

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 04/10/2013

All'indirizzo <http://censura.diritto.it/docs/35499-a-legitimidade-ativa-das-associa-es-civis-e-da-defensoria-p-publica-na-a-o-civil-p-publica-e-o-controle-judicial-da-adequa-o-da-legitima-o>

Autore: Alessandra Garcia Marques

A legitimidade ativa das associações civis e da defensoria pública na ação civil pública e o controle judicial da adequação da legitimação

A LEGITIMIDADE ATIVA DAS ASSOCIAÇÕES CIVIS E DA DEFENSORIA PÚBLICA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E O CONTROLE JUDICIAL DA ADEQUAÇÃO DA LEGITIMAÇÃO

Alessandra Garcia Marques¹

Resumo

O presente trabalho versa sobre o controle judicial da adequação da legitimização nas ações civis públicas propostas por associações civis ou pela Defensoria Pública no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em conta que a legitimidade ativa para esse tipo de ação tem previsão expressa na Constituição da República e na legislação infraconstitucional, não se admitindo a legitimização individual de interessado para a propositura da demanda. Sabe-se, ademais, que o indicado controle judicial da adequação da legitimidade ou, melhor dizendo, da atuação adequada no curso do processo, é feito no Brasil, em regra, previamente pelo legislador, sendo que apenas em relação aos sindicatos, às associações civis, às entidades e órgãos da administração pública direta e indireta e à Defensoria Pública há previsão expressa desse controle judicial na legislação. A jurisprudência, por sua vez, não raras as vezes, tenta controlar a adequação da legitimidade dos colegitimados ativos, e, em algumas oportunidades, o faz de modo bastante sofrível e até inconstitucional, em face do princípio da vedação ao retrocesso que incide quando se está diante de direitos e garantias fundamentais. Neste trabalho, pretende-se tratar, sob o ponto de vista teórico, do controle judicial da adequação da legitimidade ativa das associações civis, sobretudo porque, especialmente na defesa dos interesses dos consumidores, não é rara a existência de falsas associações de defesa do consumidor, o que tem consequências diversas na condução do processo e merece atenção da doutrina e do próprio Poder Judiciário, tal como se demonstrará. De mesmo modo será enfrentada, também, a questão do controle judicial da adequação da legitimidade nas ações propostas pela Defensoria Pública, levando em consideração que a lei, nesse caso, tratou de controlar a adequação de sua legitimidade em razão do papel constitucional da indicada instituição. Nesse contexto em que se comprehende que o

¹ Promotora de Justiça de Defesa do Consumidor do Ministério Público do Estado do Acre.

controle judicial da adequação da legitimidade ou controle judicial da adequada atuação no curso do processo deva ser apreciado no momento de análise da legitimidade ativa ad causam enquanto condição da ação que é, deverá abordar-se, por fim, o resultado do mencionado controle judicial para a condução do processo.

Palavras-chave: Ação civil pública. Legitimidade ativa. Associações civis. Defensoria Pública. Controle judicial da adequação da legitimidade. Devido processo legal.

1 INTRODUÇÃO

A legitimação para conduzir ações coletivas no Brasil tem previsão expressa na Constituição da República, nos arts. 5º, LXX, LXXI, LXXII, LXXIII, 114, 129, III e seu § 1º, e, especificamente quanto à ação civil pública, na Lei da Ação Pública, em seu art. 5º, caput e incisos I a V, e no Código de Defesa do Consumidor, art. 82, sendo que o mesmo ocorre com o controle da adequação da legitimidade nas demandas coletivas.

São legitimados ativos ad causam para a referida demanda coletiva 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, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear, lembrando que, no 1º do referido dispositivo, admite-se a dispensa do requisito da constituição prévia pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

No ordenamento jurídico brasileiro a ação civil pública, que tem status de ação constitucional, é verdadeira garantia fundamental, por meio do qual se pretende tutelar direitos fundamentais coletivos lato sensu.

