas chamadas *Courts of Chancery* (ou *Courts of Equity*), que exerciam a *Equity Jurisdiction*.

O *bill of peace* surgiu como um mecanismo que permitia o conhecimento e julgamento, pelas cortes de equidade, de ações que veiculassem pretensões que interessavam a uma coletividade, sem a necessidade de participação de todos os interessados, bastando que se apresentasse algum membro do grupo que bem o representasse.

Antes de sua criação, entendia-se que “a menos que todas as pessoas interessadas intervissem voluntariamente no processo, nenhuma delas poderia obter proteção judicial” (GIDI, 2007, p. 41). Bastava, assim, que um dos possíveis interessados se recusasse a comparecer em juízo que o exame da pretensão dos demais fosse tido como inviável.

Esclarecedoras a respeito as observações de Gidi (2007, p. 40):

Por razões histórico-políticas, em um determinado momento histórico, o poder de aplicação autoritativa do direito na Inglaterra estava dividido em duas esferas: a ‘jurisdição do direito’ (*law jurisdiction*) e a ‘jurisdição da equidade’ (*equity jurisdiction*). Esse sistema dual de justiça coexistiu por cinco séculos na Inglaterra, até a sua unificação em 1873.

Não é uma tarefa fácil distinguir com precisão a esfera de atuação da *law of equity* e da *common law*. Simplificando uma questão extremamente complexa e controvertida, pode-se dizer que o sistema de *common law* tinha jurisdição sobre as pretensões de natureza pecuniária e indenizatória (*damages*) e o sistema de *equity* tinha jurisdição sobre as pretensões declaratórias e injuntivas ou mandamentais (*injunctions*).

A ‘equidade’ (*law of equity* ou simplesmente *equity*) era aplicada pela *court of chancery*, um tribunal especial encarregado de disciplinar as situações que o ‘direito’ (*common law* ou simplesmente *law*) não regulava de forma adequada. Tratava-se, assim, de uma espécie de ‘direito complementar’, que supria as lacunas do direito comum. A equidade era muito mais flexível em seus procedimentos, decisões e provimentos (*remedies*) do que a *common law*, que era um sistema extremamente formal, rígido e burocrático e composto de muitas tecnicidades.

Surgia, então, para a grande maioria dos processualistas, o embrião do que, anos mais tarde, viriam a se tornar as *class actions* como as conhecemos hoje.

Há, contudo, quem discorde da indicação do *bill of peace* como antecedente histórico das *class actions*.

Observam Hensler *et al* (2000, p. 10), citando Yeazell:

(...) a conclusão fundamental do trabalho de Yeazell é que havia uma longa tradição na Inglaterra medieval de grupos formalmente organizados e associados de indivíduos apresentarem demandas fundadas em danos coletivos (comuns) – causados por comerciantes que manipulavam o mercado, membros de igreja perturbando a paz religiosa e famílias poderosas intimidando jurados – postulando a concessão de tutela perante as instituições governamentais. Ao longo dos anos, o uso de ações representativas de danos coletivos diminuiu na Inglaterra, com o desenvolvimento da ideia de um sistema de justiça individualista, enraizado na concepção privatista de direitos.⁹

Mendes (2012, p. 48) observa ainda, que, no período medieval, a prática de um ou mais representantes atuarem em nome de uma coletividade “era vista como permitida pelo direito e costumes da época, na medida em que passou a representar uma prática constante e reiterada”.

De qualquer forma, pode-se afirmar que o desenvolvimento histórico dessa nova forma de composição de conflitos não foi linear no Direito anglo-saxão, uma vez que a concepção que sempre prevaleceu foi a de que os direitos haviam de ser protegidos por seus titulares, não havendo falar em representação de grupos, senão em situações excepcionais.

Pertinente, assim, a advertência de Almeida (2003, p. 41):

O que existe, seja no direito processual romano, seja depois, no direito anglo-americano, são raízes remotas de formas de tutela jurisdicional de alguns direitos coletivos, sem que existisse, contudo, pelo próprio sincretismo da época, um sistema adequado de tutela dos direitos ou interesses coletivos.

⁹ “(...) the key teaching from Yeazell’s work is that there was a long tradition in medieval England of both formally organized and more loosely associated groups of individuals bringing complaints about communal harm – merchants manipulating the marketplace, church officials disturbing religious peace, powerful families intimidating juries – and being granted both a hearing and remedies by government institutions. Over the years, the use of representative actions for collective harms diminished in England, as the idea of an individualized justice system, rooted in concepts of individual rights and remedies, took hold.” (Tradução nossa).

De fato, tais referências não apontam para a existência de um sistema processual criado especificamente para a tutela de direitos transindividuais. São, em verdade, práticas processuais consolidadas em determinados momentos históricos que, não obstante, podem ser apontadas como influenciadoras da sistematização do Direito Processual Coletivo.

Por outro lado, mais recentemente, com o advento do modelo industrial de sociedade, foram paulatinamente se intensificando os chamados conflitos de massa, o que tornou necessário repensar os métodos de composição de litígios, uma vez que as soluções individuais, por serem atomizadas e fragmentadas, não apresentavam resultados satisfatórios.

Como bem observa Gidi (2007, p. 44),

O século XIX inaugurou um período de profundas contradições na filosofia ocidental, afetando diretamente o desenvolvimento das ações coletivas no direito anglo-saxão. A sociedade da época vivia sob a tensão de duas forças contrastantes: ao mesmo tempo que a filosofia dominante dificultava a aceitação de ações em que uma única pessoa representasse um grupo de ausentes, o desenvolvimento de uma sociedade extremamente massificada pela revolução industrial conduzia naturalmente à formação de grupos de pessoas com relações jurídicas mais ou menos estandardizadas, a exigir, ou ao menos permitir, uma solução uniforme para as controvérsias.

Mendes (2012, p. 32-33) aponta ainda o acesso à justiça e a economia processual como fundamentos de ordem sociológica e política para o surgimento dos sistemas de tutela jurisdicional de interesses coletivos (em sentido amplo), uma vez que tais elementos influenciaram sobremaneira a criação de novas metodologias processuais, aptas à apresentação de respostas adequadas às demandas coletivas:

A perspectiva de incremento do acesso à Justiça e da existência de processos menos formalistas, mais simples, céleres e eficazes, pode-se dizer, está presente em todo o mundo, seja nas discussões relacionadas com os projetos de reforma do Poder judiciário, como ocorreu na Argentina e no Brasil, seja nos debates acerca de modificações propostas para o direito processual, como, v.g., na Alemanha.

Para o pleno funcionamento do Estado Democrático de Direito, a possibilidade de solução dos conflitos mediante o devido processo legal deve ser efetiva e não apenas formal. Para tanto, devem ser equacionadas as modificações sociais, econômicas, políticas e culturais existentes.

O direito processual, assim, deve estar preparado para enfrentar uma realidade, em que o contingente populacional mundial ultrapassa o patamar de seis bilhões de pessoas, no qual a revolução industrial transforma-se em tecnológica, diminuindo as distâncias no espaço e no tempo, propiciando a massificação e globalização das relações humanas e comerciais.

Com efeito, a massificação dos conflitos sociais tornou imperativo idealizar um sistema processual que os solucionasse, haja vista que os métodos até então consagrados

exigiam, de regra, a demonstração de identidade entre a titularidade jurídica (no plano material) e a legitimidade *ad causam* (no plano processual).

As técnicas processuais construídas com base nos modelos jurídicos individualistas, que ganharam corpo após o século XVII, continham severas incompatibilidades com a solução que se almejava para tais conflitos, sobretudo no que diz respeito aos regimes da legitimidade, do interesse processual, da competência e da coisa julgada.

Assim, a prevalecerem tais modelos, uma série de conflitos ficaria impassível de solução em nível jurisdicional, o que revelaria uma incongruência com o moderno reconhecimento do acesso à justiça como Direito Fundamental.

Por outro lado, outros conflitos, para os quais o sistema então vigente, em tese, seria capaz de apresentar respostas, por não guardarem maiores problemas no que respeita aos aspectos processuais acima apontados (legitimidade, interesse, competência e coisa julgada), tornaram-se a tal ponto constantes e assemelhados, que impuseram um repensar sobre a sua forma de composição, em razão dos altos custos envolvidos com a prestação jurisdicional.

Dessarte, a construção de um modelo coletivo de solução de conflitos repetitivos revelar-se-ia desejável, do ponto de vista da política judiciária, em razão da crescente preocupação com a economicidade do processo e com o acesso à justiça.

4.2 A tutela jurisdicional coletiva no Direito Comparado

Importante observar, para a boa compreensão das construções nacionais acerca da tutela jurisdicional coletiva, o seu desenvolvimento no Direito Comparado.

De acordo com Grinover (2002, p. 38), “da comparação entre institutos estrangeiros e nacionais, salientando-se as suas diferenças e suas similitudes, surge o melhor entendimento do direito pátrio e a inspiração para seu constante aperfeiçoamento”.

Apesar das origens remotas, é relativamente recente o desenvolvimento de técnicas processuais adequadas à tutela de direitos coletivos em sentido no amplo em todo o mundo.

Observa Mendes (2012) que as principais referências em termos de desenvolvimento do direito processual coletivo são as ações coletivas na Inglaterra, as *class actions* nos Estados Unidos da América e as construções da doutrina italiana.

Os norte-americanos foram pioneiros no desenvolvimento do sistema de tutela jurisdicional coletiva que vem servindo de referência em todo o mundo, e que foi criado a

partir de estudos do jurista Joseph Story, que publicou, em 1836, após o exame de precedentes da Suprema Corte americana, a obra *Commentaries on Equity Jurisprudence*.

De acordo com Mendes (2012, p. 64-65),

o autor e juiz norte-americano apontou, com precisão, a importância e o papel das demandas coletivas para o Poder Judiciário de para o acesso à Justiça. Segundo Story, a *group litigation* objetivou, no primeiro momento, a supressão do litígio inútil e da multiplicação de demandas, mas, depois, passou a se colocar, muitas vezes, entre duas funções: a) redução do número de ações propostas (e, com isso, a carga de processos sobre o Judiciário); e b) facilitar a instauração de demandas que, de outra forma, não seriam formuladas, tendo em vista que os respectivos direitos, individualmente considerados, teriam valor muito reduzido (...).

Um importante marco na história do Direito Processual estadunidense foi o advento do Código de Processo Civil (*Federal Rules of Civil Procedure*), aplicável em nível federal, do qual consta a Regra n. 23, disciplinadora das *class actions*.

As demandas de classe norte-americanas se prestam, basicamente, a viabilizar a disciplina de diversas situações jurídicas integrantes de um único contexto por meio do acionamento do Judiciário por um único sujeito, a que se alcunhou de parte representativa (*representative part*), sujeita ao controle de judicial quanto à adequação da representatividade (*adequacy of representation*).

Importante salientar, como observa Gidi (2007, p. 192), que as ações de classe, no sistema norte-americano, não são originalmente propostas com o propósito de se obter tutela coletiva, tal como ocorre no Brasil:

Há que se distinguir duas fases distintas: a propositura da ação e o requerimento da sua certificação como coletiva. De acordo com a *Rule 23 (c) (1) (A)*, logo após a propositura da ação, o juiz deverá avaliar a presença dos requisitos e a satisfação de uma das hipóteses de cabimento e confirmar a possibilidade de sua manutenção na forma coletiva. Essa decisão, que autoriza e dá estrutura coletiva à ação proposta, é a certificação (*certification*).

Como se vê, no sistema estadunidense, a ação é proposta como individual e, identificado o seu alcance coletivo, é submetida ao procedimento da *certification*.

A sistemática norte-americana da certificação das ações de classe, em verdade, acabou sendo de certa forma incorporada no Direito brasileiro para a disciplina do sistema do julgamento de recursos repetitivos, inserido no Código de Processo Civil pelas Leis n. 11.418/06 e 11.672/08, para viabilizar o julgamento de diversos casos similares mediante a apreciação de um único recurso.

Imperioso observar, no entanto, que o julgamento de recursos repetitivos implica na prolação de uma decisão válida para várias situações já judicializadas. Já o sistema da *certification* admite a prolação de decisão sobre diversas situações jurídicas de origem comum, ainda que não tenham sido elas submetidas ao conhecimento do Judiciário.

Para tanto, é necessário, em grande parte dos casos, proceder-se à notificação (*notice*) dos membros do grupo cujos interesses passarão a ser regidos pela solução a ser dada à demanda.

Oportunamente, leciona Gidi (2007, p. 213-214):

É imperativo proporcionar aos membros do grupo uma adequada informação sobre a causa, os direitos e os riscos que concernem os membros, para que eles possam decidir qual a melhor conduta a tomar perante a ação. Uma vez notificados, os membros podem intervir no processo, controlar a atuação (e a adequação) do representante, contribuir com as provas e as informações de que disponham ou mesmo exercer o direito de autoexclusão do grupo, se não quiserem ser atingidos pela coisa julgada da ação coletiva.

Noutro giro, o Direito Italiano viu reemergirem as discussões em torno da tutela jurisdicional de interesses coletivos no início dos anos 1970, sobretudo após 1973, com a decisão proferida na demanda proposta pela associação ambientalista *Italia Nostra*, reconhecendo-lhe legitimidade para postular interesses que não fossem individuais.

Tal decisão é considerada como “o grande precedente na direção de um tratamento mais generoso em relação aos interesses difusos, classificação essa que, na época, carecia, ainda mais de precisa definição” (VIGORITI *apud* MENDES, 2012, p. 95).

Se é certo, como já se fez menção, que o Direito romano já contemplava a propositura de ações populares em defesa da coisa pública, os ideais iluministas resultaram na interrupção do desenvolvimento de mecanismos de tutela coletiva, ao inspirarem a concentração das atenções do Direito na tutela de interesses privados, ficando os direitos coletivos, por séculos, carentes de proteção jurídica.

No final do século XX, contudo, as ideias dos processualistas italianos, sobretudo as de Cappelletti, foram fundamentais para o despertar da comunidade jurídica italiana (e, de resto, de todo o mundo) para a existência de situações que transcendiam a esfera privada de interesses de um indivíduo.

Sobre a obra de Cappelletti, observa Mendes (2012, p. 96-97):

Em razão da nova realidade e dos novos interesses, defende Cappelletti a necessidade de adequação do processo e dos institutos processuais às novas exigências. A própria ideia de ‘acesso à justiça’ assumiria, aqui, igualmente, uma

configuração diversa. O processo civil, classicamente concebido para a solução de conflitos privados, de natureza individual, passa a ter uma face mais voltada para a esfera pública, em razão dos interesses supraindividuais.

(...)

Cappelletti criticou, ainda, a interpretação puramente individualista e tradicional, como a aplicada pelo Conselho de Estado, em 1972, ao caso da baía de Gaeta, no sentido de limitar a legitimação, para o exercício do direito de ação, somente às pessoas que tenham as suas situações subjetivas próprias, pessoais e individualmente atingidas, afastando, assim, na prática, o caso dos interesses coletivos à Justiça.

Outra grande referência do Direito Italiano é a obra de Vincenzo Vigoriti – *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*, que estuda o fenômeno da tutela jurisdicional coletiva a partir do princípio da participação popular.

Como bem observa Mendes (2012, p. 101), uma das principais contribuições de Vigoriti é a precisa diferenciação entre os interesses coletivos e difusos:

A organização passa a ser, para o autor da obra, o elemento distintivo entre os interesses coletivos e difusos, na medida em que estes últimos se referem a um estado mais fluido do processo de agregação dos interesses individuais, ou seja, no qual não se faz presente a coordenação das vontades singulares.

Assim, para Vigoriti, a legitimação coletiva há de ser verificada conforme a fluidez das situações jurídicas individuais componentes do interesse coletivo a ser deduzido em juízo: todos os indivíduos, entidades sindicais ou o Estado, conforme o caso.

De se observar que, não obstante a contribuição dos doutrinadores italianos que, de resto, influenciaram processualistas de diversos países, inclusive do Brasil, o sistema de jurisdição bipartida, associado a outros elementos, fizeram com que o desenvolvimento da tutela jurisdicional coletiva naquele país não acompanhasse a evolução observada em outros sistemas.

A respeito, observa Almeida (2003, p. 110-111):

Analisando, portanto, o sistema jurídico italiano quanto à tutela dos interesses e direitos massificados, não há como não sentir orgulho do avanço do sistema processual brasileiro não só por estar avante em relação a um país cuja cultura jurídica, além de ser milenar, sempre foi espelho para o Brasil, como também pelo fato de o Brasil estar na frente justamente no que tange aos instrumentos de tutela dos interesses primaciais da sociedade, o que reforça o Estado Democrático de Direito brasileiro em relação aos países tidos como de democracia mais avançada, como a Itália, pelo menos neste aspecto.

Lado outro, na Inglaterra, o já mencionado *bill of peace* é considerado o embrião do sistema de tutela de direitos transindividuais. Sua utilização era originalmente restrita à *Court of Chancery*, que possuía competência para a Jurisdição de Equidade.

No entanto, com a posterior unificação do sistema de *Equity* com o da *Common Law*, a utilização de mecanismos de tutela jurisdicional coletiva foi caindo em desuso.

De acordo com Almeida (2003, p. 129), tal se deve à “interpretação restritiva que estava sendo dada pela Justiça inglesa ao sentido de interesse comum”. Essa interpretação era em muito influenciada pelos ideais renascentistas e as suas conseqüentes transformações sociais à semelhança do que ocorreu com o Direito italiano.

