

DA DISPENSA JUDICIAL DO REQUISITO DE PRÉ-CONSTITUIÇÃO PARA O INGRESSO DE AÇÕES COLETIVAS AMBIENTAIS POR ASSOCIAÇÕES

*Christian Reny Gonçalves**
*Silvio Alexandre Fazolli***

Resumo: Em sede processual, devem as associações possuir a chamada representatividade adequada, consistente em nosso ordenamento no preenchimento dos requisitos legais. Dentre esses, um pode ser dispensado pelo magistrado no caso concreto, a pré-constituição de um ano, levando-se em conta outros pressupostos, tais como o manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico. Porém, por se tratar de conceitos vagos, restou à jurisprudência posicionar-se sobre seu conteúdo. Assim, presta-se o presente trabalho a indicar as definições e limites desses conceitos através da análise de decisões judiciais, bem como a apontar outras soluções para pacificar o tema, por meio de sugestões legislativas e doutrinárias.

Palavras-chave: Direito ambiental, processo civil coletivo, associações.

THE JUDICIAL DISPENSE OF THE PRE-CONSTITUCION LEGAL REQUIREMENT TO THE ENVIRONMENTAL COLLECTIVE ACTION ADMISSION BY ASSOCIATIONS

Abstract: In terms of judicial measures, the association groups must have the so called adequacy of representation, which is, according to brazilian laws, the fulfillment of the legal conditions. Among these, one can be dismissed by the judge of the case, the previous annual constitution, if there are other conditions, such as clear social interest shown by the dimension or the characteristic of the damage, or by the importance of the object. But, because these is all open concepts, it is left to judicial decisions to define its contempt. Therefore, this study indicates the definitions and limits of these concepts through the analysis of judicial decisions, and also shows other solutions to the theme, trough legislative and critical suggestions.

Keywords: Environmental law, law suit, collective, association groups.

Ações coletivas no ordenamento jurídico brasileiro

As mudanças nas relações sociais influenciam diretamente o Estado, bem como sua forma de prestação jurisdicional (LENZA, 2003, p. 25). Essas mudanças decorrem da chamada sociedade de consumo, que implicam no maior uso dos recursos naturais (GRINOVER, 2001, p. 6). Porém, verifica-se que essa devastação só passa a ter relevância jurídica quando

afeta a qualidade da vida humana, se não a própria sobrevivência do ser humano (DA SILVA, 1997, p. 28). Isso significa colocar a pessoa como medida única, subjugando o meio. Esse sistema distorcido dissocia o ser humano de sua relação intrínseca com a natureza, e por isso normas protetivas do meio ambiente são necessárias, buscando a justa medida na relação homem e natureza (DERANI, 2001, p. 77).

Tendo isso em mente, diversos países se reúnem buscando metas de redução de consumo e proteção internacional firmando tratados, consagrando a chamada sociedade de riscos, marcada pelas inumeráveis imponderações e efeitos não-intencionados aos quais a sociedade se encontra sujeita (BRÜSEKE, 2006, p. 81). O que se passa a buscar é a sustentabilidade, compatibilizando meio ambiente com desenvolvimento através de consumo consciente (MILARÉ, 2005, p. 53). E nesse ponto, a criação e implementação de instrumentos legais é a forma encontrada pelo Estado em resposta aos anseios sociais.

Surge, então, o bem ambiental com origem na proteção dada ao meio em que se vive com o fundamento de tutelar a saúde humana (FIORILLO, 2008, p. 70). Esse bem que antes era tido como *res nullius*, agora passa a ser vital à saúde, e tido como *res omnium*, coisa de todos, bem de uso comum (RODRIGUES, 2008, p. 51). Por isso, trata-se de uma nova realidade jurídica, um bem nem público nem particular, mas fundamental à garantia da dignidade humana, bem jurídico per se.

Em termos normativos, a Constituição Federal de 1988 inseriu em diversos pontos a proteção ambiental, notadamente no artigo 225, revelando a ordem pública desses dispositivos, portanto impossíveis de derrogação particular. Por sua vez, interesses transindividuais sobre o bem fundamental ambiental, para serem efetivos, dependem de meios de tutela jurisdicional.

As ações coletivas remontam à Roma Antiga, quando o Processo era impregnado de individualismo (MANCUSO, 2007, p. 23). Porém, a finalidade das *actio popularis* era coletiva, pois relacionadas a coisas públicas ou sacras (LEONEL, 2002, p. 40). Posteriormente, na Idade Moderna, há indícios quando emergem os embriões das sociedades por ações (*companies*) e de mútua assistência (*friendly societies*), pois, apesar de serem

interesses essencialmente privados, era empregada a tutela coletiva devido ao número de pessoas envolvidas (MANCUSO, 2007, p. 27).

No sistema *commom law*, houve a experiência inglesa com o *Bill of Peace*, espécime de ação popular atual, resultando nas *Class Action* dos Estados Unidos da América em 1938. Já no *Civil Law*, a partir anos 70 diversos países da Europa aprovaram diplomas legais permissivos de ingressos coletivos buscando a proteção ambiental (ZAVASCKI, 2007, p. 33).

Assim, cabia ao Processo Civil modificar-se para atender a essa nova realidade, passando de uma concepção sincrética ao direito material para uma fase autonomista, porém impregnada por formalismos, resultado, atualmente em seu conceito instrumentalista, buscando a assistência judiciária, a tutela supraindividual e a efetividade do procedimento (CINTRA, 2006, p. 48).