O processualista Gregório Assagra de Almeida (2007, p. 43 a 47) preleciona que a ação civil pública, no plano constitucional, tem natureza de garantia constitucional, enquanto no plano do direito processual tem natureza de ação, sendo uma espécie de

ação coletiva. Além disso, o referido autor diz que a ação civil pública no plano do procedimento pode seguir o rito ordinário, o sumário, ou qualquer procedimento especial adequado, podendo ser ação de execução ou cautelar, ao passo que, no plano processual do provimento jurisdicional, o autor ensina que a ação pode ser declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva, podendo o provimento ser, ademais, cautelar ou de execução. Já no plano da função preventiva ou repressiva, Assagra diz que a ação civil pública poderá ser repressiva ou preventiva.

A respeito do plano constitucional da ação civil pública explica Gregório Assagra (2007, p. 43-44) que:

A ação civil pública, no plano do direito constitucional, tem natureza jurídica de garantia constitucional, já que incorporada na CF, art. 129, III. É uma garantia constitucional processual específica, pois as garantias constitucionais processuais gerais seriam os princípios (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, etc)

É de se registrar que o rol dos direitos e garantias constitucionais fundamentais é meramente exemplificativo, conforme se extrai da cláusula constitucional aberta - princípio constitucional da não-taxatividade dos direitos e garantias constitucionais fundamentais - estatuída no § 2º, do art. 5º, da CF/88, cuja redação tem teor abaixo transscrito (...)

Com base nesta cláusula aberta sobre direitos e garantias constitucionais fundamentais, entendemos que a ação civil pública possui também, seja pela sua relevância e dimensão social, seja por força do art. 5º, XXXV, da CF, que garante o acesso amplo e irrestrito à justiça, natureza jurídica de garantia constitucional fundamental. Assim, pelo prisma constitucional, a ação civil pública tem aplicabilidade imediata (art 5º, § 1º, da CF), não pode ser interpretada restritivamente e, além, tem preferência na tramitação processual, etc.

Pedro Lenza (2003, p. 90.) destaca as vantagens da tutela jurisdicional coletiva dizendo, in verbis, que:

Muitas vezes (...) a ação individual mostra-se inapropriada, do ponto de vista econômico, para se pretender uma tutela jurisdicional adequada, bem como o autor individual vê-se intimidado diante da grandeza da parte contrária em contraposição à sua pretensão diminuta.

Evidentemente, é bom que se diga que o processo coletivo visa assegurar o acesso à ordem jurídica justa e à prestação jurisdicional do Estado, com o fito de tutelar os direitos metaindividuais contra lesões ou ameaças de lesões provocadas, consoante dispõe o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República.

No sistema processual brasileiro, em que o Ministério Público é o principal

legitimado ativo para a propositura da ação civil pública, tendo em vista seu papel constitucional de guardião dos direitos fundamentais, geralmente, as ações civis públicas, quando ajuizadas por associações civis, trazem à tona questões teóricas e práticas instigantes, porquanto não é incomum a existência de associações civis falsas, e que, além de não terem efetiva representatividade, manuseiam o processo coletivo com bastante impropriedade, de modo aventureiro e oportunista e sem o necessário conhecimento técnico-científico, muitas vezes sem capacidade econômica e, ainda, despidas de capacidade de produzir uma defesa válida dos interesses coletivos.

Ademais, mais recentemente, a Defensoria Pública juntou-se ao rol de legitimados ativos para a ação civil pública, o que, se por um lado busca aperfeiçoar a tutela dos direitos coletivos, por outro lado, exige reflexão, sobretudo porque é necessário assegurar essa legitimidade e, simultaneamente, adequá-la à função constitucional da instituição.

Neste artigo, pretende-se aprofundar a discussão doutrinária acerca do controle judicial da adequação da legitimação ativa das indicadas associações civis e da Defensoria Pública, o qual não se confunde com a legitimidade ativa ad causam, mas deve ser averiguado no momento da apreciação da legitimidade¹, analisando, inclusive, a postura dos demais colegitimados, sobretudo do Ministério Público - que, mesmo quando não é o autor, deverá necessariamente atuar como fiscal da lei, ou, mais do que isso, como fiscal da Constituição - nos casos em que é reconhecida a inadequação da legitimação ativa de uma associação civil ou da Defensoria Pública.