De acordo com Mendes (2012, p. 49),

Nos séculos XVI e XVII, o número de feitos envolvendo grupos desprovidos de personalidade jurídica começa a diminuir. A defesa dos interesses coletivos realizada, no processo, por alguns passa a não ser tão frequente e comum, refletindo, *pari passu*, as modificações sociais. As ações de grupo ficam, na prática, confinadas à área rural. Por conseguinte, torna-se um procedimento especial, concedido através do *Bill of peace*, e, nas proximidades do final do século XVII, começam a surgir os questionamentos em relação às ações de grupo, principalmente quanto à legitimação. As dúvidas lançadas sobre as ações de grupo espelhavam, também, as novas ideias, surgidas, principalmente, a partir da Reforma, do Renascimento e do Humanismo, bem como do crescimento da burguesia urbana e do individualismo. Florescem, assim, as primeiras objeções e, conseqüentemente, teorias relacionadas com os litígios coletivos.

No entanto, o que se observa na Inglaterra desde o último quarto do século XX, é o reaparecimento das demandas coletivas, agora admitidas pela jurisprudência, na esteira do que já vinha se tornando uma tendência em todo o mundo, sobretudo com o desenvolvimento das *class actions* nos Estados Unidos da América.

Convém observar, contudo, que o Direito inglês, no que é seguido pelos países da *Common Law*, prevê dois mecanismos distintos para a tutela de direitos supraindividuais: a *representative action* e a *relator action*.

A primeira, à semelhança das *class actions* norte-americanas, prestam-se a tutelar situações jurídicas de um grupo de indivíduos, mediante a provocação da atividade jurisdicional por um sujeito, que faz as vezes de representante da coletividade envolvida no litígio, por meio do já visto procedimento de certificação.

Ao revés, a *relator action* é a decorrente da autorização concedida pelo *attorney general* (autoridade similar ao Procurador-Geral do Ministério Público) para que alguém deduza uma pretensão de direito difuso em juízo.

A diferença entre os dois sistemas há de ser destacada: nas *representative actions*, uma pretensão individual resulta na prestação de tutela jurisdicional coletiva, desde que se convença a autoridade judiciária da presença dos requisitos para que se possa considerar o autor como adequado representante da coletividade; já nas *relator actions*, não há pretensão

outra deduzida em juízo senão a coletiva (difusa), o que torna necessária uma autorização para que um particular provoque o Judiciário, no lugar da autoridade que detém competência para fazê-lo.

Não é preciso maiores esforços para identificar que a tutela do meio ambiente, tema de que cuida o presente trabalho, somente se obtém de maneira adequada, em tal sistema, a partir da *relator action*, uma vez que se trata de bem jurídico necessariamente difuso, como se verificou no Capítulo 3, *supra*.

Apenas os bens jurídicos que podem ser identificados por meio da “soma” de interesses individuais são passíveis de tutela a partir de uma demanda individual, como na *representative action*.

Por fim, é de se destacar a existência, no Direito inglês, de reconhecimento jurisprudencial pouco significativo da legitimidade de associações para a tutela de interesses difusos em juízo (ALMEIDA, 2003).

4.3 O Direito Processual Coletivo Brasileiro e a tutela jurisdicional do meio ambiente

O sistema desenvolvido pelo Direito brasileiro para a tutela de direitos transindividuais, em que pese a evidente necessidade de aperfeiçoamento, é considerado um dos mais avançados do mundo.

No que respeita ao bem jurídico objeto do presente trabalho, não obstante a anterior edição de diplomas legais de conteúdo ambiental,¹⁰ apenas após o advento da Lei n. 6.938/81 é que se pode falar em efetiva proteção jurídica ao meio ambiente.

Nas palavras de Milaré (2009, p. 325),

A Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei 6.938, de 31.08.1981, foi, sem questionamento, um passo pioneiro na vida pública nacional, no que concerne à dinâmica da realidade ambiental. Esse caráter de vanguarda não se limitou à esfera do meio ambiente: teve significado também na história da Administração Pública brasileira.

Em seu art. 14, § 1º, o referido diploma legal já previa que “o Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”.

Tal dispositivo é um marco histórico na tutela jurisdicional coletiva do meio ambiente, na medida em que autoriza, pela primeira vez no Direito brasileiro, o ajuizamento

¹⁰ V.g., o Código de Águas, de 1934, e o já revogado Código Florestal, de 1965.

de ações civis por uma instituição tradicionalmente incumbida de atribuições limitadas à seara criminal.

Não bastava, contudo, conferir ao Ministério Público legitimidade para o manejo de ações judiciais postulando a reparação civil dos danos ambientais.

Era necessário estabelecer tratamento processual especial, que atendessem às especificidades da tutela de um valor novo para o Direito, uma vez que, para tanto, não se revelavam adequadas as normas do Código de Processo Civil, construídas a partir de concepções eminentemente individualistas.

Assim, a tutela jurisdicional cível do meio ambiente, assim como dos demais direitos transindividuais, somente veio a ser disciplinada de forma mais adequada posteriormente, com o advento da Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e do Código de Defesa do Consumidor (CDC), diplomas legais reconhecidos como pilares do atual microsistema processual coletivo.

Milaré (2002, p. 210) observa que “a Lei 7.347/85 significou, sem dúvida, uma ‘revolução’ na ordem jurídica brasileira, já que o processo judicial deixou de ser visto como mero instrumento de defesa de interesses individuais”, assumindo, assim, a função de viabilizar a “participação da sociedade na tutela de situações fático-jurídicas de diferente natureza, vale dizer, daqueles conflitos que envolvem interesses supraindividuais”.

A seu turno, observa Almeida (2003, p. 361):

O Código de Defesa do Consumidor (art. 90), juntamente com a LACP (art. 21), constitui hoje um microsistema integrado de tutela dos direitos ou interesses coletivos lato sensu. Tem, portanto, importância capital para a proteção dos direitos ou interesses massificados, e suas disposições processuais constituem normas de sobredireito processual coletivo comum.

De fato, foi a Lei da Ação Civil Pública (LACP) um marco na história do processo coletivo brasileiro, ao disciplinar a utilização de um mecanismo processual para a tutela de direitos metaindividuais, adaptando os conceitos e procedimentos até então destinados apenas à solução de conflitos individuais e definindo os sujeitos legitimados à propositura das correspondentes ações.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a LACP sofreu diversas modificações em seu texto, notadamente no que respeita à extensão do rol de direitos tutelados e à necessária interação entre os dois diplomas, decorrente da nova redação que aquele impôs ao art. 21 desta.

De toda sorte, tais normas impingiram profundas alterações na disciplina de diversos institutos do direito processual civil comum, de modo a compatibilizá-los com os novos objetos materiais tutelados, para os quais o processo individual se mostra inservível.

Embora necessária, tal compatibilização não afasta, por completo, a incidência de normas do Código de Processo Civil, passíveis de aplicação em caráter supletivo, naquilo que não colidir com os princípios que regem a tutela jurisdicional coletiva.

Almeida (2003, p. 139-141) aponta uma possível divisão do Direito Processual Coletivo em razão do objeto de cognição:

Quanto ao objeto formal, observa-se que existe um conjunto de instrumentos, princípios e regras processuais próprios para o direito processual coletivo especial, que se diferencia peculiarmente por se destinar à tutela jurisdicional exclusivamente do direito objetivo. Esse conjunto seria formado, v.g., pela ação direta de inconstitucionalidade, pela ação direta declaratória de constitucionalidade e outros instrumentos processuais inseridos no controle concentrado de constitucionalidade.

Da mesma forma, existe um conjunto de instrumentos, princípios e regras processuais próprios para o direito processual coletivo comum, que se destina à tutela jurisdicional do direito subjetivo coletivo em sentido amplo.

(...)

No plano do objeto material, verifica-se também, até com maior nitidez, essa divisão: a) o objeto material do direito processual coletivo comum é a resolução das lides coletivas decorrentes dos conflitos coletivos que ocorrem no plano da concretude – é portanto a proteção de direito coletivo subjetivo; b) já o direito processual coletivo especial tem como objeto material o controle em abstrato da constitucionalidade das leis – é a tutela jurisdicional exclusivamente do direito objetivo. Aqui não seria correto falar-se em tutela jurisdicional do direito subjetivo, mas, sim, de interesse coletivo objetivo legítimo, tendo em vista que a tutela jurisdicional neste caso é objetiva e não subjetiva – não se julga lide no controle concentrado da constitucionalidade das leis, mas se protege, no plano abstrato, a ordem constitucional contra as investidas normativas com ela incompatíveis.

Dentro da classificação proposta, a tutela jurisdicional do meio ambiente, ao menos na perspectiva adotada neste trabalho, insere-se na seara do Direito Processual Coletivo Comum, eis que o problema em exame refere-se à legitimidade para exigir do Estado a resolução de lides decorrentes da degradação ambiental.

Estabelecida tal premissa, tem-se que o Direito Processual Coletivo Comum Brasileiro contempla uma série de procedimentos, previstos na Constituição Federal de 1988 e disciplinados por um plexo de diplomas normativos infraconstitucionais, em especial: a) a ação civil pública, prevista no art. 129, III, da Constituição Federal, e regida pela Lei n. 7.347/85 e pelo Código de Defesa do Consumidor; b) a ação popular, prevista no art. 5º,

LXXIII, da Constituição Federal e disciplinada infraconstitucionalmente pela Lei n. 4.717/65; dentre outros.¹¹

As principais diferenças que podem ser apontadas em relação às principais figuras do Direito Processual Coletivo Comum dizem respeito ao objeto de cognição e à legitimidade *ad causam*, como se verificará no Capítulo 5, *infra*.

4.3.1 Ação popular

A ação popular, como hoje prevista no ordenamento jurídico brasileiro,¹² é o mecanismo processual adequado à tutela de direitos difusos, especialmente relacionados a valores como o patrimônio público, a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural.

Trata-se de mecanismo de democracia direta, eis que viabiliza a participação do cidadão na vida política do país, através do acionamento do Judiciário para a solução de questões de interesse da coletividade.

Como visto no item 4.1, *supra*, um dos antecedentes históricos mais remotos de que se tem notícia de modelos de processo coletivo são exatamente as *actiones popularis* do Direito Romano, que possuíam configuração semelhante à do seu correspondente contemporâneo.

Citando Mancuso, observa Almeida (2003, p. 380) que, no Direito Romano, “inicialmente só era admitida a ação popular quando, além do interesse comum, fosse também atingido o interesse particular do cidadão; todavia, posteriormente a ação popular passou a ser admitida com fundamento exclusivo no interesse comum”.

No Brasil, ainda segundo Almeida (2003), a primeira Constituição a prever a ação popular nos moldes hodiernos foi a de 1934,¹³ embora a Carta Imperial de 1824 já mencionasse a expressão “ação popular”, porém sem emprestar-lhe significado semelhante ao atual.

¹¹ Almeida (2003, p. 270-329) apresenta, ainda, como inseridos no rol das principais figuras do direito processual coletivo comum brasileiro o Mandado de Segurança Coletivo, o Mandado de Injunção, o Dissídio Coletivo, a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo e a Ação Direta Interventiva. Sem deixar de reconhecer a importância de tais figuras, concentrar-se-á, por guardarem mais pertinência com as discussões de que se ocupa o presente trabalho, nas duas espécies acima aludidas.

¹² Art. 5º, LXXIII, CF/88.

¹³ Art. 113, inciso 38: Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou a anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.

Fora do texto constitucional seguinte, de 1937, a ação popular foi reinserida no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição de 1946 e, desde então, vem sendo mantida pelas Cartas posteriores.

Seu tratamento em nível infraconstitucional veio com a Lei n. 4.717/65, que, no art. 1º, limita o seu objeto à

(...) anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (...), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

Do exame desse dispositivo, percebe-se que, à época, a utilização do instrumento em comento era limitada a situações em que se pretendia obter anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público.

Tinha a ação popular, portanto, conteúdo eminentemente repressivo e patrimonial, ficando fora de seu alcance valores imateriais como a proteção ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural que, em verdade, somente vieram a ter o seu reconhecimento pelo Direito em um momento histórico mais recente.

A Constituição de 1988, refletindo a crescente preocupação com tais valores, promoveu a sua inclusão no objeto da ação popular, mantendo, contudo, o caráter repressivo do instrumento, como se pode extrair do texto do seu art. 5º, LXXIII:

qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Como se vê, a Carta de 1988 ampliou sobremaneira o objeto da ação popular, sendo hoje possível afirmar que se trata de um instrumento indubitavelmente idôneo para a tutela de direitos difusos.

Ocorre, no entanto, que o texto constitucional manteve a alusão à anulação de ato lesivo como pretensão passível de ser deduzida por meio da ação popular.

Por essa razão, há quem adote uma visão restritiva acerca do objeto da ação popular, entendendo não serem neste englobados os atos que não possam ser classificados como inválidos e lesivos.

Não se admitiria, dessa forma, o ajuizamento de ação popular para a obtenção de tutela jurisdicional preventiva, uma vez que o instituto seria repressivo por natureza.

A respeito, entende Rodrigues (2010, p. 97):

Temos nossas dúvidas, do ponto de vista da efetividade da tutela jurisdicional ambiental, sobre se a ação popular é um remédio que oferece resultados adequados à proteção do meio ambiente. A primeira ‘restrição’ decorre do fato de que a ação popular é um remédio idealizado e construído visando o ressarcimento de uma situação lesiva, pois a sua utilização pressupõe a invalidade e a lesividade do ato contra os valores protegidos pela norma constitucional.

Discorda-se de tal posicionamento.

Sendo a prevenção um princípio fundamental da tutela jurídica do meio ambiente, e, portanto, característica fundamental da tutela jurisdicional do equilíbrio ambiental, e consistindo a ação popular meio idôneo para a veiculação de pretensões envolvendo aquele bem jurídico, não faz sentido restringi-la a situações que reclamem atividade jurisdicional repressiva.

Sendo assim, a nosso sentir, assiste razão a Almeida (2003, p. 397), quando afirma que “não é compatível com a ação popular qualquer interpretação restritiva, sob pena de se mitigar a aplicação de direito e garantia constitucionais fundamentais ao cidadão, o que seria flagrantemente inconstitucional e atentaria contra o Estado Democrático de Direito”.

Tem-se, portanto, que a ação popular é meio indiscutivelmente adequado para a tutela jurisdicional repressiva ou preventiva do meio ambiente e dos demais bens jurídicos de titularidade difusa a que a alude a Constituição Federal.

4.3.2 Ação civil pública

Mais ampla no que respeita ao objeto e restrita no concernente aos legitimados do que a ação popular é a ação civil pública, a que alude o art. 129, III, da Constituição Federal brasileira e que disciplinam conjuntamente a Lei n. 7.347/85 e o Código de Defesa do Consumidor, além de outros diplomas legais que tratam da tutela específica de determinados bens jurídicos.¹⁴

¹⁴ V.g., Lei de Improbidade Administrativa, Estatuto do Idoso, Estatuto do Torcedor, etc.

A nomenclatura utilizada pelo legislador não é aceita de maneira uniforme pela doutrina. A rigor, a ação em questão não poderia ser alcunhada de pública, seja do ponto de vista subjetivo, por não ser necessariamente público o seu autor, seja levando em consideração o seu objeto material, também não necessariamente público.

De acordo com Lenza (2008, p. 152),

(...) a única conclusão que se pode chegar, seguindo a linha exposta por Vigliar é erigir o fator histórico como justificativa terminológica. Nem o critério subjetivo, nem o material servem para explicá-la.

Isso porque, do ponto de vista subjetivo a terminologia ‘ação civil pública’ seria inadequada já que não houve atribuição de legitimidade exclusiva a órgãos públicos, como será visto.

No mesmo sentido, o critério material também seria insuficiente para justificar a escolha do *nomen juris*, já que o objeto da tutela trazido pela Lei 7347/85 (LACP), também, não é público.

De fato, o objeto da ação civil pública, assim como o dos demais mecanismos processuais integrantes do Direito Processual Coletivo Comum, não pode ser cunhado de público, a menos que se adote a concepção dicotômica pura referida no Capítulo 2, *supra*, considerada ultrapassada pela doutrina mais moderna.

O objeto material da ação civil pública é a tutela de direitos transindividuais em sentido lato, o que torna, nesse sentido, inapropriada a nomenclatura adotada pela Lei n. 7.347/85 e pelo art. 129, III, da Constituição.

Além disso, como será examinado amiúde no Capítulo 5, *infra*, a legitimidade conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro para a propositura de tais ações não está restrita a órgãos públicos.

Entes privados também receberam tal legitimação, motivo por que, também do ponto de vista subjetivo, não se justifica, hoje, alcunhar de “públicas” tais demandas.

As razões que explicam a adoção do *nomen juris* em questão são, realmente, históricas.

Consagrou-se o uso da expressão “ação civil pública” para designar as demandas não penais propostas pelo Ministério Público, historicamente a primeira instituição a receber do ordenamento jurídico a legitimidade para o exercício de pretensões transindividuais em juízo.

De se observar, no entanto, com Mancuso (2011a, p. 24), que, em que pese a importância das discussões em torno do rigor terminológico, certo é que “a adjetivação aposta a uma ação, a partir da pretensão material nela veiculada, não lhe define nem lhe altera o conteúdo”.