A terminologia adotada, por seu turno, refere-se à larga dimensão de alcance, dado o número de pessoas envolvidas, abarcando as demandas de interesses difusos, coletivos e até individuais homogêneos. Portanto, com base na correta definição adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, a expressão abarca a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção coletivo (FAZOLLI, 2009, p. 90).

Por fim, verifica-se que o Código de Processo Civil de 1973 foi moldado para atender lesões a direitos subjetivos individuais, mediante demanda promovida pelo lesado, comprovado pelo artigo 6º do mesmo. Assim, as mudanças de paradigmas começaram a ocorrer com a renovação do Processo já citada, tendo por marco a Constituição Federal de 1934 com o embrião da função social da propriedade, sendo confirmado por outros diplomas legais posteriores tais como o Código de Pesca, o Florestal, o de Águas, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente e a Lei da Ação Civil Pública. Esses dispositivos serviram de parâmetro básico para a tutela coletiva, ao lado de legislações especiais como o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 210, o Estatuto do Idoso, em seu artigo 81, o Estatuto dos Torcedores em seu artigo 40, dentre outros. Era pensado, deste modo, em um microsistema de tutelas coletivas dentro do direito processual, haja vista a presença de objetivos, instrumentos, regras e

princípios próprios como o acesso à justiça e a universalidade de jurisdição (GRINOVER, 2007, p. 12).

Legitimação ativa

Tendo em vista que uma demanda coletiva pode ter reflexos patrimoniais em milhões de pessoas, a legitimação ativa é de suma importância. Porém, a inclusão de todos no pólo ativo é dispendioso e ineficaz (MIRRA, 2007, p. 116). Diferentemente da capacidade postulatória, que é a aptidão de pleitear em juízo, e da capacidade processual, que é a aptidão genérica para exercitar direito em juízo (MEDINA, WAMBIER, 2009, p. 74), ambas afetadas aos pressupostos processuais de validade (MENDES, 2002, p. 239), a legitimidade é uma das condições da ação, devendo ser examinada à luz da relação jurídica material (DINAMARCO, 2001, p. 177). Sua ausência importa em carência da ação, impedindo a apreciação do mérito por inépcia da inicial, conforme artigos 295 e 267 do Código de Processo Civil, ao passo que na ausência de pressuposto há sentença de mérito impedindo novo ajuizamento sem a correção do vício.

Esse posicionamento individual do citado código foi criticado, de modo que a legislação infraconstitucional buscou ampliar limites, como fez a Lei da Ação Civil Pública. Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 em seus artigos 5º, XXI e LXX; 129, III, § 1º e 103 sedimentou esse entendimento.

Dado um possível conflito entre legitimidade e interesse de agir, a solução adotada pelo legislador foi escolher dentre o imenso leque de possíveis interessados os que teriam melhores condições de representar os demais, optando por entes públicos, como o Ministério Público, paraestatais, como as Empresas Públicas, privados, como as Associações e particulares, como o cidadão (MIRRA, 2007, p. 116). Pesa a favor desse critério ope legis, a segurança jurídica, porém contra ele o risco de ser excludente e taxativo.

Dentre os legitimados, estão as associações civis, que constituem o chamado 3º setor do qual fazem parte as organizações privadas, sem fins lucrativos, que geram ou produzem bens e serviços, públicos ou privados, como as organizações não governamentais, popularmente ONGs, as

cooperativas, as associações e fundações (MAZZILI, 2003, p. 265). Desde longa data houve certo receio por parte do legislador de outorgar legitimidade às associações, seja pelo temor de reabrir espaço aos corpos intermediários, ou porque se temia que essas associações terminassem por competir com o Ministério Público. Trata-se de resquício herdado após a Revolução Industrial, quando essas entidades começaram a surgir buscando harmonizar as relações do hipossuficiente com o empresariado através da via política, buscando a atenuação do absolutismo econômico (MAGGIO, 2007, p. 164).

Porém, restaram infundados esses receios, haja vista a marcante tomada de atitude da sociedade que não pode confiar no paternalismo estatal, buscando melhor se estruturar e participar na defesa de seus interesses, criando uma nova mentalidade (GRINOVER, 2001, p. 759). Pondera a seu favor sua estabilidade, a maior capacidade de agir com autonomia que órgãos públicos não teriam além da participação de várias porções da sociedade.

Buscando essa mudança de mentalidade, o legislador constituinte de 1988 estimulou a criação das associações no artigo 5º, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI; 174, §2º da Carta Magna. Desta feita, assumem uma posição intermediária, entre cidadãos e representantes eleitos, sendo as verdadeiras representantes da sociedade na defesa dos direitos transindividuais. Por essa característica, possuem a chamada legitimidade política, pois representam toda a coletividade em juízo (MIRRA, 2007, p. 117).

Portanto, já indicado quem tem o poder de agir, resta a questão de se tipificar a que título esse poder de agir é exercido, se como legitimado ordinário, como substituto processual ou representante.

Na primeira modalidade o autor da ação defende direito próprio em seu próprio interesse, sendo a regra para o processo individual, conforme artigo 6º do Código de Processo Civil. É o que pensa Rodolfo de Camargo Mancuso (MANCUSO, 2007, p. 145) e Marcelo Paulo Maggio (MAGGIO, 2007, p. 165), pois a própria lei deu às associações o poder de representar certa massa, atuando, portanto, em nome próprio. Porém, a adoção dessa via possui sérias conseqüências, tais como praticar qualquer ato que importe na disposição do direito material tutelado, como

transacionar ou reconhecer a procedência do pedido, não sendo utilizado o manto protetivo da indisponibilidade.