2 A PROBLEMÁTICA DAS ASSOCIAÇÕES CIVIS ENQUANTO LEGITIMADAS ATIVAS E A ADEQUAÇÃO DE SUA LEGITIMIDADE

Antes de tudo é necessário dizer que, no ordenamento jurídico brasileiro, a legitimação ativa e a adequação da legitimidade ativa dos colegitimados para a ação civil pública, denominada por uma parte da doutrina de atuação adequada no curso do processo e por outra parte de representatividade adequada, não se confundem, sendo que, no momento da análise daquela condição da ação, deverá ser averiguada a indicada adequação da legitimidade, sem a qual estará afastada a existência dessa condição da

ação nas ações civis públicas.

Desta feita, a legitimidade ativa para a ação civil pública é ope legis, está prevista na legislação, ocorrendo o mesmo em relação à adequação da legitimidade que, em regra, é ope legis, mas admite, por força de expressa previsão legislativa, exceções que autorizam o controle da adequação da legitimidade pelo juiz.

Em verdade, a Constituição da República estabeleceu o amplo e irrestrito acesso à justiça em seu art. 5º, inciso XXXV, sendo que, no art. 129, inciso III, tratou da ação civil pública como instrumento de tutela dos direitos coletivos.

O microssistema de tutela jurisdicional coletiva comum brasileiro, por sua vez, foi constituído precipuamente por força do art. 90 do Código de Defesa do Consumidor e do art. 21 da Lei de Ação Civil Pública, devendo-se mencionar que existem normas sobre o processo coletivo esculpidas no Estatuto do Idoso e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Todavia, como diversas questões processuais não foram contempladas nos dois principais diplomas normativos conformadores do tratado microssistema, é indispensável a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

Dada a relevância dos direitos tutelados pela via da ação civil pública, direitos fundamentais coletivos que são, as discussões sobre o processo coletivo e seus institutos ganham enorme relevo, sendo que sobre os referidos direitos fundamentais é pertinente mencionar o que ensina Luigi Ferrajoli (2011, p. 9) ao conceituá-los, in verbis:

todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do status de pessoa ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendo por “direito subjetivo” qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica, e por status a condição de um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que estão em exercício.

Dentre as questões doutrinárias e práticas mais relevantes acerca da ação civil pública tem-se a da legitimidade ativa para conduzir esta demanda constitucional, que tem status de garantia fundamental, a adequação dessa legitimidade e seu controle.

Nesse sentido, deve-se asseverar que é verdade que há sérias associações civis no Brasil, a exemplo de muitas associações de donas de casa, etc. Todavia, não é raro deparar-se, especialmente quando se pretende tratar da tutela dos interesses dos consumidores, com alguns escritórios de advocacia travestidos de associações de defesa

do consumidor, os quais, de fato, não possuem efetiva representatividade em meios a grupos, classes ou categorias de consumidores, ao mesmo tempo em que muitas dessas associações demonstram pouca ou quase nenhuma intimidade com as regras do processo coletivo, faltando-lhes também capacidade econômica, credibilidade, conhecimento técnico-científico, etc.

É importante dizer, nesse caminho que, em que pese haja confusão entre representação e legitimidade, em decorrência da literalidade do art. 5º, XX, da Constituição da República, as associações civis possuem sim, em tese, legitimidade para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, conforme previsto na legislação brasileira, devendo-se ter em conta que, na verdade, quis a Constituição de 1988 incentivar a tutela coletiva dos direitos fundamentais igualmente coletivos.

Então, não há problemas em se reconhecer a legitimidade ativa de associações civis, em tese, para a tutela dos direitos coletivos lato sensu.

Sucede que, em que pese tenham as associações civis legitimidade ativa para irem a juízo defender os interesses coletivos lato sensu, tal como vem reconhecendo a jurisprudência brasileira, fica evidente nesse caso a necessidade do controle judicial da adequação de sua legitimidade, o qual, inclusive, tem previsão legal, sobretudo porque esse controle decorre da aplicação da cláusula do devido processo legal à tutela jurisdicional coletiva, e deve ser realizado no momento da apreciação da legitimidade ativa *ad causam*.

Em muitas demandas coletivas ajuizadas por associações civis, como dito antes, não raramente o que se tem é uma associação que não demonstra qualquer relação material com o grupo, classe ou categoria de consumidores cujos interesses pretende tutelar, em que pese esteja regularmente constituída e tenha previsão no documento de constituição dessa finalidade institucional. Além disso, vê-se claramente que há associações que não perseguem os fins institucionais para os quais foram criadas, não demonstrando, sobretudo, capacidade mínima para defenderem os interesses coletivos.