Assim, considerando-se a consagração do nome da ação civil pública pelo uso e, de resto, a previsão constitucional e legal da expressão, não se enxergam maiores inconvenientes em utilizá-la, merecendo maior rigor apenas a definição de seu conteúdo e dos correlatos aspectos processuais, em especial a legitimidade, objeto do presente trabalho.

Como já se afirmou, o objeto da ação civil pública é mais amplo que o da ação popular, que somente comporta a dedução de pretensões decorrentes de direitos difusos, como a proteção do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente, etc.

Naquela, ao revés, é possível pleitear a proteção a direitos coletivos *stricto sensu*, bem como a direitos individuais homogêneos, como se pode extrair do exame conjunto do art. 1º da Lei n. 7.347/85¹⁵ e do art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor¹⁶.

Embora a LACP não mencione expressamente a possibilidade de defesa de direitos individuais homogêneos, a leitura de seus dispositivos não pode se dar de maneira isolada, apartada do que preconiza o CDC a respeito da tutela jurisdicional coletiva, em razão do que preconizam o art. 90 deste¹⁷ e o art. 21 daquela¹⁸.

Por outro lado, o Direito Positivo Brasileiro restringe a legitimidade para a propositura da ação civil pública a um rol predeterminado de sujeitos, a ser examinado mais adiante.

De toda sorte, ao contrário do que possa aparentar, tal restrição significa, em verdade, a ampliação de um rol de legitimados que, na origem histórica do instituto, contemplava apenas o Ministério Público.

Aos poucos, contudo, o legislador foi legitimando outros sujeitos a pleitear a proteção de direitos transindividuais em juízo.

A respeito, observa Mancuso (2011a, p. 117):

¹⁵ Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I – ao meio-ambiente; II - ao consumidor; III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. V – por infração da ordem econômica; VI – à ordem urbanística.

¹⁶ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

¹⁷ Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

¹⁸ Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.

Visto que os interesses objetivados são metaindividuais, curial que sua judicialização não fique restrita a um só legitimado, mas venha atribuída a mais de um ente *esponenziale* que, na visão do legislador, reúna as condições para tal, dado que os interesses difusos, por definição, não devem ter sua tutela restringida à atuação de certos órgãos governamentais, nem somente ao Ministério Público, havendo mesmo quem minimize a importância da personalidade jurídica das associações (*associations agréées; associazioni riconosciute*), de sorte a admitir também legitimação a sociedades de fato (*ad hoc gruppen; comitês de defesa, comitati di quartieri*).

No mesmo sentido, as lições de Almeida (2003, p. 516):

(...) restringir a legitimidade ativa do Ministério Público para a defesa dos direitos ou interesses coletivos, em sua tríplice concepção legal (art. 81, parágrafo único, do CDC), além de inconstitucional, é postura socialmente perversa: significaria negar acesso à Justiça em face dos interesses primaciais da sociedade, por conseguinte impedindo a efetivação do Estado Democrático de Direito, consagrado no art. 1º da nossa Constituição Federal.

Importante observar, no entanto, que, em que pese a ampliação legal, ainda se noticia uma certa timidez dos demais legitimados no ajuizamento de ações civis públicas, ao menos quando se compara com a atuação ministerial.

Almeida (2003, p. 590) aponta o protagonismo do Ministério Público e a atuação tímida dos demais legitimados coletivos no Brasil como uma demonstração da “fragilidade da democracia participativa no País”.

De fato, tendo o ordenamento jurídico aberto espaços para atuação proativa de várias instituições, o fato de apenas uma delas fazer uso deles denota a existência de alguma distorção no sistema.

Dignos de nota, entretanto, alguns recentes esforços no sentido contrário, como o apontado por Siqueira (2011, p. 213):

(...) apesar dos obstáculos encontrados para a atuação ativa do Procurador do Estado, há relevantes casos em que tais adversidades foram vencidas para o pleno exercício de sua competência.

Com efeito, em iniciativa inédita, o Estado de Minas Gerais, por intermédio da Coordenação de Meio Ambiente da Advocacia-Geral do Estado e Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizaram, em janeiro de 2005, ação civil pública em face do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), questionando os procedimentos adotados na condução do licenciamento ambiental do empreendimento denominado Projeto de Integração do Rio São Francisco com Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional, vulgarmente denominado 'Transposição do Rio São Francisco'.

(...)

Trata-se, como se vê, de relevante exemplo de atuação da advocacia pública na defesa do meio ambiente. É desejável que iniciativas como esta se multipliquem, mesmo antes do advento das medidas sugeridas neste texto.

De todo modo, é certo que a ampliação do rol dos legitimados para a ação civil pública alinha-se com as garantias constitucionais do acesso à justiça e da inafastabilidade do controle jurisdicional (FENSTERSEIFER, 2011).

4.3.3 Complementaridade das normas do microsistema processual coletivo

O microsistema processual criado para a tutela jurisdicional de direitos coletivos em sentido amplo no Brasil, por ser composto por um conjunto de leis, e não por um Código que concentre princípios e regras atinentes à matéria, deve ser visto como um plexo normativo integrado.

O núcleo central do microsistema está atualmente no conjunto formado pela Lei da Ação Civil Pública e pelas disposições processuais do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, apontando o CDC e a Lei de Ação Civil Pública como normas de “superdireito processual coletivo”, as lições de Almeida (2003, p. 584):

Como diplomas processuais básicos, o CDC e a LACP estabelecem normas de superdireito processual coletivo comum. É o que se extrai principalmente no que tange à coisa julgada coletiva, prevista no CDC (art. 103); ao conceito tripartido de direitos e interesses coletivos, estabelecido pelo art. 81, parágrafo único, do CDC; à regra da não-taxatividade das hipóteses de admissibilidade de ação coletiva, prevista no art. 1º, IV, da LACP; ao princípio da ampla tutela jurisdicional coletiva, previsto no art. 83 do CDC – em decorrência do qual se admitem todos os tipos de ações e tutelas jurisdicionais compatíveis e necessárias para a proteção dos direitos coletivos.

Além disso, é possível extrair de outras normas do microsistema os seus comandos nucleares, ante às possíveis lacunas dos dois principais diplomas legais.

A interpretação dos dispositivos que regulamentam os procedimentos integrantes do microsistema processual coletivo deve ser sempre no sentido de preservar-lhes a harmonia, de sorte a manter sua idoneidade para a tutela dos direitos transindividuais, que possuem sede na Constituição Federal.

Convém mencionar, entretanto, os projetos de codificação das normas de Direito Processual Coletivo no Brasil, cujo desiderato maior é a racionalização do sistema, concentrando o seu núcleo normativo em um corpo legislativo único.

De acordo com Leonel (2011, p. 139), a ideia da codificação se destinaria a

- (a) contemplar, num único diploma, toda a disciplina legal do ‘Processo Coletivo’;
- (b) sedimentar a autonomia desse processo destinado à solução de problemas de

massa; (c) consolidar os avanços doutrinários e jurisprudenciais; (d) eliminar conflitos legislativos que a pulverização legislativa invariavelmente acaba por ocasionar; (e) servir como paradigma para outros países que ainda não tenham consolidado uma sistemática abrangente para o Processo Coletivo.

A importância da enumeração de princípios e cláusulas gerais do microsistema em um Código é destacada, ainda, por Didier Jr. e Zaneti Jr. (2007, p. 69):

Existem claras vantagens em ampliar o espectro do elemento harmonizador nos processos coletivos. Daí a importância de escrever e promulgar um diploma codificando os princípios informativos e as cláusulas gerais deste microsistema. A missão do Código é mais do que trazer regras novas ou consolidar a legislação anterior: revela-se no compromisso político-jurídico de garantir uma estabilidade e uma vida mais efetiva para os direitos coletivos *lato sensu* vinculando-os ao texto constitucional, já que são, também eles, reconhecidamente direitos fundamentais.

Vários foram os projetos idealizados no Brasil, sendo que o apresentado pela Casa Civil ao Congresso Nacional, o Projeto de Lei n. 5.139/2009, elaborado pela Comissão de Estudos instituída pela Portaria Ministerial 2.481/2008, restou rejeitado pela Comissão e Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.¹⁹

Não obstante, o tratamento legislativo do processo coletivo do Brasil, com ou sem codificação, é por muitos considerado um dos mais avançados do mundo.

4.4 A tutela de direitos individuais por meio do processo coletivo ambiental

Como já se afirmou alhures, é possível a tutela de direitos individuais por meio de processo coletivo. Além da possibilidade de veicular pretensões individuais homogêneas em ações coletivas, é possível, mesmo em demandas que tenham por objeto outras categorias de direitos coletivos *lato sensu*, obter a tutela de direitos individuais.

Tal possibilidade decorre da consagração, no Direito Brasileiro, da técnica processual do transporte *in utilibus* da coisa julgada nas ações coletivas, que permite estender os efeitos benéficos da *res judicata* às situações individuais relacionadas com as crises jurídicas transindividuais.

Dispõe o § 3º do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor:

¹⁹ O portal da Câmara dos Deputados na *internet* apontava, à época da elaboração do presente trabalho, como última informação a respeito do andamento do referido Projeto de Lei, datada de 12/05/2010, a interposição de recurso contra a rejeição, pela CCJ.

Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>. Acesso em: 28 fev. 2013.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

O dispositivo em questão viabiliza, portanto, nos casos de acolhimento da pretensão deduzida em ação civil pública, estender os efeitos da coisa julgada às situações jurídicas individuais relacionadas com a lesão ao direito coletivo transindividual objeto da ação coletiva.

De se destacar que a coisa julgada no processo coletivo brasileiro somente opera tal efeito nos casos de procedência. Trata-se de limitação não existente no sistema norte-americano das *class actions*, em que a extensão ocorre independente do resultado do processo.

Sobre o tema, observa Gidi (2007, p. 272):

Ao contrário do que acontece no direito processual civil brasileiro, porém, o efeito vinculante da sentença coletiva em face das pretensões individuais dos membros do grupo independe do resultado da demanda ou da suficiência do material probatório disponível ao grupo. Seja a sentença favorável ou contrária aos interesses do grupo (*whether favorable or adverse*), ela estará revestida pelo manto da imutabilidade do seu comando em face dos direitos individuais e coletivos dos membros ausentes do grupo.

Curial destacar que esta regra não foi observada de maneira uniforme e pacífica no Direito americano. De acordo com Hazard *et al* (1998, p. 1849),

Especificamente nos séculos XVIII e XIX, as decisões inglesas e americanas oscilaram quanto à circunstância de os membros ausentes de uma classe deverem subordinar-se à decisão. O mesmo padrão de equívoco persistiu durante o século seguinte e a era moderna, exemplificada pelas decisões nos casos *Ben-Hur v Caublel*, em um sentido, e *Hansberry v Lee*²⁰, no outro.

De fato, conforme observado por Gidi (2007, p. 274), a possibilidade de estender os efeitos negativos da coisa julgada aos membros do grupo sempre foi controversa na história das *class actions*.

No Brasil, ao revés, as normas que regulam o fenômeno em questão deixam claro que a transposição dos efeitos da coisa julgada às situações individuais somente ocorrerá quando procedente o pedido.

²⁰ “Specifically, in the eighteenth and early nineteenth centuries, English and American decisions oscillated between saying that absent members of a class were bound by a decree and that they were not. The same pattern of equivocation persisted over the next century and into the modern era, exemplified by the decisions in *Supreme Tribe of Ben-Hur v. Caublel* on the one hand and *Hansberry v. Lee* on the other hand.” (Tradução nossa).

Assim, o trânsito em julgado de uma sentença de procedência proferida em ação civil pública, em que se reconhece, *v.g.*, a responsabilidade de uma sociedade empresarial por um dano causado ao meio ambiente, além das consequências referentes à lesão ao direito difuso, funcionará também como premissa para o reconhecimento da obrigação de reparar ou indenizar danos causados às vítimas individuais.

Para ilustrar, tem-se que, julgada procedente uma ação civil pública ajuizada em face da responsável pelo vazamento de substância tóxica em uma baía,²¹ e fixado o valor da indenização devida pelo dano difuso, tem-se, ainda, como consequência, a extensão dos efeitos da decisão às situações individuais dos pescadores cuja atividade profissional restou prejudicada pelo evento danoso.

Assim, não seria mais necessária, aos pescadores em questão, a demonstração dos fatos que resultaram na responsabilização da empresa causadora do dano. Bastar-lhes-ia “proceder à liquidação, comprovando o dano individual, o nexó entre o dano e a conduta reconhecida como lesiva na ação coletiva, e o *quantum debeatur*” (LEONEL, 2011, p. 299).

Convém, por oportuno, apartar a situação em comento da “execução coletiva” a que alude o art. 98 do Código de Defesa do Consumidor.²²

Trata-se, ali, em verdade, de “execução da sentença genérica na ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos” (DIDIER JR., ZANETI JR., 2007, p. 357). Em tais situações, o objeto da fase cognitiva da ação civil pública coincide com o objeto da execução: em uma e na outra tutela-se o direito individual dos substituídos.

Em ambos os casos, proceder-se-á a uma fase de liquidação prévia, a fim de verificar o *quantum* devido ao indivíduo exequente.

No entanto, quando se trata de execução fundada na extensão *in utilibus* da coisa julgada referente a direito difuso ou coletivo *stricto sensu*, a cognição na fase de liquidação guarda algumas diferenças em relação a sua similar nas ações que versam direitos individuais homogêneos.

É que, nestas, o dever de reparar os danos individuais já terá sido necessariamente objeto de cognição antes da formação da sentença, restando ao lesado demonstrar, na fase de liquidação, apenas a sua condição de vítima e o *quantum* que lhe é devido.

²¹ Conforme exemplo mencionado no Capítulo 3.

²² Art. 98. A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções.

No entanto, nas situações concernentes a direitos difusos ou coletivos em sentido estrito, o dever de indenizar os indivíduos lesados pelos mesmos fatos pode não ser decorrência lógica do reconhecimento da responsabilidade no plano transindividual.

Um exemplo pode bem ilustrar a questão. O Direito brasileiro prevê atualmente o mesmo regime de responsabilidade civil para danos ambientais e para os danos individuais destes decorrentes, conforme prevê o art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81,²³ que dispensa a demonstração do elemento “culpa” para a sua caracterização em ambos os casos.

Trata-se, contudo, a nosso sentir, de opção legislativa realizada em nível infraconstitucional, sendo certo que não há imperativo constitucional quanto à identidade de regimes.

Assim, é hipoteticamente possível imaginar a coexistência de um regime de responsabilização para os danos ambientais (difusos) com outro diverso para os prejuízos individuais decorrentes do mesmo fato. A exigibilidade de demonstração do elemento culpa seria, nesse quadro, um imperativo apenas do primeiro regime.

Considerando tal possibilidade (hipotética, frise-se), poder-se-ia imaginar uma situação em que a responsabilidade quanto ao dano coletivo estivesse plenamente demonstrada, ainda que ausente a demonstração da culpa, necessária, contudo, para a responsabilização em nível individual.

Em tal hipótese, o transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva para as situações individuais correlatas não traria consigo uma premissa necessária ao reconhecimento do dever de indenizar – o elemento culpa.

Assim, em princípio, haveria de se ampliar, na fase de liquidação, o objeto de cognição, fazendo-se nele incluir a questão do dever de indenizar no plano individual que, na situação hipotética, demandaria a demonstração de conduta culposa.

Isso faria com que a tese da existência de culpa se multiplicasse por diversas demandas semelhantes, o que, a nosso ver, não parece compatível com a ideia motriz da criação do Direito Processual Coletivo.

Outra possível solução – esta, sim, consentânea com os princípios da economia processual e do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva – seria reconhecer como impositiva a discussão da culpa ainda no curso da ação civil pública, mesmo sendo

²³ § 1º – Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

desnecessário para a definição da responsabilidade no plano coletivo, haja vista a previsão no ordenamento de cláusula determinando a extensão *in utilibus* da coisa julgada.

É, aliás, o que propõe Lenza (2008, p. 238):

Por outro lado, quando a ação, em nome da coletividade (interesses difusos ou coletivos), for julgada procedente, por expressa previsão legal (...), ocorrerá não só a extensão subjetiva do julgado, como a ampliação *ope legis*, integrando o dever de indenizar o pedido, beneficiando as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e ao cumprimento da sentença, nos termos dos arts. 97 a 99 do CDC.

Por fim, é de se observar que a intercomunicabilidade entre os diplomas legais e os procedimentos que compõem o microssistema processual coletivo impõe estender as regras atinentes à extensão *in utilibus* da coisa julgada às sentenças proferidas em julgamento de ações populares, conquanto a norma que a prevê seja extraída de dispositivo constante do Código de Defesa do Consumidor.

5 LEGITIMAÇÃO *AD CAUSAM* NAS AÇÕES COLETIVAS AMBIENTAIS

Como visto, o sistema das *class actions*, que inspirou a criação de mecanismos de tutela jurisdicional coletiva em nível global, permite a provocação da jurisdição e a condução do processo a todo aquele que se apresente como representante adequado da coletividade, da qual exercerá, no processo, a função de um “porta-voz”.