Na segunda hipótese, ocorre a figura da substituição processual (SMANIO, 2007, p. 35), pois as associações agem em nome próprio na defesa de direitos alheios, de todos os membros do grupo social. É tida como legitimação extraordinária, sendo a exceção da regra do citado artigo 6º, disposta na sua parte final. É marcante quando da defesa por associação de interesses individuais homogêneos. Defendendo em juízo, em nome próprio, direito de outrem, há a substituição processual e não de direito material. Assim é vedado praticar ato que importe em disposição desse direito, como os já mencionados, e ainda: não há valor sua confissão e não produz efeito a revelia, dentre outras implicações (ZAVASCKI, 2007, p. 78). É a opinião de Luiz Guilherme Marinoni, ponderando que o termo legitimação extraordinária deve ser usado com exclusivo fim didático, porquanto as aplicações do direito processual individual não podem ser transportadas para o coletivo indiscriminadamente (MARINONI, 2007, p. 730). Porém, a utilização da expressão legitimidade extraordinária não é precisa, porque nas ações coletivas, o que ocorre normalmente, é a ausência de coincidência entre legitimidade para a causa e o titular do direito material (MEDINA, WAMBIER, 2009, p. 89).

Por fim, há a última vertente, da legitimação autônoma, baseada em ensinamentos alemães, afirmando corretamente que as duas primeiras não têm cabimento em fenômenos coletivos, sendo impossível meramente adaptar esse novo fenômeno a classificações antigas (NERY JUNIOR; NERY, 2002, p. 791). Constata-se que o direito é próprio e alheio ao mesmo tempo, pois produz efeitos jurídicos na esfera própria da associação, de seus associados, e nas alheias, de não associados (ALONSO JUNIOR, 2006, p. 227). Não pode ser somente ordinário, pois a titularidade não é somente da associação, e também não pode ser somente extraordinário, uma vez que a própria lei conferiu legitimidade à entidade. Ressalva-se o caso dos direitos individuais homogêneos, pois patente é a substituição processual como explicado anteriormente.

Isto posto, ponto pacífico na doutrina a classificação da legitimação em concorrente disjuntiva, pois significa a possibilidade de,

alternativamente, vários legitimados poderem ingressar com a tutela coletiva, tendo em vista não ter a lei estabelecido com exclusividade qual órgão pode demandar em prejuízo de outros. É concorrente, pois todos podem agir, e disjuntiva, pois não precisam comparecer em litisconsórcio, que no caso é facultativo (MAZZILI, 2003, p. 279). Portanto, esse pólo ativo diferenciado tem as vantagens de, em tese, possuir a melhor defesa técnica, evitar a prolatação de decisões conflitantes e imunizar-se contra possíveis arbitrariedades de magistrados que podem ocorrer em sistemas *ope judicis* como o norte-americano, na qual a legitimidade é aferida pelo judiciário (FAZOLLI, 2009, p. 95).

Associações como colegitimadas ativas para a propositura de ações coletivas

Sua previsão normativa encontra-se no artigo 5º da Lei no 7.347, Lei da Ação Civil Pública, e artigo 82 da Lei no 8.078, Código de Defesa do Consumidor, tendo sido alterado diversas vezes para a inclusão de novos legitimados, como as defensorias, vocábulos, além de vetos do Executivo.

Como já afirmado, a legitimação está disposta pela norma, tendo o legislador já definido quais são os autores adequados. E no caso das associações, o preenchimento dos requisitos é que configura a representatividade adequada, não restando muito espaço para atuação judicial, como ocorre nos sistemas *ope judicis*, ou a estipulação de exigências não dispostas no texto legal, não admitindo que isto possa ser discutido no plano de aplicação da lei (ALVIM, 1995, p. 382). Desse modo, cabe por fim analisar esses requisitos para a configuração da legitimidade das associações do artigo 5º, V, "a" e "b" da Lei da Ação Civil Pública.

O primeiro deles é a constituição nos termos da lei civil, tendo por base legal o artigo 53 do Código Civil que explicita a natureza jurídica das associações enquanto um contrato pelo qual um certo número de pessoas, ao se congregarem, coloca, em comum, serviços, atividades, conhecimentos, em prol de um mesmo ideal, de uma mesma finalidade, desde que não lucrativa (DINIZ, 2005, p. 231). Pelo artigo 54 do mesmo código, essa entidade deve possuir estatuto com sua denominação, fins, sede, dentre outros elementos. Feita essa parte material da constituição, remanesce a

parte formal, a constituição por escrito, de forma pública ou particular. Ultimada a constituição, para que seja atendido o requisito em sua integralidade, deve essa ser legal. Desta feita, o próximo passo é o registro, pois, para que a pessoa jurídica de direito privado exista legalmente é necessário inscrever atos constitutivos, no caso o contrato ou o estatuto, no seu registro peculiar. Esse é regulado por lei especial, conforme se depreende da leitura dos artigos 114 a 121 da Lei no 6.015/73, Lei dos Registros Públicos, dele advindo sua personalidade jurídica. Ausente o registro, é tida como irregular, ou não personificada, não restando legitimadas para a ação coletiva, segundo entendimento doutrinário (NERY JUNIOR; NERY, 2002, p. 792) e jurisprudencial¹.