Nesses casos, admitindo-se a necessidade de se fazer o controle judicial da adequação da legitimidade, controle esse previsto em lei e que, aliás, a jurisprudência pátria vem realizando com frequência, vê-se que, antecedendo esse controle, deve ser

constatada a legitimidade, em tese, da associação civil para a defesa dos direitos coletivos lato sensu.

É imperativo dizer que o controle judicial da adequação da legitimidade ativa das associações pelo juiz também poderá referir-se à análise da existência de interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido, com o fito de se dispensar o requisito da constituição da associação há pelo menos um ano.

Sobre o controle da adequação da legitimidade prelecionam Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Junior (2013: p. 215-220) que:

Há quem afirme, como foi visto, que, no Brasil, para a averiguação da legitimização coletiva, é suficiente o exame do texto de lei. Não poderia o magistrado, por exemplo, afirmar que um ente legalmente legitimado não tem, em determinado caso, o direito de conduzir o processo. Para essa doutrina, o legislador teria estabelecido um rol legal taxativo de legitimados, firmando uma presunção absoluta de que seriam “representantes adequados”, não cabendo ao magistrado fazer essa avaliação caso a caso. A verificação da adequacy of representation seria tarefa do legislador. A legitimização coletiva seria, pois, ope legis.

Há outros, porém, que, com base na experiência americana (art. 23 das Federal Rules), admitem o controle judicial da “representatividade adequada”. Ou seja, permitem que o magistrado possa examinar e controlar a legitimização coletiva no caso concreto, conforme as características do legitimado. Nos Estados Unidos, geralmente, há exigência de que o legitimado seja um membro do grupo e apresente características próprias que lhe determinem como adequado representante do grupo. Para esses autores, a legitimização no Brasil, mesmo dos entes públicos, deveria passar por um filtro judicial, não basta a previsão legal da legitimização. Parte-se da seguinte premissa, que parece correta: não é razoável imaginar que uma entidade, pela simples circunstância de estar autorizada em tese para a condução de processo coletivo, possa propor qualquer demanda coletiva, pouco importando suas peculiaridades. É preciso verificar, a

bem de garantir a adequada tutela destes importantes direitos, se o legitimado coletivo reúne os atributos que o tornem representante adequado para a melhor condução de determinado processo coletivo, devendo essa adequação ser examinada pelo magistrado de acordo com critérios gerais, preferivelmente previamente estabelecidos ou indicados em rol exemplificativo, mas sempre à luz da situação jurídica litigiosa deduzida em juízo. Todos os critérios para a aferição da representatividade adequada devem ser examinados a partir do conteúdo da demanda coletiva.

A análise da legitimidade coletiva (e, por consequência, da representação adequada) dar-se-ia em duas fases. Primeiramente, verifica-se se há autorização legal para que determinado ente possa substituir os titulares coletivos do direito afirmado e conduzir o processo coletivo. A seguir, o juiz faz o controle in concreto da adequação da legitimidade para aferir, sempre motivadamente, se estão presentes os elementos que asseguram a representatividade adequada dos direitos tem tela.

A necessidade de controle judicial da adequação do legitimado coletivo decorre da aplicação da cláusula do devido processo legal à tutela jurisdicional coletiva. Nem mesmo o Ministério Público poderia ser considerado um legitimado coletivo universal, pois também em relação à sua atuação se imporia o controle jurisdicional da sua legitimidade.

A tendência é a consagração legislativa da possibilidade deste controle judicial.

Entre os vários critérios para a verificação da representatividade adequada um que atualmente tem apresentado utilidade prática pode servir de exemplo: exige-se que exista um vínculo de afinidade temática entre o legitimado e o objeto litigioso. A jurisprudência do STF deu a este vínculo o nome de “pertinência temática”. Esse critério seria um, dentre vários, para a averiguação da adequação do legitimado coletivo.

(...)