Nas lições de Fazzalari (2006, p. 369),

A legitimação para agir é considerada – na medida da legitimação em geral, como noção de teoria geral – por dois ângulos. Chamamos de ‘situação legitimante’ o ponto de contato da legitimação de agir, ou seja, tirando a metáfora, a situação com base na qual se determina qual é o sujeito que, concretamente, pode e deve cumprir um certo ato; e de ‘situação legitimada’ o poder, ou a faculdade, ou o dever – ou uma série deles – que, por consequência, cabe ao sujeito identificado, vale dizer, corresponde ao conteúdo da legitimação no qual ela consiste.

O controle sobre a legitimidade do representante da coletividade, no sistema norte-americano, é realizado pelo magistrado, que o verificará casuisticamente, não havendo fórmula pré-definida acerca da legitimação.

A respeito, leciona Gidi (2007, p. 102):

Em um primeiro momento, ao certificar a ação coletiva, o juiz fará uma avaliação preliminar e prospectiva do requisito, verificando se o candidato a representante terá condições de atuar adequadamente em benefício do grupo. A ação somente será certificada como coletiva se o juiz considerar essa questão pela afirmativa. A certificação das *class action* não significa, porém, que a questão esteja preclusa. É dever do juiz monitorar de perto a adequação do representante durante todas as fases do procedimento, da propositura da ação até o final. Esse controle deve ser feito *ex officio*. Um representante que era realmente adequado no momento da certificação pode se demonstrar inadequado em um momento posterior, seja por desinteresse, por impossibilidade, por incapacidade, pela superveniência de interesses conflitantes ou mesmo por má-fé. Ademais, o juiz pode perceber que estava equivocado ou que foi enganado pelas partes.

Diversamente, no Direito brasileiro, optou-se pela indicação expressa dos legitimados na Constituição da República e nos diversos diplomas legais que compõem o arcabouço normativo que rege o Direito Processual Coletivo.

Assim, é o cidadão legitimado para a propositura de ação popular (art. 5º, LXXIII, CF/88, c/c art. 1º, Lei n. 4.717/65); são legitimados para a impetração de mandado de segurança coletivo o partido político com representação no Congresso Nacional, a organização sindical, a entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, desde que em defesa dos interesses de seus membros

ou associados (art. 5º, LXX, CF/88, c/c art. 21, Lei n. 12.016/09); e, ainda, para propor ação civil pública o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica e as associações constituídas há pelo menos um ano, desde que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção a direitos transindividuais (art. 129,III, e § 1º, CF/88, c/c art. 5º, Lei n. 7.347/85, c/c art. 82, CDC).

Apesar da enumeração legal dos sujeitos legitimados, a legitimidade *ad causam* para as ações coletivas é um dos principais motivos de controvérsia entre os estudiosos do tema.

5.1 Características da legitimidade processual coletiva no Direito brasileiro

Um dos pontos mais controvertidos acerca da legitimidade para as ações coletivas diz respeito a sua natureza: é ordinária ou extraordinária a legitimidade processual coletiva no Brasil? Ou seria um *tertium genus*?

A indagação decorre da discussão em torno da identidade entre o sujeito de direito e o postulante de sua proteção em juízo.

Vigoriti, citado por Lenza (2008, p. 176), afirma ser ordinária *sui generis* a legitimação para as ações coletivas:

(...) em conclusão, mesmo nos casos em que o interesse tutelado seja limitado a apenas alguns membros do grupo, trata-se, em verdade, de legitimidade ordinária *sui generis*, porque apresenta fundamentos e contornos de legitimidade extraordinária, mas é indubitável que há concentração de legitimação em alguns representantes adequados, como decorrência das exigências objetivas da proteção dos interesses coletivos, que permanecem na esfera da legitimação ordinária.²⁴

Há, atualmente, contudo, um relativo consenso no sentido de que se trata, de fato, de legitimidade extraordinária, haja vista a ausência de identidade entre o postulante e o titular do direito postulado.

A respeito, afirma Didier Jr. (2012, 138-139):

Como a legitimação extraordinária pressupõe a autorização legal (art. 6º, CPC brasileiro), houve quem defendesse que a legitimação para o processo coletivo era

²⁴ “(...) in conclusione, anche le ipotesi in cui la legittimazione ad agere viene limitata ad alcuni soltanto dei titolare degli interessi correlati in maniera collettiva insistono nell'area della *legittimazione ordinaria*: si tratterà, se si vuole, di una *legittimazione ordinaria sui generis*, perché essa presenta motivi e tracce della legittimazione straordinaria, ma sembra indubbio che la concentrazione della legittimazione in alcuni adeguati portatori, la quale traduce sul piano tecnico il senso di obiettive esigenze di tutela degli interessi collettivi sia fenomeno che rimane nella sfera della legittimazione ordinaria.” (Tradução nossa).

ordinária: a associação civil iria a juízo defender seus interesses institucionais. Esta tese justificava-se historicamente, em um tempo em que não se consagrara de lege lata o extenso rol de legitimados coletivos atualmente existente (...). Defendia-se a legitimação ordinária como uma estratégia de ampliação do acesso à tutela jurisdicional coletiva. Atualmente, não faz mais sentido defender essa tese, que de resto não é tecnicamente correta: o legitimado à demanda coletiva não vai a juízo na defesa de interesse próprio; o objeto litigioso do processo coletivo é uma situação jurídica de que é titular uma coletividade, que não é legitimada para defendê-la em juízo; o interesse institucional não é o objeto do processo coletivo; ele é apenas a causa da atribuição da legitimação coletiva a determinado ente.

A legitimação ao processo coletivo é extraordinária: autoriza-se um ente a defender, em juízo, situação jurídica de que é titular um grupo ou uma coletividade. Não há coincidência entre o legitimado e o titular da situação jurídica discutida. Quando não há coincidência, há legitimação extraordinária.

Digna de nota, entretanto, a posição de Nery, citado por Almeida (2003, p. 499), que afirma ser a legitimação coletiva uma “legitimação autônoma para a condução do processo”, pois “o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito”.

De todo modo, parece inquestionável, hodiernamente, a ideia de que a postulação realizada em nome próprio pelos colegitimados nas ações coletivas refere-se a direito alheio, restando duvidosa apenas a designação de tal fenômeno como “legitimidade extraordinária” ou “legitimação autônoma para a condução do processo”.

Trata-se, a nosso ver, de nomenclaturas distintas para designar o mesmo fenômeno, partindo das mesmas premissas.

Importante observar, ainda, que a legitimidade processual coletiva é concorrente, uma vez que são diversos os colegitimados, e disjuntiva, na medida em que o exercício da legitimidade por um deles não está condicionado à inércia de outro.

Tais características são destacadas por Leonel (2011, p. 155):

Sendo a legitimação concedida a vários entes, é concorrente. Disjuntiva, porque qualquer um dos legitimados pode atuar em juízo sem necessariamente contar com a participação de outro habilitado. Não obstante a possibilidade de atuação em litisconsórcio, ele não figura como requisito imprescindível ao exercício da demanda. Cada um dos habilitados pode promover a ação, isoladamente ou, facultativamente, em conjunto com outros (litisconsórcio).

Alguma controvérsia pode advir da situação em que a legitimidade é exercida em separado por diferentes colegitimados, que deduzem idêntica pretensão.

O entendimento mais consentâneo com tudo que se construiu até aqui em termos de Direito Processual Coletivo é que, em tais situações, ocorre litispêndência e não conexão.

A respeito, leciona Mendes (2012, p. 260-261):

(...) o instituto da litispendência só será útil ao processo coletivo se a análise comparativa levar em conta não apenas a parte formalmente presente no processo, mas, sim, quem sejam os titulares do direito material deduzido no processo. Portanto, ao lado do pedido e da causa de pedir, bastaria que se estivesse na causa coletiva, para ser considerada como idêntica, defendendo os interesses dos mesmos substituídos. Do contrário, dificilmente haveria litispendência, porque outro legitimado poderia simplesmente formular idêntico pedido e causa de pedir em novo processo.

De fato, quando se veicula a pretensão de tutela de um direito difuso por meio de uma ação coletiva, seja popular ou civil pública, releva perquirir, para aferir-se a identidade da demanda, apenas a causa de pedir, o pedido e o sujeito passivo, ou seja, o autor do ato lesivo que se está a impugnar.

Sendo tais elementos os mesmos em duas demandas, haverá litispendência, independentemente de quais sejam os legitimados extraordinários que as deflagraram, pois o sujeito ativo da relação jurídica de direito material será sempre o mesmo: a coletividade.

Ainda segundo Mendes (2012, p. 261), “estando em jogo o mesmo pedido e causa de pedir, bem como havendo coincidência entre os titulares dos interesses difusos ou coletivos, não se deve admitir o ajuizamento de nova ação coletiva”.

Ousamos discordar de tal afirmação.

A disjuntividade característica da legitimação coletiva impõe concluir que o seu regime deve ser diverso, sendo descabido afirmar que a consequência do ajuizamento de ações idênticas é a prevista no art. 267, V, do CPC (extinção do processo sem julgamento do mérito).

Deve haver, sim, a reunião dos feitos para julgamento conjunto perante o juízo prevento, caso ainda seja possível, de forma semelhante ao que ocorre com a conexão no processo civil individual.

Assim, ajuizadas que sejam, por exemplo, uma ação popular por um cidadão e uma ação civil pública pelo Ministério Público, ambas tendo como objeto, *v.g.*, a anulação de licença ambiental concedida para a realização de um empreendimento, embora se trate de litispendência, pois idênticas as ações quanto ao objeto, a consequência processual será a reunião dos feitos para julgamento conjunto, em razão das características peculiares impingidas ao instituto pelo microssistema processual coletivo.

5.2 Rol de legitimados para as ações coletivas ambientais

Já se estabeleceu a premissa de que a legitimidade processual coletiva ativa, seja classificada como “extraordinária” ou “autônoma para a condução do processo”, de regra, é atribuída a sujeitos outros que não os titulares do direito subjetivo material litigioso.

Há, portanto, postulação de direito alheio em nome próprio, diante da impossibilidade jurídica e material de comparecimento *per se* dos verdadeiros titulares em juízo.

Imprescindível observar, contudo, que, em princípio, a atribuição de tal legitimidade não pode ser aleatória, mas deve, sim, seguir algum critério, a fim de que não sejam violados os princípios constitucionais que regem a prestação da atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito.

Destarte, o legislador e o julgador, conforme o caso, devem ser criteriosos no reconhecimento da legitimidade a algum indivíduo ou entidade para a postulação de direitos transindividuais em juízo, haja vista a extensão dos efeitos de sua atuação sobre a situação jurídica da coletividade substituída.

Tem-se, noutro vértice, como igualmente estabelecida a concepção de que a titularidade do bem jurídico meio ambiente é difusa, recaindo indistintamente sobre toda a coletividade, que, ademais, tem o dever jurídico de preservá-lo, nos termos do art. 225 da Constituição Federal brasileira.

É acertado afirmar, portanto, que o critério para a atribuição de legitimidade *ad causam* para as ações coletivas envolvendo esse bem jurídico deve ter como premissa a sua titularidade difusa.

Não é por outro motivo, aliás, que o Direito brasileiro contempla a possibilidade de tutela jurisdicional do meio ambiente por meio de provocação de qualquer cidadão, mediante ação popular (art. 5º, LXXIII, CF/88), revelando, portanto, que a amplitude da titularidade material resulta numa igualmente ampla legitimação processual.

No entanto, há quem questione, por razões várias, o acerto da opção constitucional de conferir ao cidadão, por si, legitimidade para postular a defesa do meio ambiente em juízo.

A tais argumentos, acrescenta Rodrigues (2010, p. 101),

A dificuldade resulta do fato de que é necessário verificar se é viável (e efetivo), sob o enfoque do devido processo legal, deixar que a tutela judicial do meio ambiente seja conduzida pelo cidadão comum, embora ele e tantos outros sejam titulares desse bem fundamental à sadia qualidade de vida. O 'problema' em questão é saber se o

homem do povo, sozinho e isolado, conseguiria desenvolver em juízo a melhor defesa do meio ambiente. Enfim, importa saber se a fragilidade socioeconômica-técnica do cidadão existente no plano material em relação ao poluidor, agravada num país com alto índice de analfabetismo como o Brasil, refletir-se-ia na condição (melhor ou pior) do processo em prol do ambiente.

Não é preciso muito esforço para se perceber a abissal desigualdade técnica, social e econômica do cidadão em relação aos grandes poluidores. A diferença não é só financeira, o que por si só justificaria 'repensar' se vale a pena deixar o cidadão como titular da condução do processo ambiental (o mais abastado tem condições de contratar advogados mais especializados, mais competentes e acostumados com esse tipo de demanda). Agrega-se à hipossuficiência econômica também a técnica, porque normalmente o poluidor detém (e não raramente sonega) informações e dados sigilosos que dizem respeito às suas atividades e à prática da poluição em si.

Com a devida vênia, tais argumentos, calcados em premissas meramente fáticas, não justificam a extirpação do ordenamento jurídico-constitucional da ação popular ambiental, um dos pilares instrumentais da democracia.

Aos inconvenientes apresentados, pode-se opor a previsão, no sistema, de participação obrigatória do Ministério Público nas ações populares,²⁵ bem como da técnica da coisa julgada *secundum eventum probationis*,²⁶ que obsta os efeitos prejudiciais da *res judicata* nas situações em que o cidadão-autor não lograr êxito por insuficiência de provas.

Assim, a atribuição de legitimidade processual ao cidadão para a defesa do meio ambiente é desejável, além de condizente com os princípios constitucionais atinentes à participação democrática.

Não se ignora, entretanto, a necessidade de maior desenvolvimento de políticas que reflitam no legítimo exercício da democracia no país, diante dos supratranscritos argumentos expostos por Rodrigues.

Lado outro, tem-se que, além do cidadão, concebem-se, de forma geral, como legitimadas à propositura de ações coletivas, algumas organizações, estatais ou privadas, conforme enumeração realizada no início do presente capítulo.

É de se indagar, contudo, se todas elas estão, indistintamente, legitimadas a provocar a “jurisdição ambiental”, em razão da amplitude constitucional da titularidade do direito ao meio ambiente equilibrado, ou se a legitimação é de ser verificada casuisticamente.

Em outras palavras, importa verificar se, no que respeita à tutela jurisdicional do meio ambiente, é cabível o controle judicial da legitimidade ou se basta aquele já feito pela Lei. É que se discutirá no Capítulo 6, *infra*.

²⁵ Conforme art. 6º, § 4º, c/c art. 7º, I, a, Lei n. 4.717/65.

²⁶ Conforme art. 18, Lei n. 4.717/65.

5.3 O cidadão e as ações civis públicas ambientais

Há controvérsia acerca da viabilidade jurídica da intervenção do cidadão em ação civil pública, em especial quando nesta se veicula pretensão passível de ser deduzida em sede de ação popular, de que é exemplo a impugnação judicial a ato lesivo ao meio ambiente.

Alguns doutrinadores refutam tal possibilidade, ao argumento de que representaria uma desvirtuação do sistema processual coletivo, uma vez que tal procedimento se restringiria ao rol *numerus clausus* de colegitimados para a propositura de ação civil pública, conforme se pode extrair do disposto no art. 5º, § 2º, da Lei n. 7.347, de 1985.²⁷

Nesse sentido, afirma Mancuso (2011a, p. 257):

Quer nos parecer, porém, que a legitimação prevista no art. 5º, da Lei 7.347/85 é ordinária, já que cada qual dos legitimados exercita direito próprio, assegurado numa norma legal, embora o objeto da ação, por sua larga extensão, abranja outros cidadãos e instituições. Situação, de resto, análoga à da ação popular. De todo modo, cremos que há um impedimento para a admissão do cidadão como litisconsorte originário ou ulterior ou ainda assistente, no polo ativo em ação civil pública cujo objeto seja interesse difuso ou coletivo (CDC, art. 81, parágrafo único, I e II): é que lhe faltaria, a nosso ver, interesse processual, já que o objeto judicializado não lhe permite individualmente, nem poderá, em execução, ser ‘fracionado’ para que lhe seja atribuída sua ‘quota-parte’, como se dá no pleito envolvendo interesses individuais homogêneos – CDC, art. 97.

Por outro lado, há os que consideram viável a intervenção, a exemplo de Mazzilli (2010, p. 345), para quem “nada impede que, em litisconsórcio, um cidadão e um colegitimado à ação civil pública ajuízem esta última ação”.

Curial observar que a situação em exame não se confunde com a prevista no art. 94 do Código de Defesa do Consumidor,²⁸ dispositivo que admite a habilitação de interessados como litisconsortes.

Cuida-se, ali, da possibilidade de intervenção em demandas que veiculam direitos individuais homogêneos, em que eventuais legitimados para ações individuais habilitam-se como litisconsortes nos correlatos processos coletivos.

Ao revés, a discussão ora em comento diz respeito à possibilidade ou não de um cidadão, sem qualquer interesse jurídico no plano individual, intervir como assistente do colegitimado em uma ação civil pública que tenha por objeto ato lesivo ao meio ambiente.

²⁷ § 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

²⁸ Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

A diferença é sutil, mas deve ser compreendida: enquanto a hipótese do art. 94 do CDC cuida do ingresso na lide de um sujeito que nela certamente deverá ingressar na fase de liquidação de eventual sentença de procedência – e que, portanto, deduzirá pretensões em nome próprio –, a situação objeto da discussão que ora se examina consiste na admissão ou não, no processo coletivo, de um sujeito que postulará em favor da coletividade.