O segundo requisito é a constituição legal há mais de um ano. O *dies a quo* é a data da inscrição dos atos constitutivos já expostos. Segue-se modelo civil de contagem de prazo, exclusão do início e inclusão do fim segundo artigo 132, §3º do Código Civil, sendo considerado ano o período de 12 meses contados do início ao dia e mês correspondentes do ano seguinte. Por fim, esse requisito não é imposto aos demais legitimados, pela leitura do artigo de lei e posição jurisprudencial², a fim de, supostamente, dar maior credibilidade à representatividade da associação.

O terceiro requisito é a finalidade institucional de proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico. As associações somente poderão demandar coletivamente sobre matérias cuja proteção seja a finalidade da própria instituição. Tal finalidade, ao momento do registro da associação pode ser genérica, sendo passível de alteração posterior, como no caso de melhor especificação, desde que presente o consentimento unânime dos associados ou previsão estatutária, como autêntica forma de transformação da pessoa jurídica de direito privado, devendo, por fim, ser averbada no registro (VENOSA, 2003, p. 285). É a demonstração do liame concreto entre a entidade e a situação jurídica tutelada, chamada de pertinência temática pela doutrina (SMANIO, 2007, p. 35). Mais uma vez, requisito imposto somente às associações.

O quarto, e último requisito é a dispensa de autorização assemblear, requisito esse não disposto de forma expressa, e significa que

há uma representatividade plena deferida às associações, que nasce da própria lei quando lhes confere legitimidade processual. Além disso, decorre do próprio fenômeno quando a entidade é constituída justamente para a defesa do direito lesado, entendendo o Supremo Tribunal Federal que, mais que mera representação, é autorização legal para atuação (MAZZILLI, 2003, p. 266). Porém, devido à Medida Provisória no 1.570-5, quando a demanda for dirigida contra União, os Estados, o Distrito Federal, os municípios e autarquias e fundações, a petição inicial deverá vir acompanhada de ata de assembléia, sendo de flagrante teor inconstitucional cerceador da atividade das associações (GRINOVER, 2003, p. 761).

Por derradeiro, cumpre analisar como se dá o controle da representatividade adequada. Em alguns países de *civil law*, há maior requisito temporal, como na Bélgica em que são necessários três anos para o ingresso coletivo; ao passo que em outros, maior número de associados, como em Portugal, em que são necessários quatro mil para atuação nacional e mil para regional. Em outros, ainda, é necessária a prova de atividades concretas, como na Itália; e enfim, prévio “registro” administrativo, como na França e Argentina (MIRRA, 2007, p. 119). Já quanto aos países de *commom law*, dos quais fazem parte Canadá, Austrália e notadamente os Estados Unidos, percebe-se a não fixação de critérios específicos, mas somente normas gerais, cabendo ao magistrado, no caso concreto, aferir a representatividade da entidade. O juiz deve estar convencido da adequação da representação, pois importa que o resultado obtido na demanda coletiva não seja diferente do que seria obtido em ações individuais. Desse modo, incumbe ao magistrado controlar a atuação da associação a todo o momento, de maneira que um representante pode ser adequado no início do processo e se mostrar inadequado no decorrer dele, seja por desinteresse, por impossibilidade, por incapacidade, pela superveniência de interesses conflitantes ou mesmo por má-fé (GIDI, 2002, p. 66).

No nosso sistema, ainda que inicialmente o magistrado possuísse maiores poderes retirados por alterações legislativas, anota-se que a verificação da representatividade adequada é diferenciada. E, nesse

aspecto, há crítica doutrinária em três sentidos. Por um lado, parte dela, em atitude salvacionista, afirma que não há que se temer abusos das associações em razão da facilitação do acesso à justiça, pois o legislador cuidou de prever sanções para as hipóteses de litigância de má-fé, penalizando não somente a associação, como também os diretores responsáveis pela propositura da ação, como consta no artigo 87, parágrafo único da Lei no 8.078 (GRINOVER, 2001, p. 760). Em posição intermediária, afirma-se que há a possibilidade de alteração *lege data*, ou seja, independente de reforma legislativa. Trata-se do dever, e não somente necessidade, do magistrado avaliar a adequada representação dos interesses do grupo em juízo. E, no caso de detectar eventual inadequação, proporcionar prazo e oportunidade para que o autor seja substituído por outro adequado, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito (GIDI, 2002, p. 68). No outro extremo, posicionam-se opiniões acerca da impossibilidade de alteração a não ser pela via legislativa. A alteração *lege ferenda* deveria visar, no mínimo, a inclusão de novos critérios para aferição da representatividade adequada, tendo em vista o temor parlamentar da discricionariedade judicial. Assim, critérios como a realização efetiva de atividades concretas em prol dos direitos defendidos na ação coletiva por parte das associações, bem como a comprovação de um número mínimo de associados, garantiriam, em princípio, a legitimação adequada da entidade (MIRRA, 2007, p. 124).

Tendo em vista o apego ao legalismo no Brasil e a dificuldade de alterações sensíveis e efetivas na legislação pátria, avulta-se, inicialmente, como mais indicado o caminho apontado pela doutrina que defende alterações *lege ferenda*. Porém, como se percebe pelo Projeto de Lei no 5.139 de 2009, as citadas modificações legislativas não tendem a ocorrer. Assim, o posicionamento de alteração de *lege data* parece ser a única via para uma verificação da representatividade adequada mais semelhante à adotada pelos países de *commom law*, buscando, deste modo, garantir eventuais descomedimentos que ainda possam ocorrer em sede de tutela coletiva de direitos.