A jurisprudência brasileira já se encaminha nesse sentido, mesmo que

com marchas e contramarchas. O STF, por exemplo, entendeu que o Ministério Público não está autorizado a propor ações coletivas tributárias, nem aquelas relacionadas a direitos individuais disponíveis, embora não houvesse qualquer ressalva, neste sentido, no texto legal. O objetivo dos processos coletivos é ver realizada uma justiça substancial mais efetiva e célere, atendendo a finalidade do interesse público de corrigir, em nome do cidadão, até mesmo opções de políticas públicas equivocadas por parte do Estado, a exemplo da norma tributária ilegal. Para atingir esses objetivos será necessária a depuração dos conceitos de representação adequada, procurando uma identificação entre a busca dessa representação adequada e a finalidade da tutela coletiva, principalmente como meio de coibir ofensas contra o interesse público primário. A exigência da representatividade adequada não pode tornar-se uma alternativa para “sentenças processuais”, vedando o enfrentamento da matéria de fundo. No caso das decisões reiteradas do STF o que aconteceu foi a vedação tout court, de ações civis públicas em matéria tributária e previdenciária. Impõem-se zelo e cuidado redobrado na fundamentação das decisões que entendam pela ausência de representatividade adequada para que se evite atuar no sentido contrário das finalidades instituídas para a tutela coletiva.

Por outro lado, como corretamente entendeu parcela da doutrina, a despeito de não existir expressa previsão legal nesse sentido, o “representante adequado” para as ações coletivas é uma garantia constitucional advinda do devido processo legal coletivo, esfera na qual “os direitos de ser citado, de ser ouvido e de apresentar defesa em juízo são substituídos por um direito de ser citado, ouvido e defendido através de um representante. Mas não através de um representante qualquer, o grupo deve ser representado em juízo por um representante adequado.

Assim, é possível que uma associação civil tenha legitimidade, em tese, para ajuizar ação civil pública na defesa dos interesses coletivos, por força de previsões legal e estatutária, mas que, no caso concreto, numa segunda etapa da análise daquela legitimidade destinada ao controle judicial da adequação dessa legitimidade, reste

constatado que a associação não persegue tal objetivo na prática, o que deslegitima por completo sua atuação processual.

Nesse ponto é de fundamental importância mencionar o que ensina Marcelo Abelha (2004: p. 77), quando diz que:

Obviamente, devem perseguir em juízo os fins institucionais para os quais foram criadas e, segundo pensamos, é mister também que efetivamente persigam tais objetivos na prática, de modo a legitimar a sua atuação. Há de se ter, no nosso ponto de vista, para se evitar uma atuação descomprometida e oportunista, uma relação biunívoca entre a atuação social e os fins institucionais que perseguem, para que se possam dizer possuidoras de uma representatividade adequada e, dessa forma, possam dar rendimento às importantes inovações do art. 5º, XXI, 129, § 1º, III, da CF/88 c/c art. 82 do CDC e art. 5º da LACP.

Quando, então, inexistente a relação biunívoca entre a atuação na prática da associação e seus fins institucionais, isso, obviamente, evidencia sua incapacidade de superar a segunda e derradeira etapa da análise da legitimidade ativa, a fase do controle judicial da adequação de sua legitimidade.

Assim, a improvada relação biunívoca entre a atuação na prática da associação e seus fins institucionais torna-se necessário o reconhecimento da carência de ação por ausência da legitimidade ativa para a ação civil pública.

3 A LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A ADEQUAÇÃO DE SUA LEGITIMIDADE

É certo que a Defensoria Pública é uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV, da Constituição da República (art. 134 da Constituição da República).

Também é igualmente certo que, com o advento da Lei Federal n.º 11.448/2007, a Defensoria tornou-se uma das colegitimadas para o ajuizamento da ação civil pública, o que é louvável e visa aperfeiçoar a proteção dos interesses da coletividade.

Todavia, é sobejamente sabido que a legitimidade ativa da Defensoria Pública

para conduzir o processo coletivo está, por força de lei e da própria Constituição da República, adstrita aos casos em que existe nexo entre a demanda coletiva e o interesse de uma coletividade - grupo, classe ou categoria - composta por pessoas necessitadas.

Nesse caminho, o art. 4º, inciso VII, da Lei Complementar n.º 84/1994, alterado pela Lei Complementar n.º 132/2009, exige que a ação civil pública proposta pela Defensoria Pública possa de algum modo beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes.