Como já se viu, a tutela jurisdicional do bem jurídico meio ambiente é instrumentalizada pelo microssistema processual coletivo, este composto por uma série de princípios e regras procedimentais adequados à solução de conflitos envolvendo interesses transindividuais.

Do exame dos dispositivos constitucionais²⁹ e infraconstitucionais³⁰ que tratam da matéria, como visto, extrai-se que o objeto da ação civil pública é consideravelmente mais amplo que o da ação popular.

De se observar, contudo, que ambas contemplam como objeto a proteção ao meio ambiente, do que se extrai a óbvia conclusão de que tanto o cidadão como os colegitimados para a ação civil pública (Ministério Público, Defensoria Pública, pessoas jurídicas e órgãos despersonalizados integrantes da administração direta e indireta e associações constituídas há pelo menos um ano com pertinência temática) podem acionar o Judiciário a fim de obter prestação jurisdicional que faça cessar uma conduta lesiva ao equilíbrio ambiental.

A Lei n. 4.717/65, em diversos dispositivos, trata da atuação do Ministério Público em ação popular, conferindo-lhe poderes similares e até mais amplos do que os de um assistente, na medida em que:

- torna impositiva a sua intimação para acompanhar o feito (art. 7º, I, *a*);
- veda-lhe a defesa do ato impugnado (art. 6º, § 4º);
- confere-lhe legitimidade para recorrer (art. 19, § 2º);
- permite que assumo o polo ativo, nos casos de desídia ou absolvição de instância (art. 9º);
- permite-lhe a execução da sentença, no caso de desídia do autor ou de terceiro (art. 16).

Não há, entretanto, como já se disse, disciplina legal da situação inversa, ou seja, da intervenção do cidadão como assistente em sede de ação civil pública.

²⁹ Arts. 5º, LXXIII, e 129, III, Constituição Federal.

³⁰ Art. 1º, Lei n. 4.717, de 1965, art. 1º, Lei n. 7.347, de 1985, e art. 81, Código de Defesa do Consumidor.

Há quem interprete tal vazio legislativo como verdadeiro “silêncio eloquente” do legislador, que teria optado por não conferir tal possibilidade ao cidadão, sob pena de desvirtuar e inviabilizar o procedimento da ação civil pública.

Dentre outros, Dantas (2009, p. 155) entende que “tal possibilidade inexistente, dada a ausência de previsão em qualquer das normas que regulam o sistema. Logo, o cidadão está impedido de habilitar-se no processo coletivo instaurado por qualquer dos coletivados”.

Não nos parece correta tal conclusão, à luz do que preconizam os princípios de direito ambiental e processual que regem a espécie.

A partir da segunda metade do século XX, época em que se intensificou a preocupação do direito com os interesses metaindividuais, difundiu-se a ideia de que as questões ambientais não deveriam ser objeto de processos decisórios adstritos apenas ao Poder Público.

Passou-se, cada vez mais, a compreender como imprescindível a participação das populações afetadas em tais processos, de sorte a conferir legitimidade às decisões relacionadas com o direito difuso ao equilíbrio ambiental.

Pode-se apontar o evidente quadro de crise de representação democrática como motor propulsor do pleito da sociedade pela viabilização da participação popular direta nas decisões políticas envolvendo questões ambientais.

Assim, a participação surge como complemento da democracia representativa (SAMPAIO *et al*, 2003), mas não propriamente como substitutiva da atuação do poder público (MACHADO, 2007).

De fato, modernamente, é possível delinear o campo de atuação democrática do povo e de seus representantes, mas é fundamental que esta se dê de maneira complementar, de sorte a conferir harmonia e efetividade às políticas públicas.

Nas lições de Barroso (2001, p. 131),

é impossível exagerar a importância da mobilização da sociedade civil em torno da reivindicação de seus interesses, fazendo nascer um país que tem vida própria fora do oficialismo, da estatalidade tantas vezes opressiva. Tem-se, assim, uma primeira faceta do controle da efetividade do Direito, por via informal, não institucionalizada, de natureza essencialmente política e social. Por intermédio da atuação dos diferentes organismos da sociedade civil, articulam-se, muitas vezes, poderosos instrumentos para a exigência do cumprimento da Constituição e das leis, bem como para a conformação da atuação do Poder Público ao sentimento coletivo. Esta forma de fiscalização participativa se estende desde a pequena ação comunitária local até as grandes arrematações que despertam e influenciam a opinião pública.

Lado outro, como bem adverte Milaré (2009, p. 198), são indissociáveis as ideias de participação e informação. Sem esta, aquela se revela inviável, pois

o cidadão bem informado dispõe de valiosa ferramenta de controle social do Poder. Isto porque, ao se deparar com a informação e compreender o real significado da questão ambiental, o ser humano é resgatado de sua condição de alienação e passividade. E, assim, conquista a sua cidadania, tornando-se apto para envolver-se ativamente na condução de processos decisórios que hão de decidir o futuro da humanidade sobre a Terra.

Estabelecidas tais premissas, tem-se que a participação popular, através dos cidadãos ou das organizações sociais, é fundamental ao Estado Democrático de Direito, seja nos processos de criação das normas, seja na execução das políticas públicas, seja na atuação em juízo (MILARÉ, 2009).

Assim, e considerando possuir a participação democrática *status* de princípio constitucional ambiental, não tem lugar a interpretação formalista que nega ao cidadão a possibilidade de intervir em ação coletiva como assistente, com o propósito de contribuir para a formação de uma decisão judicial disciplinadora de uma determinada situação lesiva ao meio ambiente.

Em um Estado Democrático de Direito, a qualidade de cidadão, mais do que permitir o ajuizamento de demandas em prol de direitos e interesses difusos, deve viabilizar a sua efetiva participação nos feitos em que tais direitos estejam em discussão.

Nesse sentido, citando Bobbio, leciona Leal (2012, p. 28-29):

Quando um povo faz a opção constitucional pelo modelo do Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, a sobrecarga que possa ocorrer pela ‘desproporção crescente entre o número de demandas provenientes da sociedade civil e a capacidade de resposta do sistema positivo’ há de ser resolvida pelo *devido processo* constitucional aberto a todos ao exercício irrestrito do direito de ação coextenso ao procedimento processualizado sobre temas fundamentais da Comunidade Política (autoinclusão nos direitos fundamentais, controles da dívida interna e externa, privatização, externalização da riqueza coletiva, aprovação de créditos especiais, emissão de moeda, plano econômico e social, prioridade de investimentos).

Tal conclusão, apesar de suficiente em si, é de ser corroborada ainda pela conjugação do princípio da participação com alguns postulados constitucionais informadores do processo.

O primeiro deles, o brocardo da “economia processual”, reclama a máxima eliminação de atos e formalidades procedimentais de pouca ou nenhuma utilidade, incompatíveis com uma prestação jurisdicional rápida, justa e eficaz, e que tornam o exercício da atividade jurisdicional mais oneroso para a sociedade, para o Estado e para os jurisdicionados.

Não se deve descurar, contudo, da busca por uma solução jurisdicional justa, a ser encontrada após o transcurso de regular procedimento em contraditório, no qual tenham sido respeitados os ditames do devido processo legal.

Sem olvidar tal busca, o que a economia processual preconiza é a extirpação das formalidades processuais onerosas e inúteis, que apenas tornam a prestação jurisdicional mais cara, morosa e ineficaz, sem prejuízo do direito fundamental de todos a um processo com observância das garantias constitucionais.

Sobre o tema, leciona Lacerda, citado por Didier Jr. e Zaneti Jr. (2007, p. 119):

A função da economia no processo transcende, assim, a mera preocupação individualista de poupar trabalho a juízes e partes, de frear gastos excessivos, de respeitar o dogmatismo dos prazos. Não visa à comodidade dos agentes da atividade processual, mas à ânsia de perfeição da justiça humana – reconhecer e proclamar o direito, com o menor gravame possível.

Deve a economia processual funcionar, portanto, como um complemento, e não exatamente como um contraponto, ao princípio do devido processo legal, uma vez que tornar a prestação jurisdicional menos onerosa e lenta significa torná-la mais eficaz e justa.

Por outro lado, indissociável da ideia de economicidade, preconiza o princípio da instrumentalidade substancial das formas que a busca pela solução dos conflitos deve sobrepor-se, sempre que possível, ao formalismo processual, que outra *ratio essendi* não possui senão a de instrumentalizar a prestação jurisdicional.

Nas lições de Almeida (2003, p. 572), “não é mais admissível que o Poder Judiciário fique preso em questões formais, muitas delas colhidas em uma filosofia liberal individualista já superada e incompatível com o Estado Democrático de Direito”.

As formalidades não se sustentam em si. Sua razão de existir é a preservação das garantias sem as quais as partes não são capazes de exercer seus direitos no âmbito de um processo em conformidade com os preceitos constitucionais.

Não havendo qualquer vinculação das formalidades a tais garantias, a sua inobservância, incapaz de causar qualquer prejuízo, não deve conduzir à invalidade do ato processual.

Ao contrário, a sua inobservância, podendo, deve ser superada, a fim de que sejam alcançados os escopos maiores do processo que são a solução de conflitos e a pacificação social.

Assim, diante do que preconizam os princípios ora examinados, não se sustentam as interpretações restritivas, que impõem ao cidadão, caso queira exercer judicialmente o seu

direito de participação em uma demanda coletiva, a propositura de uma ação popular, no lugar de simplesmente habilitar-se como litisconsorte em ação civil pública já ajuizada por um dos colegitimados, deduzindo suas alegações, prestando esclarecimentos, produzindo novas provas etc.

Tal posicionamento conduz, ainda, a uma maior onerosidade da justiça, pois, como se sabe, a propositura de uma nova demanda – idêntica, diga-se – implica na reprodução de atos processuais já praticados (nova autuação, nova citação etc.), além de consistir em campo infelizmente fértil para discussão de filigranas procedimentais, obscurecendo e dificultando a condução que deve dar o processo a uma resposta jurisdicional a um só tempo rápida, barata e justa.

Noutro giro, resta evidente o excessivo caráter formalista de tal concepção, que sobrepõe a necessidade de estrita observância a aparentes regras procedimentais à efetivação dos direitos difusos veiculados por meio das demandas coletivas, de que é exemplo maior a proteção ao equilíbrio ambiental.

Assim, não é apenas possível como também recomendável a participação do cidadão como assistente em ação civil pública em que se veicule a pretensão de prevenção ou reparação de dano ambiental, tendo em vista o que preconizam os princípios constitucionais que regem o exercício da cidadania e a prestação jurisdicional em sua feição transindividual.

Interpretar de forma diversa significa sobrevalorizar o formalismo procedimental em detrimento da harmonia do microsistema processual coletivo, cujas normas devem interpenetrar-se, de sorte a viabilizar uma eficiente tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais, e, ainda, dos preceitos constitucionais da democracia participativa, da economia e da instrumentalidade substancial das formas, todos de incidência impositiva sobre a estrutura processual que dá suporte ao exercício da jurisdição coletiva.

6 O CONTROLE DE LEGITIMIDADE NAS AÇÕES COLETIVAS AMBIENTAIS

Já se viu que a regra no processo coletivo é o exercício da legitimidade processual por sujeitos que funcionam como “porta-vozes da coletividade”, impossibilitada esta de comparecer em juízo por si.

Tal fenômeno, já se afirmou, é denominado por parte da doutrina como “legitimidade extraordinária” e, por outros, como “legitimação autônoma para a condução do processo”.

Seja como for, tal legitimação é de ser conferida de maneira criteriosa, sendo certo afirmar que sobre elas deve haver algum tipo de controle, a fim de que se evitem abusos e para que sejam preservados os interesses da coletividade, garantindo-se, assim, que “o resultado obtido com a tutela coletiva seja o mais próximo possível daquele que seria obtido caso os membros do grupo estivessem defendendo pessoalmente seus direitos em juízo” (CÂNDIA, 2011, p. 426).

A origem e a forma de tal controle, contudo, são temas sobre os quais há intensa controvérsia, cuja solução, aliás, é o objetivo principal do presente trabalho, especificamente no que respeita às demandas coletivas que têm por objeto uma crise jurídica relativa ao meio ambiente.

No presente capítulo, serão identificados os possíveis sistemas de controle de legitimação, apontados os seus benefícios e adversidades, e verificada a opção realizada, nesta seara, pelo ordenamento jurídico brasileiro.

6.1 Sistemas de controle de legitimidade processual coletiva

Há duas formas básicas de controle de legitimação para ações coletivas: o controle *ope legis*, realizado em abstrato pelo legislador, que estabelece um rol de legitimados de maneira genérica para todo o sistema ou um para cada espécie de procedimento coletivo; e o controle *ope judicis*, realizado *in concreto* pelo magistrado, que verifica, casuisticamente, a adequação entre o perfil do demandante coletivo e os interesses tutelados na demanda.

Geralmente, os sistemas processuais coletivos apresentam uma ou outra forma de controle, sendo possível, entretanto, a instituição de um sistema misto, em que a lei enumera possíveis legitimados, deixando a cargo do magistrado verificar a relação de adequação entre demandante e interesses tutelados em cada caso.

A espécie de controle adotada no sistema estadunidense das *class actions*, sem dúvida, é o *ope judicis*, como se pode extrair das lições de Gidi (2007, p. 104), ao analisar o instituto da *adequacy or representation*, consagrado entre os norte-americanos:

A avaliação do requisito é considerada uma questão de fato a ser determinada pelo juiz de primeiro grau, com base nos fatos e nas circunstâncias que envolvem cada caso concreto. Como toda decisão de questão de fato, é deixada à discricionariedade do juiz de primeiro grau e somente será modificada pelo tribunal superior se for demonstrado um abuso de discricionariedade ou erro manifesto.

As razões para a opção norte-americana por esse sistema são apontadas por Cândia (2011, p. 433):

No direito norte-americano, exige-se o controle judicial em concreto da representação adequada por duas razões que muito se distanciam de nosso modelo, a saber: (1) possibilidade de qualquer indivíduo integrante do grupo manejar a *class action*, ou seja, não se trabalha com um rol ou vários róis fechados de legitimados ativos; (2) possibilidade de o julgamento vincular os integrantes da coletividade independentemente de um resultado benéfico, apesar de haver direito ao opt out, conferido ao indivíduo para se excluir da classe cujos interesses são postos em juízo. Fica bastante fácil perceber, por exemplo, o porquê de a legislação norte-americana prever expressamente a necessidade de ser atendido em cada caso concreto o pressuposto processual da *adequacy of representation* – que açambarca também o advogado que exercerá a capacidade postulatória – para que a ação seja reconhecida como *class action (certification)*.

De fato, as peculiares características do sistema estadunidense (como, de resto, dos sistemas da *Common Law*), tornam impositivo o constante exercício da verificação do magistrado da adequação do sujeito que se apresenta como representante da coletividade, uma vez que se admite a extensão mesmo dos efeitos adversos da coisa julgada aos seus membros.

Daí por que o exercício do controle da *adequacy* pode ser feito inclusive após a formação da coisa julgada, como observa Gidi (2007, p. 102):

Até mesmo a formação da coisa julgada não preclui a questão da representação adequada em face dos membros ausentes: se o grupo ou alguns membros não foram adequadamente representados em juízo, eles não poderão legitimamente ser vinculados pela sentença coletiva. Se, em ação futura, através de uma avaliação retrospectiva, ficar estabelecida a inadequação da representação, o juiz negará o efeito da coisa julgada à sentença coletiva (*collateral attack*). O juiz da ação posterior, sob muitos aspectos, está mais bem aparelhado para detectar algumas inadequações no processo anterior do que o juiz original.

Convém, no entanto, diferenciar o instituto da representatividade adequada, elemento nuclear da legitimidade extraordinária, do requisito subjetivo específico exigido pelo ordenamento jurídico brasileiro de um dos colegitimados ativos para o processo coletivo: a

inclusão, entre suas finalidades institucionais, da proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico,³¹ o que se convencionou chamar de “pertinência temática”.

A verificação *in concreto*, pelo juiz, do preenchimento de tal requisito legal pela associação autora equivale à que é feita em relação, por exemplo, ao tempo mínimo de pré-constituição exigido por lei para que o ente coletivo possa provocar o exercício da tutela jurisdicional de direitos transindividuais.

Não se trata de controle de adequação da representatividade da associação, realizada, no sistema brasileiro, de forma prévia pelo legislador, mas do preenchimento ou não dos requisitos subjetivos exigidos por lei para que o ente coletivo possa figurar como parte na ação coletiva.

Em outras palavras, o magistrado, ao examinar a “pertinência temática” de uma associação, não está a verificar se a associação em questão é ou não idônea, ou se os interesses da coletividade estarão bem ou mal representados em juízo pela associação autora.

Ao verificar se as associações demandantes estão regularmente constituídas há pelo menos um ano e se incluem em seus estatutos a defesa de interesses coletivos como uma de suas finalidades institucionais, realiza o juiz exame equivalente ao que é realizado, em ação popular, quanto à qualidade de cidadão do autor.

É certo que tanto a ausência de “representação adequada” como a de “pertinência temática” conduzem igualmente ao reconhecimento da ilegitimidade processual do autor da demanda coletiva.