Possibilidade de dispensa da prévia constituição de um ano

Verdadeira hipótese de discricionariedade judicial (MUKAI, 1991, p. 286), conforme concordam Álvaro Luiz Valery Mirra (2002, p. 122) e Nelson Nery Junior (2002, p. 792) e não de obrigatoriedade do magistrado, como prenunciam Pedro Lenza (2003, p. 195) e Paulo Maggio (2007, p. 166). Essa hipótese baseia-se no raciocínio de que, em tese, associações mais antigas teriam melhores condições de efetivamente representar os direitos em litígio, ao passo que entidades mais recentes, em princípio, tenderiam a demandar coletivamente com propósitos obscuros e menos dignos. Porém, tal juízo é falacioso, pois, do mesmo modo, uma entidade mais antiga, com mais de um ano de constituição, pode demandar com intento desvirtuado.

Assim, essa possibilidade se amolda aos casos em que associação seja constituída *ex post factum*, após o fato causador do dano, com a finalidade de buscar a proteção de interesses transindividuais lesionados naquele evento, legitimando-se a agir em juízo desde logo, mesmo estando constituída há menos de um ano da data da lesão ou ameaça de lesão combatida.

Encontra base legal no §4º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, e efetivamente pode ser empregada em casos como do acidente *Bateau Mouche IV* de 1988 no Rio de Janeiro, ou ainda da ABRAPAVA, a Associação Brasileira de Parentes e Vítimas e Amigos de Vítimas de Acidentes Aéreos criada em 1997 após o acidente com o voo 407 da TAM.

Portanto, em todos os casos, deverá ser verificada se a constituição *ad hoc* da associação não foi realizada por motivos políticos menos nobres, mas antes, pela proteção de legítimos direitos dos grupos afetados. Pois, é justamente essa a finalidade do requisito de pré-constituição, coibir os abusos em constituição recente de entidades para a propositura de certas ações coletivas. Percebe-se, assim, que o legislador privilegiou com sua decisão o aspecto da reparação do dano, ou sua prevenção, colocando em segundo plano o aspecto formal, qual seja a antiguidade da associação (MUKAI, 1991, p. 286).

Colocado isso, o pressuposto da dispensa da pré-constituição de um ano das associações para intentar ações coletivas é o manifesto interesse social, que pode ser evidenciado de duas maneiras: pela dimensão

ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido (GRINOVER, 2001, p. 939).

De pronto percebe-se que se trata de conceitos vagos e indeterminados, capazes de dar margem a diversos e até contraditórios entendimentos. A dimensão do dano é a quantidade de pessoas que ele pode alcançar. A princípio, essa extensão alcançada pelo dano evidenciaria o interesse social. Porém, não se pode generalizar essa assertiva, pois, apesar de raro, é possível que haja um dano de larga escala e que não desperte o interesse social, como, por exemplo, um dano ao meio ambiente ou aos consumidores de ínfimas proporções, mas que ocorra em todo o território nacional. Apesar da larga extensão, a pequena intensidade poderia não despertar o interesse de toda a comunidade, ou de boa parte dela, pois poderia ser tido como “tolerável” pela sociedade.

Já a característica do dano é evidenciada por elementos fáticos que demonstram a necessidade de uma resposta direta, rápida e eficaz não só dos Poderes constituídos, mas dos órgãos de defesa do meio ambiente e da cidadania como um todo (MORAES, 2002, p. 82). Diz respeito, sobretudo, a atos manifestadamente ilícitos, frente aos quais Estado e sociedade civil organizada não devem quedar-se inertes.

Por outro lado, o interesse social também pode ser evidenciado pela relevância do bem jurídico protegido. De maneira geral, o bem jurídico passa a interessar a sociedade, segundo a doutrina, quando diz respeito a questões atinentes à saúde, ou mais acentuadamente, da possibilidade de perigo de vida ou vidas. A ação coletiva intentada com essa fundamentação não trata exclusivamente de questões relacionadas à responsabilidade civil, mas antes de valores a serem resguardados e preservados (ALVIM, 1995, p. 388).

Para uma melhor compreensão, cabe exemplificar esses parâmetros de avaliação do interesse social no caso de poluição marítima. Por tratar-se não somente de um conjunto de bens materiais, mas antes, de um sistema de relações muito complexas, a variação em um dos fatores ambientais produz efeitos em cadeia na existência de espécies dependentes do equilíbrio do meio marinho. Assim, resta evidenciada a dimensão do dano. Ainda, esse equilíbrio pode ser rompido por acidentes

metereológicos ou por ações imprudentes do homem, pelas mais diversas formas de poluição, sejam elas terrestres, provenientes da exploração do fundo do mar, de embarcações, o que auxilia a comprovação das características do dano. E, por fim, como o bem estar da espécie humana está ligado à manutenção e prevenção do ambiente de forma geral, e, em especial, do meio marinho como um ecossistema essencial à vida, percebe-se a extrema relevância do bem jurídico a ser tutelado (SCALASSARA, 2008, p. 26).

Isto posto, cabe analisar como tais critérios são interpretados jurisprudencialmente. De plano, constata-se que não é tema com farto material, seja por conta de sua recenticidade seja pela pouca utilização do instituto pelo seu desconhecimento. Assim, há decisões em todos os sentidos, confirmatórias da dispensa da pré-constituição devido à dimensão do dano, às características desse, ou devido à relevância do bem jurídico. Por outro viés, decisões negatórias da dispensa, seja pela falta de importância do bem jurídico, pela inexistência de dano, ou até mesmo pela ausência de representatividade da entidade.