Dizem os arts. 1º e 4º, inciso VII, da Lei Complementar n.º 84/1994, in verbis:

Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

(...)

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

(...)

VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos **quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes**; (Grifo nosso)

Portanto, a Defensoria Pública, mesmo tendo em conta seu relevantíssimo papel constitucional, não é, por força de expressa previsão legal e, principalmente, de norma constitucional, legitimada universal para a ação civil pública, ao que se acrescenta que o controle judicial da legitimidade adequada da Defensoria Pública está previsto expressamente, também, na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública.

Há, portanto, evidente necessidade de se controlar no caso concreto a adequação da legitimidade da Defensoria Pública, sabendo-se que, obviamente, em que pese esteja legitimada para a condução da ação civil pública, em tese, quando o resultado da

demanda puder beneficiar grupo, classe ou categoria de pessoas hipossuficientes, isso não impede que qualquer indivíduo, mesmo não necessitado, possa, ao final do processo, beneficiar-se da sentença coletiva prolatada na demanda proposta pela instituição, sendo que a Defensoria Pública, por sua vez, somente poderá promover a execução individual da sentença genérica proferida na defesa dos direitos individuais homogêneos se as vítimas já identificadas forem pessoas necessitadas.

A legitimização da Defensoria Pública para a ação civil pública, contudo, não exige que a coletividade a ser defendida seja composta de modo exclusivo por pessoas necessitadas, pois deve ser preponderantemente composta por pessoas necessitadas, de maneira que, simultaneamente, se respeite a função constitucional da instituição e assegure-se que haja a identificação entre a busca da representação adequada e a finalidade da tutela coletiva.

O controle judicial da adequação da legitimidade ativa da Defensoria Pública justifica-se, inclusive, pelo fato de que, não realizada tal adequação nos casos em que não se tenha grupo, classe ou categoria de pessoas necessitadas, haverá, evidentemente, o desvirtuamento de sua missão prevista na Constituição de 1988, que é de orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados.

4 O CONTROLE DA ADEQUAÇÃO DA LEGITIMIDADE E AS SENTENÇAS PROCESSUAIS

Impõe-se apontar que a legitimidade ativa para a condução das ações coletivas, dentre as quais se tem a ação civil pública, no ordenamento jurídico brasileiro, está esculpida, antes de tudo, na Constituição da República, nos arts. 5º, incisos LXX, LXXI, LXXII, LXXIII, 114, 129, III e § 1º, de mesmo modo que as hipóteses em que é admitido o controle judicial da adequação da legitimidade ativa estão igualmente estabelecidas na Constituição.

No Brasil, portanto, o controle da adequação da legitimidade, por imposição constitucional e, também, infraconstitucional, é feito previamente, ope legis - pelo próprio legislador -, com exceção do controle judicial da legitimidade ativa dos sindicatos, das associações civis, das entidades e órgãos da administração pública direta

e indireta e da Defensoria Pública, que é judicial.

Assim, como qualquer norma infraconstitucional que venha a ferir a Constituição deverá ser declarada inconstitucional por prever hipóteses outras de controle judicial da adequação da legitimidade, tem-se que deve ser respeitado o fato de que apenas em face dos sindicatos, das entidades e órgãos da administração pública direta e indireta, os quais não foram objeto do presente trabalho, das associações civis e da Defensoria Pública - em razão da necessária compatibilização de sua atuação na defesa dos direitos coletivos com sua função prevista na Constituição - deve haver controle judicial da adequação da legitimidade.

Todavia, isso sempre esteve sob ameaça de anteprojetos de lei que pretendem americanizar a tutela dos direitos coletivos no Brasil e por decisões judiciais nas quais, vez por outra, exercita-se o controle da adequação da legitimidade em relação ao Ministério Público, embora não tenha qualquer amparo na norma jurídica tal controle diante do Ministério Público, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Faz-se imprescindível reconhecer, a esta altura, que qualquer tentativa que não as previstas na Constituição da República de controlar judicialmente a adequação da legitimidade ativa na ação civil pública é inconstitucional e pode implicar em ferimento ao princípio da vedação ao retrocesso, que consiste numa importantíssima conquista da sociedade ao longo do tempo, pois visa impedir projetos políticos que venham a debilitar direitos fundamentais.