Mas é preciso esclarecer, para que se bem compreenda o problema central de que se ocupa o presente trabalho, que o controle da primeira é concentrado e prévio, realizado em abstrato pelo legislador, ao passo que a verificação da segunda é realizada casuisticamente pelo juiz de maneira difusa.

Estabelecidas tais diferenciações, é de se observar que há doutrinadores que afirmam que o sistema processual coletivo brasileiro teria contemplado a possibilidade de controle judicial da representação adequada, o que, conseqüentemente, significa viabilizar o controle de legitimidade para as ações coletivas, à semelhança do que prevê o sistema norte-americano das *class actions*, de que lhe serviu de inspiração.

Esta é a opinião de Guedes (2012, p. 177):

³¹ Art. 5º, V, b, Lei n. 7.347/85.

Constatada a insuficiência dos critérios legais para propiciar o acesso à justiça em defesa de direitos transindividuais face ao risco de se ter como autor coletivo um ente despojado de representatividade, surge a necessidade de recorrer a parâmetros mais flexíveis, que permitam aferir se o ente legitimado para agir é realmente idôneo para representar a classe.

É indene de dúvidas a imperfeição da lei ao atribuir legitimação a entes taxativamente previstos; afinal, a legitimidade, no sentido primitivo do termo, não se confunde com a mera legalidade. Tal como foi concebida, na política e na sociologia, por Weber, e reformulada por Donaldo Armelin, na Teoria Geral do Direito e no Direito Processual, a legitimidade não corresponde ao conceito de legalidade. Inexiste coincidência necessária entre o poder instituído por lei e o poder legitimado, de forma democrática, pela sociedade. Daí a ilação de que a simples autorização legal para agir em juízo (legitimidade *ad causam*) em defesa de direitos transindividuais não acarreta a representatividade adequada do ente coletivo (legitimidade em sentido próprio).

Vários são os argumentos contrários à concentração, na lei, do rol de legitimados para a provocação da jurisdição coletiva, havendo ainda quem destaque alguns inconvenientes práticos como justificativa para um controle *ope judicis*, como a carência estrutural de alguns legitimados pré-escolhidos pelo legislador.

Outros, contudo, consideram descabido o controle judicial da representatividade adequada, sendo suficiente, assim, o realizado pela Lei.

É o que afirma Bueno *apud* Cândia (2011, p. 432):

No Brasil, entretanto, não há lugar para que se verifique se aquele que se apresenta perante o Estado-juiz, pautado na letra da lei, como adequado representante de determinada lide que diga respeito a diversas pessoas, seja pessoa apta, efetivamente, para exercer aquele *munus*. O sistema da representatividade no Brasil, seja o estabelecido na Constituição Federal, seja o estabelecido no ordenamento infraconstitucional, é presumido: todos aqueles que preenchem os requisitos previstos, em abstrato, na norma jurídica, devem ser considerados aptos para o regular desenvolvimento de uma ação denominada coletiva.

No mesmo sentido, as lições de Almeida (2007, p. 113):

Entendemos que o controle judicial restritivo da representatividade adequada é incompatível com o sistema jurídico brasileiro. É mais uma tentativa de americanização do sistema do direito processual coletivo brasileiro. A cultura jurídica brasileira é diversa, bem como nossas conquistas constitucionais. A transferência mecânica de institutos do sistema norte-americano poderá gerar incidentes indesejados, restringindo-se a garantia constitucional do acesso à justiça. No sistema brasileiro existem meios próprios para o controle dos abusos e distorções, tais como a condenação por litigância de má-fé prevista nos arts. 15-18 do CPC.

Dignas de nota, a propósito, as suas observações acerca da necessária distinção entre “representação adequada” e “legitimidade coletiva ativa”:

(...) procurando compreender a representação adequada no sistema jurídico brasileiro, conclui-se que tal instituto estaria mais atrelado à categoria de um pressuposto processual específico legalmente conferido pelo legislador brasileiro. Seria pressuposto processual porque estaria relacionado predominantemente com a capacidade ou aptidão técnica, econômica e até moral do ente coletivo arrolado para representar adequadamente, em juízo, no polo ativo, interesses ou direitos massificados.

Por outro lado, a legitimidade *ad causam* seria a pertinência subjetiva da demanda ou, de acordo com doutrina mais recente, a relação de correta e perfeita adequação que necessariamente deve existir entre os sujeitos da demanda e a causa judicial em si. (ALMEIDA, 2007, p. 115-116).

Não obstante judiciosos os argumentos a respeito da colocação sistemática da representação adequada, algumas considerações a respeito devem ser feitas.

A nosso sentir, a “representatividade adequada” faz as vezes, no exame da legitimidade extraordinária, do elemento “pertinência subjetiva” quando se trata de legitimidade ordinária. Trata-se do elemento nuclear dessa modalidade de legitimidade processual.

Em outras palavras, é pertinente reconhecer legitimidade extraordinária a algum sujeito sempre que este se apresentar como adequado representante dos interesses alheios, da mesma forma que se reconhece legitimidade ordinária ao sujeito que se apresente como titular do direito próprio.

Assim, em nosso ordenamento jurídico, a verificação da representatividade adequada está para o controle de legitimidade extraordinária, assim como a verificação da titularidade do direito material está para o controle da legitimidade ordinária.

Estabelecidas tais premissas, tem-se que, do ponto de vista estritamente procedimental, a Constituição Federal Brasileira admitiu tanto uma como outra forma de controle para os direitos transindividuais em geral, ao estabelecer, no § 1º do art. 129,³² que a legitimidade do Ministério Público para as ações civis públicas não impede que esta venha a ser concedida a terceiros, observado o disposto no próprio texto constitucional e na Lei.

Nada impede, portanto, que a Lei estabeleça critérios genéricos para aferição da legitimidade extraordinária e acometa ao juiz a tarefa de identificá-los no caso concreto.

Da mesma forma, é compatível com a Lei Maior a definição prévia de legitimados para a propositura de demandas coletivas, o que, aliás, é uma das possíveis interpretações

³² § 1º – A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

dadas ao próprio texto constitucional, que, em seu art. 5º, LXX,³³ estabelece um rol de legitimados para o Mandado de Segurança Coletivo.

Cabe ao legislador verificar as vantagens e os inconvenientes de um ou outro sistema e instituí-lo em nível infraconstitucional.

E o legislador brasileiro, no que respeita à ação civil pública, optou indubitavelmente pelo controle *ope legis*, estabelecendo, na Lei n. 7.347/85 e no Código de Defesa do Consumidor, o rol de sujeitos que entende como adequados representantes dos interesses da coletividade.

De todo modo, convém reforçar, a escolha por um ou outro sistema não é incompatível com as diretrizes constitucionais, do ponto de vista procedimental.

Resta saber, contudo, se a definição deste ou de outro sistema seria igualmente compatível com a Constituição na perspectiva do direito material objeto das ações coletivas.

E é aqui, a nosso ver, que reside o grande problema a ser enfrentado no que respeita à legitimidade processual coletiva.

Segundo entendemos, é equivocado pretender, nessa seara, apresentar uma fórmula única, aplicável a toda e qualquer categoria de direito transindividual, sendo certo que cada uma delas é dotada de características peculiares que repercutem na sua tutela jurisdicional, sobretudo no que respeita à titularidade, elemento fundamental para a definição da legitimidade.

As características do direito material envolvido são fundamentais para a formulação de normas a respeito da legitimação coletiva, não sendo possível, a nosso sentir, consagrar um regime único, aplicável indistintamente a todas as situações.

Nesse sentido, leciona Rodrigues (2010, p. 63):

Não estamos mais naquela época em que, por mais diferente que fosse o direito material em conflito, o jurisdicionado deveria se valer do mesmo modelo processual, tal como se estivéssemos numa sociedade de iguais. Enfim, para cada tipo de crise jurídica levada ao Poder judiciário existe um tipo específico de técnica processual a ser utilizada, e cabe ao jurisdicionado valer-se daquela que seja adequada (eficiente e efetiva) à tutela de seu direito.

Nem sempre a adequação da representatividade para a tutela de direitos difusos o será para a de direitos coletivos em sentido estrito ou de direitos individuais homogêneos.

³³ LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; (...).

Assim, não se revela adequada a definição de uma fórmula única de controle de legitimidade que ignore as circunstâncias peculiares do direito material. Para a tutela jurisdicional de alguns bens jurídicos, pode haver incompatibilidade de um determinado sistema de controle de legitimidade com o arcabouço normativo constitucional de regência.

É o que ocorre, a nosso sentir, com a tutela jurisdicional do meio ambiente, conforme será verificado a seguir.

6.2 Adequação dos sistemas de controle à tutela jurisdicional do meio ambiente

Estabelecidas as premissas de que *a)* o equilíbrio ambiental é um bem jurídico necessariamente difuso; *b)* do ponto de vista procedimental, a Constituição Federal brasileira harmoniza-se tanto com o controle *ope judicis* como com o controle *ope legis* de legitimidade processual nas ações coletivas; *c)* o sistema previsto genericamente no ordenamento jurídico infraconstitucional brasileiro para a ação civil pública é o *ope legis*; e *d)* é possível que um sistema de controle de legitimidade não se revele compatível com as normas principiológicas fundamentais regentes de determinado bem jurídico, cumpre indagar qual das formas existentes de controle de legitimidade processual é compatível com o conjunto normativo constitucional de proteção ao meio ambiente.

Dispõe a Constituição da República, em seu art. 225, que “todos” têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que tal equilíbrio é bem jurídico “de uso comum do povo”, e que o seu dever de defesa e proteção é impositivo ao “Poder Público” e à “coletividade”.

De acordo com Almeida (2008, p. 3):

Não existem no texto Constitucional, principalmente no plano dos direitos e garantias fundamentais, previsões inúteis, sem força normativa. Da normatividade constitucional devem ser extraídos todos os elementos necessários para o enquadramento teórico e metodológico dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Não é a previsão constitucional que precisa se adequar a determinada concepção teórica. Ao contrário, a concepção teórica deve procurar compreender a diretriz constitucional relativa a determinada seara de direitos e garantias, especialmente os constitucionais fundamentais, para abstrair todos os seus elementos de concepção metodológica.

É possível afirmar, pois, que os estados de sujeição jurídica ativa e passiva que se extraem da positivação constitucional do direito ao equilíbrio ambiental possuem inegável amplitude.

Nesse sentido, as lições de Sampaio *et al* (2003, p. 99-100):

A dimensão subjetiva do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é dada pela sua natureza dúplice: a) de direito individual e de liberdade – de acesso, uso e gozo de um ambiente ecologicamente equilibrado. Entre suas faculdades estão, portanto, o prazer contemplativo, a exploração racional dos recursos e o simples viver em um ambiente são. Mas, como seu objeto é indivisível, as faculdades podem ou devem ser contingenciadas pelo igual direito de todos – das presentes e futuras gerações. Por isso mesmo, a face coletiva do direito tem precedência sobre a face individual e b) direito de prestação – o direito transporta interesses individuais e coletivos de prestação estatal no sentido de sua configuração e efetiva tutela.

(...)

São sujeitos passivos os poderes públicos e os particulares. O Estado tem a obrigação de não atrapalhar as pretensões liberais do direito e de garantir a integridade e uso adequado dos bens ambientais. Os indivíduos e grupos também têm o dever de não impedir o exercício do direito pelos outros e fazer uso adequado dos recursos naturais.

Assim, pode-se afirmar que a coletividade ostenta, de um lado, o direito ao equilíbrio ambiental, e, de outro, o dever jurídico de proteger o meio ambiente, sujeitando-se, inclusive, às consequências jurídicas adversas decorrentes do seu descumprimento.

Noutro giro, como visto, a Lei Maior, em seu art. 5º, LXXIII, confere a qualquer cidadão a legitimidade para a propositura de ação popular com o intuito de afastar lesão ao meio ambiente.

Já para a tutela jurisdicional deste bem jurídico pela via da ação civil pública, já se viu que o texto constitucional, em seu art. 129, § 1º, confere expressa legitimação ao Ministério Público, conferindo ao legislador a tarefa de estendê-la a outras instituições.

Verifica-se, assim, que a Constituição Brasileira institui um regime inquestionavelmente amplo de legitimidade processual para a tutela do meio ambiente, sendo correto concluir que eventuais normas que conduzam à sua restrição não são consentâneas com tal amplitude.

Não se pode conceber um sistema que permita a redução casuística das possibilidades do cidadão ou da sociedade civil organizada postular em juízo a tutela do meio ambiente contra situações que lhe comprometam o equilíbrio, sob pena de se estar, assim, contrapondo-se a normas fundamentais que consagram a proteção desse bem jurídico e que inspiram a maior amplitude possível da correspondente legitimidade processual.

Tal conclusão encontra respaldo, ainda, nos princípios constitucionais do acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição, cânones que devem ser observados sempre que estiver em discussão o regime referente a algum preceito fundamental atinente à prestação jurisdicional.

A respeito, observa Fensterseifer (2011, p.119):

De certa forma, quanto maiores e em maior número forem os canais de acesso ao sistema da justiça, especialmente para o caso das demandas coletivas, com a descentralização de tal 'poder' e a atribuição de tal função a um maior número de instituições públicas (como o Ministério Público e a Defensoria Pública) e de instituições privadas (como as associações civis ou mesmo o próprio cidadão individualmente), maiores serão as chances de que as violações a direitos transindividuais alcancem o Poder Judiciário e, conseqüentemente, melhores condições para a sua efetividade.

Dessarte, tem-se que a definição de um sistema de controle de legitimidade processual coletiva que coloca nas mãos exclusivas da autoridade judicial a decisão sobre a adequada representação da coletividade no caso concreto, sujeitando-a a uma alta carga de subjetividade e a um modelo decisório antidemocrático, é contrária aos preceitos constitucionais de regência da tutela jurisdicional do meio ambiente.

São descabidas, assim, tanto as tentativas de se extirpar da lei a inclusão de novas entidades legitimadas,³⁴ como a instituição de regime, inapropriadamente inspirado no sistema norte-americano, que permita restringir a legitimidade a partir de critérios subjetivos, analisados caso a caso pelo Estado-juiz.

Convém verificar, contudo, quais são as principais argumentações contrárias ao que ora se defende, favoráveis, portanto, ao controle jurisdicional casuístico da adequação da representatividade.

Há um temor – legítimo, diga-se – de que, ausente o controle judicial, demandas sejam propostas por associações despreparadas ou mal-intencionadas, que podem conduzir a uma solução judicial, com força de coisa julgada, não desejada pela coletividade.

É o que afirma, dentre outros, Gidi (2007, p. 129-130):

Imaginemos que uma pequena e desaparelhada associação proponha uma ação contra poderosa multinacional em um litígio complexo e de profundo impacto social. Durante o processo, o juiz percebe que o advogado da associação é incompetente ou não está demonstrando interesse pelo processo ou pelo grupo, ou que a associação não tem dinheiro suficiente nem para financiar as perícias necessárias, nem para contratar um bom advogado. Imaginemos, também, uma associação que conduza o processo em seu interesse próprio, seja esse interesse de natureza econômica, política ou ideológica.

Não há nada de errado em que pequenas associações proponham ações coletivas importantes. Todavia, não se pode permitir que uma ação coletiva seja proposta por associação manifestamente incapaz de tutelar adequadamente os interesses do grupo no processo, seja por incompetência, por falta de interesse real no litígio, por existência de interesses conflitantes, parcialidade ou mesmo má-fé. Na prática, o

³⁴ Como se pretende, por meio da ADI n. 3.943, em trâmite no STF, retirar da Defensoria Pública tal legitimidade, conforme notícia Fensterseifer (2011, p. 119).

representante pode conduzir o processo de maneira inadequada para a tutela dos interesses do grupo (ou de parcela do grupo), ou simplesmente perder a causa propositadamente.

Trata-se, como se vê, de argumentações de ordem pragmática, fundadas em máximas da experiência, não restritas à seara da tutela jurisdicional coletiva, que constatam o despreparo e a desonestidade de profissionais e de instituições no Brasil.

É certo que tais circunstâncias não podem ser ignoradas em uma discussão científica. A definição de um regime aplicável à legitimidade extraordinária no processo coletivo também deve, em princípio, levar em conta a constatação da realidade fática.

Imperioso notar, no entanto, que o sistema processual coletivo brasileiro impõe a participação obrigatória do Ministério Público nas ações coletivas, assumindo, inclusive, o polo ativo,³⁵ justamente como forma de superar os problemas decorrentes da má condução de um processo por um legitimado despreparado.

A respeito, observa Almeida (2007, p. 115):

É de se consignar que os possíveis riscos, decorrentes da falta de estrutura ou até de capacidade econômica das associações legitimadas ativamente, são atenuados com a intervenção obrigatória do Ministério Público como parte adesiva ativa na ação civil pública ou na ação coletiva, bem como pela própria possibilidade de formação de litisconsórcio ativo facultativo entre os legitimados coletivos ativos.

Entretanto, devem ser analisadas as ponderações a respeito realizadas por Mirra *apud* Mancuso (2011a, p. 58):

(...) têm aparecido casos concretos em que os interesses defendidos pelo *Parquet* não coincidem com os verdadeiros valores sociais da classe de cujos interesses ele se diz portador em juízo. Assim, embora não seja esta a regra geral, não é raro que alguns membros do Ministério Público, tomados de excessivo zelo, litiguem em juízo como pseudodefensores de uma categoria cujos verdadeiros interesses podem estar em contraste com o pedido. Para casos como esse é que seria de grande valia reconhecer o juiz o controle sobre a legitimação, em cada caso concreto, de modo a possibilitar a inadmissibilidade da ação coletiva, quando a 'representatividade' do legitimado se demonstrasse inadequada.