Quanto à dimensão do dano, já se decidiu que há manifesto interesse social quando a associação representa os interesses de mais de quinhentas pessoas, sendo dispensada a pré-constituição da Associação dos Moradores do Jardim Cristal e Jardim Marambaia, que promoveu Ação Civil Pública em face de RECOBEM Indústria e Comércio de Tintas e Vernizes Ltda, por deixar de armazenar tambores de resíduos tóxicos decorrentes da reciclagem da borra de tinta³. Do mesmo modo, uma demanda intentada conjuntamente por sete associações de moradores de bairros em face da Prefeitura Municipal de São Paulo e da empresa Águas de Limeira S/A pela revisão na forma do cálculo de tarifa incidente sobre o serviço de água e esgoto da cidade de Limeira, demonstra a extensão do dano sofrido⁴.

Em relação às características do dano, já se decidiu que o desmoronamento de imóveis, em virtude do deslocamento da estrutura, causada pela má execução e/ou subdimensionamento hidrosanitário evidenciam o interesse social, sendo permitida a atuação da ADECON, Associação de Defesa da Cidadania e do Consumidor em juízo mesmo contando menos de um ano de sua constituição regular⁵.

No tocante à relevância do bem jurídico protegido, o assunto já foi alvo de acirrados debates, pois encontra como pano de fundo a temática do pagamento de correção monetária a possuidores de cadernetas de poupança.

Tome-se, por exemplo, o caso da ABCOM, Associação Brasileira dos Consumidores e Mutuários. A presente associação ajuizou ações coletivas em face dos bancos Itaú S/A e Santander Banespa S/A, buscando a pretensão já aduzida, qual seja, a correção dos índices de cadernetas de poupança devidos pelos prejuízos sofridos em razão dos constantes planos econômicos do passado, como o Plano Cruzado, o Plano Bresser e o Plano Collor. Em ambas as demandas foi negada a dispensa da pré-constituição da ABCOM pelos juízos a *quo*. Porém, em sede recursal, tais decisões tiveram destinos distintos, sendo corroboradas ou reformadas por distintas turmas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A Décima Terceira Câmara da Seção de Direito Privado do citado Tribunal entendeu que o bem jurídico, no caso os expurgos de caderneta de poupança, referem-se a direitos patrimoniais e disponíveis dos poupadores. Dessa feita, não são relevantes o bastante a ponto de evidenciar o interesse social, desmerecendo a dispensa da anterior constituição da associação. Assim, apesar de voto vencido em contrário, foi negado o provimento da Apelação Cível de n. 7.175.574-5, restando reafirmada a ilegitimidade ativa da ABCOM em face ao Banco Itaú S/A⁶. Diversamente entendeu a Vigésima Terceira Câmara da Seção de Direito Privado do mesmo Tribunal na Apelação Cível de n. 7.178.363-4, sendo apontado que esse tipo de investimento é o único instrumento das pessoas com menos recursos para evitar a corrosão de suas economias, sendo reconhecida a existência de interesse social pela relevância do bem jurídico pretendido na lide e reformada a sentença inicial, configurando a legitimidade ativa da ABCOM em face do Banco Santander Banespa S/A⁷. Ante essa contradição vinda do mesmo órgão Recursal, urge volver os olhos ao Tribunal responsável pela uniformização da jurisprudência nacional. Em ação civil pública, promovida pela APADECO, Associação Paranaense de Defesa do Consumidor, em face do Banco Bamerindus do Brasil S/A, o magistrado de primeiro grau afastou a preliminar de ilegitimidade. Tal decisão foi reformada pela Primeira Câmara

Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, que extinguiu o processo sem julgamento do mérito por ilegitimidade ativa, tendo em vista a recém constituição da APADECO, e o fato da pretensão de correção dos índices dos poupadores não ser motivo de relevante interesse social, o que não dispensaria o requisito de pré-constituição. Porém, acertadamente o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão de reconhecimento do manifesto interesse social pela relevância do bem jurídico protegido, tendo em vista o cunho nitidamente social das cadernetas de poupança, bem como pela extensão do dano, que abrange um grande número de pequenos poupadores atingidos pela constante reedição de planos econômicos⁸.

Ademais, há julgamentos no sentido de reconhecimento de todos os elementos que evidenciam o interesse social, tal como a sentença de mérito de ação civil coletiva promovida pelo Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor, DECON, e a Associação Nacional de Amparo Jurídico ao Produtor Rural, ANDAR, em face do Banco do Nordeste do Brasil S/A, e do Banco do Brasil S/A, devido à inobservância dos mandamentos do Código de Defesa do Consumidor na elaboração de contratos de crédito rural. Na citada sentença o interesse social foi evidenciado por dizer respeito a toda uma coletividade de camponeses endividados e, em segundo plano, a toda a sociedade, já que a crise proporcionada pela dívida rural protraí seus reflexos, também, na comunidade urbana. Logo, a característica ou a dimensão do suposto dano autoriza a dispensa do requisito mencionado, bem como a relevância do bem jurídico que diz respeito à própria vida e ao patrimônio do homem do campo, somando-se ao interesse coletivo evidenciado pela aplicação de dinheiro público nos financiamentos⁹.