Nessa senda, é preciso ponderar, por ser consentâneo com os princípios que regem o processo coletivo, que a consequência da falta de adequação da legitimação coletiva na ação civil pública não é uma simples sentença processual de extinção do processo coletivo sem exame do mérito, pois, em face do relevo das questões em debate, o que se deve buscar, em situação como essa, é a sucessão da parte por outro legitimado ativo, tal como ocorre no processo coletivo nos casos de abandono do processo ou desistência da ação civil pública ou da ação popular.

Desse modo, quando o juiz reconhece a inadequação da legitimidade ativa deve convocar ao processo, por meio da publicação de edital, os demais coletigimados, providenciando a substituição daquele pelo Ministério Público ou por outro legitimado.

5 CONCLUSÃO

Há de se frisar que a legitimidade ativa para a condução das ações coletivas, dentre as quais se tem a ação civil pública, no ordenamento jurídico brasileiro, está esculpida, antes de tudo, na Constituição da República, nos arts. 5º, incisos LXX, LXXI, LXXII, LXXIII, 114, 129, III e § 1º.

No mesmo caminho, as hipóteses em que deve ser realizado o controle judicial da adequação da legitimidade ativa estão também fixadas na Constituição, sendo que tal controle somente poderá ser realizado, no caso concreto, em face dos sindicatos, entidades e órgãos da administração pública direta e indireta, associações civis e da Defensoria Pública.

A necessidade de controle judicial da adequação desses legitimados ativos decorre da aplicação da cláusula do devido processo legal à tutela jurisdicional coletiva, mas não significa que a ação civil pública deva ser prontamente extinta sem resolução do mérito por carência de ação decorrente da falta de legitimidade ativa do autor, pois deverá, antes de tudo, ser publicado edital, pelo juízo, com o fito de convocar ao processo outro colegitimado ativo.

É de se concluir que não é admissível, por força de lei ou de decisão judicial que desafiem a Constituição da República, criar novas hipóteses de controle da adequação da legitimidade na ação civil pública, porque incide sob a tutela dos direitos fundamentais coletivos pela via da ação civil pública o princípio da vedação ao retrocesso.

6 BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Gregório Assagra. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei Federal n.º 8.078, 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 set. 1990 – retificado no DOU de 10.1.2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 22 de setembro de 2013.

BRASIL. Lei Complementar n.º 84, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jan. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80>. Acesso em 21 de setembro de 2013.

BRASIL. Lei Federal n.º 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 (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 20 de setembro de 2013.

CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. “O controle judicial da atuação adequada no processo coletivo e a desnecessária extensão da coisa julgada secundum eventum litis”. **Biblioteca digital Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 17, n. 66, abril. 2009. Disponível em: <[http://unafe.org.br/wp-content/plugins/downloads-manager/upload/O%20Controle%20Judicial%20da%20Atuação%20\[%20-%20Marcelo%20Malheiros%20Cerqueira.pdf](http://unafe.org.br/wp-content/plugins/downloads-manager/upload/O%20Controle%20Judicial%20da%20Atuação%20[%20-%20Marcelo%20Malheiros%20Cerqueira.pdf)>. Acesso em 20 de setembro de 2013.

DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Curso de Direito Processual Civil. 8^a ed. revista, ampliada e atualizada, Salvador: JusPODIUM, 2013, v. 4.

FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

LENZA, Pedro. Teoria Geral da Ação Civil Pública. 1^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ZANETI JR., Hermes. “Direitos Coletivos Lato Sensu: a Definição Conceitual dos Direitos Difusos, dos Direitos Coletivos Stricto Sensu e dos Direitos Individuais

Homogêneos”. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo14.htm>>. Acesso em 21 de setembro de 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

¹ A doutrina divide-se sobre a natureza jurídica da adequação da legitimidade, representatividade adequada ou atuação adequada no curso do processo. Assim, há autores que entendem tratar de pressuposto processual, como Cerqueira (2009) enquanto outros defendem estar-se diante de uma questão de legitimidade ativa, conforme ensina Assagra (2007: p. 118).