Abstraindo o caráter extremamente subjetivo da afirmação supra, é certo que a falibilidade é inerente a qualquer atividade humana, e a exercida pelos membros do Ministério Público, bem como as dos demais atores processuais, não foge à regra.

É certo, assim, que a criação de um sistema processual deve prever mecanismos de mitigação das falhas humanas.

³⁵ Art. 5º, §§ 1º e 3º, Lei n. 7.347/85.

Contudo, não é solução para o problema compensar as possíveis falhas do órgão ministerial submetendo o controle de adequação da representatividade ao juiz, também humano e falível.

Devem, sim, ser idealizados mecanismos que viabilizem a participação, no processo, do maior número possível de entes, que tenham a defesa do interesse da coletividade como escopo institucional, de sorte a minimizar os efeitos de más argumentações ou de deficientes produções probatórias.

Nesse sentido, o sistema processual coletivo brasileiro viabiliza a habilitação como litisconsortes dos demais colegitimados,³⁶ o que impõe, a nosso sentir, a obrigatoriedade de prévia intimação, ao menos dos órgãos públicos, em especial nos feitos relacionados com proteção ambiental, dever comum do Poder Público e da coletividade.

De se observar, ainda, a possibilidade, segundo defendemos no Capítulo 5, *supra*, de habilitação dos cidadãos como assistentes em ações civis públicas, o que permite a fiscalização popular da atuação do autor coletivo.

Além disso, no sistema brasileiro, a sentença proferida em ação coletiva não produz coisa julgada material, caso rejeite as pretensões deduzidas por insuficiência de provas,³⁷ o que se presta a mitigar, também, os efeitos da má atuação de um colegitimado.

Enfim, os argumentos favoráveis ao controle judicial da representação adequada fundados na falibilidade de algum coletigimado não se sustentam, haja vista que o sistema brasileiro foi construído com vistas a afastar tais inconvenientes, que decorreriam da opção realizada pelo controle *ope legis*.

Outrossim, tais problemas, ainda que não encontrassem solução no sistema processual brasileiro, não poderiam ser opostos à já afirmada incompatibilidade do controle restritivo *ope judicis* com os princípios constitucionais relacionados com a tutela do meio ambiente, que torna impositivo conferir a maior amplitude possível à legitimidade processual para as demandas ambientais.

A legitimação para postular judicialmente a defesa do meio ambiente encontra-se prevista na Constituição Federal: é algo que compete a todos indistintamente. Assim, não se revela possível qualquer tipo de restrição subjetiva ao ajuizamento de demandas com tal desiderato.

³⁶ Art. 5º, § 2º, Lei n. 7.347/85.

³⁷ Art. 16, Lei n. 7.347/85.

O que deve haver, sim, é a constante fiscalização da prática de atos processuais pelas partes e a participação obrigatória das instituições estatais vocacionadas à tutela do meio ambiente, a fim de evitar a utilização das vias judiciais com finalidades escusas.

Poder-se-ia ventilar a possibilidade de ampliação do rol de legitimados pelo juiz, no caso concreto, a par dos que já receberam legitimação pelo legislador. O que não se pode conceber, contudo, é um controle restritivo sobre tal legitimação.

Assim, apesar do silêncio da Lei, poderia um magistrado admitir, por exemplo, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, a propositura de uma ação coletiva ambiental por uma pessoa jurídica de direito privado não elencada previamente pelo Direito positivo como legitimada à ação civil pública, com vistas a dar efetividade ao comando constitucional que estabelece expressamente a titularidade difusa do direito ao equilíbrio ambiental.

Noutro giro, não se pode conceber um sistema processual de tutela do meio ambiente que contemple a formação de coisa julgada material quando há má condução do processo, tal como ocorre em relação aos direitos individuais.

Nesse sentido, deve ser mantida no Direito brasileiro, por representar uma necessidade do sistema, a norma que consagra a coisa julgada *secundum eventum probationis*, a que se fez menção no Capítulo 5, *supra*, bem como a participação obrigatória de instituições criadas para a tutela jurisdicional dos interesses da coletividade, como o Ministério Público.

Por fim, é necessário também o desenvolvimento de um mecanismo semelhante ao *notice* norte-americano, a fim de que o maior número possível de instituições e cidadãos possa participar ativamente da construção da decisão judicial sobre questões ambientais.

6.3 Controle de legitimidade nas “ações coletivas passivas” ambientais

Há de se observar, ainda, as situações em que a coletividade, que usualmente atua como sujeito ativo de demandas que veiculam direitos transindividuais, ocupa o polo passivo de uma relação processual.

São situações em que ao grupamento humano é dirigida uma pretensão, de natureza declaratória ou condenatória, seja por um indivíduo ou por outro sujeito coletivo.

Pertinentes, a respeito, as indagações de Mazzilli (2010, p. 376):

(...) se uma empresa quisesse consignar em juízo uma quantia para reparação de lesão a interesses individuais homogêneos, por que não admitir ação de sua iniciativa, se o poderia em ação movida contra ela por um dos legitimados ativos à ação civil pública ou coletiva? Se um colegitimado ativo pode ajuizar ação coletiva

declaratória, visando ao reconhecimento da existência ou inexistência de uma relação jurídica de interesse de um grupo, classe ou categoria de pessoas, por que não poderia propor essa mesma ação declaratória a empresa que teria legitimidade para responder, no polo passivo, à ação civil pública? Se o Ministério Público pode ajuizar ação civil pública visando à declaração de nulidade de cláusula contratual abusiva em prejuízo de consumidores considerados de forma coletiva, por que a empresa não poderia propor uma ação declaratória, para obter um provimento jurisdicional que declarasse *erga omnes* a validade ou invalidade dessa mesma cláusula?

Apesar de ter ocorrido resistência, em um primeiro momento, ao reconhecimento de tais situações pela doutrina, já se admite a existência das chamadas “ações coletivas passivas”.

É inegável a existência de conflitos entre as massas, como ocorre, por exemplo, quando contrapostos os interesses dos consumidores e os de uma coletividade organizada de fornecedores de produtos e serviços.

Nesse sentido, Lenza (2008, p. 198) conclui que “não se pode deixar de vislumbrar, também no Brasil, a moderna tendência, com a sua extraordinária importância prática, de se permitir o ajuizamento de ações coletivas em face de representantes da classe”.

No Direito norte-americano, tal fenômeno é reconhecido pela expressão *defendant class actions*, utilizada geralmente em face de grupos de *pessoas jurídicas* apontadas como sujeitos passivos em demandas individuais ou mesmo coletivas.

No entanto, de acordo com Gidi (2007, p. 391-392),

As possibilidades de utilização das *defendant class actions* são extremamente variadas. Trata-se de um instrumento que pode ser utilizado em muitas esferas de ilícitos coletivos, principalmente nas áreas de *civil rights, housing, patent infringement, securities, environment, antitrust, government benefits, sex discrimination* e *criminal justice*.

Uma *defendant class action* também pode surgir quando o réu, em uma *plaintiff class action*, interpõe reconvenção contra o grupo-autor. Muito embora seja uma situação ainda mais rara, é possível em tese que em uma ação individual o réu interponha reconvenção, com o objetivo de obter uma sentença declaratória da legalidade da sua ação, contra todas as pessoas atingidas pela sua ação, nomeando o autor da ação individual representante dos demais.

No Brasil, de acordo com alguns doutrinadores, a pluralidade de sujeitos e entidades que recebem da lei legitimidade extraordinária para a defesa de tais interesses no polo ativo de uma demanda coletiva não tem como consectário a legitimação para figurar no polo passivo. A ausência de previsão legal, portanto, inviabilizaria o manejo de uma ação coletiva passiva.

Mazzilli (2010, p. 376) afirma que “somente quando advier eventual alteração legislativa em matéria de tutela coletiva, é que será possível cogitar de uma disciplina mais ampla para a substituição processual também no polo passivo”.

Além disso, de acordo com Didier Jr. e Zaneti Jr. (2007, p. 201),

mesmo se possível em tese a ação coletiva passiva, haveria o problema da identificação legislativa expressa neste sentido. Em terceiro lugar, aparece o regramento da coisa julgada coletiva, que não poderia prejudicar os direitos individuais, tendo em vista o regime da extensão *in utilibus* da coisa julgada às situações jurídicas individuais, conforme o art. 103 do CDC.

No entanto, ao argumento de que a legitimidade conferida por lei para a defesa de interesses coletivos não se restringe à condução do processo no polo ativo, há um número cada vez maior de adeptos do reconhecimento da legitimidade processual coletiva passiva, sobretudo diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A respeito, observa Maia (2009, p. 117):

A primeira e principal forma de justificar a legitimidade para a ação coletiva passiva é a questão minimalista da preservação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Sempre que a tutela de um direito ficar completamente excluída do controle jurisdicional e a única alternativa para o acesso eficaz ao Poder Judiciário seja a inclusão do grupo como ente autônomo, no polo passivo da relação jurídica processual, deve-lhe ser conferida legitimidade para defender os interesses e direitos da coletividade que representa em juízo. Esta é a essência justificadora das hipóteses não previstas expressamente na lei, devendo ser conjugada com as circunstâncias do caso concreto, para permitir a legitimação de entes não previamente legitimados para responder como réus, no lugar de seus membros, no processo coletivo.

De se argumentar, ainda, que é possível extrair do sistema a possibilidade, sem necessidade de um dispositivo legal a prevendo expressamente.

De fato, não havendo restrição alguma à atuação dos legitimados coletivos no polo passivo de ações rescisórias ou embargos à execução originados de ações coletivas, por exemplo, tem-se que o direito brasileiro admite, ainda que implicitamente, as demandas coletivas passivas.

Assim, não obstante a inexistência de previsão legal expressa, a defesa dos interesses transindividuais pode ser realizada em juízo, ativa ou passivamente, pelos sujeitos escolhidos pelo legislador como legitimados para a propositura de ações em que se postule a tutela de tais interesses.

A seu turno, Almeida (2007, p. 173) observa que o fenômeno em comento, em verdade, é a “substituição processual no polo passivo” das demandas em que direitos metaindividuais são objeto de defesa, não se revelando adequada a expressão “ação coletiva passiva”.

De todo modo, alguns exemplos do fenômeno podem ser citados, como as ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público em face de torcidas organizadas (DINAMARCO *apud* ALMEIDA, 2007); a lide entre o Estado e uma determinada categoria de servidores públicos que ameaça entrar em greve; o conflito entre médicos e os gestores de planos de saúde em que se questiona a interferência destes últimos na relação entre profissionais e pacientes; ou a pretensão dirigida em face de uma comunidade indígena que bloqueia o acesso de veículos em uma rodovia.

Em tais casos, há sempre alguma clareza acerca do grupo em face do qual se deve dirigir uma pretensão e sobre quem é o substituto processual que os representará.

Dificuldade maior aparece, contudo, quando a coletividade em sentido amplo é colocada em estado de sujeição passiva, como pode ocorrer em questões que envolvem bens ambientais.

Imagine-se, por exemplo, que alguém pretenda ajuizar uma ação declaratória, visando afastar uma crise de certeza quanto à responsabilidade por um determinado evento danoso ao meio ambiente, sustentando não ser o responsável pelos danos ambientais. Quem seriam os réus dessa ação?

Se o Ministério Público, os entes federativos, a Defensoria Pública, as associações regularmente constituídas há pelo menos um ano e com pertinência temática e até mesmo todos os cidadãos possuem legitimidade concorrente e disjuntiva para pleitear a reparação dos danos através de ação civil pública, deverão todos eles, em litisconsórcio, ser incluídos no polo passivo de uma correlata demanda declaratória?

Trata-se de tema complexo, para o qual ainda não se chegou a solução definitiva, sobretudo diante da lacuna legislativa a respeito da matéria, sendo certo que simplesmente ignorá-lo, negando a possibilidade em razão da ausência de previsão legal representa, a nosso sentir, olvidar do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Imagine-se o exemplo, já mencionado, de ajuizamento de ação declaratória, visando afastar uma crise de certeza quanto à responsabilidade por um dano ambiental. Quais, dentre os colegitimados haveriam de figurar no polo passivo desta demanda?

A resposta mais simples – a de que todos haveriam de figurar como réus em litisconsórcio passivo necessário – é absolutamente inviável do ponto de vista pragmático, pois seria materialmente impossível incluir, no polo passivo de uma ação, todos os colegitimados para a propositura de ações coletivas ambientais, porque isso implicaria em considerar como corréus o Ministério Público, todos os entes federativos, a Defensoria

Pública, todas as associações regularmente constituídas há pelo menos um ano e com pertinência temática existentes e, ademais, todos os cidadãos brasileiros.

Impor tal ônus desmesurado ao autor equivale a retirar-lhe o acesso à jurisdição e, em última análise, representaria violação ao princípio que se extrai do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal Brasileira.

Trata-se, contudo, de problema para o qual o direito positivo não apresenta solução: haveria de existir uma norma estabelecendo critérios para indicação de réus obrigatórios para tais ações.

Em se tratando de discussão da existência de uma obrigação relacionada com a proteção ao meio ambiente, a solução mais adequada seria a inclusão obrigatória das Pessoas Jurídicas de Direito Público diretamente interessadas, bem como o Ministério Público e a Defensoria Pública, no polo passivo, e a necessária expedição de editais convocando os demais colegitimados a, querendo, ingressarem no feito como litisconsortes, havendo de se observar, por óbvio, que tais entidades e instituições não podem figurar simultaneamente como autoras e réus em um mesmo processo.

Assim, por exemplo, se for proposta uma ação pela União visando obter a declaração de inexistência de obrigação de indenizar em razão de uma obra pública sobre cuja realização recai dúvida objetiva quanto à lesividade ao meio ambiente, não deverá ela própria figurar também no polo passivo, mas sim o Estado e o Município envolvido, o Ministério Público, a Defensoria Pública e os demais colegitimados processuais coletivos que se manifestarem após intimação por edital.

O destaque realizado pelo art. 225 da Constituição Federal ao dever do Poder Público, a par daquele conferido à coletividade, justificaria a previsão dos colegitimados públicos como réus obrigatórios em tais ações, podendo delas também participar qualquer cidadão³⁸ ou associação que atendessem aos requisitos legais.

Seria, a nosso sentir, a solução adequada a se dar a tais casos, ao menos enquanto perdurar o vazio legislativo no que respeita à disciplina das situações em que a coletividade figura como ré em ações de tal natureza.

O que não se pode, entretanto, é opor a ausência de norma como óbice ao ajuizamento de tais demandas, haja vista a consagração, no Direito Brasileiro, do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

³⁸ Como visto no item 5.3, *supra*.

6.4 O controle de legitimidade nos projetos de codificação do processo coletivo no Brasil

Como já se afirmou no Capítulo 4, *supra*, foi idealizado, no Brasil, um anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo, que acabou sendo apresentado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional como o Projeto de Lei n. 5.139/2009, visando emprestar nova disciplina legislativa à ação civil pública.

A par desse Projeto, oriundo do Instituto Brasileiro de Direito Processual, haviam, ainda, três outras iniciativas da comunidade acadêmica, destinadas a promover o desenvolvimento, em nível legislativo, do Direito Processual Coletivo Brasileiro: o Código de Processo Civil Coletivo: um Modelo para Países de Direito Escrito, de Antônio Gidi; o Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, projeto do Instituto Ibero-americano de Direito Processual; e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, do CBPC-UNERJ/UNESA.

Todas as iniciativas partiram da ideia de conferir maior amplitude ao rol de legitimados à propositura de demandas coletivas.

De acordo com Mendes (2012, p. 256),

O caminho trilhado pelas propostas de Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, seguindo a linha do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, foi no sentido de democratizar o acesso à Justiça, fortalecendo as ações coletivas, a partir da ampliação do rol de legitimados. A proposição rompe, portanto, com sistemas tradicionais, que procuram atribuir com certa exclusividade a legitimidade ora para órgãos públicos, ora para associações e organizações não governamentais, como ocorre na Alemanha, ou principalmente para os indivíduos, como acontece nos Estados Unidos, com as *class actions*.

A seu turno, o Projeto de Lei n. 5.139/2009 apresentava uma pequena alteração, em relação ao modelo atualmente regido pela Lei n. 7.347/85 e pelo Código de Defesa do Consumidor, assim prevendo em seu art. 6º:

Art. 6º São legitimados concorrentemente para propor a ação coletiva:

I – o Ministério Público;

II – a Defensoria Pública;

III – a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, bem como seus órgãos despersonalizados que tenham como finalidades institucionais a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos;

IV – a Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive as suas seções e subseções;

V – as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas à defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria;

VI – os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, a ser verificado quando do ajuizamento da ação; e

VII – as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, para a defesa de interesses ou direitos relacionados com seus fins institucionais, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

§ 1º O juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição de um ano das associações civis e das fundações de direito privado quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 2º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da ordem jurídica.

§ 3º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre o s legitimados, inclusive entre os ramos do Ministério Público e da Defensoria Pública.