Nesse sentido, de reconhecimento da relevância social pelo preenchimento de mais de um requisito, há também o precursor Recurso Especial n. 140.097, no qual a Associação de Defesa da Saúde do Fumante, ADESF, promoveu ação civil coletiva de responsabilidade por danos individuais homogêneos, em face de Philip Morris Marketing S/A. Segundo a entidade, o réu omitia em suas campanhas a informação de que a nicotina produz dependência, podendo causar a morte dos usuários do cigarro.

Dessa feita, a dimensão social é expressiva pelo impacto de massas, por ser grande o número de interessados e das graves repercussões na comunidade provocadas pela potencialidade lesiva de um produto. Ademais, o bem jurídico protegido é o direito dos fumantes e ex-fumantes de serem informados da provocação da dependência. Cumpre, por fim, mencionar que o citado acórdão inovou também na medida em que decidiu que caso a associação cumpra o requisito do lapso temporal durante a marcha processual não haveria porque encerrar o feito¹⁰.

Por derradeiro, há que se ponderar dois outros acórdãos, nos quais foi indeferida a legitimidade da entidade. Nas ações, o Instituto de Defesa do Consumidor, IDC, ajuizou ação civil pública em face do Banco do Brasil S/A, na Apelação Cível n. 2005.026797-3¹¹, e do Banco do Estado de Santa Catarina S/A, na Apelação Cível n. 2003.007924-6¹², pleiteando a correção de índices de cadernetas de poupança. Em ambas foi negada a legitimidade ativa da entidade, em razão das diversas falhas apontadas no estatuto da mesma, tais como a existência de somente dois sócios, e o endereço social idêntico ao do escritório de advocacia que intentou a ação. Além disso, constatou-se a inexistência de qualquer outra atividade judicial ou extrajudicial, limitando-se a ações civis públicas ajuizadas com o mesmo objetivo. Portanto, percebe-se que foi averiguada a conjuntura de uma simulação de sociedade sem fins lucrativos, para agir na defesa de consumidores com o fim de obter lucratividade pelas verbas honorárias advindas das ações coletivas. Apesar da existência de critérios legais para a configuração da representatividade, nos casos em tela foi empregado o sistema *ope judicis*, verificando-se que a associação não era adequada.

Porém, como tal sistema não é largamente empregado pela legislação pátria, os acórdãos foram fundamentados nas irregularidades do estatuto social, focando no requisito de constituição legal da associação. Ora, questiona-se caso o referido estatuto social estivesse de acordo com o sistema normativo se seria deferida a legitimidade da entidade, a despeito de sua flagrante inadequação. Negativa deve ser a resposta a essa afirmação, pois, como já afirmado anteriormente, não deve o Processo submeter-se ao cometimento de injustiças pelo cego cumprimento de legalismos excessivos, em atenção a princípios constitucionais, como o

Devido Processo Legal, devendo servir de instrumento para o cumprimento do direito material, com efetividade e justiça em busca da pacificação social.

Por derradeiro, cumpre examinar outras soluções doutrinárias apontadas e tendências legislativas face esses diversos entendimentos jurisprudenciais. O Projeto de Lei no 5.139 de 2009 é responsável por alterações no processamento da Ação Civil Pública, porém sendo tímido na temática abordada no inciso VII de seu artigo 6º. Já o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, além de ampliar o rol de legitimados, em seu artigo 2º dispõe como requisito explícito a adequada representatividade do legitimado, entendida como diversos critérios exemplificativos, dentre eles: a credibilidade, capacidade, histórico do legitimado na proteção judicial e extrajudicial, o tempo de instituição da associação e a representatividade desta. Por sua vez, o Código Brasileiro de Processos Coletivos, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, inspirado no anterior, enumera, ao revés, critérios taxativos, porém inegavelmente mais abertos à análise judicial no caso concreto, de modo que a representatividade adequada é entendida como a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado, seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos, e sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado. E, por fim, o Código de Processo Civil Coletivo (GIDI, 2003) aumenta o lapso temporal, de um para dois anos, podendo esse ser dispensando caso não haja legitimados coletivos adequados, ou seja, o interesse social perde espaço para a presença ou não de outro legitimado adequado.

Notas

^{*} Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM).

^{**} Professor da Universidade Estadual de Maringá (UEM), Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) e Faculdade Integrado de Campo Mourão. Mestre em Tutela dos Direitos Supra-Individuais pela Universidade Estadual de Maringá (UEM).

¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Segunda Câmara de Direito Público, Apelação Cível. Processo n. 2005.018077-4. Relator: Luiz César Medeiros. Julgamento em 02/08/2005.

² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira Turma, Recurso Especial, Processo n. 236.499 / PB. Relator: Ministro Garcia Vieira. Julgamento em 13/04/2000.

Publicação no DJ na data de 05/06/2000, p. 125.

³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, Recurso especial n. 706.449 / PR. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento em 26/05/2008. Publicação no DJE em 09/06/2008.

⁴ QUARTA VARA CÍVEL DA COMARCA DE LIMEIRA, Processo n. 1975/03. Juiz de Direito Marcelo Lelo Amaro. Julgamento em 26/03/2004.

⁵ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO, Primeira Turma, Apelação Cível n. 220942 – PE. Relatora juíza Margarida Cantarelli. Julgamento em 31/08/200. Publicação DJ em 01/12/2000, p. 732.

⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, Décima Terceira Câmara da Seção de Direito Privado, Apelação Cível n. 7.175.574-5. Relator juiz Irineu Fava. Julgado em 17/10/2007. Data do registro em 21/11/2007.

⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, Vigésima Terceira Câmara da Seção de Direito Privado, Apelação Cível n. 7.178.363-4. Relator juiz Rizzatto Nunes. Julgado em 13/08/2008. Data do registro em 20/08/2008.

⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Segunda Seção, Recurso Especial n. 106.888. Relator Ministro César Asfor Rocha. Julgado em 28/03/2001. Publicação no DJ 05/08/2002, p. 196.

⁹ TERCEIRA VARA CIVEL DA COMARCA DE FORTALEZA, Ação Civil Coletiva n. 2005.0020.1903-7. Juiz de Direito Cid Peixoto do Amaral Netto. Julgamento em 13/11/2007.

¹⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, Recurso Especial n. 140.097. Relator Ministro César Asfor Rocha. Julgado em 04/05/2000. Publicado no DJ 11/09/2000 p. 252.

¹¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, Primeira Câmara de Direito Público, Apelação Cível n. 2005.026797-3. Relator Desembargador Vanderlei Romer. Julgado em 20/10/2005.

¹² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, Primeira Câmara de Direito Público, Apelação Cível n. 2003.007924-6. Relator Desembargador Nicanor da Silveira. Julgado em 13/10/2005.

Referências

ALONSO JUNIOR, Hamilton. Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ALVIM, Arruda. et al. Código do consumidor comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BRÜSEKE, Franz Josef. Risco e contingência. IN VARELLA, Marcelo Dias (organizador). Direito, sociedade e riscos: a sociedade contemporânea vista a partir da idéia de risco. Brasília: UniCEUB, UNITAR, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; et. al. Teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2006.

DA SILVA, José Afonso. Direito ambiental constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997.

DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DINAMARCO, Pedro da Silva. Ação civil pública. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 1º volume: teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

FAZOLLI, Silvio Alexandre. Bem jurídico ambiental: por uma tutela coletiva diferenciada. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2008.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. Revista de processo. ano 27, n. 108, outubro – dezembro, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. IN GRINOVER, Ada Pellegrini (coord); et. al. Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

LENZA, Pedro. Teoria geral da ação civil pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MAGGIO, Marcelo Paulo. Condições da ação com ênfase à ação civil pública para a tutela dos interesses difusos. Curitiba: Juruá, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Jurisdição coletiva e coisa julgada – teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAZZILI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia Medina; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Parte geral e processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas no direito comparado e nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MILARÉ, Edis. Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado. IN GRINOVER, Ada Pellegrini (coord); et. al. Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Legitimidade para a defesa dos interesses coletivos lato sensu, decorrentes de questões de massa. Revista jurídica, n. 293, março, 2002.

MUKAI, Toshio. et. al. Comentários ao código de proteção do consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Novo código civil e legislação extravagante anotados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

QUARTA VARA CÍVEL DA COMARCA DE LIMEIRA, Processo n. 1975/03. Juiz de Direito Marcelo Lelo Amaro. Julgamento em 26/03/2004.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Processo civil ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SCALASSARA, Lecir Maria. Poluição marinha e proteção jurídica internacional. Curitiba: Juruá, 2008.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Interesses difusos e coletivos: conceito de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ação civil pública, inquérito civil, Estatuto da Criança e do Adolescente, consumidor, meio ambiente, improbidade administrativa. São Paulo: Atlas, 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, Recurso Especial n. 140.097. Relator Ministro César Asfor Rocha. Julgado em 04/05/2000. Publicado no DJ 11/09/2000.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, Recurso Especial n. 706.449 / PR. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento em 26/05/2008. Publicação no DJE em 09/06/2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Segunda Seção, Recurso Especial n. 106.888. Relator Ministro César Asfor Rocha. Julgado em 28/03/2001. Publicação no DJ 05/08/2002.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira Turma, Recurso Especial, Processo n. 236.499 / PB. Relator: Ministro Garcia Vieira. Julgamento em 13/04/2000. Publicação no DJ na data de 05/06/2000.

TERCEIRA VARA CIVEL DA COMARCA DE FORTALEZA, Ação Civil Coletiva n. 2005.0020.1903-7. Juiz de Direito Cid Peixoto do Amaral Netto. Julgamento em 13/11/2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, Primeira Câmara de Direito Público, Apelação Cível n. 2005.026797-3. Relator Desembargador Vanderlei Romer. Julgado em 20/10/2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, Primeira Câmara de Direito Público, Apelação Cível n. 2003.007924-6. Relator Desembargador Nicanor

da Silveira. Julgado em 13/10/2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Segunda Câmara de Direito Público, Apelação Cível. Processo n. 2005.018077-4. Relator: Luiz César Medeiros. Julgamento em 02/08/2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, Décima Terceira Câmara da Seção de Direito Privado, Apelação Cível n. 7.175.574-5. Relator juiz Irineu Fava. Julgado em 17/10/2007. Data do registro em 21/11/2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, Vigésima Terceira Câmara da Seção de Direito Privado, Apelação Cível n. 7.178.363-4. Relator juiz Rizzato Nunes. Julgado em 13/08/2008. Data do registro em 20/08/2008.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO, Primeira Turma, Apelação Cível n. 220942 – PE. Relatora juíza Margarida Cantarelli. Julgamento em 31/08/200. Publicação DJ em 01/12/2000.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: parte geral. São Paulo: Atlas, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.