§ 4º As pessoas jurídicas de direito público, cujos atos sejam objeto de impugnação, poderão abster-se de contestar o pedido, ou atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

Substancialmente, o Projeto pouco acrescentou nessa seara à disciplina já firmada pela legislação em vigor. Ao já existente rol de legitimados, foram acrescentadas algumas entidades como a Ordem dos Advogados do Brasil, as entidades sindicais e os partidos políticos.

De se observar, contudo, que a inclusão de tais entes no Projeto tinha como desiderato maior afastar qualquer discussão acerca da sua legitimidade, de resto já reconhecida amplamente por doutrina e jurisprudência.

Observa Mendes (2012, p. 258) não ter o Projeto estabelecido qualquer limitação à legitimidade da Defensoria Pública, não se exigindo “que no grupo a ser defendido tenha de existir exclusividade ou predominância de pessoas necessitadas”.

Ocorre que a atual legislação, por igual, não estabelece quaisquer limitações a tal ente e, mesmo assim, sua atuação em defesa de direitos difusos não vinculados necessariamente a uma coletividade composta de necessitados é por muitos discutida, sendo inclusive objeto de questionamentos judiciais, como já mencionado neste trabalho.

A oportunidade de estabelecer nova disciplina legal haveria de ser aproveitada para esclarecer, afastando eventuais dúvidas, a existência ou não de limitações à legitimidade da Defensoria Pública, bem como a dos demais colegitimados, igualmente objeto de controvérsias judiciais.

Da mesma forma, foi omissa o mencionado Projeto no que respeita à interação da legitimidade para ações civis públicas e ações populares, haja vista os pontos de interseção entre os dois mecanismos deflagradores de tutela jurisdicional coletiva.

Como bem observado por Leonel (2011, p. 470),

(...) a legitimação do cidadão para a defesa dos interesses supraindividuais em juízo já está presente na ação popular. Também não foi afastada com a legislação do processo coletivo, pois continua o indivíduo legitimado, pela demanda popular, a defender judicialmente o patrimônio público, a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural. Só pode fazê-lo, entretanto, quando figure como parte passiva na demanda o próprio Estado *lato sensu*.

Assim, parece não haver motivo técnico, *de lege ferenda*, a impedir que o cidadão possa exercer a tutela judicial dos interesses metaindividuais relativos ao patrimônio público, do meio ambiente etc., não só quando seja responsável pela lesão o Poder público, mas também quando o violador foi o particular, pessoa física ou jurídica. Ontologicamente e essencialmente as situações não são distintas.

Ao revés, o Projeto, em seu art. 7º, previa a vedação da intervenção de terceiros, salvo por outro colegitimado, deixando entrever que apenas aqueles mencionados no dispositivo precedente haveriam de ser admitidos em outras demandas coletivas, o que, a nosso ver, não se coaduna com o modelo democrático de processo que se pretende adotar no Brasil.

Também não se cuidou de estabelecer um regramento legal para as “ações coletivas passivas”, limitando-se o projeto a disciplinar, no art. 39, a legitimidade passiva em ações rescisórias propostas em face de decisão final transitada em julgado proferida em processo coletivo.

De todo modo, o Projeto restou rejeitado pela Comissão e Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, estando pendente de análise, na data de finalização do presente trabalho, um único recurso interposto contra a decisão que determinou o arquivamento.

Não obstante, reputamos necessário reacender o debate acerca do aperfeiçoamento da disciplina legal das ações coletivas, seja através de uma codificação ou de simples reforma das leis já existentes, em especial no que respeita ao controle de legitimidade, tema objeto de intensas controvérsias, como se demonstrou nos capítulos precedentes.

7 CONCLUSÕES

Como visto, o equilíbrio ambiental é um bem jurídico de titularidade necessariamente transindividual, ainda que se conceba a circunstancial proteção do Direito aos indivíduos vitimados por eventos lesivos ao meio ambiente. A proteção conferida pelo Direito Ambiental a esse bem jurídico somente tem lugar quando se tratar de situações real ou potencialmente causadoras de lesão à coletividade.

O direito ao meio ambiente equilibrado encontra-se na categoria dos “direitos difusos”, haja vista a sua indivisibilidade, bem como a indeterminabilidade e a ligação dos integrantes do grupo atingido por circunstâncias meramente fáticas, sem que estejam necessariamente unidos por uma relação jurídica base.

Apesar da menção da lei brasileira à indeterminabilidade dos sujeitos titulares dos direitos difusos, é certo que estes são direitos titularizados pela coletividade, entendida em seu sentido amplo.

Há, portanto, um titular determinado (a coletividade) do direito ao meio ambiente equilibrado, embora seja possível afirmar que são indetermináveis os indivíduos que estarão sujeitos aos efeitos das correspondentes crises jurídicas.

A tutela jurisdicional do meio ambiente assume contornos significativamente diferenciados em relação à referente a outros bens jurídicos, o que repercute, dentre outros aspectos, na definição de um regime peculiar de legitimidade processual.

Noutro giro, a solução de conflitos socioambientais passa pelo sopesamento de fatores naturais, sociais e econômicos, tarefa da qual o Judiciário passou a se incumbir em momento histórico relativamente recente, o que impõe um repensar sobre os modelos convencionais de processo calcados na concepção individualista de tutela jurisdicional.

Tal necessidade foi determinante, como visto, para a criação, no Brasil, de um microssistema processual coletivo, voltado à prestação da atividade jurisdicional em demandas transindividuais.

Apesar da previsão, na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, da possibilidade de ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público, a tutela jurisdicional cível do meio ambiente, assim como dos demais direitos transindividuais, somente veio a ser disciplinada de forma mais adequada e completa com o advento da Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e do Código de Defesa do Consumidor (CDC), diplomas legais reconhecidos como pilares do atual microssistema processual coletivo.

Tais normas impingiram profundas alterações na disciplina de institutos do Direito Processual comum, de modo a compatibilizá-los com os novos objetos materiais tutelados, para os quais o processo individual já se mostrava inservível.

Assim, foram criados, dentre outros mecanismos, a ação popular e a ação civil pública, indiscutivelmente adequadas para a tutela jurisdicional do meio ambiente e dos demais bens jurídicos de titularidade difusa a que a alude a Constituição Federal.

De se observar, entretanto, que a interpretação dos dispositivos que regulamentam os procedimentos integrantes do microsistema processual coletivo deve ser sempre no sentido de preservar-lhes a harmonia, de sorte a manter sua idoneidade para a tutela dos direitos transindividuais.

É de se concluir, em razão disso, ser viável a participação do cidadão em ação civil pública que veicule a pretensão de prevenção ou reparação de dano ambiental, tendo em vista o que preconizam os princípios constitucionais que regem o exercício da cidadania e a prestação jurisdicional em sua feição transindividual.

Lado outro, como se verificou, no sistema norte-americano das *class actions*, o controle sobre a adequação do representante da coletividade é realizado pelo magistrado, que exercerá uma verificação casuística, por meio do sistema da *certification*, não havendo fórmula pré-definida acerca da legitimação. Assim, as peculiares características do sistema processual coletivo norte-americano impõem o constante exercício da verificação do magistrado da adequação do sujeito que se apresenta como representante da coletividade, uma vez que se admite a extensão dos efeitos adversos da coisa julgada aos seus membros, daí a utilização, naquele sistema, do controle *ope judicis* de legitimidade.

No Direito brasileiro, entretanto, optou-se pela indicação expressa dos legitimados na Constituição da República e nos diversos diplomas legais que compõem o arcabouço normativo que rege o Direito Processual Coletivo.

Não obstante, reputamos equivocada pretender apresentar uma fórmula única, aplicável a toda e qualquer categoria de direito transindividual, sendo certo que cada uma delas é dotada de características próprias, que repercutem na sua tutela jurisdicional, sobretudo no que respeita à titularidade, elemento fundamental para a definição da legitimidade, pois as características do direito material envolvido são fundamentais para a formulação de normas a respeito da legitimação coletiva.

A Constituição brasileira institui um regime inquestionavelmente amplo de legitimidade para a tutela do meio ambiente, sendo possível extrair daí que as concepções que

conduzam à sua indevida restrição através de um controle jurisdicional casuístico são contrárias aos princípios constitucionais.

Partindo-se da premissa de que só é de se considerar como “bem ambiental” aquilo que seja passível de fruição indistinta por todos, tem-se que as correspondentes demandas não têm a legitimidade *ad causam* sujeita a controle judicial restritivo.

Cabe ao magistrado, sim, identificar se a demanda é verdadeiramente ambiental ou se a pretensão nela deduzida envolve algum outro bem jurídico, de titularidade determinável, situação que pode viabilizar, conforme o caso, o controle *ope judicis* de legitimidade.

Por outro lado, é certo que devem ser previstos, no ordenamento jurídico, mecanismos que viabilizem a participação, no processo, do maior número possível de entes, que tenham a defesa do interesse da coletividade como escopo institucional, a fim de minimizar os efeitos de más argumentações ou de deficientes produções probatórias pelos autores coletivos.

Noutro giro, apesar da falta de norma específica, para as chamadas “ações coletivas passivas”, quais sejam, aquelas que impõem a defesa do meio ambiente no polo passivo, a solução mais adequada seria a inclusão obrigatória dos entes públicos diretamente interessados, bem como o Ministério Público e a Defensoria Pública, como sujeitos passivos, e a necessária expedição de editais convocando os demais colegitimados a, querendo, ingressarem no feito como litisconsortes, tudo de sorte a preservar o caráter democrático inerente ao modelo processual adotado pelo Brasil.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo**: Um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**: Superação da *Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio* Constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 18 maio 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 maio 2012.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 18 maio 2012.

BRASIL. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 18 maio 2012.

BRASIL. **Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 18 maio 2012.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 2009/0067989-1. Rel. Ministro Sidinei Beneti. Diário de Justiça, Brasília, 16 fev. 2012.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 2008/0087087-3. Rel. Ministro Castro Meira. Diário de Justiça, Brasília, 10 set 2010.

CÂNDIA, Eduardo. A representação adequada no direito processual civil coletivo brasileiro e o controle judicial em cada caso concreto: uma abordagem *de lege lata*. In: WAMBIER,

Teresa Arruda Alvim (coord.). **Revista de Processo**. Ano 36, vol. 202, dezembro/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

CONSELVAN, Victor de Almeida; CAMBI, Eduardo. Legitimidade da ação popular à luz da teoria crítica do direito. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo (coord.). **Tutela jurisdicional coletiva**. 2ª série. Salvador: Juspodivm, 2012.

COSTA, Beatriz Souza. **Meio ambiente como direito à vida**: Brasil, Portugal, Espanha. Belo Horizonte: O Lutador, 2010.

COSTA, Beatriz Souza; REZENDE, Elcio Nacur. Neoconstitucionalismo brasileiro: o giro paradigmático de proteção ambiental. In: coordenadores: PADILHA, Norma Sueli; SOUZA, Maria Cláudia S. Antunes de. **Direito ambiental I** [Recurso eletrônico on-line]/organização CONPEDI/UFF; Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ficha/39/162.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2013.

CUNHA, Tiago Ferreira da. Ação popular: O efetivo e amplo acesso à justiça ambiental no estado democrático de direito. In: BENJAMIN, Antônio Herman; IRIGARAY, Carlos Teodoro; LECEY, Eládio; CAPELLI, Sílvia (coord.). **Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010. 2v.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Ação Civil Pública e Meio Ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR. Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. Volume 4. Salvador: Jus Podivm, 2007.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FENSTERSEIFER, Tiago. Defensoria pública, acesso à justiça e justiça ambiental. In: BENJAMIN, Antônio Herman; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Coord.). **Direito ambiental e as funções essenciais à justiça**: O papel da advocacia de estado e da defensoria pública na proteção do meio ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERNANDES, Rodrigo. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental**: Fundamentos, natureza jurídica, limites e controle jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Advocacia pública e a defesa do meio ambiente. In: BENJAMIN, Antônio Herman; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Coord.). **Direito ambiental e as funções essenciais à justiça**: O papel da advocacia de estado e da defensoria pública na proteção do meio ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A Propriedade no Direito Ambiental**. 4ª edição. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios do Direito Processual Ambiental**. 4ª edição. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **Representatividade adequada nos processos coletivos**. 2010. 188 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

GERENT, Juliana. **Breve análise jurídica da natureza bifronte do dano ambiental**. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 1, n. 5, 01 out. 2010. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=50>. Acesso em: 18 maio 2012.

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

GIDI, Antonio. Código de Processo Civil Coletivo: um Modelo para Países de Direito Escrito. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). **Revista de Processo**. São Paulo, RT, 2003, n. 111.

GOMES, Carla Amado. **Direito ambiental**: O ambiente como objeto e os objetos do direito do ambiente. Curitiba: Juruá, 2010.

GOMES, Carla Amado. Constituição e ambiente: Errância e simbolismo. In: REZENDE, Elcio Nacur (Ed.). **Veredas do Direito**: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. V. 9, n. 18. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, 2012.

GOMES, Carla Amado. **Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Direitos de Proteção do Ambiente**. E-book. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/cg_MA_17157.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2013.

GOMES, Luís Roberto. **O Ministério Público e o controle da omissão administrativa**: o controle da omissão estatal no direito ambiental. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOMES JR., Luiz Manoel; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; CHUEIRI, Miriam Fecchio. Anotações sobre o inquérito civil e o projeto da nova lei da ação civil pública (PL 5.139/2009). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Revista de Processo**. Ano 36, vol. 199, setembro/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In: MILARÉ, Édís. (coord.). **Ação civil pública**: Lei 7.347/1985 – 15 anos. 2ª edição. Rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GUEDES, Clarissa Diniz. Legitimidade e representatividade na ação civil pública: por um controle ope judicis. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo (coord.). **Tutela jurisdicional coletiva**. 2ª série. Salvador: Juspodivm, 2012.

HAZARD, Geoffrey C. Jr.; GEDID, John L.; SOWLE, Stephen. **An Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits**. Faculty Scholarship Series. Paper 2356. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2356>. Acesso em: 03 mar. 2013.

HENSLER, Deborah R.; DOMBEY-MOORE, Bonnie; GIDDENS, Elizabeth; GROSS, Jennifer; MOLLER, Erik. **Class action dilemmas: pursuing public goals for private gain**. Santa Monica: Rand Corporation, 2000.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. O acesso coletivo à justiça na perspectiva dos direitos humanos. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo. (coord.). **Tutela jurisdicional coletiva**. 2ª série. Salvador: Juspodivm, 2012.

LEITE, José Rubens Morato. Dano extrapatrimonial ou moral ambiental e sua perspectiva no direito brasileiro. In: MILARÉ, Édís. (coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 3ª edição. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. 2ª edição. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LEVATE, Luiz Gustavo. **A processualização democrática administrativa na constituição das multas ambientais**. 2012. 281 f. Dissertação (Mestrado). Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte.

LITTLE, Paul E. Os conflitos socioambientais: um campo de estudo e de ação política. In: BURSZTYN, Marcel (org.). **A difícil sustentabilidade: política energética e conflitos ambientais**. Rio de Janeiro: Gramond, 2001.

LOUBET, Luciano Furtado. **Delineamento do dano ambiental: o mito do dano por ato lícito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1095, 1 jul. 2006.

Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8568>>. Acesso em: 18 maio 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 15ª edição. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.

MAIA, Diogo Campos Medina. **Ação coletiva passiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar**. 12ª edição. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 7ª edição. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 23ª edição. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3ª edição. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco**. 6ª edição. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MILARÉ, Édis. A ação civil pública por dano ao ambiente. In: MILARÉ, Édis. (coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2ª edição. Rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINHO, Hortênsia Gomes. **Prevenção e Reparação de Danos Ambientais: As medidas de Reposição Natural, Compensatórias e Preventivas e a Indenização Pecuniária**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

PIOVESAN, Flávia. O direito ao meio ambiente e a Constituição de 1988. In: BENJAMIN, Antônio Herman; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Coord.). **Direito ambiental e as funções essenciais à justiça: O papel da advocacia de estado e da defensoria pública na proteção do meio ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública. In DIDIER JR., Fredie (org.). **Ações constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo Civil Ambiental**. 2ª edição. Revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROSSI, Júlio César. A ação coletiva passiva. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Revista de Processo**. Ano 36, vol. 198, agosto/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª edição. Rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Danny Monteiro da. **Dano ambiental e sua reparação**. 1ª edição (ano 2006), 3ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2008.

SIQUEIRA, Lyssandro Norton. A atuação do Procurador do Estado em matéria ambiental: Da defesa do ato administrativo à propositura de ações contra atos ilegais. In: BENJAMIN, Antônio Herman; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Coord.). **Direito ambiental e as funções essenciais à justiça: O papel da advocacia de estado e da defensoria pública na proteção do meio ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

THIBAU, Vinícius Lott; TOLENTINO, Fernando Lage. As funções estatais nos paradigmas liberal e social de direito. In: CARVALHO, Newton Teixeira; REZENDE, Élcio Nacur. **Temas de direito**: Produções da Escola Superior Dom Helder Câmara. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, 2011.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. Salvador: Juspodivm, 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio ambiente**: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

VENTURI, Elton. **O código modelo de processos coletivos para a Íbero-América**: aspectos conceituais. Disponível em:
<http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_04_2473_2496.pdf>. Acesso em: 30 maio 2013.

WATANABE, Kazuo *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.